МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
ХМЕЛЬНИЦЬКИЙ УНІВЕРСИТЕТ УПРАВЛІННЯ ТА ПРАВА

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

Збірник тез Міжнародної наукової конференції «Дев'яті осінні юридичні читання» (м. Хмельницький, 12-13 листопада 2010 року)

ЧАСТИНА ТРЕТЯ:

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

ХМЕЛЬНИЦЬКИЙ
Видавництво Хмельницького університету управління та права
2010

УДК 34
ББК 67.0
А 43

А 43 Актуальні проблеми юридичної науки: Збірник тез міжнародної наукової конференції «Дев’яті осінні юридичні читання» (м. Хмельницький, 12-13 листопада 2010 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, 2010. — 365 с.

ISBN 978-966-8823-39-8

У збірнику представлені кращі тези доповідей, які були оприлюднені на Міжнародній науковій конференції «Дев'яті осінні юридичні читання», що відбулась у Хмельницькому університеті управління та права 12-13 листопада 2010 року.

Розміщені у збірнику тези доповідей стосуються таких напрямків: «Теорія держави і права», «Історія політичних та правових вчень», «Філософія права», «Міжнародне право», «Порівняльне правознавство».

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 «Дев'яті 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 978-966-8823-39-8

© Колектив авторів, 2010
© Хмельницький університет управління та права, 2010

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО

СІМЕЙНЕ ПРАВО

МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

КОМЕРЦІЙНЕ ПРАВО

CIVIL LAW

FAMILY LAW

INTERNATIONAL PRIVATE LAW

COMMERCIAL LAW

Авдєєва Марія Костянтинівна
студентка 4 курсу юридичного факультету,
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ДЕМАТЕРІАЛІЗАЦІЇ

30 квітня 2009 року набрав чинності Закон України «Про акціонерні товариства», який розпочав процес дематеріалізації цінних паперів.Частина 2 статті 20 цього Закону передбачає існування акцій виключно у бездокументарній формі. Дана вимога Закону вступає в силу через 2 роки з дати його опублікування (Закон був опублікован 29.10.2008 р.), а саме 29 жовтня 2010 року. [1] Відповідні зміни були внесені до Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок», яким також передбачається єдина форма існування акцій – бездокументарна (ч. 3 ст. 1 Закону). Ця норма також набуває чинності з 29.10.2010 року. [2] Тобто до цього часу випуски акцій, що існують у документарній формі повинні бути дематеріалізовані.

Під дематеріалізацією розуміють комплекс дій з переведення випуску акцій акціонерного товариства документарної форми існування у бездокументарну форму існування. Легальне визначення даного процесу міститься у ст. 1 Закону України «Про Національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні», який зазначає, що знерухомлення цінних паперів - це переведення цінних паперів, випущених у документарній формі, у бездокументарну форму шляхом депонування сертифікатів у сховищах зберігача цінних паперів та/або депозитарію з метою забезпечення подальшого їх обігу у вигляді облікових записів на рахунках зберігача цінних паперів та/або депозитарію. [3]

Необхідність щодо бездокументарності цінного папера у системі депозитарного обліку України, насамперед, грунтується на технічних вимогах до створення сучасної інфраструктури фондового ринку в Україні. Саме поняття рахунків у цінних паперах, як рахунків, що ведуться зберігачами для власників цінних паперів і депозитаріями - для зберігачів щодо обслуговування операцій із цінними паперами (ст. 1 Закону України «Про Національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні»), стало остаточним кроком до перетворення цього поняття з виключно облікової на правову категорію. Саме зміна записів на рахунку в цінних паперах тягне передачу прав за цінними паперами при його без документарній формі. У такому значенні рахунок є синтетичним носієм інформації, який є еквівалентом паперового цінного папера.

Оскільки, можна впевнено прогнозувати перехід світового ринку цінних паперів на без документарний обіг (Німеччина та Франція, наприклад, весь документообіг цінних паперів веде тільки у електронному вигляді), Україні слід робити кроки на випередження, тобто законодавчо закріпити випуск лише без документарних цінних паперів, доки національний ринок характеризується невеликою кількістю угод. Дана спроба виправити недоліки в системі обліку прав власності на цінні папери була у 2006 р., коли було зареєстровано законопроект «Про систему депозитарного обліку цінних паперів», що передбачив випуски іменних цінних паперів в електронній формі. На жаль, через непорозуміння щодо формування центрального депозитарію законопроект було відкликано.

Запровадження без документарного обігу цінних паперів спричинить зміни в депозитарній системі. Модель створення депозитарної системи в Україні перекопіювала «американську», оскільки передбачила існування двох інститутів – реєстраторів та зберігачів. Відповідно до чинного законодавства права власності на цінні папери у документарному вигляді обліковують реєстратори, цінними паперами в електронному - без документарному - вигляді займаються зберігачі. Інститут реєстраторів в Україні був створений відповідним указом Президента ще 1994 року, а зберігачі з’явилися після прийняття Закону "Про Національну депозитарну систему й особливості електронного обігу цінних паперів в Україні" у 1997 році. За даними Державної комісії з цінних паперів і фондового ринку, на 1 жовтня 2009 року в Україні ліцензії реєстратора мали 375 компаній, зберігача - 282. Протягом 2009 року кількість зберігачів зросла до 297. На кінець 2010 року

число зберігачів близько 400. Це означає, що реєстраторський вид бізнесу залишається у минулому.

На нашу думку, перехід до без документарних випусків цінних паперів є вигідним та приведе до ряду позитивних змін:1) збільшення потенційної бази цінних паперів для торгівлі на організованому ринку цінних паперів в Україні; 2) прискорення та спрощення послуг укладення угод, при цьому знижуючи їх вартість; 3) можливість вибору власником цінних паперів установи, в якій він може отримати низку послуг по обслуговуванню цінних паперів, залежно від його потреб в якості, ціні та обсязі; 4) захищеності учасників господарських товариств - власників цінних паперів - від рейдерських захоплень підприємств, які здійснювалися шляхом махінацій з реєстрами цінних паперів; 5) зростання впевненості громадськості в безперешкодній реалізації прав власності на цінні папери; 6) економії на витратах на обслуговування паперових сертифікатів, пов'язаних із перевіркою їх на достовірність, перевезенням, переоформленням при здійсненні корпоративних дій або операцій купівлі-продажу, спадкування тощо.

Головними аргументами проти введення таких змін є : відсутність нормальної нормативної бази та чітко прописаних процедур переходу; перешкода вільної конкуренції у сфері обліку цінних паперів; захист прав власників цінних паперів від базового депозитарного ризику; відкриття рахунку у цінних паперах власником випуску, який дематеріалізується, адже для його відкриття необхідною є картка із зразком підпису власника рахунка, посвідчена нотаріусом. Оскільки у багатьох АТ серед акціонерів налічується значна кількість «мертвих душ», то процес дематеріалізації видається неможливим. Проте вже зараз фахівці вказують на декілька можливих варіантів вирішення зазначених проблем.

Нагальною потребою, на нашу думку, є створення в Україні Центрального депозитарію цінних паперів, який має бути ключовим елементом розбудови депозитарної системи країни для забезпечення розвитку та економічної безпеки країни.

Використані джерела:

1. Закон України «Про акціонерні товариства» від від 17.09.2008 № 514-VI // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2008, N 50-51, ст.384, із змін. та доп. від 06.07.2010 р.

2. Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23.02.2006 № 3480-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2006, N 31, ст.268, із змін. та доп. від 01.07.2010 р.

3. Закон України «Про Національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні» від 10.12.1997 № 710/97-ВР // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1998, N 15, ст.67, із змін. та доп. від 01.07.2010 р.

Авсієвич Алла Валеріївна

Хмельницький університет управління і права

ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ ФОРМ ЗАХИСТУ СУБ'ЄКТИВНИХ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ

Захист суб'єктивних цивільних прав у тій чи іншій формі є об'єктивною необхідністю. Шляхом створення норм права й, тим самим, надаючи можливість виникнення на їх основі суб'єктивних прав і охоронюваних законом інтересів, відзначає Д.М. Чечот, держава зобов'язана передбачити й відповідну форму їх захисту [1].

Перш ніж дати визначення форми захисту суб'єктивних цивільних прав, необхідно визначити, що таке процесуальна форма. Хоча слід відзначити, що в теорії права немає єдності думок і з цього питання. Деякі вчені розуміють під процесуальною формою особливу юридичну конструкцію, що являє собою сукупність найбільш доцільних процедур здійснення певних повноважень [2].

Інші вважають, що зазначена юридична конструкція є елементом процедурно-процесуальної форми, а власне процесуальна форма - це «форма правозастосовної діяльності, виражена в порядку вирішення справ при здійсненні правосуддя» [3].

Саме процесуальна форма відрізняє правосуддя від іншої юрисдикційної діяльності. Вона (процесуальна форма) являє собою нормативно встановлюваний порядок здійснення правосуддя, вироблений на основі узагальнення величезного досвіду правозастосовної діяльності [4]. Тому сукупність процедурних норм, що становлять зміст цивільного процесу й господарського процесу, як найбільш досконалий механізм реалізації цивільних норм іменується процесуальною формою.

На думку деяких авторів, у числі основних ознак процесуальної форми слід назвати нормативність, незаперечність, системність, універсальність [5]. Інші автори називають законодавчу урегульованість, детальність розробки процесу розгляду, універсальність, імперативність [6].

Виходячи з цього, В.М. Горшеньов під формою захисту права розуміє регламентований правом комплекс особливих процедур, які здійснюються правозастосовними органами й самою уповноваженою особою в рамках правозахисного процесу та спрямовані на відновлення порушеного (оспорюваного) права [6]. Таке визначення, на нашу думку, підходить для характеристики діяльності й судових органів, і діяльності державних і громадських органів в сфері захисту суб'єктивних прав.

Ряд вчених-цивілістів розуміє під формою захисту суб'єктивних прав і інтересів «певний порядок захисту прав і інтересів, який здійснюється тим чи іншим юрисдикційним органом залежно від його природи» [7].

Нашому розумінню форми захисту суб'єктивних цивільних прав і охоронюваних законом інтересів близьке визначення, пропоноване В.В. Бутнєвим, згідно з яким під формою захисту розуміється «комплекс внутрішніх погоджених організаційних заходів щодо захисту суб'єктивних прав, що відбуваються у рамках єдиного правового режиму» [8]. Дане визначення необхідно, на нашу думку, доповнити «і здійснюваних належним чином уповноваженими органами, а також самою уповноваженою особою (носієм права)».

Питання про форми захисту цивільних прав і охоронюваних законом інтересів у широкому змісті (тобто цивільних, сімейних, трудових і інших) найбільше повно й глибоко досліджувалось Г.П. Ареф'євим, В.П. Воложаніним, С.В. Курильовим і іншими авторами. В залежності від предмета дослідження в основу класифікації форм захисту цивільних прав названими авторами були покладені різні критерії.

Г.П. Ареф'єв, розуміючи під формою захисту «вказівку на той орган, який має право (і зобов'язаний) надати захист порушеному праву або охоронюваному законом інтересу, який має право (і зобов'язаний) застосувати передбачені в законі способи захисту», бере за основу класифікації форм захисту цивільних прав і охоронюваних законом інтересів коло суб'єктів, уповноважених здійснювати захист. За цією підставою форми захисту суб'єктивних цивільних прав автор поділяє на державні, громадські, самозахист, змішану і третейську форми. До державних форм захисту суб'єктивних прав він відносить: судову, господарську (колишню арбітражну) та адміністративну. До громадських організацій, що здійснюють захист прав і інтересів, він відносить товариські суди, профспілкові комітети, правління колгоспів, товариства й кооперативи [9].

В.П. Воложанін виділяє у своїй класифікації безспірний і спірний порядок (форму) примусового здійснення суб'єктивних цивільних прав і інтересів. До безспірних форм захисту прав і інтересів він відносить самостійне здійснення права уповноваженою особою й випадки безспірного примусового здійснення прав і інтересів в адміністративному порядку, а до спірних - судову, громадську й адміністративну форму розгляду й вирішення цивільних справ [10].

Приймаючи за основу класифікації форм захисту цивільних прав і охоронюваних законом інтересів той або інший критерій, вищевказані автори не виключають можливість використання й інших оцінних критеріїв. Такий підхід до даної проблеми можна визнати правильним, тому що будь-яка класифікація якоюсь мірою носить умовний характер і визначається предметом дослідження.

Тому, говорячи про класифікацію форм захисту цивільних прав і законних інтересів, з врахуванням всіх зазначених вище точок зору, проблему форм захисту цих прав можна, на наш погляд, звести до двох форм. Отже, захист суб'єктивних прав здійснюється в юрисдикційній та неюрисдикційній формах.

Основна відмінність між ними полягає в тому, що захист прав і інтересів у юрисдикційній формі здійснюється різними спеціально уповноваженими на даний вид діяльності державою компетентними органами, із властивим кожному з них певним процесуальним порядком діяльності, у той час як захист прав і інтересів у неюрисдикційній формі відбувається в рамках матеріальних правовідносин і здійснюється, як правило, самими учасниками правовідносин.

Використані джерела:

1. Чечот Д. М. Субъективное право и формы его защиты. Л., 1968. - С. 53.

2. Горшенев В.М., Недбайло П.Е. Процессуальная форма и ее социально-юридические возможности в социалистическом обществе // Юридическая процессуальная форма: Теория и практика. М., 1978. - С.7-53.

3. Алексеев С.С. Общая теория права. В 2-х т. Т. 1. М., 1981. - С. 336-337.

4. Комиссаров К.И. Последовательно прогрессивное развитие советского гражданского процессуального права // Проблемы действия и совершенствования советского гражданского процессуального законодательства. Свердловск: Изд-во Свердловского юридического института, 1982. С.4.

5. Гражданский процесс. / Под ред. Комиссарова К.И., Осипова Ю.К. М.:БЕК, 2006.С.4-5

6. Горшенев В.М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. М, 1972. С. 17.

7. Воложанин В.П. Несудебные формы разрешения гражданско-правовых споров. Свердловск, 1974. С. 8; Вершинин А.П. Способы защиты гражданских прав в суде: Дисс. докт. юрид. наук. Санкт-Петербург. 1998. С. 12-14;

8. Бугаев В.В. К понятию механизма защиты субъективных прав// Субъективное право: проблемы осуществления и защиты. Владивосток, 1989. С. 17

9. Арефьев Г.П. Понятие защиты субъективного права // Процессуальные средства реализации конституционного права на судебную защиту. Калинин, 1982. С. 15-18.

10. Воложанин В.П. Несудебные формы разрешения гражданско-правовых споров. Свердловск, 1974. С. 7-8.

Амбросімов Сергій Анатолійович

аспірант Хмельницького університету управління та права

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРОЦЕСУ АДАПТАЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ДО ЗАКОНОДАВСТВА ЄС У СФЕРІ ДОГОВІРНОГО ПРАВА

На початку XX століття склалася ситуація, коли світове господарство було обмежено національними кордонами. Складне переплетення взаємозв'язків в економічній сфері (складні економічні взаємовідносини) юридичних і фізичних осіб, що мають різну національну приналежність і громадянство, регулювалися в основному державною владою в межах національних правових систем.

Неузгодженість національних законодавств різних країн у даній сфері правовідносин неминуче породжувала серйозні колізії і проблеми як у відносинах суб'єктів господарювання, так і у взаємодії національних правопорядків. Розбіжності в цих сферах знімалися в кращому разі двосторонніми договорами і правилами, прийнятими в практиці держав.

Аналіз процесів, що відбуваються з кінця XX століття, служить основою аргументування на користь необхідності одноманітного універсального регулювання договірних відносин, створення адекватного єдиного законодавства у цій сфері. Необхідність такого законодавства сприймається та підкріплюється процесами адаптації національного законодавства України до Законодавства європейського Союзу.

Важливим напрямом розвитку договірного законодавства України є його адаптація до стандартів Європейського Союзу [1]. Окремі проблеми розвитку договірного законодавства України досліджували такі вчені як О.А.Беляневич, В.С. Мілаш, А.В.Луць, Д.Г.Павленко, О. К. Вишняков та ін.

Економічні інтеграційні процеси потребують відповідної правової інтеграції, зокрема, поступового наближення правового забезпечення майнових відносин товарного характеру в Україні до умов внутрішнього ринку ЄС, до правових засад і принципів, що діють на цьому ринку, з метою досягнення сполучності з нормами права ЄС та країн-членів, а згодом - гармонізації, а також уніфікації в деяких галузях [2, с. 5]. Це стосується, насамперед, договірного права.

Першим ініціюючим чинником наближення стала Угода про партнерство та співробітництво між Україною та ЄС. Зокрема, в ст. 51 УПС визначається, що важливою умовою для зміцнення економічних зв'язків між Україною та ЄС є наближення існуючого і майбутнього законодавства України до законодавства ЄС, причому Україна прагнутиме забезпечити, щоб її законодавство поступово стало сполучним із законодавством ЄС. При цьому ст. 51 посилається на законодавство в галузях економічної сфери, фактично ставлячи його на пріоритетну адаптаційну позицію. Фактично це відображає об'єктивну диференціацію правових галузей шляхом виділення з їх числа галузей, що мають інтегративну якість.

Положеннями ст. 51 Угоди про партнерство та співробітництво з ЄС від 14.06.1994 р. на Україну покладено обов'язок прикласти зусиль для забезпечення того, щоб її законодавство стало сумісним із законодавством Співтовариства. На сьогодні зроблено серйозні кроки у напрямку ринкової економіки та проведено відповідні зміни в законодавстві (наприклад, прийняття Верховною Радою України пакетів так званих «СОТівських» законів), завершено процедура вступу України до СОТ, тривають офіційні переговори щодо укладення нової «посиленої» (enhanced) угоди Україна-ЄС, дано старт переговорам щодо зони вільної торгівлі Україна-ЄС. Але, безсумнівно, труднощі з виконанням умов УПС, що виникали, відбиватимуться на ході переговорів щодо нових угод, особливо на їх асоціативній та інтеграційній складовій.

Наступним за хронологією чинником процесу наближення до економічного права ЄС стала Стратегія інтеграції України до Європейського Союзу, затверджена Указом Президента України від 11.06.1998 р. № 615/98, в якій уперше було передбачено забезпечення правової адаптації нормативно-правових актів, що їх приймають органи виконавчої влади, до вимог ЄС, причому адаптацію законодавства України до законодавства ЄС було поставлено на перше місце серед основних напрямів інтеграційного процесу (п. 1 Розділу I). Входження України у європейський економічний простір було пов'язано з правовими механізмами і, зокрема, відзначено, що розвиток процесу економічної інтеграції полягає у лібералізації і синхронізованому відкритті ринків ЄС та України, взаємному збалансуванні торгівлі, наданні на засадах взаємності режиму сприяння інвестиціям з ЄС в Україну та українським експортерам на ринках ЄС, запровадженні спільного правового поля і єдиних стандартів у сфері конкуренції та державної підтримки виробників. Економічна інтеграція, згідно Стратегії, базується на координації, синхронізації та відповідності при прийнятті рішень у економічній сфері і передбачає ліквідацію обмежень розвитку конкуренції та обмеження застосування засобів протекціонізму.

Опрацьована на Гельсінському самміті ЄС «Спільна стратегія щодо України» [3] стала базою для прийняття ряду рішень Уряду України [4] та комплексної Програми інтеграції до Європейського Союзу, що була схвалена урядом, а згодом - Указом Президента України [5]. Програма як фундаментальний політичний та правовий документ відображає перспективи розвитку України у європейському напрямі. Вона стала новою віхою на шляху

євроінтеграції після УПС, Стратегії інтеграції 1998 р. та «Загальної стратегії» 1999 р. Це – відображення нового етапу, на якому почався перехід від розробки концептуальних положень інтеграції до активної імплементації Угоди з ЄС та до повсякденної роботи з реалізації Стратегії інтеграції 1998 р., зокрема, – курсу на набуття Україною асоційованого статусу щодо ЄС, а згодом – членства в ЄС.

Правові питання займають провідне місце і у Програмі інтеграції України до Європейського Союзу [5].

На основі вказаних нормативних актів було затверджено Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу (Закон від 18.03.2004 р. [6]), що визначає не тільки пріоритетні сфери такої адаптації, а й механізми та методологію здійснення такої адаптації.

На виконання Загальнодержавної програми адаптації Постановою Кабінету Міністрів України від 15.10.2004 р. № 1365 «Деякі питання адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» [7] було затверджено Положення про Координаційну раду з адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу та Порядок підготовки та реалізації щорічного плану заходів з виконання Програми.

Щороку Кабінетом Міністрів України приймається план заходів щодо адаптації законодавства України до законодавства ЄС на поточний рік і щороку затверджуються відповідні звіти про реалізацію відповідного плану Державного департаменту з питань адаптації законодавства України. Проблема в даному випадку полягає у тому, що здебільшого 40-50% вимог, встановлених планом заходів не виконуються, що призводить до відтягування і ускладнення процесу адаптації в цілому.

За роки, що минули з часу прийняття вказаних нормативних актів мало що змінилось у цивільному законодавстві України. На цьому шляху має бути проведена велика робота по усуненню дублювання та розбіжностей у сфері договірного права, по оновленню масиву підзаконних нормативно-правових актів, а також договірної та судової практики щодо застосування цивільного і господарського законодавства, а також взяття до уваги досвіду Європейського Союзу у сфері регулювання договірних відносин.

Використані джерела:

1. Луць В.В. Договірне право України: сучасний стан і тенденції розвитку // Юридичний вісник. – 2009. - № 2 (11). — С. 52-55.

2. Вишняков О. К. Апроксимація правового забезпечення цивільних майнових відносин в Україні до умов внутрішнього ринку Європейського Союзу: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / О. К. Вишняков. - Одеса, 2008. – 18 с.

3. European Council Common Strategy of 11 December 1999 on Ukraine //Official Journal of the European Communities.- L 331.- 23 December 1999. - P. 1-9.

4. Про приведення рішень Кабінету Міністрів України у відповідність з Угодою про партнерство та співробітництво між Україною та Європейськими Співтовариствами (Європейським Союзом): Постанова Кабінету Міністрів України від 29.03.2000 р № 575 // Урядовий кур'єр. – 2000 р. - № 61. - С. 10.

5. Про Програму інтеграції України до Європейського Союзу: Указ Президента України від 14.09.2000 р. № 1072/2000 // ОВУ. - 2000. - № 39. - Ст. 1648

6. Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: Закон України від 18.03.2004 р. // ВВР. – 2004. - № 29. — Ст.367.

7. Деякі питання адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: Постанова Кабінету Міністрів України від 15.10.2004 р. № 1365 // ОВУ. – 2004. – № 42. — Ст. 2763.

Анікіна Галина Володимирівна
старший викладач кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління

ПРОБЛЕМИ ТАНАТОЛОГІЇ: ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Термін “танатологія” походить від грецького “thanatos” – смерть і “logos” – вчення, і в перекладі означає “вчення про смерть”.

Що ж являє собою наука, що досліджує одну з важливих форм буття людського тіла, яке її історичне коріння?

Засновником танатології вважають патологоанатома Г. Шора, який в 1925 році написав монографію “О смерти человека” в котрій писав: точні спостереження за вмираючими і тими хто приречений на смерть, а також лабораторні дані навчать нас зберегти життя тих, хто живе… Танатологія повинна бути визнана як складова частина загальномедичної освіти не тільки біля ліжка хворого, а й біля секційного столу та в профілактичній медицині [2].

Танатологія – це наука про смерть, наука багатопрофільна, вона вивчає її причини, процеси, прояви. Танатологія об’єднує різні сфери знань в цій області: медицину, біологію, фізіологію, історію, культурологію, філософію, психологію, фізику, релігію.

Слід зазначити, що танатологія має пряме відношення і до права. Адже, з подією смерті правові норми пов’язують виникнення, зміну та припинення ряду правовідносин. Насамперед, з правового погляду, потребує вирішення питання щодо критеріїв смерті, адже визначення моменту настання смерті для юридичної теорії і практики є проблемою, значення якої важко переоцінити. Надзвичайно важливо подолати розбіжності які на сьогодні існують між юридичним та медичним підходом до визначення поняття смерті.

З подією смерті тісно пов’язані також проблеми трансплантації органів тканин від померлого донора. Проблема вилучення органів від померлого є найбільш гострою та найменш вирішеною проблемою сучасної трансплантології, яка окрім численних медичних аспектів підіймає і ряд фундаментальних правових, моральних і етичних питань, які потребують законодавчого вирішення.

Яскравим свідченням зацікавленості подією смерті є також всесвітній бум обговорення проблеми права людини на смерть та підвищений інтерес до проблеми евтаназії, яку можна назвати однією із найбільш спірних і невирішених медико-деонтологічних, релігійно-етичних і юридичних проблем сучасності.

Важливість вивчення обставини смерті поширюється також на питання цивільних прав та обов’язків, які виникають, змінюються, припиняються у зв’язку з настанням даної життєвої події. Так, факт смерті громадянина — обставина, що припиняє правовідносини між померлим і його дружиною, дітьми, припиняються також усі правовідносини тісно пов’язані з особою померлого, за винятком тих які переходять в порядку правонаступництва. Одночасно дана подія смерті викликає виникнення ряду прав і обов’язків для інших осіб: після закінчення певного строку з дня смерті громадянина виникають правовідносини, пов'язані з реалізацією права дружини, дітей на спадщину, тощо. Подія смерті також є підставою для заміни учасників правовідношення – є підставою для зміни павовідносин.

Все це дає підстави вважати, що лише медичного тлумачення терміна “танатологія” недостатньо. Сучасна танатологічна думка звертає увагу на необхідність включення не тільки філософських, культурологічних, біологічних її аспектів, але і правових. Доречно зауважує у своїй праці О. Старовойтова: смерть – це явище не тільки біологічне, але і соціальне, так само як і народження, злочинність [1, 78].

Необхідність вдосконалення законодавства, підвищення ефективності дії вже існуючих норм права які стосуються смерті фізичної особи потребує детального вивчення даного юридичного факту. Більше того, на наш погляд, потрібно вести мову не тільки про медичну чи філософську танатологію, але і правову, яка б включала в себе систему правових знань, відносин, смерть для яких є підставою для виникнення, зміни чи припинення. Предметом правової танатології повинні виступати і юридичні наслідки, що настають в

результаті настання цієї життєвої події. Юридичний аспект танатології повинен включати в себе також правові цінності, норми, якими керуються юристи і всі громадяни, дані норми повинні обов'язково знайти своє відображення в законодавстві. Предметом правової танатології може бути вся система правових знань і понять про смерть та її юридичні наслідки.

Привернення уваги теоретиків права до дослідження правових проблем танатології буде корисним в майбутній комплексній розробці таких складних питань як поняття смерті, критерії смерті, смерть як юридичний факт та ін. Адже законодавчі гарантії забезпечення інтересів людей, які завершують свій життєвий цикл, захист їх танатологічних прав, охорона і збереження пам'яті про померлих з боку суспільства і держави є необхідними компонентами, які характеризують цивілізоване суспільство і правову державу.

Використані джерела:

1. Старовойтова О. Э. Юридический механизм реализации и защиты соматических прав человека и гражданина в Российской Федерации: историко-правовой и теоретический анализ: дис. ... доктора юрид. наук: 12.00.01. / Старовойтова Ольга Эдуардовна. – М., 2007. – 376 с.

2. Шор Г.В. О смерти человека (введение в танатологию) / Шор Г. В. - Л.: Кубуч, 1925. – 234 с.

Банасевич Ірина Іванівна,
кандидат юридичних наук , доцент кафедри цивільного права юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника

МІРИ ОПЕРАТИВНОГО ВПЛИВУ У ДОГОВОРІ БУДІВЕЛЬНОГО ПІДРЯДУ

Від цивільно-правової відповідальності як покладення на правопорушника нового додаткового обов'язку або позбавлення суб'єктивного права слід відрізняти засоби оперативного впливу (оперативні санкції). Як зазначав В.В. Луць, останні не відновлюють початкового майнового стану потерпілої сторони, а спрямовані на запобігання конкретним порушенням у майбутньому, виконують забезпечувальну функцію, мають запобіжний характер і можуть застосовуватись в оперативному порядку односторонньо управомоченою стороною без звернення до юрисдикційного органу [1, с.129].

В.П.Грибанов відзначав, що поряд із цивільно-правовою відповідальністю, цивільному праву властиві й інші форми та способи впливу на поведінку людей. Наприклад, міри оперативного впливу, державно-примусові міри превентивного і регулятивного характеру, які не можуть бути ототожнені із юридичною відповідальністю, оскільки не відповідають ознакам відповідальності [2, с.38-39]. Б.І. Пугінський також виключав можливість визначати міри оперативного впливу як санкції, «оскільки хоча вони і є реакцією на правопорушення, але не потребують застосування державного примусу. Оперативний вплив здійснюється контрагентами один на одного безпосередньо, без звернення до правоохоронних органів, тоді як застосування санкцій не може існувати поза діяльністю таких органів» [3, с.143-144].

Звісно, виходячи із розуміння мір оперативного впливу як таких, що не належать до мір цивільно-правової відповідальності, слід зауважити, що вони входять у систему мір захисту суб'єктивних цивільних прав та охоронюваних законом інтересів так як і міри цивільно-правової відповідальності. Саме тому, приділяючи так багато уваги таким мірам цивільно-правової відповідальності за невиконання чи неналежне виконання договору будівельного підряду, як відшкодування збитків та сплата неустойки, не можна не розглядати численну кількість мір оперативного впливу, якими наділені сторони даного договору.

Отже, виходячи із аналізу діючого законодавства України, міри оперативного впливу можна диференціювати по їх зв'язку із:

Простроченням здійснення будівельних робіт підрядником;

Недоліками при здійсненні будівельних робіт підрядником;

Простроченням оплати робіт замовником;

Ненаданням замовником матеріалу, устаткування, води та електроенергії тощо, якщо таке передбачено договором.

Міри оперативного впливу у випадку недоліків при здійсненні будівельних робіт, в свою чергу, розрізняються за часом їх виявлення:

в ході будівництва;

в ході експлуатаційних випробувань;

після прийняття об'єкта, якщо про них було повідомлено підрядника в межах гарантійного строку.

Враховуючи вищенаведену диференціацію, можна визначити, що замовник наділений наступними мірами оперативного впливу на підрядника:

У випадку прострочення на початку будівельних робіт замовник має право: вимагати початку будівельних робіт, якщо протягом додаткового часу підрядник не починає будівельні роботи - відмовитись від договору.

Прострочення завершення всіх будівельних робіт дає замовнику право: вимагати завершення всіх будівельних робіт, встановивши додаткові строки; відмовитись від договору; доручити виконання роботи іншій особі за рахунок підрядника.

У випадку виявлення незначних недоліків в момент прийняття об'єкта замовник має право: вимагати безоплатного усунення недоліків об'єкта; доручити усунення недоліків новому підряднику за рахунок попереднього; вимагати пропорційного зменшення ціни робіт.

У випадку виявлення істотних відступів від умов договору або недоліків у роботі, які не можуть бути усунені чи не були усунені у встановлений строк, замовник має право відмовитись від договору.

У випадку виявлення недоліків після прийняття робіт в межах гарантійного строку замовнику може бути надано право: вимагати усунення недоліків, якщо в момент їх виявлення не було відомо, що вони не підлягають усуненню; вимагати пропорційного зменшення ціни робіт; доручити усунення недоліків іншій особі за рахунок підрядника, якщо недоліки не були усунені у встановлений замовником строк.

У випадку виявлення недоліків, за які підрядник не відповідає, замовник має право на їх усунення за власний рахунок.

Підрядник в свою чергу також наділений мірами оперативного впливу на замовника, зокрема: у разі неможливості використання матеріалу (деталей, конструкцій) або устаткування, наданого замовником, без погіршення якості виконуваних робіт підрядник має право відмовитися від договору та вимагати від замовника сплати ціни робіт пропорційно їх виконаній частині; у випадку внесення змін до кошторису, що потребують додаткових робіт, вартість яких перевищує десять відсотків визначеної у кошторисі ціни, без згоди підрядника, останній має право відмовитись від договору; підрядник має право не розпочинати роботу, а розпочату роботу зупинити, якщо замовник не надав матеріалу або устаткування і цим створив неможливість виконання договору. Не можна забувати також про право підрядника на притримування результату роботи, а також устаткування, залишку невикористаного матеріалу та іншого майна замовника, яке є у підрядника, якщо замовник не сплатив встановленої ціни роботи або іншої суми, належної підрядникові у зв'язку з виконанням договору підряду.

Як бачимо, перелік мір оперативного впливу у договорі будівельного підряду є достатньо широким, проте невичерпним, оскільки такі міри передбачені не тільки актами цивільного законодавства, але й можуть встановлюватись самими сторонами у договорі і це не випадково, так як основною ознакою, яка дає можливість нам об'єднати усі міри оперативного впливу в єдину групу, є можливість встановлення та застосування їх суб'єктами цивільних правовідносин самостійно, без звернення до юрисдикційних органів.

Використані джерела:

1. Луць В.В. Контракти у підприємницькій діяльності: навч. посібник. – 2-е вид., перероб. і доп. / В.В. Луць. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 576 с.

2. Грибанов В.П. Ответственность за нарушение гражданских прав и обязанностей. / В.П. Грибанов – М., 1973.

3. Пугинский Б.И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. / Б.И.Пугинский – М.: Юрид. лит., 1984.

Барахтян Наталя Веніамінівна,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри господарського права,
Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЕКОНОМІКИ

Державне регулювання називається одним з напрямів державного впливу на розвиток економічних процесів у сучасний період нарівні із плануванням організаційної діяльності, стимулюванням і контролем, державним моніторингом, державним протекціонізмом (тобто підтримкою приватного підприємництва), правовою організацією державного сектора ринкової економіки.

Аналізуючи останні публікації, пов'язані з проблемою державного регулювання економіки, слід зазначити, що цей напрямок потребує більш глибокого осмислення та адекватної правової оцінки. Правові аспекти вищезазначеної проблеми є предметом дослідження таких вчених-юристів, як Д. Задихайло, В. Мамутова, Н. Саніахметової, А. Бобкової, Т. Кравцової та ін., де зазначено, що державне регулювання економіки та підприємницької діяльності необхідне саме в перехідний період до ринкової економіки як додатковий механізм до системи саморегулювання формуючого ринку, спрямований на корегування економічної поведінки в інтересах суспільства.

Але слід зазначити, що деякі проблеми залишились поза межами досліджень та потребують детальнішого розгляду. Зокрема, це стосується деяких конкретних елементів ринку, до яких необхідно застосувати досконалий правовий аналіз, регулювання таких відносин з боку держави. Наприклад, це стосується інноваційної політики, фондового ринку тощо. Тому метою даної роботи є подальше дослідження стратегії державного регулювання економіки в контексті її правового забезпечення.

Виходячи з того, що Господарський кодекс – це вища ланка в системі господарського законодавства, слід звернути увагу на більш детальне та якісне законодавче забезпечення державної економічної політики. Це зумовлено тим, що в процесі реалізації положень ГК виявились деякі неспівпадіння між кодифікованими нормами та діючими нормами господарського законодавства, які були прийняті раніше до введеного в дію ГК з 1 січня 2004 р.

Тому деякі вчені-юристи активізують питання ветування Господарського кодексу та його відміну, ставлячи перед собою мету «інкорпорації Господарського кодексу в Цивільний кодекс України». Контраргументом з цього приводу може стати Концепція модернізації господарського законодавства на базі Господарського кодексу України (проект), розроблена Інститутом економіко-правових досліджень НАН України, яка передбачає більш якісне нормативно-законодавче забезпечення державної економічної політики.

Виходячи із Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» від 11 вересня 2003 р. № 1160-VI. Слід зауважити, що на теперішній час передбачені нові вимоги до законотворчості, які направлені на підвищення результативності господарського законодавства та адаптування національного господарського законодавства відповідно до світових стандартів та тенденцій розвитку економіки України.

Ця концепція передбачає такі важливі положення.

По-перше, модернізація господарського законодавства повинна здійснюватися з урахуванням виявлених тенденцій правового, економічного, політичного і соціального розвитку в нашому суспільстві.

По-друге, модернізація господарського законодавства не можлива без використання системного підходу в процесі узгодження нормативних актів між собою на різних рівнях і в різних площинах.

По-третє, при формуванні в уточненні концепції модернізації господарського законодавства необхідно враховувати особливості його окремих підгалузей і їхній вплив на розвиток господарського законодавства в цілому. Кожна з них має свою специфіку, але всі вони на сучасному етапі не можуть розвиватися гармонійно без необхідного обліку інноваційної та складової її впливу на функціонування економіки країни в умовах ринкових відносин.

По-четверте, створення концепції модернізації господарського законодавства неможливе без осмислення і сприйняття вже існуючих наукових результатів як вітчизняних, так і закордонних учених, оскільки вони можуть бути надзвичайно актуальними і корисними в умовах системної трансформації економіки і законодавства.

Слід також зазначити, що практична діяльність, по модернізації господарського законодавства, здійснювана, по можливості, на основі дійсної Концепції, включає такі основні етапи:

оцінка сучасного стану цієї галузі законодавства, виявлення його основних проблем і протиріч;

визначення вихідних позицій удосконалення законодавства;

прогноз подальшого розвитку господарського законодавства і його найважливіших інститутів;

визначення основних, першочергових, поточних і перспективних напрямків удосконалення господарського законодавства і його реалізації. Науково обґрунтована концепція, таким чином, може стати надійним інструментом для практичної правотворчої роботи в цій сфері.

Цілі господарського законодавства у процесі переходу до ринкової економіки направлені саме на зміну поведінки господарюючих суб'єктів, яка оцінюється на відповідність чи невідповідність дозволам чи заборонам, що містяться у конкретних нормах – це правові цілі законодавства. Оскільки зміна поведінки суб'єктів відбувається у господарській сфері, то вона має безпосередньо економічний характер, що дає можливість додатково виокремити й економічні цілі господарського законодавства.

Цілям притаманна певна самостійність і стабільність, так би мовити, статичність, а функції повинні відповідати цілям та бути спрямованими на їх реалізацію, тому вони характеризуються динамічністю і гнучкістю.

Правовою ціллю господарського законодавства є перш за все укріплення суспільного господарського порядку. Відповідно до ст. 5 ГК правовий господарський порядок в Україні формується на сонові оптимального поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів, виходячи з конституційної вимоги відповідальності держави перед людиною за свою діяльність та визначення України як суверенної і незалежної, демократичної, соціальної, правової держави. Суб'єкти господарювання та інші учасники відносин у сфері господарювання повинні здійснювати свою діяльність у межах встановленого правового господарського порядку, додержуючись вимог законодавства.

Бедюк Наталія Андріївна
студентка 2 курсу, юридичного факультету
Київського національного університету імені Т.Шевченка

ЕВТАНАЗІЯ - ДОБРОВІЛЬНИЙ СМЕРТЕЛЬНИЙ ВИРОК

Як відомо, найцінніше, що має кожна людина — це її життя, і ніхто не може її позбавити цього права. Але в сучасному світі дуже актуальним і дискусійним стало питання, щодо застосування такого медичного способу, як «евтаназія». Тому, через широту цього поняття, серед багатьох вчених у галузі медицини, права і філософії немає одностайної думки.

Евтаназія (з лат. eu – добра і thanatos – смерть) — це свідомо вчинюване діяння медичного працівника, яке спрямоване на припинення нестерпних фізичних та психічних страждань пацієнта та здійснюються за неодноразовим чи одноразовим проханням пацієнта або його законного представника, які є повністю, або об`єктивно та своєчасно інформовані про наслідки такого втручання, з метою припинення цих страждань, що спричинили смерть пацієнта[1,9]. Вперше цей термін був застосований в XVI ст. у праці англійського філософа Френсіса Бекона «Advancement of Learning».

Існує декілька різновидів евтаназії залежно від:

1) активності самого медичного працівника:

«метод наповнення шприца» (активна евтаназія) — це сукупність певних дій, які прискорюють смерть хворої особи(введення смертної дози ліків);

«метод відкладеного шприца» (пасивна евтаназія) — це процедура, при якій, навпаки, не виконуються певні дії, що призводить до смерті;

2) мотивів медичного працівника:

«пряма евтаназія» наявна в тих випадках, коли лікар сам, з певних причин перериває життя людини;

при «непрямій евтаназії» смерть хворого наступає як побічний наслідок дій лікаря [1,9].

З одного боку евтаназія порушує принцип «права на життя», а з іншого — вона допомагає закінчити страждання хворої людини і, таким чином допомогти їй.

На сучасному етапі евтаназія, як один із медичних засобів, набула чинності в декількох країнах (Швейцарія, Китай, Уругвай, США (у 23 штатах), Нідерланди (з 2002 року), Бельгія (з 2003 року)). Але не дивлячись на це, Всесвітня медична асоціація – професійне об`єднання лікарів — не визнає евтаназію. І навіть Клятва Гіппократа, яка базувалась на почутті моральної відповідальності за свої дії і беззаперечної поваги до життя від моменту зачаття людини, виступає проти. Вона є гарантом безпеки пацієнта. В ній зазначалося: «…нікому, навіть за бажанням, не дам смертоносної отрути, і нікому не буду її радити…в чистоті та непорочності проводитиму своє життя та діяльність…».

Більшість міжнародних нормативних актів (Загальна міжнародна декларація прав людини від 16 грудня 1948 р., Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 4 листопада 1966 року) також не допускають евтаназію. Європейський суд з прав людини у всіх справах, які стосувалися права на життя звертав увагу на захист державою життя[2,43].

В Україні євтаназія заборонена. Так, згідно зі ст.27 Конституції України «кожна людина має невід`ємне право на життя. Ніхто не може свавільно позбавлений життя. Обов`язок держави — захищати життя людини». «Етичний кодекс медичної сестри України» і «Основи законодавства України про охорону здоров`я» (ст.52) також заперечують застосування цього засобу. На нашу думку, в Україні на даний момент не є доречним узаконювати евтаназію. У нашій країні рівень медичного обслуговування не на високому рівні, тому штучне припинення життя призведе тільки до негативних правових і моральних наслідків, а саме суспільство, в свою чергу, буде все менше і менше довіряти лікарям та їх діагнозам.

Зараз дуже популярним стало обговорення оптимальної заміну евтаназії. Мова йде про паліативну допомогу. Для цього створюють спеціальні заклади – хосписи (St.Cristopher`s

Hospice). Хосписи — це спеціально створені притулки по догляду за хворими. В таких закладах лікарі намагаються полегшити страждання хворих (як фізично, так і морально), при цьому не призводячи до прискорення їхньої смерті[3,23]. Навіть Рада Європи в 1999 році надала перевагу використанню паліативних засобів замість евтаназії. Звичайно, знову ж таки, говорячи про українську медичну систему, ми не можемо сказати про можливість створення таких спеціальних установ на сучасному етапі. Хоча, можливо, що це один із найбільш оптимальних варіант в заміні евтаназії.

Взагалі, проблема з евтаназією ще довгий період часу буде дискусійною. Кожна країна повинна самостійно вирішувати питання щодо легалізації цього медичного явища. Для цього потрібно враховувати рівень медицини, рівень смертності, статистичні данні найбільш розповсюджених хвороб, і результати лікування від них. Ми вважаємо, що є недоцільним узаконення евтаназії. Так, звичайно, коли людина сильно страждає від нестерпного болю і сама пропонує позбавити її життя, то з цього боку, евтаназія діє, як засіб, який рятує. Але потрібно брати до уваги те, чи дійсно хвора особа бажає настання своєї смерті? Адже вченими доведено, що фактор болю здатен пересилювати і притупляти діяльність людського мозку, що в свою чергу призводить до того, що хвора особа не може контролювати свої дії. Потрібно звернути увагу і на психологічний стан хворої людини. Така особа знаходиться в безвихідному становищі. Можна сказати, що їй страшно, тому і діє вона не зовсім свідомо також. При розгляді цього питання згадуються такі фрази, як «надія помирає остання» і «кожен має право на диво». Звичайно, ці позитивні слова в чийомусь випадку можуть стати дійсністю, а для когось лише — нереальним явищем, але це не означає, що потрібно здаватися і опускати руки. В історії медицини відомо чимало випадків, коли організм абсолютно безнадійного пацієнта знаходив в собі сили боротися з хворобою. Тому, все в нашому житті можливе, і кожен має право на довголітнє життя.

Якщо розглядати евтаназію з суто медичної точки зору, то легітимізація цього явища призведе до того, що зупиниться розвиток медицини. Адже буде легше просто поставити хрест на чийомусь житті, ніж шукати засоби в боротьбі з хворобою. Оскільки тяжкі хвороби в певному розумінні виступають стимулом в боротьбі за людські життя.

Використані джерела:

1. Чорнобровський М.П., Стефанчук Р.О.,ЛозінськаС.В.Еутаназія: pro et contra(філософсько-правовий підхід)//Вісник Хмельницького інституту регіонального управління.-2004.-№4.- 9с.

2. Панюхіна Ю. Морально-правові аспекти євтаназії.-Київ,2009.-№ 4(82).-43с.

3. Домбровська О. Щодо правових аспектів легалізації евтаназії//Право України.-2008.-№10.-19с.

Белогуб Александра Александровна,
студентка 4 курса экономико - правового факультета,
Одесского национального университета им. И.И. Мечникова

БРАЧНЫЙ ДОГОВОР И ЕГО ОСОБЕННОСТИ.

Правовой институт брачного договора (контракта) появился в странах бывшего СССР сравнительно недавно, но уверенно приобретает популярность. Все больше супружеских пар, состоящих в браке и тех, кто изъявил намерение вступить в брак, независимо от своего материального положения и наличия на момент составления брачного договора дорогостоящего имущества стараются урегулировать свои материальные взаимоотношения с помощью брачного договора.

Не стоит думать, что брачный контракт заключают только очень состоятельные люди. В наши дни этот документ может обычным семьям не только избежать многих проблем при разводе, но и, напротив, укрепить брак.

Вопреки общепринятому мнению, право первенства в изобретении брачного контракта не принадлежит ни современной Европе, ни Америке, где заключение такого договора является обыйденным делом. Этот документ не так молод, как мы думаем. Тысячи лет назад в Древней Греции и Риме мужчина и женщина, прежде чем создать семью, оформляли соглашение, где описывали свои имущественные отношения, сразу обсуждая также и вопросы наследования в будущем совместно нажитого имущества. Это не считалось постыдным или позорным, и такая «страховка» была очень распространена вплоть до прихода христианства. В последующие времена «священный союз» заключался и регулировался исключительно церковью.

Восстановление института брачного контракта вновь началось лишь в конце XVIII - начале XIX века во Франции, Англии, Германии, Австрии. Контракт приобретает юридическую силу с того момента, когда на смену церковному приходит так называемый светский брак. [1,76]

Сейчас брачный контракт наиболее распространен в странах Западной Европы, Америке и Канаде (например, в США каждая пятая, а во Франции каждая третяя пара при вступлении в брак заключает брачный контракт). Такой популярностью он обязан мощным феминистическим движениям и борьбе «слабой половины» за свои права, равноправие мужчины и женщины в браке.

В нашей стране, в советский период, брачно-семейным законодательством имущественные отношения супругов регулировались только законом. Какие-либо соглашения по управлению и распоряжению совместным имуществом противоречили закону и являлись недействительными. Главной причиной этого было то, что имущество супругов в основном составляли предметы потребления (одежда, мебель и т.п.), поэтому "делить", как правило, было нечего. И, кроме того, предполагалось, что в советской семье духовное начало преобладает над материальным. Однако, с развитием отношений частной собственности ситуация изменилась. Появились семьи, владеющие значительными доходами, у которых возникла потребность защитить свое богатство, свой капитал. Так в 1992 году в статью 27-1 Кодекса о браке и семье были внесены изменения и граждане Украины получили возможность заключать брачный контракт. [2,1]

С принятием Семейного кодекса Украины и вступлением его в силу оживилось нормативно-правовое регулирование семейно-правовых отношений, в том числе и регулирование их с помощью договоров. Так, согласно статье 7 СК, семейные отношения могут быть урегулированы договоренностью (договором) их участников. Этим договором и стал брачный договор.

Итак, что нужно знать о брачном договоре?

Брачный договор заключается, когда жених и невеста хотят заранее определить границы своих прав и обязанностей как во время брака, так и в случае его расторжения. То есть супруги определяют меру свой ответственности: взаимное содержание, участие в совместных доходах и расходах и т.д.

Брачный договор может быть заключен еще до свадьбы, но в действие вступает только после заключения официального брака и заверения документа у нотариуса. Вы также можете заключить договор в любой момент уже во время семейной жизни. [1,76]

Важно отметить, что при заключении брачного договора необходимо придерживаться главного принципа – он должен учитывать максимальное количество возможных вариантов развития ситуации и различных форс-мажорных обстоятельств. Проще говоря, он должен быть «резиновым». Это оградит супругов от лишних операций по его изменению и дополнению. [4,8]

Брачный договор регулирует только имущественные отношения! А это значит, что договор не регулирует обязанности супругов любить друг друга, хранить супружескую верность, не злоупотреблять алкогольными напитками, не вести праздный образ жизни и т.п.

Брачный договор не дает права супругу ограничивать вашу свободу, волю, желания, то есть все то, что Гражданский кодекс относит к личным неимущественным отношениям. Например, не допускается ограничивать право супругов на обращение в суд, то есть в договоре не может быть указано, что раздел имущества будет осуществляться только в

соответствии с данным договором. Нельзя также обязать члена семьи оставить работу, или отказаться от права на раздел имущества. Все права, которые гарантирует вам конституция, остаются при вас.

Имущественные отношения супругов регулируются по их совместному усмотрению. Заключая брачный договор, супруги могут: установить режим совместной, долевой или раздельной собственности на все имущество супругов, на его отдельные виды или на имущество каждого из супругов; определить долю каждого из супругов в принадлежащем им имуществе; определить имущество, которое будет передано каждому из супругов в случае расторжения брака; установить способ участия в доходах друг друга; определить порядок несения семейных расходов, а также любые иные положения, касающиеся имущественных отношений супругов, но не противоречащие закону и не ущемляющие интересы другого супруга (к примеру, жена с маленьким ребенком на руках при разводе обязательно должна получать алименты и т.д.). [3,109]

Подводя итог сказанному, хотелось ещё раз обратить внимание, что практика заключения брачных договоров пока ещё не нашла широкого применения в нашей стране. Этому способствовали различные факторы: возникновение института брачного договора только в 1992 году, а ведь в мировой практике этот институт возник ещё в XVIII веке; отсутствие давних традиций составления брачных договоров и судебной практика в области споров, возникающих из этого договора; непринятие советстким поколением этого договора, т.к. они всю жизнь прожили без подобных договоров, то и молодой семье это не даст ничего, кроме ссор и конфликтов; неприветствие различными религиями решения вопроса взаимоотношений супругов (пусть даже и имущественных) по иным законам, отличным от данных свыше и т.д. Однако, несмотря на вышеперечисленные негативные причины, которые не дают широкого распространения брачного договора, существуют и положительные факторы, которые нельзя не учесть при решении вопроса о необходимости заключения договора, как, например, уменьшение риска остаться после развода «ни с чем», закрепление за собой личного имущества, получение уверенности в будущем и в супруге, т.к. сам по себе брачный контракт является отличным сдерживающим фактором. Он повышает степень ответственности обоих супругов, ограждает от расплаты за ошибки своей половины (если он или она влезли в долги).

И напоследок, заключать или не заключать брачный договор – решать Вам. Помните, что все зависит от вашей семьи и отношений, но в то же время брачный договор является если и не гарантией семейного счастья, то уж точно гарантией относительно безоблачного будущего и уверенности в завтрашнем дне каждого из супругов!

Использованные источники:

1. Сосипатрова Н.Е. Брачный договор: правовая природа, содержание, прекращение // «Государство и право». 2005. № 3. С. 76.

2. Чашин А.Н. Актуальные проблемы субъектов брачного договора / Нотариус, 2008, № 2.

3. Жилинкова И.В. Брачный контракт: действующее законодательство и перспектива его развития / И.В. Жилинкова // Право Украины. –2009. – № 6. – С. 109.

4. Явор О.А. Функция брачного контракта в семейном праве Украины : автореф. дис... канд. юрид. наук / О.А. Явор. –Харьков, 2006. – С. 8.

Бернацький Андрій Віталійович,
студент 4 курсу Київського університету права НАН України

ОСОБЛИВОСТІ ЛІКВІДАЦІЇ БАНКІВ

Нова редакція Закону «Про банки і банківську діяльність» була прийнята 7 грудня 2000 року. Цей Закон встановив особливості ліквідації комерційних банків, до яких відносяться: підстави ліквідації; процедуру ліквідації; черговість задоволення вимог. Слід зазначити, що в цей закон вносились зміни, що стосувалися ліквідації, а саме ст. 87 було доповнено положеннями, які стосувалися дій, вчинюваних банком під час ліквідації, які пов'язані з повідомленням Фонду гарантування вкладів фізичних осіб (Закон України від 20.09.2001 р. за № 2740-III).

Стаття 87 Закону встановлює, що банк може бути ліквідований: з ініціативи власників банку; з ініціативи Національного банку України (у тому числі за заявою кредиторів). Отже, як бачимо, підстави для ліквідації банку, визначені у ст. 87 Закону відрізняються від підстав встановлених ст. 110 ЦК. Викликає також критику застосування терміну «з ініціативи», оскільки ініціатива не є підставою для початку процедури ліквідації. До того ж слід звернути увагу на те положення ст. 87 Закону, яке передбачає можливість ліквідації банку «за ініціативи власників». Чинне законодавство не передбачає такого суб'єкта, як «власник юридичної особи». Оскільки банк створюється в організаційно-правовій формі акціонерного товариства або кооперативного банку, то, на нашу думку, доцільно було б внести зміни в ч. 1 ст. 87 і викласти в такій редакції «Банк може бути ліквідований:

1) за рішенням загальних зборів;

2) за рішенням Національного банку України (у тому числі за заявою кредиторів)».

Ч. 4 ст. 110 ЦК України встановлює, що особливості ліквідації банків встановлюються законом про банки і банківську діяльність. Тобто закон «Про банки і банківську діяльність» не забороняє використовувати загальні підстави ліквідації, якщо вони не суперечать положенням закону. Таким чином можна дійти до висновку, що банк може бути ліквідований за рішенням суду про визнання судом недійсною державної реєстрації юридичної особи через допущені при її створенні порушення, які не можна усунути. Щодо інших підстав ліквідації, передбачених ЦК (у зв'язку із закінченням строку, на який було створено юридичну особу, досягненням мети, для якої її створено), то вони не можуть бути застосовані по відношенню до банків, оскільки банк створюється на постійній основі (безстроково) і не може мати конкретної мети, після досягнення якої б відбувалася ліквідація.

В той же час є підзаконний акт, який регулює порядок ліквідації банків, а саме Положенням про застосування Національним банком України заходів впливу за порушення банківського законодавства, затвердженим постановою Правління Національного банку України від 28.08.2001 за № 369. Зазначений нормативний акт встановлює багато особливостей щодо процедури ліквідації. Так, відповідно до Положення, Правління Національного банку приймає постанову про відкликання банківської ліцензії та призначення ліквідатора банку, якою: призначається ліквідатор; припиняються повноваження правління (ради директорів), ради банку і загальних зборів банку; надається доручення Юридичному департаменту ініціювати процедуру ліквідації банку в суді. Із зазначеного переліку дій можна зробити висновок, що ліквідатор банку призначається до прийняття рішення судом про ліквідацію банку. Припинення повноважень загальних зборів не дає можливості вирішуватися корпоративні питання, зокрема щодо припинення обігу акцій, їх анулювання тощо. На нашу думку, слід виключити з цього нормативного акту положення, які стосуються порядку ліквідації банків, оскільки це суперечить ч. 4 ст. 110 ЦК.

Хотілося б звернути увагу на порядок задоволення вимог кредиторів за ЦК (ст. 112) і Законом «Про банки і банківську діяльність» (ст. 96). Перші дві черги майже не відрізняються і стосуються у зобов'язань, що виникли внаслідок заподіяння шкоди життю та здоров'ю громадян (п. 1. ч. 1 ст. 96 Закону). ЦК визначає першу чергу більш широко, відносячи до неї також вимоги кредиторів, забезпечені заставою та іншим способом. До

другої черги Закон відносить грошові вимоги по заробітній платі, що виникли із зобов'язань банку перед працівниками до порушення процедури ліквідації банку. І тут ЦК більш широко визначив цю категорію, віднісши до неї вимоги працівників, пов’язані з трудовими відносинами (не обмежуючись виключно заробітною платою) та вимоги автора, про плату за використання результату його інтелектуальної, творчої діяльності.

Щодо наступних черг, передбачених ч. 1 ст. 96 Закону, то вони зумовлені особливостями діяльності банків. Хоча на нашу думку дещо безпідставним є відсутність у жодній із черг вимог щодо податків та зборів (обов’язкових платежів).

Відмінностями у процедури ліквідації банку є наступні:

опублікування ліквідатором оголошення про відкриття ліквідаційної процедури у газеті «Урядовий кур'єр» чи «Голос України» (ст. 89 Закону). ЦК в ч. 4 ст. 105 встановлює, що комісія з припинення юридичної особи поміщає в друкованих засобах масової інформації, в яких публікуються відомості про державну реєстрацію юридичної особи, що припиняється, повідомлення про припинення юридичної особи. Такі особливі вимоги щодо опублікування оголошення про ліквідацію банків необхідні для повідомлення широкого коло осіб, які є кредиторами банку;

надання права кредитором у строк до одного місяця з дня опублікування оголошення про відкриття ліквідаційної процедури подавати заяву ліквідатору про свої вимоги до банку (ст. 89 Закону). За ЦК цей строк не може становити менше двох місяців з дня публікації повідомлення про припинення юридичної особи (ч. 4 ст. 105). Отже, кредитори банків знаходяться у менш вигідному становищі по відношенню до кредиторів інших юридичних осіб;

Також істотною відмінністю є момент завершення ліквідації банку. Ст. 98 Закону передбачає, що ліквідація банку вважається завершеною, а банк ліквідованим з моменту внесення запису про це до Державного реєстру банків після ухвалення звіту ліквідатора. Це положення суперечить окремим положенням ЦК. Так, ч. 2 ст. 104 встановлює, що юридична особа є такою, що припинилася, з дня внесення до єдиного державного реєстру запису про її припинення, а не до Державного реєстру банків, як це передбачено в ст. 98 Закону. В той же час, як нами зазначалося вище, ч. 4 ст. 110 ЦК встановлює, що особливості ліквідації банків встановлюються законом про банки і банківську діяльність. Але внесення такого запису суперечить ч. 4 ст. 87 ЦК, відповідно до якої юридична особа вважається створеною з дня її державної реєстрації. І в той же час не передбачено, що особливості створення банків встановлюються законом, хоча і в ч. 6 ст. 17 Закону передбачено, що Реєстрація банків здійснюється шляхом внесення відповідного запису до Державного реєстру банків, після чого банк набуває статусу юридичної особи.

Підводячи підсумок, можна сказати, що особливості ліквідації банків зумовлені багатьма чинниками, хоча певні особливості не відповідають чинному законодавству, іноді навіть і принципам розумності, справедливості і рівності.

Бернацький Микита Віталійович
аспірант Науково-дослідного інституту
Приватного права і підприємництва Академії правових наук України

КІМНАТА ЯК ОБ’ЄКТ ПРАВА ВЛАСНОСТІ

В законодавстві Україні не існує єдиних підходів щодо визначення видів об’єктів нерухомості, які за своїм правовим режим визнаються житлом. Традиційним для житлового права Радянського союзу було визнанням житлом таких об’єктів, як житлові приміщення, та житлові будинки. З прийняттям Закону «Про приватизацію державного житлового фонду» (1992 року) об’єктами приватизації стали квартири у багатоквартирних будинків та одноквартирні будинки, які використовуються громадянами на умовах найму. Із зазначеного можна було зробити висновок, що об’єктом приватизації не могли бути приміщення. В той

же час залишалися спірними питання щодо можливості приватизації квартир, в яких проживало два і більше наймачів. 05.02.1997 року Верховною Радою були внесені зміни до Закону «Про приватизацію державного житлового фонду» (надалі Закон) відповідно до яких до об’єктів приватизації були віднесені кімнати у квартирах та одноквартирних будинках, де мешкають два і більше наймачів. Визначення такого виду об’єкту приватизації поставило питання про право власності на спільні приміщення, які знаходилися в комунальних квартирах (коридори, кухні, кладові та інші приміщення) окремі кімнати яких були приватизовані.

Положення про порядок передачі квартир (будинків) у власність громадян, затверджене Наказом Державного комітету України по житлово-комунальному господарству від 15.09.1992 р. № 56, яке втратило чинність у 2010 році, встановлювало лише розрахунок розміру загальної площі, що належить кожному наймачеві у квартирі, де мешкають два і більше наймачів, визначається як сума площ займаних жилих кімнат з урахуванням площі балконів, лоджій та терас і площі підсобних приміщень квартири, яка розподіляється між всіма наймачами пропорційно площі займаних ними жилих кімнат. Такий розподіл загальних приміщень, які знаходилися у комунальній квартирі, фактично був потрібен лише для визначення права на безоплатну приватизацію. Відповідно до Закону, передача житла у власність громадян здійснювалася безоплатно, виходячи з розрахунку санітарної норми (21 квадратний метр загальної площі на наймача і кожного члена сім'ї та додатково 10 квадратних метрів на сім'ю). В зв’язку з чим Положення про порядок передачі квартир (будинків) у власність громадян у додатку № 1 навело Приклад обчислення розміру загальної площі квартири, в якій мешкають два і більше наймачів.

4 вересня 2008 року Верховна Рада приймає Закон «Про забезпечення реалізації житлових прав мешканців гуртожитків». Стаття 4 зазначеного закону встановила, що громадяни, на яких поширюється дія цього Закону, які проживають у гуртожитках, що є об'єктами права державної чи комунальної власності, мають право на приватизацію займаного житла у вигляді окремої кімнати (кількох кімнат, жилих блоків, секцій). Не можна не звернути увагу на те, що Законом було виділено такі об’єкти приватизації, як жилі блоки та секції. Наказом Міністерства з питань житлово-комунального господарства України 16.12.2009 № 396, зареєстрованим в Міністерстві юстиції України 29 січня 2010 р. за № 109/17404 затверджене Положення про порядок передачі квартир (будинків), жилих приміщень у гуртожитках у власність громадян. Відповідно до п.1 Положення жилий блок (секція) у гуртожитку - це жиле приміщення, яке складається із декількох жилих кімнат, мешканці яких користуються спільними підсобними приміщеннями. Належність приміщень до жилого блоку (секції) визначається відповідно до проектної документації на гуртожиток.

Але виділення таких об’єктів, як житловий блок (секція) не стало підставою для зміни Закону «Про приватизацію державного житлового фонду» та включення до об’єктів приватизації жилих блоків та секцій, що як на наш погляд є досить правильним, оскільки у будь-якому випадку наймачі житла у гуртожитках ставали власниками саме кімнат або квартир.

Не дивлячись на те, що законодавчими актами виділялися такі об’єкти права власності як кімната, ЦК не включив зазначений об’єкт до видів житла. Стаття 379 Цивільного кодексу визначає, що житлом фізичної особи є житловий будинок, квартира, інше приміщення, призначені та придатні для постійного проживання в них. Отже, як бачимо ЦК, як і ЖК УРСР виділив такий об’єкт як приміщення. В той же час ЦК все ж таки зазначає на такий об’єкт цивільних прав, як кімната. Так, ч. 3 ст.825 ЦК встановлює, що договір найму частини будинку, квартири, кімнати (частини кімнати) може бути розірваний на вимогу наймодавця у разі необхідності використання житла для проживання самого наймодавця та членів його сім'ї.

Не виділяє такого виду об’єкту нерухомості, як кімната і Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень».

Слід зазначити, що на практиці виникають проблемні питання поділу квартир, які знаходяться у спільній власності. Пункт 14 Постанови Пленуму Верховного суду України № 20 від 22.12.1995 р, встановлює, що квартира, яка є спільною сумісною чи спільною

частковою власністю, на вимогу учасника (учасників) цієї власності підлягає поділу в натурі, якщо можливо виділити сторонам ізольовані жилі та інші приміщення з самостійними виходами, які можуть використовуватися як окремі квартири або які можна переобладнати в такі квартири. Отже, не дивлячись на те, що Закон «Про приватизацію державного житлового фонду» встановлює можливість визнання права власності на кімнату у комунальній квартирі, судові органи не надають можливість виділу у приватну власність саму цього об'єкту.

Наказом Міністерства з питань житлово-комунального господарства від 18.06.2007 № 55, зареєстровано МЮ 6 липня 2007 р. за № 774/14041 затверджена Інструкція щодо проведення поділу, виділу та розрахунку часток об'єктів нерухомого майна, яка встановлює, що БТІ готує Висновок щодо технічної можливості виділу в натурі частки з об'єкта нерухомого майна для укладення договору про виділ в натурі частки з об'єкта нерухомого майна або договору про виділ частки з об'єктів нерухомого майна, що є у спільній частковій власності.

З огляду на існування в нашій країні практики проживання як окремих осіб так і сімей у комунальних квартирах, а також можливості приватизації кімнат у таких квартирах, пропонуємо виділити як самостійний об'єкт цивільних прав кімнату (кімнати) у комунальній квартирі та встановити правовий режим спільної часткової власності на нежилі приміщення (кухні, ванни, коридори, кладові, тощо), які знаходяться у спільному користуванні власників кімнат, що знаходяться у комунальній квартирі. Якщо така концепція буде сприйнята законодавством, то не буде проблем з поділом (виділом) спільної власності. У такому випадку не буде потреби додержуватися технічним вимог щодо існування самостійних виходів та використання таких об'єктів, як самостійних квартир, якщо власники квартири, яка знаходиться у спільній власності вирішили поділити таку квартиру та стати власниками кімнат, а не співвласниками квартири.

Білоус Оксана Сергіївна,
здобувачка кафедри міжнародного приватного права
Інституту міжнародних відносин Київського національного університету
ім. Тараса Шевченка

ПРИНЦИПИ МІЖНАРОДНИХ КОМЕРЦІЙНИХ ДОГОВОРІВ УНІДРУА ЯК ДЖЕРЕЛО ПРАВА МІЖНАРОДНОЇ ТОРГІВЛІ

У 1994 році Міжнародний іститут уніфікації приватного права презентував світові Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА, які регламентують порядок укладення і виконання приватних договорів на транскордонному рівні. У 2004 році Принципи були доповнені ще іншими положеннями зобов'язального права.

Цей документ викликав в українській правничій школі дискусію з приводу визначення системи права в рамках, якої відбувається уніфікація цивільноправових норм на міжнародному рівні. Вперше вивченню даної теми приділив увагу О.О. Мережко. У своїй докторській дисертації «Теорія та принципи транснаціонального торгового права (lex mercatoria)» він обгрунтував приналежність Принципів УНІДРУА до транснаціонального торгового права, так званого lex mercatoria, в той же час зазначивши, що lex mercatoria і МПрП є протилежностями, які застосовують для регулювання правовідносин ускладнених іноземним елементом різні методи [1, 117].

На противагу цьому А. В. Смітюх вказує у своїй дисертаційній роботі під назвою «Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА та lex mercatoria в контексті міжнародного приватного права», що більш доцільно розглядати lex mercatoria як частину МПрП: бо предмет lex mercatoria – приватно-правові питання міжнародного комерційного обороту – є частиною МПрП (цивільно-правових відносин, ускладнених іноземним елементом) [2, 181].

На мою думку, ні МПрП ні lex mercatoria не є тими системами права до яких належать уніфіковані на міжнародному рівні норми, що регулюють порядок укладення і виконання міжнародних комерційних договорів.

По-перше МПрП – це галузь національного права, основу якої складають колізійні норми, а тому вона не має відношення до матеріальних норм цивільноправого характеру уніфікованих на міжнародному рівні. Пропоную наступне обгрунтування вузького підходу до розуміння МПрП.

У вітчизняній доктрині міжнародного приватного права, під впливом російської школи права панує думка, що існує два методи: колізійний та метод уніфікації матеріальних норм, вважаю, що потрібно виокремити міжнародно правову уніфікацію норм про договори, якщо тільки не йдеться про уніфікацію колізійних норм, як окремий процес, а під міжнародним приватним правом варто розуміти лише право колізійне. Такий висновок є доцільним з наступних міркувань.

Міжнародне приватне право насправді не є міжнародним, це лише галузь внутрішньодержавного права [3, 10]. Принаймні зараз у сучасній науці МПрП панує найбільш помітна течія позитивізму, згідно з якою МПрП розглядається як частина національного права, що спирається на офіційні джерела права [4, 262]. На доведення цього О.О. Мережко наводить приклад одного із рішень Постійної палати міжнародного правосуддя, де сказано що «норми міжнародного приватного права є скадовою частиною внутрішньодержавного права» [4, 263]. В той же час акти уніфікації допоки вони не пройшли процес трансформації в національне законодавство є нормами міжнароднародного права.

Предметом МПрП, зокрема, є правовідносини між особами правосуб'єктість, яких визначається правопорядками різних держав. Таким чином щонайменше два правопорядки одночасно претендують на врегулювання одного фактичного правовідношення. Між ними виникає протиріччя, яке прийнято позначати терміном «колізія» (від лат. collision - зіткнення). Саме для того і винайдено МПрП аби усунути конфлікт між відповідними правопорядками. А це дозволяє зробити висновок, що причиною існування МПрП є множинність правових систем [3, 12]. В такому випадку не важко припустити, що абсолютна уніфікація, призвела б до однаковості правових систем і зникнення МПрП взагалі.

Для європейських вчених (Ж. Моне, Г. Кох, Л. Містеліс, К. Шмітгофф, Г. Кегель, П. Боршец, Р. Гуді) актуальним є питання: що трапиться із МПрП у еру зростаючої уніфікації? Очевидно, що європейські вчені під МПрП розуміють лише право колізійне і протиставляють його уніфікації матеріального права.

Більша половина вітчизняних вчених протягом усього існування науки МПрП теж була прихильниками вузького розуміння МПрП: М.К. Ренненкампф (1865 - 1870 рр. діяльності), О.О. Ейхельман (1890-1905 рр.д.), В.М. Корецький (1920-40 рр.д.) Г.К.Матвєєв (1970 -80 рр.д.), В.І. Кисіль (теперішній час).

Отже, Принципи УНІДРУА не є джерелом МПрП. Але з попереднього висновку аж ніяк не випливає, що Принципи УНІДРУА є джерелом lex mercatoria. Тобто сам факт, що Принципи УНІДРУА є різновидом lex mercatoria не викликає сумніву. Але lex mercatoria не становить самостійну систему права, а охоплює лише частину не забезпечених державним примусом норм (soft law), створених міжнародною торгівельною спільнотою для регулювання транскордонних договірних відносин.

Єдиним правопорядком в межах якого поєднуються як компоненти і lex mercatoria і конвенції та інші офіційні джерела є право міжнародної торгівлі, система якого була закладена ще в 1966 р. у Доповіді Генерального Секретаря ООН на тему «Прогресивний розвиток права міжнародної торгівлі», де, зокрема, сказано що: «Право міжнародної торгівлі можна визначити як сукупність норм, що регулюють комерційні правовідносини приватного характеру, які охоплюють різні країни», з-поміж інших, були зазначені такі відносини, що входять у предмет регулювання права міжнародної торгівлі: «міжнародна купівля-продаж товарів, включає: укладення договорів, повноваження представників тощо; платіжні інструменти; правила, покликані регулювати комерційну діяльність у межах міжнародної торгівлі; страхування; перевезення; промислова власність та авторське право та ін.» [5, 2,3]. З часом до цього переліку відносин ще додалася електронна комерція.

Отже, одним із джерел права міжнародної торгівлі є Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА. А саме право міжнародної торгівлі це і є та правова система в межах якої на даний момент уніфікуються матеріальні норми, що покликані регулювати транскордонні комерційні договірні відносини приватних осіб.

Використані джерела:

1. *Мережко О. О. Теорія та принципи транснаціонального торгового права (lex mercatoria): Дис... д-ра юрид. наук: 12.00.11/ Олександр Олександрович Мережко. — К., 2002. — 388 с.*
2. *Смітюх А. В. Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА та lex mercatoria в контексті міжнародного приватного права: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 /Андрій Володимирович Смітюх.- О.,2003.- 215 с.*
3. *Чубарєв В. Л. Міжнародне приватне право/ В. Л. Чубарєв. - К.: Атіка, 2006. - 607 с.*
4. *Мережко А. А. Наука международного частного права: история и современность / А. А. Мережко. – К.: Таксон, 2006. – 352 с.*
5. *Progressive Development of the Law of International Trade: Report of the Secretary-General of the United Nations, 1966. - Режим доступу до тексту.: http://www.jus.uio.no/lm/un.sg.report.itl.development.1966/landscape.letter.pdf*
6. *Корецький В. М. Вибрані праці в 2 томах/ Т.1. – Київ: Наук.думка, 1989. - 404 с.*
7. *Кисіль В. І. Міжнародне приватне право: питання кодифікації/ Василь Іванович Кисіль.- К.: Україна, 2000.- 430с.*
8. *Baron G. Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new lex mercatoria? / Gesa Baron. - Arbitration International. – 1999. – P.115-130.- Режим доступу до статті.: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html*
9. *Комаров А.С. Принципи международних комерческих договоров УНИДРУА 2004/ А.С. Комаров. –М.:Статут, 2006.- 735с.*
10. *Міжнародне приватне право в Київському університеті: антологія: у 2 т., Т.1. 1835 -1991, Т 2. 1992 -2007/за ред. А. С. Довгерта. – К.: Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2009 р. Т. 1. — 2009. — 495 с. Т. 2. — 2009. — 791 с.*
11. *Матвєєв Г.К. Вибране /Г.К. Матвєєв: упоряд.В.І.Кисіль. – К.:Україна, 2008. – 600с.*
12. *Goode R. Transnational commercial law: text, cases, and materials/ Roy Goode, Royston Miles Goode, Herbert Kronke, Ewan McKendrick, Jeffrey Wool. - Oxford; New York: Oxford University Press, 2007. – 770 p.*

Бітюк Поліна Олександрівна
студентка 4 курсу юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

КОНКУРЕНТНЕ ПРАВО ЯК ІНСТИТУТ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА

Досягти успіху в умовах ринкової економіки у господарській діяльності може лише той підприємець, який пропонує на ринку якісні товари найкращого ґатунку за найнижчими цінами. Досягти ж таких результатів можна лише за наявності вільної конкуренції, де кожен з учасників змушений змагатися та перемагати конкурентів завдяки перевагам, яких здобув власними силами. Справедлива, вільна і чесна конкуренція неможлива без відповідної законодавчої бази. Саме тому конкурентне право займає своє важливе місце серед інститутів господарського права і використовується як один з найбільш дієвих механізмів опосередкованого нормативно-правового впливу держави на економічну ситуацію в країні.

В зарубіжних країнах поняття «конкурентне право» тлумачиться по-різному:

в американській правовій доктрині цей термін є тотожним поняттю «підприємницьке право», виходячи з того, що для розвитку підприємництва необхідна наявність конкуренції.

в європейській юридичній літературі поняття «конкурентне право» розглядається у вузькому та широкому розумінні. У вузькому розумінні «конкурентне право» використовується для зазначення сукупності правових норм, що спрямовані на попередження, припинення і захист від недобросовісної конкуренції. При цьому французькі вчені вважають, що правова регламентація захисту від недобросовісної конкуренції є необхідним доповненням правової регламентації будь-якого виду промислової власності, а німецькі вчені розглядають конкурентне право як окрему галузь права чи підгалузь права. У широкому ж розумінні «конкурентне право» використовується як загальне об'єднуюче поняття для антимонопольного права та права із захисту від недобросовісної конкуренції. [3, 61-62]

На наш погляд, конкурентне право доцільно трактувати саме у широкому розумінні, тобто як сукупність норм, що спрямовані на недопущення неправомірного обмеження конкуренції, та захист від будь-яких проявів недобросовісної конкуренції з метою створення умов для нормального функціонування ринку, нормального розвитку конкуренції.

При цьому конкурентне право являє собою інститут господарського права, хоча в літературі зустрічається і думка про конкурентне право, як про окрему, незалежну галузь права. [5, 46] Інші ж дослідники визначають правову природу конкурентного права інакше: «Конкурентне право не є ні самостійною галуззю права, ні підсистемою будь-якої галузі права, а наскрізною правовою галуззю». [4, 82]

В теорії права інститут права визначається як сукупність відокремлених, взаємопов'язаних правових норм, що утворюють частину галузі права та регулюють певну сторону однорідних суспільних відносин. Відповідно інститут права відрізняється від галузі права передусім за обсягом правового регулювання, оскільки він регулює не всю сукупність якісно однорідних суспільних відносин, а лише їх окремі сторони. Для інституту права характерними є наступні властивості: регулятивність, предметність та галузевість. [6, 388]

Конкурентним правом регулюються відносини у сфері конкуренції. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції» [2] конкуренція – це змагання між суб'єктами господарювання з метою здобуття завдяки власним досягненням переваг над іншими суб'єктами господарювання, внаслідок чого споживачі, суб'єкти господарювання мають можливість вибирати між кількома продавцями, покупцями, а окремий суб'єкт господарювання не може визначати умови обороту товарів на ринку. Суб'єктами господарювання відповідно до ст. 55 Господарського кодексу України [1] визнаються учасники господарських відносин, які здійснюють господарську діяльність. Отже, відносини у сфері конкуренції не можуть існувати поза господарських, оскільки саме специфіка сфери діяльності (тобто господарської) спричиняє мету змагатися задля досягнення переваг над іншими.

Таким чином, відносинами у сфері конкуренції виступають саме господарські відносини, а саме господарсько-виробничі та організаційно-господарські. Дане твердження випливає із ст. 2 Закону України «Про захист економічної конкуренції», де зазначається, що сферою застосування даного закону є серед інших також і відносини органів державної влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю із суб'єктами господарювання.

Відносини у сфері конкуренції можна поділити на дві групи: відносини, що складаються безпосередньо між конкурентами – суб'єктами господарювання (в літературі вони ще іменуються «горизонтальними відносинами» [7, 6]) та відносини, що виникають в процесі здійснення контролю за додержанням конкурентного законодавства державними органами («вертикальні відносини»). Причому засіб правового регулювання кожного з цих видів є різний. Так, безпосередньо конкурентні відносини характеризуються відсутністю позитивних зобов'язувань, вони регулюються шляхом встановлення загальних заборон (забороною зловживання монопольним становищем, забороною недобросовісною конкуренції та забороною антиконкурентних узгоджених дій і т.д.). Коли ж, наприклад, мова йде про «вертикальні відносини» у сфері конкуренції зобов'язування має місце. Загалом ж

ефективне регулювання відносин у сфері конкуренції може бути досягнуто лише через тісну взаємодію усіх засобів правового регулювання, через відповідний баланс їх застосування.

Підсумовуючи викладене, слід наголосити на тому, що хоч конкурентне право і являє собою специфічний правовий інститут, та розвивається воно саме в межах господарського права. Конкурентне право утворюють норми, що спрямовані на недопущення неправомірного обмеження конкуренції, та захист від будь-яких проявів недобросовісної конкуренції з метою нормального розвитку конкуренції.

Використані джерела:

1. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. - № 18, 19-20, 21-22. – Ст. 144.

2. Закон України «Про захист економічної конкуренції» від 11 січня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. - № 12. – Ст. 64

3. Бакалінська О.О. Організаційно-правові засади захисту економічної конкуренції в Україні. Монографія / О.О. Бакалінська. – К.: КНТЕУ, 2005. – 189 с.

4. Елиаш К. Недобросовесная конкуренция и ее правовая регламентация / К. Елиаш // Право и философия. Сер. 11 Реф. журн. – 1990. - № 6. – С. 80-84

5. Медведєв А.І., Ярчевська К.Ю. Розвиток конкурентного законодавства в умовах трансформації України / А.І. Медведєв, К.Ю. Ярчевська // Конкуренція. – 2009. - № 2 (33). – С. 43-47.

6. Теорія держави і права. Академічний курс: Підручник / За ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 688 с.

7. Шуміло І. А. Відповідальність за порушення законодавства про захист конкуренції: автореферат дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.04 «Господарське право; Господарський процес» / І.А. Шуміло. – Донецьк, 2001. – 18 с.

Богданюк Яна Анатоліївна

асистент кафедри цивільного права

Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича

ДО ПИТАННЯ ПРО ПЕРЕВЕДЕННЯ ПРАЦІВНИКА НА ІНШУ РОБОТУ

Як показує практика, сучасне законодавче визначення поняття переведення є досить загальним і неточним. Воно не повною мірою відображає сутність і зміст такого явища як переведення. Тому існують часті випадки порушення трудових прав особи через неоднозначне і неправильне трактування даного поняття.

Постанова Пленуму Верховного Суду України №9 від 06.11.1992 року «Про практику розгляду судами трудових спорів» зазначає, що переведенням на іншу роботу вважається доручення працівникові роботи, що не відповідає спеціальності, кваліфікації чи посаді, зазначеній трудовим договором. Звичайно, таке поняття потребує уточнень, бо застосовувати його на практиці дуже важко, воно є загальним і неоднозначним.

Саме ця неоднозначність у визначені завжди була предметом дискусій та обговорень вчених радянського періоду. Нажаль одностайності ні в законодавчому, ні в науковому колах немає і досі.

Переважною є така думка, що переведення і зміна істотних умов праці – поняття тотожні.

Наприклад, як зазначає відомий вчений Батигін К.С. «переведенням на іншу роботу визначається таке переміщення працівника, при якому змінюються місце роботи, рід трудової діяльності чи інші істотні умови праці»

А.І. Ставцева пише: «переведенням на іншу роботу вважається таке переміщення працівника, при якому змінюються умови трудового договору про місце роботи, а також інші істотні умови праці»[1,160].

Толкунова В.Н., Гусов К.Н. вказують, що «Переведенням на іншу роботу називається така зміна в діяльності працівника, коли йому доручається інша робота порівняно з обумовленою в трудовому договорі, тобто змінюються його умови» [2,194].

П.І. Жигалкін та П.А. Бущенко розуміють під переведенням будь-яку зміну умов трудового договору або зміну істотних умов праці [3,162-164].

На нашу думку, не слід ототожнювати переведення і зміну істотних умов праці. Чому? Перш за все тому, що законодавство не дає чіткого переліку істотних умов праці. Стаття 32 КЗпП України містить тільки примірний перелік таких умов; самого ж критерію, котрий дозволяв би відокремити істотні умови праці від інших умов, ні ст.32 КЗпП, ні Кодекс в цілому не дають.

Вважається, що істотними умовами праці є ті, які передбачені трудовим договором і виступають істотними умовами такого трудового договору. Крім того, коли якась умова договору є важливою (істотною) для конкретного працівника, це не означає, що дана умова буде істотною для іншого працівника. Наприклад, коли відмінності в умовах праці, не мають значення для молодого і здорового працівника, то вони можуть бути істотними для особи з пониженою працездатністю та слабким здоров'ям.

Аналізуючи різні думки вчених щодо істотних та неістотних умов договору, можна зробити висновок, що до необхідних умов будь-якого трудового договору, крім взаємного волевиявлення сторін про його укладення, відносяться також трудова функція і місце роботи.

В юридичній літературі зміст трудової функції визначається, як правило, такими категоріями, як професія, спеціальність і кваліфікація. Вчені висунули певні визначення даних понять. Професія відображає родовий або галузевий поділ праці (вчитель, лікар). Вона характеризує широку сферу діяльності, в якій працівник може застосовувати свої трудові здібності. Спеціальність – більш вузька сфера діяльності в межах конкретної професії. Оскільки роботи за одними і тими самими професіями є різні за своєю складністю, остільки застосовується поняття «кваліфікація працівника». Кваліфікація – рівень теоретичних і практичних знань за відповідною професією, спеціальністю, котрий відповідає певному тарифному розряду, класу, категорії, вченому ступеню, званню тощо, встановленим нормативними актами.

При вирішенні питання про те, чи є доручення іншої роботи переведенням, необов'язково, щоб при цьому змінювалися всі складові трудової функції працівника – професія, спеціальність, кваліфікація. Переведенням буде вважатися зміна хоча б одного з цих елементів.

Що стосується другої істотної умови договору – місця роботи, то поняття даного терміна закон, знову ж таки не дає, але якщо проаналізувати ст.32 КЗпП України, то там йде мова про підприємство. І саме підприємство з яким укладено трудовий договір (контракт) розуміють під місцем роботи в науці трудового права.

Згідно ст.32 КЗпП України буде вважатися переведенням доручення працівнику роботи за тією ж трудовою функцією, але на іншому підприємстві, в установі, організації або в іншій місцевості, хоча б разом з підприємством, установою, організацією.

В усіх випадках переведення до іншого підприємства, до іншої місцевості трудова функція не змінюється, але можуть змінюватися інші істотні умови: розмір заробітної плати, режим роботи, запровадження чи скасування різних пільг тощо. Але самі по собі вони не можуть вплинути на зміну трудового правовідношення, що породжує переведення, оскільки визначальне значення має саме зміна місця роботи, яка тягне за собою зміну інших істотних умов праці, які мають другорядне значення для формування поняття такого, як переведення.

Отже, як бачимо, зміна таких умов договору як трудова функція і місце роботи є визначальними при переведенні. При цьому не обов'язково щоб одночасно змінювалася кожна з цих умов. Достатньо зміни кваліфікації, спеціальності чи професії, як складових трудової функції , чи місця роботи. Інші умови трудового договору є другорядними і не впливають на зміну трудового правовідношення, що веде до переведення на іншу роботу.

Використані джерела:

1. А.И.Ставцева, М.В.Яковлев. Прием и перевод на другую работу. Изд-во "Юридическая література" М., 1967.

2. Толкунова В.Н., Гусов К.Н. Трудовое право России. М.: Юрист, 1995.

3. Жигалкин П.И., Бущенко П.А. Некоторые вопросы совершенствования законодательства о переводах на другую работу // В кн. : Проблемы социалистической законности на современном этапе коммунистического строительства. – Харьков, 1978.

Боднар Тетяна Валеріївна

доктор юридичних наук, професор, головний науковий співробітник відділу правових проблем підприємництва Науково-дослідного інституту підприємництва і права Національної академії правових наук України

ОРГАНИ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ І ОРГАНИ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ ЯК УЧАСНИКИ ОРЕНДНИХ ВІДНОСИН

Загальновідомо, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (ч. 2 ст. 19 Конституції України).

Участь зазначених органів в орендних відносинах передбачена Законом України від 10 квітня 1992 р. «Про оренду державного та комунального майна» [1], відповідно до ст. 5 якого вони або виступають орендодавцями державного майна, або уповноважують певні органи управляти комунальним майном і бути щодо нього орендодавцями.

Так, Фонд державного майна України, його регіональні відділення та представництва є орендодавцями щодо цілісних майнових комплексів підприємств, їх структурних підрозділів та нерухомого майна, а також майна, що не увійшло до статутних фондів господарських товариств, створених у процесі приватизації (корпоратизації), що є державною власністю, крім майна, що належить до майнового комплексу Національної академії наук України та галузевих академій наук, а також майна, що належить вищим навчальним закладам та/або науковим установам, що надається в оренду партнерам наукових парків.

Органи, уповноважені Верховною Радою Автономної Республіки Крим та органами місцевого самоврядування управляти майном, є орендодавцями щодо цілісних майнових комплексів підприємств, їх структурних підрозділів та нерухомого майна, яке відповідно належить Автономній Республіці Крим або перебуває у комунальній власності.

Особливість договорів оренди державного та комунального майна, як договорів публічної спрямованості, зумовлює специфіку правового становища органів державної влади і органів, уповноважених органами місцевого самоврядування управляти майном, як сторін у договорі оренди відповідного майна.

Ця специфіка полягає у тому, що:

по-перше, орган державної влади має діяти в інтересах держави, а не у своїх власних інтересах. Так само орендодавець, уповноважений органом місцевого самоврядування, має діяти в інтересах відповідної територіальної громади. У цьому полягає чи не найголовніша відмінність договорів оренди державного і комунального майна, від інших цивільно-правових договорів оренди, що укладаються у власних інтересах сторони, яка їх укладає і це зумовлює інші особливості правового становища органів державної влади і органів, уповноважених органами місцевого самоврядування-сторін у договорі оренди;

по-друге, «переддоговірна» поведінка органу державної влади чи органу, уповноваженого органом місцевого самоврядування управляти майном, регламентована більш жорстко і, як правило, не ґрунтується на принципі свободи договору ні при вирішенні питання щодо укладення договору (безпідставна відмова орендодавця від укладення договору оренди може бути оскаржена в судовому порядку), ні при обранні іншої сторони

договору (орендаря), ні при визначенні умов договору, які докладно визначені законодавчими актами (крім того, договори оренди державного майна укладаються на підставі типових договорів, затверджених Фондом державного майна України [2]);

по-третє, кошти, отримані органами державної влади і органами місцевого самоврядування від виконання договорів оренди (орендна плата), зараховуються переважно відповідно до Державного бюджету України або місцевого бюджету, а не на рахунок орендодавця. Наприклад, у разі коли орендодавцем майна є Фонд державного майна, його регіональне відділення чи представництво, орендна плата спрямовується:

за цілісні майнові комплекси державних підприємств - до державного бюджету;

за нерухоме майно державних підприємств, організацій - 70 відсотків орендної плати до державного бюджету, 30 відсотків державному підприємству, організації, на балансі яких перебуває це майно;

за майно, що не ввійшло до статутного фонду господарського товариства, створеного у процесі приватизації (корпоратизації), - до державного бюджету. Якщо господарське товариство, створене у процесі приватизації (корпоратизації), утримує об'єкти житлового фонду, що не ввійшли до його статутного фонду, - 70 відсотків орендної плати до державного бюджету, 30 відсотків господарському товариству (п. 17 постанови Кабінету Міністрів від 4 жовтня 1995 р. № 786 «Про Методику розрахунку і порядок використання плати за оренду державного майна» [3]);

по-четверте, на органи, які відповідно до закону здійснюють державну політику у сфері оренди (як правило, вони одночасно виступають і орендодавцями відповідного майна) покладається контроль за використанням майна, переданого в оренду (крім іншого окремого індивідуально визначеного майна) та контроль за виконанням договорів оренди [4]. Контроль за використанням іншого окремого індивідуально визначеного майна, переданого в оренду, здійснюють органи, уповноважені управляти підприємством, яке є орендодавцем цього майна.

Таким чином, публічна спрямованість договорів оренди державного та комунального майна, а також особливість правового становища юридичних осіб публічного права, якими є органи державної влади і органи, уповноважені органами місцевого самоврядування управляти майном, що перебуває у комунальній власності, зумовлюють специфіку правового статусу цих органів як учасників орендних договірних відносин.

Крім того, варто мати на увазі, що учасниками організаційних правовідносин, що передують укладенню договорів оренди державного та комунального майна, можуть бути також органи, уповноважені управляти об’єктами державної або комунальної власності, які надають згоду чи відмову на оренду відповідного майна, а у визначених законом випадках – також орган Антимонопольного комітету України.

Використані джерела:

1. Відомості Верховної Ради України. – 1992. - № 30. – Ст. 416.

2. Наказ Фонду державного майна України від 23 серпня 2000 р. № 1774 «Про затвердження договорів оренди» // Офіційний вісник України. – 2000. - № 52. – Ст. 2281.

3. Урядовий кур’єр, 1996, 18 січня.

4. Закон України від 21 вересня 2006 р. «Про управління об’єктами державної власності» // Офіційний вісник України. – 2006. - № 46. – Ст. 456.

Бойченко Марина Вікторівна
студентка магістратури юридичного факультету
Київського національного університету ім. Тараса Шевченка

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ ЖИТЛА З НЕПОВНОЛІТНІМ

Право на житло, що є одним з природних прав людини, повинно беззаперечно реалізовуватися. [3,101]. Наявність житла у особи - це запорука забезпечення її основних потреб та задоволення інтересів. Тому, вирішення проблем, що виникають при здійсненні цього права, а саме, при набутті права власності на житло, є актуальним питанням в юриспруденції як для науковців, так і для практиків.

Укладення договору купівлі-продажу житла – один зі способів набуття права власності на нього. [2, 2]Умовою чинності такого договору є підписання його особами, які мають відповідні правомочності. При укладенні договору купівлі-продажу житла особою, що має повну цивільну дієздатність проблем не виникає. Але, коли однією із сторін такого договору виступає неповнолітня особа, тобто особа від 14 до 18 років, то труднощі з'являються.

Зокрема, проблемною постає та ситуація, коли батьки неповнолітнього розлучені, і один із батьків не бере участі у вихованні та утриманні дитини не менш як шість місяців або якщо місце його проживання невідоме.

Спірне питання полягає в тому, що відповідно до абз.2 ч.2 ст. 32 Цивільного Кодексу України на вчинення неповнолітньою особою правочинів щодо нерухомого майна повинна бути письмова нотаріально посвідчена згода батьків і дозвіл органу опіки та піклування. Згідно з ч.2 та 3 ст. 177 Сімейного Кодексу України батьки дають згоду на вчинення неповнолітньою дитиною правочинів, що підлягають нотаріальному посвідченню та (або) державній реєстрації з дозволу органу опіки та піклування. Відповідно до абз.8 п.40 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затв. Наказом Міністерства юстиції України від03.03.2004 року № 20/5 на вчинення неповнолітньою особою правочину щодо нерухомого майна повинна бути письмова нотаріально посвідчена згода батьків і дозвіл органу опіки та піклування.

Таким чином, зазначені вище нормативно-правові акти вимагають отримання згоди обох батьків для вчинення неповнолітньою особою угод щодо розпорядження нерухомим майном, а зокрема, житлом. Згода необхідна навіть за умови, якщо місце проживання одного з батьків неповнолітнього невідоме, чи він проживає окремо від неповнолітнього протягом більш як шість місяців та не бере участі у його вихованні. Таким чином, неповнолітній, інтереси якого фактично забезпечуються лише одним з батьків, не має права відчужити своє майно без згоди другого з батьків.

Водночас, відповідно до абз.2 та 3 ч.5 ст.177 СК України правочини щодо нерухомого майна малолітньої дитини можуть бути вчинені без згоди того з батьків, хто проживає окремо від дитини протягом не менш як шість місяців, не бере участі у вихованні та утриманні дитини або якщо місце його проживання невідоме.

Тож, нерухоме майно, а в нашому випадку - житло, малолітньої особи може бути відчужене лише одним з батьків, в той час як нерухоме майно неповнолітнього не може бути відчужене без згоди обох батьків. І хоча, відповідно до п.5 Листа Державного департаменту з усиновлення та захисту прав дитини від 23.06.2010 № 4.1/6-49/3248 «Щодо захисту житлових (майнових) прав дітей» в юридичному розумінні управління батьками майном дитини припиняється при досягненні дитиною 14 років, оскільки з цього часу батьки вже позбавляються права управляти майном дитини та обов'язку здійснювати управління належним чином. Неповнолітня дитина управляє своїм майном самостійно, а батьки лише надають згоду на здійснення нею цивільно-правових правочинів у випадках, передбачених законом. Тобто, відносини щодо розпорядження майном малолітньої і неповнолітньої дитини мають різну природу, все ж, така ситуація видається несправедливою. Адже, таким чином, одному з батьків малолітньої дитини, який управляє її майном надається більше прав

з розпорядження ним, ніж неповнолітній дитині, бо останній необхідна згода обох батьків,а не одного для розпорядження своїм майном.

Така ситуація є прогалиною в українському законодавстві. І, хоча, її й можна вирішити шляхом позбавлення другого з батьків батьківських прав чи поданням позову до суду про застосування аналогії закону (ст.8 ЦК України), - тобто використати абз.3 ч.5 ст.177 СК України до правовідносин, що виникають при розпорядженні неповнолітнім своїм майном, - було б логічно та доцільно, якщо б норма, яка передбачає можливість лише одного з батьків малолітньої дитини розпорядитися її майном без згоди другого з батьків, передбачала б і можливість неповнолітнього розпоряджатися своїм нерухомим майном за згодою лише одного з батьків.

Отже, пропонуємо внести зміни до абз. 2 ч.5 ст.177 Сімейного кодексу України та викласти його в такій редакції: «На вчинення одним із батьків правочинів щодо транспортних засобів та нерухомого майна малолітньої чи неповнолітньої дитини повинна бути письмова нотаріально засвідчена згода другого з батьків». Зміна цього абзацу призведе до того, що норми, які регулюють надання згоди лише одним з батьків щодо вчинення правочинів з нерухомістю поширюватимуться і на неповнолітніх осіб. Відповідно, з внесенням змін до Сімейного кодексу України, необхідно доповнити абз.2 ч.1. ст..32 Цивільного кодексу України таким формулюванням: «У випадках, передбачених законом, така згода може надаватися лише одним з батьків.» Також потрібно доповнити відповідним положенням Інструкцію про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України.

Редагування цих нормативно-правових актів значно спростило б можливість неповнолітнього укладати правочини щодо нерухомого майна, в тому числі житла. Також, це зменшило б кількість позовів про визнання правочинів купівлі-продажу нерухомого майна недійсними на підставі того, що батько чи мати, які фактично не здійснюють щодо своєї дитини батьківських обов'язків, не надали згоди на укладення нею такого правочину.

Використані джерела:

1. Лисенко І.В. Щодо підстав набуття права приватної власності на житло. – 2010. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/pib/2010_1/PB-1/PB-1_32.pdf

2. Лист Державного департаменту з усиновлення та захисту прав дитини від 23.06.2010 № 4.1/6-49/3248 «Щодо захисту житлових (майнових) прав дітей». – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ditu.gov.ua/support/10234

3. Лічман Л.Г. Поняття та зміст права на житло // Університетські наукові записки. – 2005. - №4 (16). – с.95-101.-[Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://univer.km.ua/visnyk/883.pdf

4. Науково-практичний коментар Сімейного Кодексу України // За ред. Ю.С. Червоного – К: Юрінком Інтер , 2008. - 504с.

5. Ромовська З. В. Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар. — К.: Правова єдність, 2009. – 428с.

6. Сімейний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2002. - N 21. - Ст. 135.

7. Сімейний кодекс України: науково-практичний коментар Жилінкова І.В., Антошкіна В.К., Д'ячкова Н.А., Москалюк В.Ю. та ін. / За ред. Жилінкової І.В. - Х.: Світлофор, 2008. - 855с.

8. Сімейне право України: Підручник / Л. М. Баранова, В. І. Борисова, І. В. Жилінкова та ін.; За заг. ред. В. І. Борисової та І. В. Жилінкової. - К.: Юрінком Інтер, 2006. — 264 с.

9. Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2003. - №40-44. – Ст.356.

10. Цивільне право України. Особлива частина: 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. - 3-е вид., допов. і перероб. - К.: Юрінком Інтер, 2010. - Кн.2. - 1176 с.

11. Цивільне право України : Підручник / Є. О. Харитонов. Н. О. Саніахметова. — К.: Істина, 2003. — 776 с.

12. Цивільне право України Підручник: У 2 т. / Борисова В. І. (кер. авт. кол.), 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. 2. - 552 с.

Бойчук Дмитро Валерійович
кандидат юридичних наук, майор міліції
Начальник кафедри цивільного права та цивільного процесу
КірЮІ ХНУВС

ДЕЯКІ ЗАГАЛЬНІ ПИТАННЯ СВОБОДИ ДОГОВОРУ

Принцип свободи договору є відносно новим для цивільного права незалежної України.

Раніше, у цивільному законодавстві, УРСР містились лише окремі елементи свободи договору. Однак в цілому законодавство обслуговувало існуючі командно-адміністративні методи управління економікою й головним чином закріплювало не свободу договору, а планові основи, які охоплювали практично всі договірні зв'язки між підприємствами всього народного господарства країни. За цих умов договору фактично приділялася другорядна роль. У разі розбіжностей договору із планом, як писав Г.М. Амфітеатров, визнавався пріоритет плану, а не договору. Потрібно було виходити із провідної ролі плану й підлеглого стосовно нього договору [1].

Тим часом питання, свободи договору, не залишалися без уваги вчених-юристів, радянської доби. Так, І.Б. Новицкий, аналізуючи законодавство зарубіжних країн, відзначав, що в країнах з індивідуалістичним ладом одним з основних принципів законодавства виступає принцип свободи договірної угоди. Його можна охарактеризувати як право договірних сторін за взаємною згодою вкладати у договір той або інший зміст. При цьому розсуд сторін не обмежується тими типами договорів, які передбачені позитивним законодавством; сторони вільні укладати у разі необхідності й нові, не регульовані в законі, види договорів, аби тільки вони не суперечили основним принципам даного законодавства [2].

Свобода договору – це досить широке поняття. У найбільш чистому виді воно характеризується наступними моментами: договір є вільна угода свободи; об'єктом договору може бути будь-який предмет або дія; умови договору цілком визначаються свободою сторін; форма укладання договору цілком залежить від розсуду сторін; розірвання договору може відбутися лише на вимогу однієї зі сторін; наслідки невиконання договору, якщо вони застережені в самому договорі, не можуть бути змінені судовими органами; відповідальність за невиконання договору повинна бути виключно цивільною [3, с. 28].

Зрозуміло, така характеристика свободи договору ідеалізована. Реалізація кожного з перелічених елементів має досить багато законодавчих обмежень. Але основні позиції дотримання свободи договору визначені Ф.І. Гавзе вірно.

У зв'язку із цим свободу укладання договору можна розглядати як складову й невід'ємну частину принципу свободи договору.

Принцип свободи договору одержав своє законодавче вираження у п. 3, ст. 3 Цивільного Кодексу України (далі – ЦК України) «Загальні засади цивільного законодавства», а також у ст. 627 ЦК України «Свобода договору» [4].

Відповідно до п. 1 ст. 627 ЦК України сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог Кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. На нашу думку, що зазначена норма містить у собі наступні елементи, що мають вирішальне значення для договірного права:

1. Право учасників цивільного обороту самостійно вирішувати для себе питання про вступ у договірні відносини. Саме у цьому проявляється автономія, незалежність свободи фізичних і юридичних осіб. Вони вільні у встановленні своїх прав і обов'язків на підставі договору. У зв'язку із цим не допускається примус до укладання договору, за винятком випадків, встановлених законом, і лише в тих межах, у яких це необхідно з метою захисту основ конституційного ладу, моральності, здоров'я, прав і законних інтересів інших осіб, забезпечення оборони країни й безпеки держави;

2. Фізичні і юридичні особи вільні у виборі контрагента за договором.

Згідно з ЦК УРСР 1964 року це положення, з достатньою умовністю, можна було застосувати до відносин громадян між собою й до відносин між громадянами й організаціями. Що ж до договорів між організаціями то сторони, як правило, були заздалегідь визначені плановим актом і самостійний вибір партнера до угоди був практично неможливий. Видатний британський теоретик у галузі договірного права Вільям Ансон вказує, що „свобода договору є розумним суспільним ідеалом лише тією мірою, в якій можна передбачати рівність сил при укладанні угод контрагентами за умови, що не спричиняється шкода інтересам суспільства в цілому. У більш складних суспільних і промислових умовах колективного суспільства вона втратила свою ідеалістичну привабливість. У наш час ясно, що рівності в прямому значенні часто не існує і що індивідуальні інтереси повинні підкорятися інтересам суспільства" [5, с. 426];

3. У процесі досягнення угоди сторони є юридично рівноправними один відносно одного. Ця теза зафіксована у п. 1 ст. 1 ЦК: «Цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності… їх учасників....». Він означає рівність правосуб'єктності, рівність у вихідних юридичних позиціях контрагентів за договором, надавати їм можливість пропонувати й відхиляти умови договору;

4. Під час укладання договору сторони самостійно визначають вид (різновид) договору, у якому вони бажають виразити свої правовідносини. Сторони можуть укласти договір, як передбачений, так і не передбачений законом або іншими правовими актами (п. 1 ч. 2 ст. 11, п. 1 ст. 6 ЦК України).

5. Сторони можуть укласти договір, у якому містяться елементи різних договорів, передбачених законом або іншими правовими актами (змішані договори). До відносин по змішаних договорах, як витікає з ч. 2 ст. 628 ЦК України, видно, що сторони вправі передбачити, якими нормами буде регулюватись та чи інша частина змішаного договору.

Раніше в практиці часто переважала інша позиція: вибирався договір як інститут і застосовувалися норми залежно від того, які умови переважали в договорі;

6. Сторони вправі вести переговори з метою досягнення угоди будь-якими правомірними способами й без обмеження в часі, а також вправі вирішувати, продовжувати їм чи переговори ні.

Законодавство радянського періоду практично повністю виключало для організацій право відмовитися від переговорів із приводу укладення договору. При укладанні договору сторони не могли діяти звичайними методами цивільного права: не домовилися – розійшлися. Планова організація товарообігу в країні не допускала того, щоб «за примхою окремих господарників або внаслідок їхнього невміння піднятися до розуміння народногосподарської точки зору, доводилося б жертвувати долею договору»;

7. Відносини суб'єктів по зобов'язанню регулюються переважно диспозитивними нормами, які діють тільки у випадку, якщо інше не передбачено в самому договорі, розробленому сторонами. Наприклад, укладаючи договір найму житла, сторони можуть указати строк його дії. Якщо цей строк не визначений, то підлягає застосуванню ч. 1 ст. 821 ЦК України, відповідно до якого договір найму буде вважатися укладеним на строк у п'ять років;

8. Фактором свободи договору стало й істотне розширення сфери застосування договору, що включає питання інтелектуальної власності, біржової та банківської діяльності, обігу цінних паперів, страхування, використання застави тощо;

9. Суттево збільшено коло об'єктів, із приводу яких стало можливим укладання договору (нерухомість, майнові права, інформація і т.д.).

Одночасно, слушною є думка Є.О. Харитонова, Р.О. Стефанчука які стверджують, що свобода договору взагалі й свобода укладання договору, зокрема не можуть мати абсолютний характер. Оскільки особа, перебуваючи в суспільстві, не може бути абсолютно вільною. Вона повинна дотримуватись правил цього суспільства. Свобода одного не повинна порушувати свободу іншого [6, с. 97; 4, с. 711].

Використані джерела:

1. Амфитеатров Г.Н. Нужен развернутый закон о договорах (краткое содержание доклада, прочитанного на Пленуме комиссии по разработке хозяйственного кодекса при Ком. академии) // Бюллетень Госарбитража при СНК СССР. 1933. № 19. С. 2.

2. Новицкий И.Б. Обязательства из договоров. Заключение договора. Дарение. Двусторонние договоры. Договоры в пользу третьего лица. Комментарий к ст.ст. 130, 140 и 144-146 ЦК. М.: Право и жизнь, 1924 С. 17.

3. Гавзе Ф.И. Договор по Гражданскому кодексу // Еженедельник сов. юстиции. 1923. № 13. С. 289.

4. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар. Видання третє перероблене та доповнене – Х.: ТОВ «ОДІССЕЙ», 2006. – 1200 с.

5. Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / О.В. Дзера] (кер. авт. кол.), Д.В. Боброва, А.С. Довгерт та ін.; За ред. О.В. Дзери Н.С. Кузнєцової. – 2-е вид., допов. і перероб. – К.: Юрінком Інтє 2004. – Кн. 1. – 736 с.

6. Стефанчук Р.О. Поняття і види особистих немайнових прав // Цивільне право України: Підручник у 3-х книгах: Книга 1 / За ред. Є.О. Харитонова, А.І. Дрішлюка. — Одеса: Юридична література, 2005.

Браіловська Таісія Георгіївна

студентка 4 курсу юридичного факультету,
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРЕЗУМПЦІЯ ВИНИ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

Презумпція (лат. praesumptio — припущення) — закріплене в законі припущення про наявність чи відсутність певних фактів, що мають юридичне значення. Воно визнається достовірним до тих пір, поки не буде доведено зворотнє. Поняття «презумпція» означає припущення, засноване на вірогідності. Вона є інструментом регулювання правовідносин, завдяки якому усуваються сумніви щодо існування певного юридичного факту, оскільки в ній відображаються принципові начала права та закладено механізм реалізації цих начал [1, 678].

При формуванні системи презумпцій цивільного права використовуються: 1) загальноправові презумпції; 2) галузеві презумпції; 3) презумпції інших галузей права. Галузеві презумпції також мають свою систему і складаються з: центральних, загальних та спеціальних.

Тобто, якщо вести мову про конкретні елементи системи презумпцій цивільного права, то можна сказати, що до системи презумпцій цивільного права відносяться:

центральні (базові) презумпції;

загальні цивільно-правові презумпції;

спеціальні цивільно-правові презумпції.

До числа центральних (базових) презумпцій українського цивільного права слід віднести презумпцію вини. Вона закріплена у загальній формі у ч. 2 ст. 614 ЦК: відсутність своєї вини доводить особа, яка порушила зобов'язання.

Питання вини розглядаються філософами, соціологами, психологами, юристами, представниками інших наук. Особливе місце це поняття займає в праві і використовується в усіх галузях права. Однак навряд чи знайдеться в юриспруденції інше поняття,юридичний зміст якого так неоднаково тлумачиться різними представниками правової науки. Проблеми вини в цивільному праві залишались спірними протягом багатьох років, не знайшли вони свого повного вирішення і на сьогодні.

Вчені-юристи, які вивчають питання цивільно-правової вини, подають різні поняття вини. Наприклад, О.С.Иоффе визначає вину так: «вина – це психічне ставлення правопорушника до своєї неправомірної поведінки та наслідків, в силу якого правопорушення стає актом усвідомленої поведінки, який висловлює певне негативне ставлення з боку особи, яка його вчинила, до інтересів, які отримали захист в радянському соціалістичному суспільстві» [3, 124].

П.Варул, навпаки, визначає вину не як психічне ставлення до своєї протиправної поведінки, а як негативне ставлення до своєї правомірної поведінки [2, 47]. Але загалом, не дивлячись на різні авторські тлумачення, вина розглядається як психічне ставлення правопорушника до своєї протиправної поведінки та її результатів.

Структура презумпції вини така: якщо вчинено цивільне правопорушення, то особа вважається виною доти, доки вона сама не доведе зворотнє. Презумпція вини володіє, мабуть, найбільш широкою безпосередньою дією серед базових презумпцій: практично в усіх випадках, коли йдеться про винну відповідальність, діє ця презумпція. Наприклад, при втраті знайденої речі (ч.4 ст.337 ЦК України), при загибелі або пошкодженні бездоглядної домашньої тварини (ч.3 ст.340 ЦК) в речовому праві; при відповідальності боржника за прострочення перед кредитором (ст.612 ЦК) у зобов'язальному праві. Важливо також відмітити, що законом можуть бути встановлені винятки з презумпції вини. Наприклад, у ч. 5 ст. 1176 ЦК передбачено, що «Шкода, завдана фізичній або юридичній особі внаслідок постановлення судом незаконного рішення в цивільній справі, відшкодовується державою в повному обсязі в разі встановлення в діях судді (суддів), які вплинули на постановлення незаконного рішення, складу злочину за обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили.» Тобто ми бачимо, що в даному випадку презумпція вини не діє, оскільки вина повинна бути безпосередньо доведена і встановлена судом.

Презумпція вини – одна з найвідоміших в цивільному праві. Однак аналіз судової практики показує, що судді іноді ігнорують дію цієї презумпції, відмовляючи у відшкодуванні шкоди на підставі того, що вина відповідача не доведена.

При застосуванні презумпції вини постає досить важливе, як в теоретичному, так і в практичному плані, питання форми та ступеня вини. В.А.Ойгензіхт вказує, що при неспростуванні презумпції вини конкретна форма та ступінь вини, якщо вони мають значення для виникнення відповідальності та її розміру, повинні бути встановлені, причому тягар встановлення форми вини покладається на всіх учасників судового процесу, в тому числі і на суд [4, 124]. Таким чином, якщо закон ставить виникнення відповідальності від певної форми вини (умислу чи необережності) чи якщо диференціює розмір відповідальності в залежності від форми та ступеня вини, наприклад, при компенсації моральної шкоди, то форма вини повинна бути встановлена в судовому процесі. Якщо ж закон не встановлює конкретну форму або ступінь вини для виникнення відповідальності і вона не має значення для визначення розміру відповідальності, то вина передбачається без встановлення її форми та ступеня.

Презумпція вини є спростовною презумпцією, тобто вона може бути спростована в суді за допомогою відповідних доказів. Що ж до практичного аспекту спростування презумпції вини, то варто сказати, що спростування може бути двох видів:

договірне: в даному випадку особі необхідно довести, що вона вжила всіх залежних від неї заходів щодо належного виконання зобов'язання. Така можливість надається особі, винній у порушенні зобов'язання, абзацом 2 частини 1 ст. 614 ЦК України;

недоговірне: в даному випадку вина розглядається з позицій психічного ставлення особи до своїх неправомірних дій – тобто так як її описував О.С.Иоффе. Тобто можна

зробити висновок, що в даному випадку особі необхідно довести відсутність в неї такого психічного ставлення.

Використані джерела:

1. Енциклопедія цивільного права України / Ін-т держави і права ім. В.М.Корецького НАН України. – К.: ІнЮре, 2009.

2. Варул П. Методологические проблемы исследования гражданско-правовой ответственности. – Таллин, 1986.

3. Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву. – Л., 1955.

4. Ойгензіхт В.А. Презумпции в советском гражданском праве. – Душанбе, 1976.

Бурданова Наталия Анатольевна,
соискатель кафедры теории государства и права
Санкт-Петербургского университета МВД России

ПРАВА И ОБЯЗАННОСТИ РОДИТЕЛЕЙ ПО ВЫБОРУ, ИЗМЕНЕНИЮ ИМЕНИ, ОТЧЕСТВА И ФАМИЛИИ РЕБЕНКА

Права и обязанности родителей по даче имени вытекает из первоначального права ребенка на имя. Оно закреплено в ст. 8 Конвенции ООН о правах ребенка [1] и в ст. 58 Семейного кодекс Российской Федерации [2] (далее – СК РФ). Данное право возникает с рождением ребенка.

Согласно ст. 58 СК РФ имя дается по соглашению родителей, а если отцовство не установлено – по указанию матери. Орган ЗАГС не вправе отказать в присвоении ребенку имени (средствами массовой информации широко освещаются ситуации, связанные с неблагозвучностью имени ребенка: БОЧ рВФ 260602 [7], Владпут [8]). Отчество присваивается по имени отца либо лица, записанного в качестве отца ребенка (если отцовство не установлено), если иное не предусмотрено законами субъектов Российской Федерации или не основано на национальном обычае.

Если мать ребенка, не состоящая в браке с его отцом, отказалась от внесения в свидетельство о рождении ребенка сведений о его отце, отчество ребенка записывается по указанию матери [3, ст. 18]. Законами субъектов Российской Федерации или национальным обычаем может быть предусмотрено, что присвоение отчества необязательно и может осуществляться по желанию лиц, регистрирующих рождение.

Фамилия ребенка определяется фамилией родителей. При разных фамилиях ребенку присваивается фамилия отца или матери по соглашению родителей, если иное не предусмотрено законами субъектов Российской Федерации.

При отсутствии соглашения между родителями относительно имени и (или) фамилии возникшие разногласия разрешаются органом опеки и попечительства, по его указанию производится регистрация [2, ст. 58; 3, ст. 18]. Такие вопросы, поставленные перед органом опеки и попечительства, как указывает Л. М. Пчелинцева, «должны разрешаться только исходя из интересов ребенка. При этом во внимание могут приниматься самые разнообразные факторы» [6, с. 290].

После регистрации ребенка в органах ЗАГС право родителей на дачу имени, отчества и фамилии сменяется правом изменения имени и фамилии. Оно продолжает свое действие до достижения ребенком 14-летнего возраста [2, ст. 59]. Далее право изменения имени принадлежит ребенку и может осуществляться [3, ст. 58-63]. Однако родители сохраняют право дачи согласия на перемену имени их ребенком в возрасте от 14 до 18 лет (если он не приобрел полную дееспособность).

В любом случае вопрос об изменении имени и фамилии ребенка разрешается органом опеки и попечительства исходя из интересов ребенка [2, ст. 59]. При этом учитывается,

насколько ребенок привык к своей фамилии, какие последствия повлечет изменение имени и фамилии, не является ли просьба об изменении имени и (или) фамилии методом выяснения отношений между его родителями и прочее.

Выделяется несколько подобных случаев и в зависимости от этого определяются требования и условия такого изменения:

1) когда присутствует совместная просьба родителей изменить имя ребенку, а также изменить присвоенную ему фамилию (только на фамилию другого родителя). Орган опеки и попечительства вправе разрешить такое изменение, проверив просьбу родителей на соответствие интересам ребенка;

2) когда родители проживают раздельно и родитель, с которым проживает ребенок, желает присвоить ему свою фамилию. Орган опеки и попечительства должен в данном случае исходить не только из интересов ребенка, но и выяснить мнение другого родителя. Учет мнения другого родителя не обязателен при невозможности установления его места нахождения, лишении его родительских прав, признании недееспособным, а также в случаях уклонения родителя без уважительных причин от воспитания и содержания ребенка;

3) когда ребенок рожден от лиц, не состоящих в браке между собой, отцовство в законном порядке не установлено, а мать желает присвоить ребенку фамилию, которую носит на момент обращения. Орган опеки и попечительства вправе разрешить изменение фамилии ребенка, исходя из его интересов. Как правило, подобные ситуации возникают при вступлении матери в брак, и тогда выяснению и учету подлежат отношения между ребенком и его отчимом.

Если ребенок достиг возраста 10 лет, то изменение его имени и (или) фамилии может быть произведено только с его согласия. Как отмечается многими исследователями в области семейного права, это является важной гарантией права ребенка на сохранение своей индивидуальности [5, с. 189; 6, с. 293].

Перемена отчества после присвоения возможна лишь в случае внесения изменений в сведения об отце, указанные в актовой записи о рождении (при усыновлении, установлении отцовства, оспаривании отцовства, перемене имени отцом ребенка и пр.)

Например, гражданское дело [4] было инициировано матерью Г. Иск заключался в требовании об оспаривании отцовства О. После удовлетворения иска, на основании решения суда, в актовую запись о рождении малолетнего были внесены изменения ввиде исключения сведений об отце ребенка, отчество было присвоено по указанию матери.

Таким образом, право родителей на дачу имени ребенку, а впоследствии – его изменение, как правило, является формальностью, и не требует специальной регламентации. Однако как показано выше, в некоторых случаях, может привести к нарушению интересов ребенка, возникновению споров между родителями.

Использованные источники:

1. Конвенция Организации Объединенных Наций от 20 ноября 1989 г. «О правах ребенка» // ВВС СССР. 1990. № 45. Ст. 955.

2. Семейный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 1995 г. № 223-ФЗ (ред. 30 июня 2008 г.) // СЗ РФ. 1997. № 46. Ст. 5243; 1998. № 26. Ст. 3014; 2000. № 2. Ст. 153; 2004. № 35. Ст. 3607; 2005. № 1. Ч. 1. Ст. 11; 2006. № 23. Ст. 2378; 2007. № 1. Ч. 1. Ст. 21; 2007. № 30. Ст. 3808; 2008. № 17. Ст. 1756; 2008. № 27. Ст. 3124.

3. Федеральный закон «Об актах гражданского состояния» от 15 ноября 1997 г. № 143-ФЗ (ред. 28 июля 2010 г.) // СЗ РФ. 1997. № 47. Ст. 5340; 2001. № 44. Ст. 4149; 2002. № 18. Ст. 1724; 2003. № 17. Ст. 1553; 2003. № 50. Ст. 4855; 2004. № 35. Ст. 3607; 2005. № 1. Ч. 1. Ст. 25; 2006. № 1. Ст. 10; 2006. № 31. Ч. 1. Ст. 3420; 2008. № 30. Ст. 3616; 2009. № 29. Ст. 3606; 2010. № 31. Ст. 4210; РГ. 2003. 09 июля; 2009. 22 декабря; 2009. 29 декабря; 2010. 07 апреля.

4. Гражданское дело № 2-4532/09, рассмотренное 08 июля 2010 г. // Архив Приморского районного суда Санкт-Петербурга.

5. Антокольская М. В. Семейное право. М.: Юристъ, 2004. 333 с.

6. Пчелинцева Л. М. Семейное право России. М: НОРМА, 2004. 688 с.

7. ЗАГС отказался регистрировать мальчика с неблагозвучным именем // KM.RU. 2009. 18 февраля.

8. В 2007 году россияне давали детям странные имена // Newsru.com. 2007. 27 декабря.

Ватрас Володимир Антонович,
кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права та процесу Хмельницького університету управління та права

ОКРЕМІ АСПЕКТИ РЕГУЛЮВАННЯ СІМЕЙНИХ ВІДНОСИН КОНСТИТУЦІЄЮ УКРАЇНИ

Конституції України як основному закону держави присвячено багато уваги у юридичній науці. Однак переважно дослідники основні акценти у своїх працях ставлять саме на розкритті дефініції та з'ясуванні юридичної природи цього нормативно-правового акта в межах науки конституційного права або ж загалом у дослідженнях з теорії держави і права. Що ж стосується окремих галузей права, то слід констатувати що наукові роботи, присвячені Конституції як власне джерелу права є поодинокими [1; 2; 3; 4]. Щодо науки сімейного права, то наукових досліджень, присвячених конституції як джерелу сімейного права ми не зустрічали, окрім окремих спроб розкриття теми, присвяченої джерелам сімейного права в підручниках та навчальних посібниках. З огляду на це, виникає необхідність дослідити Конституцію України не з точки зору Основного закону нашої держави, а в розрізі особливостей регулювання нею як нормативно-правовим актом сімейних відносин.

Конституція України є єдиним нормативно-правовим актом, який є Основним Законом України, має найвищу юридичну силу, є юридичною базою законодавства України, приймається і змінюється в особливому порядку, має специфічний зміст і структуру і пряму дію на всій території України [5, с. 7]. Вона прийнята 28 червня 1996 року Верховною Радою України [6]. Законом України від 8 грудня 2004 року №2222-IV до Конституції були внесені зміни та доповнення щодо політичної реформи, пов'язаної зі змінами форми державного правління з президентсько-парламентської на парламентсько-президентську республіку. Однак Закон України від 8 грудня 2004 року №2222-IV визнано таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним) у зв'язку з порушенням конституційної процедури його розгляду та прийняття і втрачає чинність з дня ухвалення Рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 року №20-рп/2010 [7]. Таким чином, з 30 вересня 2010 року Конституція України діє в первісній редакції, яка була прийнята 28.06.1996 року.

Об'єктом нашого дослідження є особливості регулювання Конституцією України сімейних відносин, тобто ми Основний закон України досліджуємо в рамках сімейного права як джерело права. Тому зосередимось на окремих аспектах регулювання конституцією сімейних відносин.

1. Відповідно до ст. 8 Конституції України в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Конституція України має найвищу юридичну силу. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй. Норми Конституції України є нормами прямої дії. Звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується. Це фундаментальне положення орієнтує нас на те, що: по-перше, основним джерелом сімейного права України є Конституція, норми якої є нормами прямої дії; по-друге, усі інші нормативно-правові акти як джерела сімейного права приймаються на основі Конституції і повинні їй не суперечити. Таким чином, ст. 8 Основного Закону вибудовує чітку ієрархію нормативно-правових актів в Україні за якою має будуватись і відповідна ієрархія в сімейному законодавстві.

2. Згідно ст. 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість 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. Вказана норма прямої дії визначає місце міжнародного договору як джерела права в системі права України. Фундаментальне значення цього положення для сімейного права полягає в тому, що Конституція України закріплює імператив для усіх галузей права не лише щодо місця міжнародного договору в системі джерел права, а й щодо порядку укладення міжнародних договорів у сфері сім'ї та шлюбу, які суперечать Конституції. Дістає розвитку це положення у Сімейному кодексі України (надалі – СК України) в ст. 13, яка додержуючись засад, що визначені в Конституції визначає міжнародний договір як джерело сімейного права: «Частиною національного сімейного законодавства України є міжнародні договори, що регулюють сімейні відносини, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Якщо в міжнародному договорі України, укладеному в установленому порядку, містяться інші правила, ніж ті, що встановлені відповідним актом сімейного законодавства, застосовуються правила відповідного міжнародного договору України» [8].

3. Стаття 32 Конституції України забороняє втручання у сімейне життя особи, чим гарантує кожній сім'ї конфіденційність та приватність у здійсненні свої сімейних прав та виконанні сімейних обов'язків. Таким чином, втілюється в життя реальне забезпечення сімейної таємниці як особистого немайнового блага та на рівні СК України дістає захисту ціла низка особистих немайнових прав подружжя, батьків і дітей, інших членів сім'ї та родичів. Важливе значення ця конституційна гарантія має для забезпечення таємниці усиновлення, яке гарантується у сімейному законодавстві України.

4. Конституція України передбачає спеціальні норми, які встановлюють основоположні засади регулювання сімейних відносин в Україні. Так ст. 51 визначає, що шлюб ґрунтується на вільній згоді жінки і чоловіка. Кожен із подружжя має рівні права і обов'язки у шлюбі та сім'ї. Батьки зобов'язані утримувати дітей до їх повноліття. Повнолітні діти зобов'язані піклуватися про своїх непрацездатних батьків. Сім'я, дитинство, материнство і батьківство охороняються державою. Варто зауважити, що при прийнятті останньої кодифікації сімейного законодавства – СК України, який набрав чинності з 01.01.2004 року усі норми прямої дії, визначені в ст. 51 Основного Закону враховані. Зокрема: 1) закріплено як принцип свободи шлюбу та свободи його розірвання, а в разі виявлення випадків відсутності вільної згоди на шлюб, передбачено сімейно-правову санкцію у вигляді визнання шлюбу недійсним; 2) забезпечено конституційний принцип рівності подружжя у шлюбі та сім'ї, шляхом визначення системи особистих немайнових прав та обов'язків подружжя; 3) розроблено дієвих правовий механізм реалізації права на утримання батьків і дітей, шляхом формування правового інституту аліментів; 4) створено сімейно-правовий механізм охорони сім'ї, дитинства, материнства і батьківства.

5. Окрема стаття Конституції присвячена забезпеченню прав дитини. Відповідно до ст. 52 Діти рівні у своїх правах незалежно від походження, а також від того, народжені вони у шлюбі чи поза ним. Будь-яке насильство над дитиною та її експлуатація переслідуються за законом. Утримання та виховання дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, покладається на державу. Держава заохочує і підтримує благодійницьку діяльність щодо дітей. На виконання цих правових приписів у СК України, та інших нормативно-правових актах передбачено забезпечення захисту прав дитини, визначено жорсткі санкції за насильство над дітьми та їх експлуатацію, передбачено через форми влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування цілу межу відповідних закладів та інститутів соціального патронажу (опіка, піклування, прийомна сім'ї, дитячий будинок сімейного типу, патронат тощо).

В даній праці ми зосередили свою увагу лише на окремих аспектах регулювання Конституцією України сімейних відносин, однак і цього, на нашу думку, достатньо для того, що констатувати роль Конституції України як основного джерела сімейного права та дійти висновку про те, що в ієрархії джерел сімейного права Конституція України посідає

найвищий щабель. Вона є фундаментом правової системи України та взірцем і орієнтиром у правотворчості для усіх галузей права України.

Використані джерела:

1. Кутафин О.Е. Источники конституционного права Российской Федерации / О.Е. Кутафин. – М.: Юрист, 2002. – 348 с.

2. Фархдинов Я.Ф. Конституция Российской Федерации – источник гражданского процессуального права / Я.Ф. Фахдинов // Весник ТИСБИ. – 2000. - №3. – С. 10.

3. Жук Л.В. Джерела податкового права України / Л.В. Жук / Дис. канд. юрид. наук: 12.00.07 / Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича. – Чернівці, 2005. – 231 с.

4. Москаленко О.М. Джерела права Європейського Союзу (міжнародно-правовий аналіз) / О.М. Москаленко / Дис. канд. юрид. наук: 12.00.11 / Харківський національний університет внутрішніх справ. – Харків, 2005. – 171 с.

5. Оніщенко О.В. Конституція України як основне джерело конституційного права України / О.В. Оніщенко / Дис. канд. юрид. наук: 12.00.02 / Київський національний університет імені Тараса Шевченка. - К.: 2005. – С. 7.

6. 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.

7. Рішення Конституційного Суду України від 30.09.2010 року №20-рп/2010 у справі за конституційним поданням 252 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про внесення змін до Конституції України» від 8 грудня 2004 року N 2222-IV (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України)» // Офіційний вісник України. – 2010. - №72/1. - Ст. 2597.

8. Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 року // ВВРУ. – 2002. – № 21-22. – Ст. 135.

Ватрас Оксана Миколаївна,
студентка магістратури Хмельницького університету управління та права,

ДО ПИТАННЯ ПРО ПОНЯТТЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ДИТИНИ

Насамперед, зауважимо, що категорія правового статусу – відносно нова для нашої юридичної науки. Раніше, до 60-х років, вона зазвичай ототожнювалася з правоздатністю (М.Г.Александров, С.М.Братусь, А.В.Міцкевич) і не розглядалася як самостійна. Адже обидві ці властивості виникають і припиняються у суб'єкта одночасно, обидва однаково невідчужувані. Лише у подальшому, з розвитком юридичної думки, починаючи з 70-80-х років, категорія правового статусу отримала достатньо ґрунтовну розробку (М.В.Вітрук, Л.Д.Воєводін, В.А.Кучинський, О.А.Лукашева, М.І.Матузов, Г.В.Мальцев, В.А.Патюлін, П.М.Рабіновіч, Ю.М.Тодика та інші), сформувалась як проблема і як одне з ключових понять правознавства, зафіксована у законодавстві.

Сьогодні у науковій літературі існують неоднозначні визначення власне категорії правого статусу. Проте, проаналізувавши усе їх розмаїття, можна визначити два основних підходи.

На думку прихильників першого підходу, правовий статус – це комплексна категорія, яка складається з сукупності різних "елементів", об'єднаних тим, що вони характеризують становище людини в суспільстві [1, с. 124].

Представники іншого підходу (Н.В.Вітрук, В.А.Кучинський, Г.В.Мальцев, В.А.Малютін, М.С.Строгович) які підтримують концепцію стадійного

існування суб'єктивного права, під правовим статусом розуміють певну стадію у розвитку суб'єктивного права, проміжну ланку між правоздатністю та конкретними суб'єктивними правами [2, с. 34]. На нашу думку, правоздатність і правовий статус не є послідовними стадіями одного і того ж правового явища – суб'єктивного права, оскільки правоздатність є категорією зовнішньою щодо конкретних суб'єктивних прав.

В основах правового статусу особистості (конституційному правовому статусі особистості) зосереджені базисні елементи (громадянство, принципи правового становища особистості, конституційні права, свободи і обов'язки, гарантії їх здійснення), які є вихідними для будь-якого галузевого статусу особистості і відповідно враховуються в ньому. Перераховані елементи, враховуючи їх загальний характер" можуть і повинні враховуватися при визначенні правового статусу дитини. У цьому і полягає значення категорії "основи правового статусу" для визначення правового статусу дитини.

Усе вищевказане, дозволяє нам стверджувати, що правовий статус дитини слід розглядати як ядро нормативно-правового регулювання основних засад у взаємовідносинах особистості і держави, оскільки у ньому ці засади повинні бути закріпленні у бездоганному, найчистішому вигляді і втілювати найвищі цінності людського суспільства: віру і моральність. Правовий статус дитини – це об'єктивовані і формалізовані у праві та законодавстві можливості, необхідні особистості дитини для її всебічного розвитку.

Елементами правового статусу дитини, враховуючи загальну концепцію правового статусу особистості, слід вважати:

- принципи правового становища дітей;
- правосуб'єктність дітей;
- громадянство дітей;
- права, свободи і обов'язки;
- гарантії права дитини, а також засоби і способи їх захисту;
- відповідальність дітей.

Правовий статус дитини як теоретичну категорію не слід розглядати винятково як витвір держави, хоч, як випливає з вищевказаного, якість правового статусу залежить саме від неї. Правовий статус має об'єктивну природу свого виникнення, як зазначав Томас Пейн, права людини – це не дар держави, вони належать людині у силу її існування, і держава не обдаровує ними, а стоїть на їх сторожі [3, с. 59]. Такий підхід має безпосереднє відношення і до прав дитини, правовий статус якої завжди історично-обумовлений, він має матеріальні, соціальні і духовні передумови і є показником рівня розвитку суспільства і держави.

Список використаних джерел:

1. *Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. – М.: Юрид. лит., 1974. – С.123.*
2. *Веберс Я.Р. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве. – Рига, 1976. – С.34-35.*
3. *Цит. за кн.: Колоссов М.И. Конституционное право России. – М., 1999. – С.59.*

Видолоб Дмитро Вікторович
Керівник комісії громадської колегії Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДЕРЖАВНОГО КОНТРОЛЮ ЗА ЯКІСТЮ ДОРОГОЦІННИХ МЕТАЛІВ, ДОРОГОЦІННОГО КАМІННЯ ТА ВИРОБІВ З НИХ

Державний контроль за якістю дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння є сукупністю заходів та процедур, спрямованих на забезпечення інтересів держави, а також на захист прав споживачів, які здійснюються визначеними відповідно до законів України суб`єктами владних повноважень.

Дорогоцінні метали та дорогоцінне каміння спрямовуються на задоволення потреб Державного фонду дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння, золотого запасу України, а також на задоволення виробничих у вигляді промислової сировини та споживчих потреб у вигляді ювелірних та побутових виробів з дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння.

При цьому Україна фактично не є суб`єктом видобутку дорогоцінних металів. Всі дорогоцінні метали, що знаходяться в обігу, є або імпортованими в Україну, або є продуктами переробки на вітчизняних афінаж них підприємствах, або отримані як брухт від населення. В Україні також фактично немає власного видобутку іншого дорогоцінного каміння, крім бурштину, що зумовлює в значній мірі залежність від імпортованого обробленого та необробленого дорогоцінного каміння.

В таких економічних умовах проблема забезпечення державного контролю за якістю дорогоцінних металів, дорогоцінного каміння та виробів з них є вельми актуальною. Адже держава захищає права споживачів, здійснює контроль за якістю і безпечністю продукції та усіх видів послуг і робіт, згідно статті 42 Конституції України [1]. Держава, громадяни, інші особи, що перебувають на території України, а також суб`єкти господарювання в рівній мірі зацікавлені в належній якості усіх дорогоцінних металів, дорогоцінного каміння та виробів з них, які знаходяться в обігу. З іншої точки зору, гносеологічна проблема визначення критеріїв, за якими оцінюється стан державного контролю за якістю дорогоцінних металів, дорогоцінного каміння та виробів з них на даний час не вирішена. Наукові дослідження у цій сфері не проводилися.

За часів СРСР Україна не провадила власної державної політики у сфері контролю за якістю дорогоцінних металів, дорогоцінного каміння та виробів з них. На території Української РСР функціонували 4 інспекції пробірного нагляду, що мали союзне підпорядкування.

Правові основи забезпечення державного контролю за якістю дорогоцінних металів, дорогоцінного каміння та виробів з них були визначені згідно статті 15 Закону України від 18.11.1997 р. №637/97-ВР «Про державне регулювання видобутку, виробництва і використання дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння та контроль за операціями з ними» [2]. Зокрема, були визначені заходи та процедури державного пробірного контролю за якістю дорогоцінних металів, дорогоцінного каміння та виробів з них, незалежної експертизи та контролю за якістю сировини та виробів з дорогоцінного каміння як функції Міністерства фінансів України та підпорядкованих йому органів, що, відповідно, здійснюють державний пробірний контроль (з 2000 р. ці функції здійснюються Державною пробірною службою України та казенними підприємствами пробірного контролю [3]), та Державного гемологічного центру.

Відповідно до статті 15 Закону України від 18.11.1997 р. №637/97-ВР органи Міністерства фінансів України, які здійснюють державний пробірний контроль, провадять обов'язкове клеймування державним пробірним клеймом ювелірних та побутових виробів, виготовлених з дорогоцінних металів суб'єктами господарювання в Україні; обов'язкове клеймування всіх ввезених на територію України юридичними та фізичними особами ювелірних та побутових виробів, виготовлених з дорогоцінних металів з метою їх реалізації (крім ввезених для власних потреб); клеймування ювелірних та побутових виробів,

виготовлених з дорогоцінних металів, за заявками юридичних та фізичних осіб; випробування, контрольні та арбітражні аналізи матеріалів, що містять дорогоцінні метали, ювелірних та побутових виробів, що містять дорогоцінні метали, за заявками суб'єктів підприємницької діяльності, фізичних осіб та зверненнями правоохоронних органів. Також законом надано можливість виготовлювачам ювелірних та побутових виробів самостійно клеймувати державним пробірним клеймом вироби власного виробництва за наявності атестованої в установленому порядку лабораторії, і таким чином нести повну відповідальність за належну якість таких виробів. Перелік таких суб`єктів визначається Кабінетом Міністрів України за поданням Мінфіну. [2]

Крім того, за торгівлю виробами з дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння без відбитку державного пробірного клейма або з відбитком підробленого пробірного клейма передбачена адміністративна відповідальність у розмірі 100% від вартості таких виробів, згідно статті 22 цього Закону [2]. За незаконне виготовлення, збут або використання державного пробірного клейма запроваджено кримінальну відповідальність, згідно статті 217 Кримінального Кодексу України [4].

Таким чином, в Україні запроваджені обов`язкові заходи та процедури щодо здійснення попереднього державного контролю за якістю виробів з дорогоцінних металів, без проведення яких заборонене розміщення відповідних видів продукції на ринок. У 2001-2008 роках нормативно-правовими актами Мінфіну [5; 6; 7], а також відповідно до Закону України від 05.04.2007 р. №877-V «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» було запроваджено механізм здійснення Державною пробірною службою, утвореною в складі Мінфіну 2000 року [3], державного пробірно-експертного контролю за якістю виробів з дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння, розміщених на ринку, проведення перевірок суб`єктів господарювання, відбирання проб і зразків продукції, виробів та проведення їх експертиз [5; 6; 7; 8].

Застосування такого досить жорсткого механізму державного контролю призвело до, в основному, належного виконання суб`єктами господарювання вимог закону щодо необхідності розміщення на ринку виробів з дорогоцінних металів виключно за наявності відбитку державного пробірного клейма. Зокрема, згідно оприлюдненого звіту Державної пробірної служби України за 2009 рік [9], було вилучено лише 250 виробів без відбитку державного пробірного клейма або з відбитками, що викликають сумнів щодо їх справжності, або на яких в наявності елементи з відбитками державних пробірних клейм, вилучених з інших виробів. З огляду на те, що у 2009 р. було виготовлено 15,065 млн. виробів з дорогоцінних металів [10], то відсоток виявлених порушень становить менше 0,0017%.

Слід зазначити, що реалізований у Законі України від 18.11.1997 р. №637/97-ВР підхід до здійснення державного контролю за якістю дорогоцінних металів, дорогоцінного каміння та виробів з них базується на загальному принципі відповідності продукції вимогам нормативних документів у сфері стандартизації, передбачених законодавством України [11; 12; 13] – національних та галузевих стандартів, технічних умов тощо. А саме, згідно пункту 21 статті 1 цього Закону України [2] було запроваджено державний стандарт - пробу, що визначає цінність сплаву, з якого виготовлено вироби з дорогоцінних металів, і засвідчує вміст вагових одиниць основного дорогоцінного металу в одній тисячі вагових одиниць сплаву. Також нормою Закону встановлений вичерпний перелік проб ювелірних та побутових виробів з дорогоцінних металів, запроваджений в Україні.

Проте розвиток системи державного контролю за якістю дорогоцінних металів та виробів з них в Україні певний час відбувався паралельно з розвитком такого державного контролю за якістю інших видів продукції. Адже, заходи та процедури здійснення такого державного контролю суттєво відрізняються від впроваджених заходів державного контролю за якістю інших видів продукції, таких як сертифікація, процедури оцінки та підтвердження відповідності вимогам технічних регламентів, передбачених законодавством України [12; 13]. Зокрема, клеймування, згідно пункту 23 статті 1 Закону України від 18.11.1997 р. №637/97-ВР, визначається як пробірно-технологічна операція нанесення відбитку державного пробірного клейма на ювелірні та побутові вироби з дорогоцінних металів, а не

як процедура підтвердження якості таких виробів. У свою чергу державне пробірне клеймо, згідно пункту 22 статті 1 цього Закону України [2] – це знак встановленого єдиного зразка, що засвідчує цінність виробів із дорогоцінних металів. Але ані цим законом, ані жодним іншим нормативно-правовим актом України, не визначено, що державне пробірне клеймо засвідчує саме якість виробів, виготовлених зі сплавів дорогоцінних металів.

Водночас, поняття якості виробів з дорогоцінних металів та дорогоцінного каміння не може обмежуватися лише відповідністю сплаву дорогоцінного металу встановленій пробі. Це поняття має включати в себе відповідність технічним вимогам нормативних документів щодо вмісту у сплаві домішків інших металів, конструкції ювелірних виробів, характеристик дорогоцінного каміння, що містять такі вироби, маркування виробів [14] та надання споживачам надійної, своєчасної, достовірної, повної інформації про продукцію в обсягах, передбачених згідно частини 1 статті 15 Закону України «Про захист прав споживачів» у редакції закону від 05.12.2005 р. №3161-IV [15].

2001 року Мінфін затвердив офіційне визначення поняття якості виробу з дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння як відповідності виробу і вставки (вставок) з дорогоцінного каміння вимогам діючих стандартів і технічних умов. У свою чергу, поняття якості сплаву, що містить дорогоцінний метал, з якого зроблено виріб, було визначене як відповідність сплаву вимогам чинних державних стандартів і технічних умов. [5] Це призвело до реалізації комплексного підходу до здійснення суб`єктами владних повноважень функцій державного контролю за якістю таких виробів. Такий державний контроль набув ознак системності.

З одного боку, реалізуються визначені законом функції та повноваження Міністерства фінансів України у здійсненні державного пробірного контролю, незалежної експертизи та контролю за якістю сировини та виробів з дорогоцінного каміння.

З іншого боку, при виробництві продукції здійснюється державний нагляд за додержанням стандартів, норм і правил а також інших вимог, пов'язаних з якістю продукції відповідно до законодавства [16]. У сфері роздрібної торгівлі виробами з дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння забезпечений контроль за дотриманням вимог законодавства щодо захисту прав споживачів [15], правил роздрібної торгівлі ювелірними та іншими побутовими виробами з дорогоцінних металів та дорогоцінного каміння [17], зокрема в частині маркування таких виробів і надання споживачам надійної, своєчасної, достовірної, повної інформації про продукцію. Зазначені функції державного контролю здійснюються спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади з питань технічного регулювання та споживчої політики (Держспоживстандарт України) та його територіальними органами.

Проте, у такої системи державного контролю є певні недоліки.

Зокрема, існує дублювання повноважень органів Мінфіну та Держспоживстандарту щодо здійснення контролю за наявністю на виробах з дорогоцінних металів відбитку державного пробірного клейма, щодо встановлення відповідності заявлених у маркуванні ваготехнічних характеристик дорогоцінного каміння, інших вимог нормативних документів тощо. Це суперечить принципу неприпустимості дублювання повноважень органів державного нагляду (контролю), згідно статті 3 Закону України від 05.04.2007 р. №877-V «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» [8].

Крім цього, згідно статті 11 Закону України від 01.12.2005 р. №3164-IV «Про стандарти, технічні регламенти та процедури оцінки відповідності», стандарти застосовуються на добровільній основі, за винятком випадків, коли застосування цих стандартів вимагають технічні регламенти. Оскільки технічний регламент на вироби з дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння не затверджений Кабінетом Міністрів України, то єдиним обов`язковим стандартом, встановленим відповідно до закону, є проба. Проте, існуюча система державного контролю за якістю не сприяє розвитку підприємницької ініціативи у сфері ювелірного виробництва та торгівлі, оскільки нав`язує суб`єктам господарювання застосування вимог державних стандартів, деякі з яких є морально застарілими, наприклад щодо необхідності маркування ювелірних виробів етикеткою єдиного встановленого виду [14, 6].

Також недоліком існуючої системи державного контролю є відсутність єдиного нормативного документу щодо визначення якісних характеристик дорогоцінного каміння, дорогоцінного каміння органогенного утворення та напівдорогоцінного каміння. На даний час в Україні зареєстровано 4 нормативних документи, які мають статус технічних умов, і які належать їх власникам – Державному гемологічному центру Міністерства фінансів України, ДП «Вінницький завод «Кристал», ПП «Центурі» (м. Київ), ДП «Ізумруд» (м. Київ). Дія технічних умов поширюються виключно на коло їх власників та юридичних і фізичних осіб, яким вони надають право використовувати зазначені технічні умови на платній або безоплатній основі. Такий стан справ не відповідає вимогам комплексного підходу до державного контролю за якістю дорогоцінного каміння та виробів з нього. Очевидно, доцільним є розроблення та затвердження Кабінетом Міністрів України технічного регламенту, в якому мають бути встановлені єдині технічні вимоги до таких видів продукції. Крім того, оскільки Україна є залежною від імпорту переважної більшості найменувань дорогоцінного та напівдорогоцінного каміння, ряду найменувань дорогоцінного каміння органогенного утворення (корали, перли культивовані та натуральні тощо), до затвердження технічного регламенту в законодавстві України слід передбачити можливість застосування в Україні сертифікатів міжнародних систем оцінки якості дорогоцінного каміння - HRD, IGI, GIA тощо.

Крім того, недоліком існуючої системи є незабезпечення відповідними технічними засобами контролю органів системи Держспоживстандарту, із застосуванням яких можна робити висновки про підтвердження або спростування заявлених виготовлювачем та/або продавцем якісних характеристик виробів з дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння. Адже контрольні та арбітражні аналізи матеріалів, що містять дорогоцінні метали, ювелірних та побутових виробів, що містять дорогоцінні метали, за заявками суб'єктів підприємницької діяльності, фізичних осіб та зверненнями правоохоронних органів, здійснюють органи Міністерства фінансів України, які провадять державний пробірний контроль відповідно до закону [2].

Не менш актуальною проблемою є виключення основних понять якості виробу з дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння та якості сплаву, що містить дорогоцінний метал з нормативно-правової бази України з 27.03.2007 р., що відбулося у зв`язку з введенням у дію наказу Міністерства фінансів України від 22.12.2008 р. №1519 «Про затвердження Інструкції про порядок проведення перевірок щодо додержання законодавства України при здійсненні операцій з дорогоцінними металами і дорогоцінним камінням» [7]. Ця проблема потребує вирішення шляхом внесення змін до нормативно-правових актів України.

На даному етапі доцільним є чіткий розподіл функцій контролю за якістю дорогоцінних металів, дорогоцінного каміння та виробів з них, які виконуються органами Мінфіну та Держспоживстандарту. Адекватним може бути такий розподіл, при якому органи системи Держспоживстандарту повністю забезпечуватимуть контроль за якістю розміщених на ринку дорогоцінних металів, дорогоцінного каміння та виробів з них, і таким чином фактично будуть виконувати функцію державного ринкового нагляду. З цією метою доцільною буде передача Держспоживстандарту функцій провадження контрольних та арбітражних аналізів із забезпеченням належною матеріально-технічною базою. Водночас, функції попереднього контролю за якістю дорогоцінних металів, дорогоцінного каміння та виробів з них до моменту їх розміщення на ринку, мають залишатися в установленому законом порядку функцією Міністерства фінансів України та підпорядкованих йому органів, які здійснюють державний пробірний контроль, та Державного гемологічного центру.

З метою вирішення проблемних питань у сфері технічного регулювання доцільно розробити єдиний нормативний документ, яким буде встановлений вичерпний та обов`язковий для застосування всіма суб`єктами господарювання та суб`єктами владних повноважень перелік технічних вимог до дорогоцінних металів, дорогоцінного каміння та виробів з них, тобто технічний регламент, який має бути затверджений Кабінетом Міністрів України.

Реформування системи державного контролю за якістю дорогоцінних металів, дорогоцінного каміння та виробів з них, на даному етапі є необхідним з метою збереження ефективності захисту інтересів держави та прав споживачів. Проте таке реформування має відбуватися з урахуванням критерію відповідності принципам державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності, визначеним законом – доцільності, ефективності, адекватності, збалансованості, передбачуваності, прозорості та врахування громадської думки [18].

Список використаних джерел:

1. *Конституція України - Відомості Верховної Ради України від 23.07.1996 - 1996 р., № 30, ст. 141*
2. *Закон України від 18.11.1997 р. №637/97-ВР «Про державне регулювання видобутку, виробництва і використання дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння та контроль за операціями з ними» / електронний ресурс. – Верховна Рада України, 1997-2007: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=637%2F97-%E2%F0*
3. *Постанова Кабінету Міністрів України від 28.04.2000 р. №732 «Про утворення Державної пробірної служби та казенних підприємств пробірного контролю / електронний ресурс. – Верховна Рада України, 2000: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=732-2000-%EF*
4. *Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341-III / електронний ресурс. – Верховна Рада України, 2001-2010: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2341-14*
5. *Наказ Міністерства фінансів України від 18.05.2001 р. №240 «Про затвердження Інструкції про порядок проведення перевірок щодо додержання чинного законодавства при виконанні операцій з дорогоцінними металами і дорогоцінним камінням; Положення про здійснення державного пробірного контролю за якістю ювелірних та побутових виробів з дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння, призначених для реалізації суб'єктам господарювання; Порядку відбирання проб сировини, матеріалів, брухту і відходів дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння і вилучення зразків ювелірних та побутових виробів в організаціях, що перевіряються» / електронний ресурс. – Верховна Рада України, 2001-2008: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=z074501&test=dCCMfOm7xBWMWHNEZihhojksHI4g.s80msh8Ie6*
6. *Наказ Міністерства фінансів України від 05.02.2004 р. №143 «Про внесення змін та доповнень до Інструкції про здійснення державного експертно-пробірного контролю за якістю ювелірних та побутових виробів з дорогоцінних металів / електронний ресурс. – Верховна Рада України, 2004: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=z0369-04*
7. *Наказ Міністерства фінансів України від 22.12.2008 р. №1519 «Про затвердження Інструкції про порядок проведення перевірок щодо додержання законодавства України при здійсненні операцій з дорогоцінними металами і дорогоцінним камінням» / електронний ресурс. – Верховна Рада України, 2008: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=z0239-09*
8. *Закон України від 05.04.2007 р. №877-V «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» / електронний ресурс. – Верховна Рада України, 2007-2009: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=877-16*
9. *Звіт про результати роботи Державної пробірної служби за 2009 рік / електронний ресурс. – Державна пробірна служба України, 2010: http://www.assay.gov.ua/denj1.nsf/0/C1148E843ACC9B01C22576BE004392F0?OpenDocument*
10. *Інформаційно-аналітичні матеріали про діяльність ювелірної галузі України у 2009 році / електронний ресурс. – Державна пробірна служба України, 2010: http://www.assay.gov.ua/denj1.nsf/0/5A153F6780BC738EC22576BE004C0C3B*

11. *Декрет Кабінету Міністрів України від 10.05.1993 р. № 46-93 «Про стандартизацію і сертифікацію» / електронний ресурс. – Верховна Рада України, 1993-2005: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=46-93*
12. *Закон України від 17.05.2001 р. № 2408-III «Про стандартизацію» / електронний ресурс. – Верховна Рада України, 2001-2006: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2408-14*
13. *Закон України від 01.12.2005 р. №3164-IV «Про стандарти, технічні регламенти та процедури оцінки відповідності» / електронний ресурс. – Верховна Рада України, 2005-2009: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=3164-15*
14. *Державний стандарт ДСТУ 3527-97 «Вироби золотарські з коштовних металів. Загальні технічні умови». - К.: Держстандарт України, 1997*
15. *Закон України від 01.12.2005 р. № 3161-IV «Про внесення змін до Закону України «Про захист прав споживачів» / електронний ресурс. – Верховна Рада України, 2005: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=3161-15*
16. *Декрет Кабінету Міністрів України від 08.04.1993 р. №30-93 «Про державний нагляд за додержанням стандартів, норм і правил та відповідальність за їх порушення / електронний ресурс. – Верховна Рада України, 1993-2006: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=30-93*
17. *Постанова Кабінету Міністрів України від 25.03.1999 р. № 460 «Про затвердження Правил роздрібної торгівлі ювелірними та іншими виробами з дорогоцінних металів, дорогоцінного каміння, дорогоцінного каміння органогенного утворення та напівдорогоцінного каміння / електронний ресурс. – Верховна Рада України, 1999-2003: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=460-99-%EF*
18. *Закон України від 11.09.2003 р. № 1160-IV «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» / електронний ресурс. – Верховна Рада України, 2003: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1160-15*

Видолоб Юлія Людвигівна
студентка 1 курсу магістратури юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПОНЯТТЯ ТА ОБСЯГ ПРАВОСУБ`ЄКТНОСТІ СУБ`ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ

Відповідно до ст. 55 ГК України суб'єктами господарювання є учасники господарських відносин, які здійснюють господарську діяльність, реалізуючи господарську компетенцію (сукупність господарських прав та обов'язків), мають відокремлене майно і несуть відповідальність за своїми зобов'язаннями в межах цього майна, крім випадків, передбачених законодавством. Зокрема, такими суб`єктами є господарські організації (юридичні особи, державні, комунальні та інші підприємства, утворені відповідно до ЦКУ, громадяни-підприємці та підприємці – іноземці та апатриди, зареєстровані в установленому законом порядку. Правосуб'єктність суб'єкта господарювання визначається як господарська компетенція - сукупність встановлених законодавством і набутих у господарських правовідносинах прав та обов'язків.

Питання визначення поняття та обсягу правосуб`єктності юридичної особи, як суб`єкта господарювання, розглядалися у працях вітчизняних та російських вчених-правознавців, зокрема О.М. Вінника, В.С. Щербини, Н.В. Козлової, Є.О. Харитонова, П.І. Стучки, В.К. Мамутова, В.К. Андрєєва та інших, а також зарубіжних авторів, серед яких В. Ансон, Р. Ієринг, Г. Ласк, У. Маттеі, Л.Ж. Морандьєр, А. Реріхт, В. Сакае та ін..

Юридична особа наділена правосуб'єктністю, яка визначається у статтях 91 і 92 ЦК України. До прийняття нового Цивільного кодексу юридичні особи мали спеціальну правоздатність: ст. 26 ЦК УРСР визначала, що юридична особа має цивільну правоздатність відповідно до встановлених цілей її діяльності. Тобто кожна юридична особа мала права і

обов'язки, визначені її статутом. Натомість ст. 91 нового ЦК встановила, що юридична особа здатна мати таку ж цивільну правоздатність, як і фізична особа, крім тих, які за своєю природою можуть належати лише людині, тобто універсальну (загальну) правоздатність.

Універсальність правоздатності не означає, що вона не може по-різному проявлятися в різних галузях права. Тому розрізняють загальну, галузеву та спеціальну правоздатність. Правоздатність юридичних осіб є спеціальною, з обмеженим колом прав і обов'язків, - тобто таку, що визначається цілями та завданнями, відображеними в статутних (засновницьких) документах юридичної особи.

Галузева правоздатність дає можливість особі набувати суб'єктивних прав та обов'язків у сфері дії тих чи інших галузей об'єктивного права.

Правоздатність юридичної особи в Україні розширилася як за рахунок надання їй рис універсальності, так і завдяки зміні підходу до вирішення питання щодо того, які права може мати така особа. Якщо раніше наголошувалося на майнових правах юридичної особи, то тепер у ЦК України закріплені також її особисті немайнові права. Зокрема, ст. 94 ЦК України встановлює, що юридична особа має право на недоторканість її ділової репутації, на таємницю кореспонденції, на інформацію та ін. Дієздатність традиційно визначається як передбачена нормами права можливість особи самостійно, своїми діями набувати і здійснювати права, створювати для себе обов'язки та виконувати їх.

Обсяг правосуб`єктності суб`єктів господарювання може бути неоднаковим і визначається у ГК для кожної організаційно-правової форми суб`єкта господарювання.

Особливий статус має громадянин, як суб`єкт господарювання. Відповідно до ст. 128 ГК громадянин є суб'єктом господарювання за умови державної реєстрації його як підприємця без статусу юридичної особи. Громадянин-підприємець відповідає за своїми зобов'язаннями усім своїм майном, на яке може бути звернено стягнення. Проте, громадянин-підприємець не обмежений у здійсненні своїх конституційних прав, як людина і громадянин, які встановлені Конституцією України.

Згідно ст. 22 Конституції України при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод. Проте, 7 жовтня 2010 р., Верховна Рада України ухвалила в першому читанні проект Податкового Кодексу, в якому передбачено значне звуження прав громадян-підприємців на застосування спрощеної системи оподаткування, обліку та звітності, які були встановлені Законом України від 19.10.2000 р. №2063-III «Про державну підтримку малого підприємництва» та Указом Президента України «Про спрощену систему оподаткування, обліку та звітності суб`єктів малого підприємництва» в редакції від 28.06.1999 р. №746/99. Таким чином, у разі прийняття цього Податкового Кодексу може бути створений прецедент порушення конституційних прав і свобод громадян.

Використані джерела:

1. *Конституція України* - Відомості Верховної Ради України від 23.07.1996 - 1996 р., № 30, ст. 141
2. *Цивільний кодекс Української РСР від 18.07.1963 № 1540-VI/ електронний ресурс. – Верховна Рада України, 1963-2004: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1540-06&p=1287610742528050*
3. *Господарський кодекс України* – Відомості Верховної Ради України від 02.05.2003 - 2003 р., № 18, ст. 144
4. *Цивільний кодекс України* - Відомості Верховної Ради України від 03.10.2003 - 2003 р., № 40, ст.. 356
5. *Закон України від 19.10.2000 р. №2063-III «Про державну підтримку малого підприємництва»* -Відомості Верховної Ради України від 29.12.2000 - 2000 р., № 51, ст. 447
6. *Указ Президента України «Про спрощену систему оподаткування, обліку та звітності суб`єктів малого підприємництва»* - Офіційний вісник України від 16.07.1999 - 1999 р., № 26, стор. 27

Виговський Олександр Ігорович,
кандидат юридичних наук, асистент кафедри міжнародного приватного права Інституту міжнародних відносин КНУ ім. Тараса Шевченка

КОЛІЗІЙНІ ПИТАННЯ ВИПУСКУ ТА ОБІГУ ЄВРООБЛІГАЦІЙ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

Одним з фінансових інструментів, що дозволяють ефективно залучати іноземний капітал, виступають єврооблігації, випуск і обіг яких виходить за рамки однієї юрисдикції і становить на сьогодні значний сегмент міжнародного ринку цінних паперів. В правовій науці до єврооблігацій прийнято відносити такі боргові цінні папери на пред'явника, при випуску та розміщенні яких емітент і інвестори належать до різних юрисдикцій; такі папери деноміновані в іноземній по відношенню до держави емітента валюті, а їх власниками, як правило, виступають інституційні інвестори [4, 193-194].

Можна виділити наступні ознаки, які характеризують випуски єврооблігацій:

- валюта боргу за ними є, як правило, іноземною по відношенню до держави емітента;
- їх розміщення відбувається одночасно на декількох міжнародних ринках серед інвесторів, які належать до різних юрисдикцій, а не обмежується суто національним ринком держави місця випуску;
- їх випуск організовується синдикатом менеджерів з розміщення, що включає інвестиційні банки з різних країн.

Визначальною рисою єврооблігацій є відсутність єдиного національного ринку їх розміщення і обігу [2, 505]. Наявність вираженого іноземного елементу у правовідносинах, що виникають у зв'язку з існуванням таких цінних паперів, обумовлює виникнення численних колізій законів, які мають вирішуватися за допомогою інструментарію міжнародного приватного права. На жаль, питання колізійно-правового регулювання окремих аспектів випусків та обігу єврооблігацій не були предметом уваги вітчизняних науковців і не врегульовані на законодавчому рівні, що обумовлює актуальність нашого звернення до цієї проблематики.

Колізійне питання щодо єврооблігацій пов'язане з конкуренцією між такими правопорядками, як право держави емітента, право місця реєстрації випуску, право держави валюти боргу, право місця виконання зобов'язань (місця платежу) за цінним папером. Міжнародній практиці також відоме підпорядкування обігу єврооблігацій принципу lex monetae. Одним з найбільш раціональних варіантів вирішення колізій відносно єврооблігацій можна вважати підпорядкування умов їх випуску закону держави емітента, а умов обігу – правилам того або іншого фінансового ринку [1, 724].

Разом з тим, на практиці, за відсутності жорстких колізійних прив’язок в національних законодавствах щодо цінних паперів, і зокрема, єврооблігацій, емітенти включають до умов їх випуску застереження про застосовне право, яке прямо підпорядковує права і обов'язки їх власників праву конкретної юрисдикції, як правило, праву Англії, штату Нью-Йорк або Німеччини. Як правило, емітентом обирається свій особистий закон або, якщо випуск є гарантованим, особистий закону гаранта.

Теоретичним підґрунтям практики обрання застосовного права до єврооблігацій служить поширене в країнах англо-американської системи права і ряді інших країн уявлення про договірну природу оборотного цінного паперу. Облігація вважається різновидом договору позики, при цьому борговий цінний папір засвідчує наявність таких договірних відносин і опосередкує їх оформлення. Внаслідок цього, на думку деяких зарубіжних дослідників, до них мають застосовуватися принципи визначення зобов’язального статуту договору [3, 30]. Практичний аспект поширення такої практики полягає в тому, що основні правила функціонування ринку єврооблігацій традиційно формувалися в рамках системи загального права, і тому застосування норм будь-якого правопорядку, незнайомого з відповідними інститутами та категоріями, може позбавити емітента єврооблігацій звичних для нього форм правового захисту.

Водночас, така практика викликає питання: чи буде цей вибір визнаний судом іноземної держави, який ради захисту своїх інвесторів-резидентів може схилятися до застосування lex fori або відмовити у визнанні такого права на підставі застереження про публічний порядок? Причиною застосування такого застереження може бути свідоме неприйняття судом континентальної юрисдикції англо-американського уявлення про облігацію крізь призму договірної та трастової моделі, на якій ґрунтується, зокрема, інститут повірених власників облігацій, поширений в країнах загального права. Так, в Швейцарії, Нідерландах, Франції і Германії, хоча і існує подібний інститут представників власників боргових цінних паперів, проте такі особи з юридичної точки зору не вважаються повіреними, а виступають скоріше посередниками між власниками облігацій і емітентом. Прикладом «жорсткої» судової позиції може служити відома за кордоном справа компанії «Four Seasons», в рішенні по якій суд Люксембурга відмовився визнати рішення зборів держателів облігацій, винесене в рамках колективного договору з повіреним, відповідно до якого повірений уповноважувався пред'явити емітенту вимогу про дострокове погашення облігацій від імені всіх їх власників в разі банкрутства емітента.

Підсумовуючи викладене вище, можна констатувати, що колізійні проблеми, пов'язані з розміщенням і обігом єврооблігацій на міжнародних фондових ринках на сьогоднішній день залишаються невирішеними. Незважаючи на широке розповсюдження практики вибору права, застосовного до регулювання прав і обов'язків сторін міжнародних облігаційних правовідносин, перспективи визнання такого вибору в країнах континентальної системи права можуть бути сумнівними з огляду на явну схильність відповідних судових інстанцій захищати інтереси інвесторів-резидентів держави суду шляхом застосування національних правових інститутів і категорій.

Використані джерела:

7. Банковское право Российской Федерации. Особенная часть. Т. 2 / Под ред. Г.А. Тосуняна. – М.: Юристъ, 2002.

8. Rich F. C. Eurobond Practice: Sources of Law and the Threat of Unilateral National Regulation // Virginia Journal of International Law. – 1979-1980. – Vol. 20. – P. 505.

9. Weber S. The Law Applicable to Bonds / The Law of Cross-Border Securities Transactions, by H. van Houtte (ed.). – London: Sweet & Maxwell, 1999. – P. 30.

10. Wood P. R. International Loans, Bonds, Guarantees, Legal Opinions, 2nd edn. – London: Sweet & Maxwell, 2007. – P. 193-194.

Вінник Оксана Мар'янівна,
доктор юридичних наук, професор кафедри господарського
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ КОРПОРАТИВНО-УПРАВЛІНСЬКИХ ТЕХНОЛОГІЙ У ВІДНОСИНАХ ДЕРЖАВНО-ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРСТВА

Традиційно поняття технологій (походить від грецьк. τέχνη - мистецтво, майстерність, уміння; ін.-грецьк. λόγος - думка, причина; методика, спосіб виробництва) пов'язується зі сферою виробництва (як комплекс організаційних заходів, операцій і прийомів, спрямованих на виготовлення, обслуговування, ремонт і/або експлуатацію виробу з визначеною якістю й оптимальними витратами, і обумовлених поточним рівнем розвитку науки, техніки й суспільства в цілому [1]). Разом з тим, розрізняють політичні технології, управлінські технології, технології морального плану (кодекси честі/етики тощо), інформаційно-комунікативні технології/ІСТ (сукупність методів, виробничих процесів і програмно-технічних засобів, інтегрованих з метою збирання, обробки, зберігання, розповсюдження, відображення і використання інформації в інтересах її користувачів [2]), у сценічному мистецтві технологія виконання спектаклів, п'єс, зйомки кінофільмів описується сценарієм.

До технології зміни суспільної думки застосовується термін Пі-ар (від англ. PR - Public Relations - зв'язок із широкою громадськістю), що найчастіше сприймається громадськістю як рекламна/інформаційна акція [1].

Соціальна технологія — це певний спосіб здійснення людської діяльності по досягненню суспільно значимих цілей, що ґрунтується на наукових знаннях та передовому досвідові; може виникати еволюційно або запроваджуватися штучно [3], як елемент людської культури, що являє собою сукупність способів, методів, засобів самореалізації та розв'язання суперечностей у взаємостосунках людей у процесі їх соціальної діяльності і ґрунтується на поєднанні досягнень науки та практики [4]. «Управлінська технологія є одним із проявів соціальних технологій, що безпосередньо відображає управлінські процеси, її сутність полягає в системному поєднанні наукового знання, управлінських потреб та інтересів суспільства, цілей і функцій державного управління, можливостей і елементів управлінської діяльності. Вона поділяється на послідовно взаємопов'язані процедури й операції, метою яких є досягнення високої результативності та ефективності» [5].

Отже, поняття технології використовується в широкому розумінні і вузькому – стосовно певних сфер суспільного буття, в т.ч. сфери господарювання/підприємництва (саме технологіям, що застосовуються в цій сфері, законодавець приділяє найбільше уваги, про що свідчить прийнятий 2006 р. Закон «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій» [6]).

Оскільки господарські відносини зазвичай містять не лише майновий, а й організаційний (управлінський) компонент [7, ст. 1, ч. 6 ст. 3], тобто є комплексними – майново-організаційними або майново-управлінськими, можна виділити серед технологій (за критерієм сфери використання та спрямованості) такий їх вид як господарсько-організаційні або господарсько-управлінські.

Широке розумінні поняття технологій дозволяє вживати його щодо господарських відносин і такого їх різновиду, як корпоративні відносини, і відповідно – виділяти корпоративні технології (як комплекс організаційних заходів і прийомів, спрямованих на забезпечення оптимального функціонування корпорацій – управління та/або використання її майна, відповідно до вимог корпоративного законодавства та сучасних тенденцій розвитку корпоративних відносин). Прикладом корпоративних технологій можуть бути організаційні засоби прийняття управлінських рішень в господарських організаціях, насамперед, в акціонерних товариствах як поширеній організаційно-правовій формі великого і середнього бізнесу.

Національний законодавець закріплює найбільш типові та ефективні для його країни (з врахуванням існуючих в ній правових традицій) технології корпоративного управління. Так, елементом такої технології, яка забезпечує врахування інтересів різних груп акціонерів (за ознакою виду та класу акцій, що їм належать), є положення ст.. 709 розділу 26 (присвячений акціонерним товариствам) Швейцарського зобов’язального закону про включення до адміністративної ради акціонерного товариства згідно його статуту представників (як мінімум – по одному) власників різних категорій акцій (у разі, якщо товариство використовує можливість щодо випуску різних видів та класів акцій згідно ст. 622) [8, с. 8, 114-115].

Корпоративні технології щодо забезпечення ефективності управління акціонерними товариствами містяться також в актах рекомендаційного характеру, до яких належать міжнародні та національні стандарти корпоративного управління [9; 10], розроблені з врахуванням не лише вимог законодавства, але й надбань практики його застосування, сфери діяльності таких товариств тощо. Наприклад, Принципи та рекомендації щодо корпоративного управління, розроблені Європейською асоціацією торговців цінними паперами ґрунтуються на акціонерному законодавстві країн Західної та Центральної Європи і (серед іншого) містять положення про врахування власниками контрольного пакету акцій інтересів дрібних акціонерів (в т.ч. при прийнятті відповідних рішень радою директорів та правлінням, розв‘язанні конфлікту інтересів між акціонерами), що врівноважується положенням про уникнення дрібними акціонерами нерозумного (необґрунтованого) обмеження корпоративних дій (шляхом, скажімо, переривання загальних зборів) [9, с. 62].

Натомість Принципи корпоративного управління, що стосуються ради директорів (розроблені Асоціацією Співдружності з питань корпоративного управління), ґрунтуються на англо-саксонській правовій традиції регулювання відносин в корпорації з однорівневою структурою (unitary board structure). Вартий особливої уваги (з огляду на порушену в цій статті проблему) 13-й принцип під назвою «Технологія», відповідно до якого рада директорів повинна забезпечити, щоб технологія та системи, що використовуються корпорацією, були адекватними для нормального ведення діяльності та забезпечення конкурентоспроможності корпорації [9, с. 82].

Вітчизняні Принципи корпоративного управління [10; 11] значною мірою враховують усталені вимоги до корпоративного управління, напрацьовані світовою практикою. Оскільки вони передували прийняттю Закону «Про акціонерні товариства» [12], то в останньому значною мірою враховані рекомендовані згаданими актами [10; 11] правові механізми забезпечення ефективності управління акціонерним товариством, сукупність яких являє собою зафіксованою на рівні закону технологію управління акціонерним товариством з можливими варіантами (з наявністю або відсутністю наглядової ради, її комітетів та корпоративного секретаря). Крім того, в цьому Законі закладено нові можливості: щодо технології управління товариством за наявності укладеного між акціонерами договору про взяття ними додаткових обов’язків, у тому числі обов'язку участі у загальних зборах [12, ст.. 29]), що на тлі старих проблем, успадкованих від Закону «Про господарські товариства» (значних вимог до кворуму загальних зборів та порядку прийняття ними рішень [13, статті 41-42]) може забезпечити вирішення питання своєчасного скликання та проведення загальних зборів за наявності груп акціонерів з різними інтересами. І хоча це лише ледве окреслена (з огляду на відсутність ґрунтовного регулювання) можливість застосування нової для України корпоративно-управлінської технології забезпечення ефективності роботи загальних зборів акціонерного товариства [14, с.96-97; 15; 16]), проте варіанти її реалізації досить широкі (як про це свідчить зарубіжна практика та теорія корпоративного права [15; 16; 17, с. 152-156; 18, ст.. 32-1; 19, с. с. 60-61; 20, ст.. 7.32; 21; 22; 23]).

Своєрідною господарсько-управлінською технологією є встановлення відносин державно-приватного з метою реалізації крупних інвестиційних проектів. Вітчизняний Закон від 01.07.2010 р. «Про державно-приватне партнерство» [24] (далі – Закон про ДПП), передбачає його договірну форму (опосередкування відносин ДПП відповідними договорами – концесії, про спільну діяльність, угодами про розподіл продукції тощо) з притаманною їй технологією управляння щодо забезпечення реалізації проектів ДПП, яка визначається відповідним договором з врахуванням положень законодавства про певний вид договору.

В зарубіжній практиці використовується й корпоративна форма ДПП, про яку згадується в схваленій Урядом Концепції державно-приватного партнерства в житлово-комунальному господарстві (розпорядження Кабінету Міністрів України від 16 вересня 2009 р. N 1184-р). Закріплення в Законі про ДПП (ст.. 5) відкритого переліку форм ДПП свідчить, з одного боку, про можливість використання корпоративної форми, яка зазвичай пов’язана з укладенням відповідних договорів (засновницьким – якщо ДПП започатковується у формі, наприклад, акціонерного товариства; договором купівлі-продажу акцій/частки в статутному капіталі діючого товариства, що забезпечує участь в ньому сторін ДПП; акціонерною угодою, яка може укладатися як на стадії заснування такого товариства в межах ДПП, так і в процесі його функціонування), а з іншого – про істотні прогалини в Законі про ДПП щодо регулювання відносин, які виникають при застосуванні такої моделі партнерства.

Прикладом регулювання корпоративної форми ДПП може бути Закон Республіки Словенія «Про публічно-приватне партнерство» від 23.11.2006 р. [26] (статті 106-131), який передбачає три шляхи використання згаданої форми ДПП: заснування відкритого/публічного акціонерного товариства за участю публічного партнера та приватного партнера-інвестора; продаж приватному партнеру-інвестору акцій в державному акціонерному товаристві; викуп публічним партнером акцій товариства, створеного приватними особами. При цьому приватний партнер визначається, як правило, на конкурсних засадах, а особливості правового становища товариства (його капіталу та часток в ньому партнерів; статуту; порядку управління проектами ДПП, що реалізуються товариством; прав та обов’язків

акціонерів як (а) безпосередніх учасників ДПП та (б) інвесторів, які набули акції подібного товариства без обтяження зобов'язаннями щодо ДПП; тощо) визначається законом.

Використання в межах ДПП акціонерного товариства дозволяє, з одного боку, об'єднати партнерів в межах створеної за їх участю господарської організації, а з іншого – залучити додаткові інвестиції за рахунок емісії додаткових акцій з наступною їх реалізацією інвесторам, зберігаючи при цьому за державним та приватним партнерами контроль над товариством відповідно до укладеної між ними угоди.

Відносини ж між партнерами в цьому випадку можуть опосередковуватися або засновницьким договором, або договором, що в зарубіжній практиці отримав назву акціонерної угоди (Shareholders Agreement).

Хоча в праві різних країн згадані угоди мають деякі особливості, все ж таки, узагальнивши їх основні риси, можна визначити акціонерну угоду як угоду акціонерів (потенційних акціонерів), яка визначає особливості реалізації їх корпоративних прав, в т.ч. права на управління товариством та порядку вирішення так званих патових ситуацій (у разі неможливості прийняття рішення загальними зборами через паритетність – 50:50 – голосів акціонерів з протилежними інтересами).

Якщо російський законодавець встановлює значні обмеження щодо укладення таких угод (в т.ч. обов'язковість дотримання вимог закону та статуту товариства) (ст. 32-1 Федерального закону від 26.12.1995 р. «Про акціонерні товариства») [18] і це підтримується правовою доктриною [19, с. 60-61], то американський варіант акціонерної угоди дозволяє у певних межах відступати від приписів закону, який визначає правове становище таких товариств, з обов'язковим забезпеченням поінформованості наявних та потенційних акціонерів про укладення та зміст такої угоди (Модельного Закону США «Про підприємницьку корпорацію» [20, ст. 7.32]).

З огляду на специфіку ДПП і придатність акціонерної форми для реалізації проектів ДПП, доцільно було б внести відповідні зміни і в Закон про ДПП, і в Закон «Про акціонерні товариства», передбачивши можливість встановлення особливих вимог до договору засновників як учасників ДПП (щодо його змісту та строку дії), договору акціонерів за участю державного та приватного партнерів (у разі, якщо в рамках ДПП використовується вже існуюче акціонерне товариство, акціонерами яких є державний та приватний партнери).

Разом з тим, встановлення відносин ДПП в такому випадку має накладати свій відбиток на:

договір засновників (щодо його дії протягом всього строку існування партнерства та змісту – як угоди ДПП),

закріплення за засновниками-партнерами додаткових обов'язків, пов'язаних з партнерством (бути держателями пакетів акцій, розмір яких визначається в засновницькому договорі, протягом всього строку дії партнерства; забезпечувати свою частину реалізації проекту в межах ДПП; своєчасно попереджувати про обставини, які свідчать про їх неспроможність реалізовувати свою частину проекту),

до статуту товариства (щодо мети його створення та діяльності; часток партнерів – державного та приватного – в статутному капіталі; наявності угоди ДПП та її обов'язкового врахування при прийняття товариством рішень, що прямо чи опосередковано впливають на реалізацію проектів ДПП; вирішення питань, пов'язаних з реалізацією проектів ДПП, за умови їх схвалення державним та приватним партнерами; порядок розгляду між партнерами спорів щодо проектів ДПП; та ін.);

гарантії для акціонерів-інвесторів, які не є сторонами ДПП, щодо отримання дивідендів та інформації про реалізацію товариством проектів ДПП, повернення вкладених інвестицій у разі виходу з товариства;

правового режиму акцій: останні мають бути двох категорій, одна з яких – акції партнерів ДПП, що не підлягають вільному обігу протягом дії ДПП; друга – акції інвесторів ДПП, що засвідчують специфічний набір прав, зокрема: участь в розподілі прибутків від реалізації проектів ДПП; відсутність права брати участь у вирішення питань, пов'язаних з проектами ДПП; право на інформацію щодо стану реалізації проектів ДПП; право вимагати викупу товариством акцій у разі прийняття товариством рішень, що позначаються на

можливостях акціонерів-інвесторів (наприклад, спрямування отриманого товариством прибутку на покриття витрат, зумовлених невиконанням приватним партнером своїх зобов'язань за договорами ДПП); переважне (перед акціонерами-партнерами) право на участь в розподілі майна товариства у разі його ліквідації;

підстави: 1) заміни приватного партнера (невиконання/неналежне виконання зобов'язань за проектами ДПП з вини приватного партнера; банкрутство останнього; неспроможність виконати зобов'язання за проектами ДПП, що виявилася в процесі їх реалізації тощо); 2) додаткові підстави припинення такого товариства: завершення проектів ДПП; припинення фінансування проектів ДПП; неефективність проектів ДПП, що виявилася в процесі їх реалізації; відсутність претендентів на роль приватного партнера у разі банкрутства, ліквідації попередника чи інших обставин, що свідчать про його неспроможність виконувати зобов'язання в межах ДПП;

санкції за невиконання/неналежне виконання сторонами ДПП як акціонерами такого товариства своїх обов'язків в межах ДПП: сплата штрафних санкцій (неустойки) за невиконання зобов'язань, пов'язаних з реалізацією проектів ДПП; відшкодування збитків, завданих товариству, іншому партнеру ДПП; позбавлення наданих пільг та дозволів (для приватних партнерів).

Також пропонується в Законі України «Про акціонерні товариства» більш ґрунтовно врегулювати відносини, пов'язані з угодами акціонерів, зокрема:

— закріпити в ст. 2 поняття акціонерної угоди як договору між засновниками, акціонерами та/або ймовірними акціонерами (особами, які підписалися на акції додаткового випуску (додаткові акції), виявили бажання придбати у товариства викуплені ним акції власних емісій), спрямовану на визначення особливостей реалізації сторонами договору корпоративних прав;

— визначити: (1) відкрите коло відносин, що можуть регулюватися такою угодою; (2) форму угоди — повна письмова; (3) умови її дійсності: відсутність суперечностей із законодавством, статутом товариства, а також дотримання добросовісності при укладенні такої угоди, тобто уникнення зловживання сторонами угоди своїми правами, наприклад, на шкоду міноритарним акціонерам; (4) форми відповідальності, що можуть застосовуватися до порушників умов акціонерної угоди, і можливість судового захисту інтересів сторін договору у разі невиконання учасником/учасниками договірних відносин своїх зобов'язань за такою угодою; (5) наслідки для товариства у разі укладення, невиконання чи припинення/розірвання акціонерної угоди; (6) підстави припинення акціонерної угоди; (7) наслідки відчуження стороною угоди своїх акцій і відповідно — перехід до набувача акцій прав та обов'язків за такою угодою; (8) види акціонерних угод за суб'єктним складом: акціонерні угоди засновників (не повинні включати згадані в ч. 3 ст. 9 Закону «Про акціонерні товариства» обмеження щодо строку дії засновницького договору), акціонерні угоди власників акцій, акціонерні угоди за участю потенційних акціонерів (осіб, які підписалися на акції, або які їх набувають у акціонерного товариства, що продає раніше викуплені у акціонерів акції); (9) можливість визначення спеціальними законами особливих вимог до акціонерних угод у разі їх застосування в межах ДПП, при реалізації пріоритетних інвестиційно-інноваційних проектів, що фінансуються державою, в акціонерних товариствах зі значною (скажімо, понад 25%) часткою держави тощо.

Подібні заходи дозволять на рівні закону закріпити можливості обрання сторонами ДПП різних управлінсько-корпоративних технологій, враховуючи специфіку таких відносин (параметри проектів ДПП та можливості партнерів), що, своєю чергою, має розширити межі використання ДПП із застосуванням акціонерних товариств і відповідно – акціонерних угод, а також закріпити правові механізми щодо попередження зловживань з боку учасників ДПП, забезпечивши тим самим більшу ефективність такого партнерства.

Використані джерела:

1. Технология. Материал из Википедии – свободной энциклопедии // http://ru.wikipedia.org/wiki/Технология.

2. Інформаційні технології // http://uk.wikipedia.org/wiki/Інформаційні_технології .

3. Петрова С.О. Соціальні технології в адміністративному менеджменті // fs.kpi.ua/files/162/Петрова_Света.doc.

4. Соціальні технології як частина соціальних стосунків (§1 розділу 2. Основні теоретичні принципи побудови соціальних технологій: Конспект лекцій «Соціальні технології») // http://readbookz.com/book/193/7182.html.

5. А.Ф. Мельник, О.Ю. Смоленський, А.Ю. Васіна, Л.Ю. Гордієнко. Державне управління (§ 1.5.5. Управлінські технології: поняття та види;Розділ 1.5 Сутність і зміст управлінської діяльності) // http://www.pravo.vuzlib.net/book_z811_page_30.html.

6. Закон України від 14.09.2006 р. «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій» // Відомості Верховної Ради України, 2006, № 45, ст.434.

7. Господарський кодекс України. Прийнятий Верховною Радою України 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України, 2003, N 18, N 19-20, N 21-22, ст.144 .

8. Агеев А.Б. Акционерное законодательство Швейцарии: Постатейный комментарий. – М.: Статут, 2005. – 237 с.

9. Міжнародні та національні стандарти корпоративного управління – Міжнародні та національні стандарти корпоративного управління (збірник кодексів та принципів). – К.: Міжнародна фінансова корпорація, 2002. – 248 с.

10. Принципи корпоративного управління, затв. рішенням ДКЦПФР від 11.12.2003 р. № 571. – К., 2004. – 72 с.

11. Рішення ДКЦПФР від 02.07.2008 р. № 737 «Про схвалення Типового положення про корпоративне управління відкритого акціонерного товариства» // http://ssmsc.gov.ua/ShowPage.aspx?PageID=496.

12. Закон України від 17.09.2008 р. «Про акціонерні товариства» // Відомості Верховної Ради України. – 2008. – № 50-51. – Ст. 384 .

13. Закон України від 19.09.1991 р. «Про господарські товариства» // ВВР України. – № 49.– Ст. 682.

14. Вінник О.М. Науково-практичний коментар Закону України «Про акціонерні товариства». – К.: Юрінком Інтер, 2009. – 312 с.

15. Андрущенко О. Корпоративные соглашения теперь имеют юридическую силу // http://www.prostobiz.ua/biznes/razvitie_biznesa/stati/korporativnye_soglasheniya_teper_imeyut_yuridicheskuyu_silu.

16. Ласка І. Застосування угод акціонерів (shareholders' agreements) в Україні // http://www.legalweekly.com.ua/article/?uid=904.

17. Корпоративное право: Актуальные проблемы теории и практики / Под общ. Ред. д.ю.н. В.А. Белова. – М.: ЮРАЙТ, 2009. – 678 с.

18. Федеральный закон "Об акционерных обществах" от 26.12.1995 N 208-ФЗ // http://www.consultant.ru/popular/stockcomp/29_3.html#p646.

19. Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / Вступ.ст. А.М.Маковского. – М.: Статут, 2009. – 160 с.

20. Переглянутий (в ред. 2005 р.) Модельний Закон США «Про підприємницьку корпорацію» / Model business corporation act annotated : official text with official comments and statutory cross-references, revised through 2005 / adopted by the Committee on Corporate Laws of the Section of Business Law, with the support of the American Bar Association, Section of Business Law // http:// www.abanet.org/buslaw/committees/CL270000pub/nosearch/mbca/home.shtml.

21. Unanimous Shareholder Agreement ("USA") Summary of Common Provisions // www.firstangelnetwork.ca/getpdf.php?i=3&t=sponsor_releases.

22. Shareholders agreement: new company; working directors plus big lender // http://www.netlawman.co.uk/bizdoc/shareholders-agreement.php?docid=CP103&categoryID=20104.

23. Вінник О. М. Акціонерні угоди // Юридична Україна. – 2010. - № 5. – С. 20-28.

24. Закону від 01.07.2010 р. «Про державно-приватне партнерство» // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2010, N 40, ст.524.

25. Концепція державно-приватного партнерства в житлово-комунальному господарстві, схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 16 вересня 2009 р. N 1184-р // Урядовий кур'єр від 28.10.2009 - № 199.

26. Закон Республіки Словенія «Про публічно-приватне партнерство» від 23.11.2006 р. (PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP ACT (ZJZP) // www.mf.gov.si/slov/javnar/53646- ZJZP_EN.pdf.

Воєводін Богдан Володимирович
Асистент кафедри цивільного права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка, здобувач

ОБМЕЖЕННЯ ТА ЗАБОРОНИ В СФЕРІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ РЕКЛАМИ: АЛКОГОЛЬНІ ВИРОБИ

Частина 2 статті 178 встановлює поняття об’єктів цивільних прав, що обмежені в обороті. До цієї групи ЦК відносить об'єкти, які можуть належати лише певним учасникам обороту, або цивільний оборот яких дозволеним лише за спеціальним дозволом. Так, наприклад, суб'єкт господарювання має право на заняття роздрібною торгівлею алкогольними виробами лише дотримуючись вимог Законів України «Про державне регулювання виробництва і обігу спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів» та «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо обмеження споживання і продажу пива та слабоалкогольних напоїв», а також Постанови Кабінету міністрів України «Про затвердження Правил роздрібної торгівлі алкогольними напоями». На підставі такого жорсткого регулювання можна віднести алкогольні вироби до об’єктів обмежених в обороті.

Стаття 641 (ч.2) ЦК[1] прямо вказує на те, що реклама в Україні має юридичне значення як запрошення на укладення оферти. Опираючись на вищесказане, видається необхідним дослідити правовий режим рекламування такого специфічного об’єкта як алкогольні вироби.

Закон України «Про рекламу» прямо регламентує рекламу лише декількох категорій товарів: лікарських засобів та медикаментів, алкогольних/тютюнових виробів, зброї, а також фінансових послуг, цінних паперів і об’єктів будівництва. Таке прискіпливе ставлення до цих категорій зумовлене підвищеною небезпекою для життя/здоров’я (для першої групи) та фінансовими ризиками (для другої).

В Європейському Союзі алкогольно-тютюнова реклама обмежена практично повністю. В останні два-три роки законодавство України було певним чином приведено до європейського стандарту. Так 18 березня 2008 року був прийнятий Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реклами», що вступив в дію 1 січня 2010 року, а на даний момент в Верховній Раді розглядається Проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про рекламу» (щодо заборони використовувати спортивну тематику в рекламі тютюнових виробів, алкогольних та слабоалкогольних напоїв)» №6645 від 02.07.2010 року, що суттєво обмежить рекламу пива. Розглянемо детальніше механізми та наслідки таких заборон.

Згідно частини 2 статті 22 Закону «Про рекламу»[5] Реклама алкогольних напоїв, реклама знаків для товарів і послуг, інших об'єктів права інтелектуальної власності, під якими випускаються алкогольні напої, забороняється на радіо та телебаченні з 6 до 23 години на перших і останніх сторінках газет, на обкладинках журналів та інших видань, в усіх виданнях для дітей та юнацтва, на сторінках для дітей та юнацтва усіх друкованих видань в усіх друкованих засобах масової інформації (крім спеціалізованих видань) засобами внутрішньої реклами за допомогою заходів рекламного характеру (крім спеціальних виставкових заходів алкогольних напоїв) на зовнішніх та внутрішніх поверхнях транспортних засобів загального користування та метрополітену засобами зовнішньої

реклами. Частина 4 цієї статті дозволяє спонсорування теле-, радіопередач, театрально-концертних, спортивних та інших заходів з використанням знаків для товарів та послуг, під якими випускаються алкогольні напої (але без зображення самих товарів). Також закон повністю виключає будь-яку рекламу алкогольних виробів чи торгових марок, що спрямована на осіб віком до 18 років. Також Закон забороняє будь яке використання зображень популярних осіб для рекламування алкогольних та слабоалкогольних товарів.

Наслідками даних заборон та обмежень можуть бути наступні процеси та явища.

Спонсорство спортивних заходів та інформаційних блоків ще більш обмежиться (практично тільки до згадки найменування або торгову марку). Зміни, що хочуть внести до цього закону повністю забороняють навіть згадку про найменування або торгову марку.

Внутрішня реклама. У зв'язку із внесенням вищезазначених змін посилився тиск контролюючих органів на заклади торгівлі. Наприклад, відома спроба накладення штрафу на мережу спеціалізованих супермаркетів, що займаються виключно продажем алкогольної продукції, за розміщення всередині торгівельних приміщень зображень винних пляшок. Варто зазначити, що згідно зі статтею 1 Закону «Про рекламу»[5] внутрішня реклама – це реклама, що розміщується всередині будинків, споруд, у тому числі в кінотеатрах і театрах під час, до і після демонстрації кінофільмів та вистав, концертів, а також під час спортивних змагань, що проходять у закритих приміщеннях, крім місць торгівлі (у тому числі буфетів, кіосків, яток), де може розміщуватись інформація про товари, що безпосередньо в цих місцях продаються

Зловживання з боку виробників. На прикладі Росії: так як заборонена реклама навіть алкогольних торгових марок, частина виробників відкрили лінії по виробництву соків та питної води під тими самими торговими марками (наприклад можуть з'явитись «соки і нектари Nemiroff»). Але в РФ останнім часом намагаються з цим явищем боротися. Для прикладу, під зареєстрованою торгівельною маркою «Довгань» випускались як продукти харчування, так алкогольні вироби. Міністерство антимонопольної політики заборонило демонстрацію даної торгівельної марки окремо від продуктів харчування, адже в цьому випадку вона підтримувала б інтерес до алкогольної продукції.

Обмеження заходів рекламного характеру, які передбачають безоплатне розповсюдження зразків товарів, що рекламуються, та/або їх обмін споживачам однієї кількості чи одного виду товарів, що рекламуються, на інший. Тепер виробники змушені проводити спеціальні виставкові заходи, які здійснюються з метою просування відповідного товару на ринок, проводяться організовано у певному приміщенні або на огородженому майданчику (у тому числі в місцях реалізації товару) у визначені строки, розраховані на зацікавлених та/або професійних відвідувачів, організатор яких обмежив відвідування заходу тими особами, яким відповідно до законодавства дозволяється продавати товар, що демонструється.

І на останок варто звернути увагу на поняття спеціалізованого видання. Має бути роз'яснення щонайменше міністерства юстиції, які видання можна вважати спеціалізованими. На нашу думку, це видання не для тих, хто купує, а лише для продавців, виробників і великооптових закупівельників. Але в жодному разі ця реклама не може бути розрахована на споживачів. Зловживаннями в даному питанні є те, що деякі компанії вже здійснили перереєстрацію своїх загальнопопулярних видань в якості спеціалізованих, що дозволило їм претендувати на замовлення реклами з боку виробників алкогольної продукції.

В цілому, зміни, що відбулись в сфері регулювання такого специфічного об'єкту як алкоголь, можна визнати позитивними, але незавершеними. Є ще великий об'єм проблем, які необхідно вирішити на законодавчому рівні. Також необхідним є удосконалення механізму реалізації даних норм.

Використані джерела:

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2003, NN 40-44, ст.356

2. Закон України «Про державне регулювання виробництва і обігу спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів» від 19.12.1995 № 481/95-ВР Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1995, N 46, ст. 345

3. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо обмеження споживання і продажу пива та слабоалкогольних напоїв» від 21.01.2010 № 1824-VI Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2010, N 11, ст.111

4. Постанова Кабінету міністрів України «Про затвердження Правил роздрібної торгівлі алкогольними напоями» від 30 липня 1996 р. N 854

5. Закон України «Про рекламу» від 03.07.1996 № 270/96-ВР Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, N 39, ст. 181

6. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реклами» від 18.03.2008 № 145-VI Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2008, N 18, ст.197

Волощук Оксана Троянівна
кандидат юридичних наук, доцент кафедри міжнародного права
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

ПРОБЛЕМА АВТОНОМНОСТІ АРБІТРАЖНОГО ЗАСТЕРЕЖЕННЯ

Сьогодні в умовах ринкової економіки арбітражне застереження є одним із основних засобів організації відносин між суб'єктами господарювання та важливим інструментом правової організації господарського життя суспільства в цілому. На жаль, маємо відмітити, що в останні роки в науковій юридичній літературі України теоретичні питання арбітражної угоди (арбітражного застереження), в тому числі проблема автономності арбітражного застереження, не були предметом комплексного, цілісного вивчення, хоча проблематиці міжнародного комерційного арбітражу присвячено достатня кількість праці, зокрема, праці В.В. Комарова, Т.С. Кисельової, І.Г. Побірченка, Ю.Д. Притики, Г.А. Цірата та ін.

Однією із основних проблем в міжнародному комерційному арбітражі є проблема автономності арбітражного застереження. В арбітражних процесах відповідач нерідко заявляє, що контракт, який містить арбітражне застереження, є недійсним або що з яких-небудь причин втратив силу. Тому логічним є запитання: чи впливає на недійсність чи припинення дії контракту на арбітражне застереження, яке в ньому міститься? Це питання досить часто виникає в арбітражній практиці. Логічно припустити, що якщо основний контракт недійсний чи втратив силу, то така ж доля має спіткати і арбітражне застереження, яке в ньому міститься. Проте теорія і практика арбітражу розвивались по іншому шляху. Було вироблено правило про відокремленість, або ж автономність, арбітражного застереження від основного контракту, в якому воно міститься. Тобто арбітражна угода є автономною щодо договору з приводу якої вона укладена: дійсність арбітражної угоди не залежить від дійсності самої угоди. Будь-яка арбітражна угода, в т.ч. включене в текст міжнародного комерційного контракту арбітражне застереження, розглядається незалежно від основного контракту, а визнання контракту недійсним не приводить до анулювання арбітражної угоди і не позбавляє арбітра права розглядати всі спірні питання, пов'язані з недійсністю контракту і наслідками, які з цього випливають. Вважається, що арбітражне застереження має можливість «пережити» припинення чи навіть недійсність контракту. А це означає, що є легальні підстави для формування складу арбітражу і винесення ним рішення по суті справи. Теорія «автономності» ґрунтується на наступному: укладаючи арбітражне застереження, сторони зазвичай передбачають передачу в арбітраж будь-яких спорів, включаючи спори щодо дійсності самого контракту (якщо такі спори прямо не виключені із сфери дії арбітражного застереження). В подальшому, якщо би сторона могла відмовитись від арбітражу і заперечувати компетенцію арбітрів, посилаючись на недійсність контракту, то така можливість завжди би використовувалася би недобросовісною стороною для зриву арбітражу [1, с. 50]. Нарешті, контракт, який містить арбітражне застереження, фактично складається з двох частин – частини,

що стосується власне договірних зобов'язань, і процесуальної частини, що стосується порядку вирішення спорів, які з них випливають чи з ними пов'язаними. Історично арбітражне застереження дійсно містилося в окремому документі, і до сих пір сам термін «арбітражна угода» вказує на його значення і самостійність щодо основного контракту. Тому сторони укладають, який містить арбітражне застереження, фактично укладають дві угоди, із котрих друга (арбітражне застереження) «переживає» першу (основний контракт). Таким чином, у найбільш загальних рисах принцип автономності арбітражної угоди від основного договору полягає у тому, що арбітражна угода та основний договір розглядаються як дві окремі угоди [2, с. 740].

У випадку, коли йдеться про технічно відокремлену від основного договору угоду сторін правовідносин про передачу спорів, що виникли або можуть виникнути з цих правовідносин, на розгляд арбітражу, тобто, про так званий "третейський запис" чи "компроміс" [3, с. 19], то відокремленість арбітражної угоди від основного договору досить очевидна. В цьому разі, на думку Лью, арбітражна угода, яка міститься в окремому документі, існує окремо, має специфічний об'єкт та може регулюватися іншим правом, аніж основний договір. Така арбітражна угода стосується лише спору між її сторонами та його безпосередньої передачі на розгляд арбітражу. Виконання такої угоди є повністю незалежним від виконання комерційних зобов'язань за основним договором. Набагато більш цікавим є застосування принципу автономності у випадку, якщо арбітражна угода є частиною основного договору. Оскільки предметом арбітражного спору сторін договору часто стає питання про те, чи був договір укладений, чи він існує, чи є дійсним, а також питання порушення умов договору, то було б абсурдним вважати достатньою підставою для втрати юридичної сили арбітражною угодою порушення договору чи вимогу про його визнання недійсним, неукладеним або припиненим. Саме в таких ситуаціях арбітражна угода є найбільш потрібною, оскільки вона надає арбітражу компетенцію на розгляд відповідних спорів. Якби принцип автономності не застосовувався, то статус арбітражної угоди прямо залежав би від статусу основного договору, і у спорах, в яких присутня вимога визнання основного договору недійсним, неукладеним, припиненим тощо, арбітри щоразу заходили б у глухий кут. Для того, аби визначити, чи склад арбітражу має компетенцію розглядати спір, арбітри повинні були би не лише досліджувати арбітражну угоду на предмет її існування, дійсності та відповідності застосовуваного права, але й розглядати одразу статус основного договору. Висновок арбітрів про недійсність, неукладеність, припинення основного договору автоматично означав би відсутність у них компетенції на розгляд спору, оскільки арбітражна угода без застосування принципу автономності поділяла би статус основного договору. В результаті сторони, висловивши у арбітражній угоді намір передати на арбітражний розгляд спори, що виникли чи могли виникнути із правовідносин між ними, були би позбавлені можливості вирішення своїх спорів арбітражем і змушені звертатися з метою їх розгляду до державних судів.

Отже, можна зробити висновок про те, що одним із найважливіших принципів міжнародного комерційного арбітражу є принцип автономності арбітражного застереження. Арбітражні регламенти всіх провідних інституцій, що займаються проведенням міжнародного комерційного арбітражу (МТП, Лондонський Міжнародний Арбітражний Суд, Американська Арбітражна Асоціація), а також найавторитетніший арбітражний регламент, що використовуються при арбітражі ad hoc (Арбітражний Регламент ЮНСІТРАЛ), чітко закріплюють принцип автономності арбітражної угоди. Простежується тенденція деталізації положень, пов'язаних із принципом автономності, в процесі еволюції арбітражних регламентів. Що ж до міжнародних конвенцій з питань міжнародного комерційного арбітражу, то більшість дослідників погоджуються з думкою, що творці таких конвенцій не висловлюють чіткої позиції щодо принципу автономності. На нашу думку, така ситуація пояснюється зокрема тим, що у сфері міжнародного комерційного арбітражу багатостороннім міжнародним конвенціям традиційно відводиться неосновна роль, і через це розробка нових та вдосконалення існуючих міжнародних конвенцій не є настільки активною, як аналогічна робота щодо, приміром, арбітражних регламентів основних міжнародних арбітражних інституцій.

Використані джерела:

1. Цірат Г. А. Міжнародний комерційний арбітраж / Г. А. Цірат. Навч. посіб. – К.: Істина, 2002. – 304 с.

2. Лунц Л. А. Курс международного частного права. / Л. А. Лунц. В 3 томах. - М.: Спарк, 2002. – 800 с.

3. Цірат Г. А. Міжнародний комерційний арбітраж/ Г. А. Цірат. Навч. посіб. – К.: Істина, 2002. – 304 с.

Гаврилов Евгений Владимирович
главный специалист юридического отдела
Министерства образования и науки Красноярского края

О КОМПЕНСАЦИИ МОРАЛЬНОГО (НЕИМУЩЕСТВЕННОГО) ВРЕДА, ПРИЧИНЕННОГО УМАЛЕНИЕМ ДЕЛОВОЙ РЕПУТАЦИИ ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

В большинстве стран мира существует институт компенсации морального (неимущественного) вреда (далее – компенсация морального вреда). Компенсация морального вреда сочетает в себе две функции: с одной стороны, - она является способом защиты нарушенных прав лица, которому причинен вред, а с другой стороны, - мерой ответственности в отношении правонарушителя. Компенсация морального вреда имеет массу проблем. Одной из ключевых проблем является вопрос о субъектном составе лиц, имеющих право на компенсацию морального вреда. Могут ли юридические лица (организации) испытывать моральный, или какой-либо другой неимущественный (нематериальный) вред и требовать за это денежную компенсацию?

Зарубежный опыт показывает, что при ответе на поставленный вопрос все зависит от национальной правовой системы. Если рассматривать страны СНГ, то можно сделать вывод, что компенсация морального вреда юридическим лицам либо напрямую закреплена на уровне закона (Казахстан, Киргизия, Туркменистан, Украина); либо не отрицается законом, и встречается в судебной практике (Молдова, Российская Федерация); либо не отрицается законом, но не применяется в судебной практике (Азербайджан, Армения, Грузия, Таджикистан, Узбекистан); либо напрямую запрещена законом (Республика Беларусь). Как мы видим Республика Беларусь, равно как и по вопросу смертной казни, занимает весьма консервативную позицию. Компенсация морального вреда юридическим лицам в этой стране невозможна.

Для начала приведем положения нормативных актов Республики Беларусь, обосновывающих запрет юридическим лицам требовать компенсацию морального вреда, затем приведем мнения белорусских ученых, несогласных с подобным запретом, а также собственную позицию на этот счет.

Право граждан на материальное возмещение морального вреда гарантировано ст. 60 Конституции Республики Беларусь. В соответствии со ст. 11 Гражданского кодекса Республики Беларусь (ГК РБ) одним из способов защиты гражданских прав является компенсация морального вреда. Согласно ст. 152 ГК РБ гражданин имеет право на компенсацию морального вреда. При этом под моральным вредом в Республике Беларусь понимаются испытываемые гражданином физические и (или) нравственные страдания (п. 8 Постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 28.09.2000 г. № 7 «О практике применения судами законодательства, регулирующего компенсацию морального вреда»). В соответствии с п. 3 ст. 153 ГК РБ гражданин, в отношении которого распространены сведения, порочащие его деловую репутацию, вправе требовать возмещения убытков и морального вреда, причиненного их распространением. Указанное правило соответственно применяется к защите деловой репутации юридического лица, кроме возмещения морального вреда (п. 7 ст. 153 ГК РБ). Компенсация морального вреда к юридическим лицам не применяется (анализ п. 10 Постановления Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 26.04.2005 № 16 «О применении

хозяйственными судами законодательства при рассмотрении дел о защите деловой репутации»).

Таким образом, можно сделать однозначный вывод, что юридические лица не имеют права на компенсацию морального вреда в Республике Беларусь. Отсутствуют и аналоги компенсации морального вреда, адресованные именно юридическим лицам, в том числе при умалении их деловой репутации. В последнее время указанное обстоятельство справедливо подвергается критике белорусскими учеными-правоведами.

Так, например, О.Н. Герасимович говорит о необходимости предусмотреть для юридических лиц денежную компенсацию за дискредитацию, подрыв в глазах окружающих деловой репутации [1, с. 183]. Е.В. Маршалова пишет о денежной компенсации «нематериальных убытков» при умалении деловой репутации, которые являются аналогом компенсации морального вреда, причиненного гражданину [2, с. 192]. Е.Ю. Есманович полагает возможным распространить компенсацию морального вреда на всех субъектов хозяйствования, к которым относятся в том числе и юридические лица [3, с. 148]. В.В. Карпенков указывает на необходимость включения в законодательство Республики Беларусь компенсации нематериального вреда, причиненного юридическому лицу [4, с. 64-68]. Необходимость надлежащей защиты деловой репутации юридических лиц (некоммерческих организаций) он показывает на примере органов пограничной службы Республики Беларусь [5, с. 164-169].

Считаем, что запрет на компенсацию морального вреда юридическим лицам противоречит Конституции Республики Беларусь. В соответствии со ст.ст. 22, 60 Конституции Республики Беларусь все равны при защите своих прав, в том числе в судебном порядке. Это правило касается как физических лиц, так и юридических лиц. Поэтому, если кто-то из них наделен преимуществом в защите нарушенного права (как, например, граждане в случае с компенсацией морального вреда) – налицо противоречие конституционным нормам. Юридические лица должны обладать способом защиты, аналогичным денежной компенсации морального вреда, причиненного гражданам. Таким способом защиты могла бы оказаться компенсация нематериального вреда, имеющего свое собственное содержание, отличное от содержания морального вреда, причиненного гражданину.

Украина уже давно признает право юридических лиц на компенсацию неимущественного (нематериального) вреда. Российская Федерация в последнее время идет по пути такого признания. Теперь и Республике Беларусь осталось пересмотреть свои консервативные взгляды на этот счет.

Использованные источники:

1. Герасимович О.Н. Резолютивная часть решения суда по делам о защите чести, достоинства и деловой репутации // Право и демократия: Сб. науч. тр. Вып. 11. / отв. ред. В.Н. Бибило. – Минск: БГУ, 2001.

2. Маршалова Е.В. Компенсация морального вреда (нематериальных убытков) юридическим лицам: сравнительно-правовой анализ законодательства Республики Беларусь, Украины и Российской Федерации // Актуальні проблеми юридичної науки: Збірник тез міжнародної наукової конференції «Сьомі осінні юридичні читання». - Хмельницький: Видавн. Хмельниц. університету управління та права, 2008.

3. Есманович Е.Ю. Возмещение морального вреда как способ защиты прав субъектов хозяйствования // Правотворчество и правоприменение в современном обществе: материалы междунар. науч. конф. студентов и аспирантов. – Минск: БГУ, 2009.

4. Карпенков В.В. Нематериальный вред юридического лица и право на его компенсацию // Юридический журнал. - 2009. - № 1.

5. Карпенков В.В. К вопросу о защите деловой репутации некоммерческих юридических лиц: на примере органов пограничной службы Республики Беларусь // Вестник Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь. - 2010. - № 3.

Гаспаревич Иосиф Юрьевич.
Аспирант кафедры гражданского и хозяйственного права
Академии управления при Президенте Республики Беларусь

КОЛЛИЗИОННО-ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОТНОШЕНИЙ СУПРУГОВ ПО ПРОЕКТУ РЕГЛАМЕНТА ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА РИМ III.

Миграция граждан и открытость внутренних границ Европейского Союза приводит к тому, что все больше заключается союзов соединяющих людей разных национальностей. Создаются семьи, приобретается, наживается имущество. Некоторые браки распадаются. Эффектом такого процесса является увеличение числа судебных дел по поводу семейных отношений, которые требуют применение коллизионных норм и иностранного права. Каждый год в Европейском Союзе заключается 350 тысяч межнациональных браков и 170 тысяч распадается.

В области отношений, связанных с правовым положением лиц и семьи существовало много источников конфликтов. Назовем лишь один из них – франко-германские отношения, которые не регулируются ни одним действующим договором – ни двусторонним, ни многосторонним. Поэтому для франко-германских супружеских пар могли возникать неразрешимые ситуации. Родитель-немец добивался решения в суде своей страны, а родитель-француз пользовался юрисдикционной привилегией по ст. 14 ГК Франции (основанной на французском гражданстве истца) и мог добиться от французского суда противоположного решения.

Область семейных отношений в праве ЕС изначально регулируется Конвенцией от 28 мая 1998 г., называемой «Брюссель II», о компетенции, признании и исполнении решений в области имущественных отношений между супругами и в области ответственности родителей за общих детей, которая стала Регламентом Сообщества от 29 мая 2000 г., замененного Регламентом от 27 ноября 2003 г. – так называемым «Брюссель II bis». Регламенты «Брюссель II» и «Брюссель II bis» касались исключительно решений, относящихся исключительно к брачным отношениям (брак, развод, за исключением обязательств по алиментам и родительской ответственности за общих детей).

В процессе разработки находится Регламент ЕС Рим III, касающийся алиментных и брачных отношений, по которому супругам будет предоставлена большая свобода выбора, в том числе по случаю алиментов на случай развода, выборе компетентного суда и применимого права.

Работа над Регламентом Рим III берет начало 18 июля 2006 г., когда Европейская комиссия предложила изменение «Брюссель II bis». Однако на заседании 5-6 июня 2008 г. Совета Европы решил, что ещё рано заканчивать работу над проектом регламента Рим III, отметив непреодолимые трудности к достижению единомыслия в ближайшем будущем в работе над проектом. 24-25 июля на заседании Совета Европы на уровне министров юстиции и внутренних дел начата дискуссия о дальнейшей работе над проектом Регламента о праве применимом в семейных отношениях Рим III. Девять государств-членов (Франция, Люксембург, Испания, Италия, Словения, Австрия, Греция (3 марта 2010 г. отозвалась от участия в процессе), Венгрия и Румыния, позже к ним присоединилась и Болгария) объявили о своем намерении отправить запрос Еврокомиссии относительно своего намерения начать процесс «углубленного сотрудничества в области семейного права, а именно: по Регламенту Рим III. Таким образом создан уникальный прецедент, который может впоследствии повториться в другой области.

Проект Рим III имеет целью создание возможности, чтобы в процессе процедуры развода стороны могли по соглашению сторон выбрать суд и применимое право для такого спора. Если стороны не выберут право, проект предлагает коллизионные нормы. Проект Рим III предлагает несколько вариантов критериев выбора надлежащего права: развод регулируется правом страны где обычно проживают стороны; правом страны последнего местожительство сторон, если одна из сторон далее там проживает; право совместного гражданства сторон; право страны суда. Привязки избраны таким способом, чтобы

обеспечить применение той системы права, с которым супруги имеют тесную связь, и основываются, в первую очередь, на праве местожительства супругов. Например, суд, к примеру польский, будет применять литовское право, если супруги литовцы, или, также, если один из них будет гражданином Литовской Республики.

Выбор права должен быть письменным, с подписью каждой из сторон. Иностранное право будет применяться в ограниченных случаях. Задачей проекта Регламента Рим III является более сознательный выбор применимого права. Цель регламента Рим III: увеличение юридической уверенности и правовой предсказуемости; большая эластичность, гибкость, благодаря введению автономии воли сторон; обеспечение доступа к суду; предотвращение состязательности между супругами при подаче заявления в суд.

Коллизионные нормы содержащиеся в проекте Регламента Рим III имеют целью гарантировать то, что не смотря на то, где стороны подадут заявление на развод, суды каждого государства-члена ЕС будут применять такое же самое материальное право (тем самым не допуская до ситуации поиска суда, применяющего наиболее благоприятное право для данной стороны). Цель Регламента Рим III – повысить правовую определенность для супругов, состоящих в браке с международным элементом.

Проект Регламента Рим III приведет к упрощению административных процедур как для граждан так и для юристов. В особенности гармонизация коллизионных норм значительно облегчит правоприменение, позволяя определить надлежащее право на основе одной системы норм, которая заменит коллизионные нормы существующие в государствах-участниках.

Не стоит только забывать, что регламент будет издан в рамках Евросоюза и будет касаться лишь внутриевропейских отношений, однако вполне возможно, что с его появлением исчезнет и запрещение в отношении третьих стран об оговорке в брачных контрактах об алиментах.

Необходимость в гармонизации исходит из существующих ныне разногласий в коллизионном праве различных стран, дефицита стабильности законодательства. Нормы права отличаются в странах-членах ЕС. Трудно выбрать надлежащее право. Материя эта касается довольно деликатных вопросов, страны-члены ЕС иногда имеют по этому поводу диаметрально-различные взгляды.

Принимая во внимание современные тенденции в международном частном праве на региональном уровне, учитывая рост количества граждан, проживающих, работающих, учащихся и вступающих в брак за пределами государства гражданства, количество разводов и исков о содержании также возрастает. Поэтому вопрос рассмотрения Регламента Рим III очень актуален как для государств-участников СНГ, так и для Республики Беларусь, так и для Украины.

Гейнц Руслана Миколаївна
старший викладач, здобувач кафедри цивільного права Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника

СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ КОМУНАЛЬНА ПОСЛУГА ТА ЖИТЛОВО–КОМУНАЛЬНА ПОСЛУГА

Терміни «комунальні послуги» та «житлово-комунальні послуги» отримали легальне закріплення в Законі України «Про житлово-комунальні послуги» від 24.06.2004 р. (далі – Закон) [1]. Однак, і в окремих нормативно-правових актах, і в юридичній літературі зазначені поняття часто вживаються як синоніми. Доктринальних досліджень співвідношень цих понять немає. Безспірним є те, що зазначені послуги надаються у сфері житлово-комунального господарства. При цьому слід зазначити, що перелік послуг, які законодавчо відносяться до житлово-комунальних є відкритим. В публікаціях відсутня науково

обґрунтована концепція за якою можна було б проводити кваліфікацію послуги як комунальної чи житлово-комунальної.

Згідно із ст. 13 Закону залежно від функціонального призначення житлово-комунальні послуги поділяються на чотири групи: 1) комунальні послуги; 2) послуги з утримання будинків і споруд та прибудинкових територій; 3) послуги з управління будинком, спорудою або групою будинків; 4) послуги з ремонту приміщень, будинків, споруд. По кожній групі дається примірний перелік.

Вказана класифікація свідчить, що житлово-комунальні послуги є родовим поняттям по відношенню до послуг комунальних. Для того, щоб дана класифікація була повною мають виконуватися такі умови: всі житлово-комунальні послуги, незалежно від їх приналежності до конкретної групи повинні володіти ознаками, які притаманні житлово-комунальній послузі і, разом з цим, повинні мати інші ознаки, які дозволяють об'єднати їх у відповідні групи. При цьому кожна з послуг, що входить до конкретної групи повинна володіти родовими ознаками своєї групи і не володіти родовими ознаками іншої групи.

На нашу думку, легальна класифікація потребує вдосконалення. Такі висновки обумовлені наступними аргументами.

По-перше, нами було проведено аналіз і доведено, що немає ніяких правових підстав відносити водопостачання, електропостачання тощо до послуг взагалі і до комунальних, зокрема [4, 160]. Зазначені відносини опосередковуються договорами постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, які є різновидами договору купівлі-продажу (ст. 714 Цивільного кодексу України).

По-друге, таку послугу як «вивезення побутових відходів» законодавець одночасно відносить і до комунальних послуг, і до послуг з утримання будинків та прибудинкових територій. „Класифікація будь-яких понять – це поділ їх на групи. .... Смисл класифікації в тому, що відповідне поняття відносять до певної групи. При цьому враховується те, що воно володіє родовими ознаками цієї групи і одночасно те, що в ньому відсутні родові ознаки, притаманні іншим групам" [2, 308].

По-третє, щодо четвертої групи то, ми вважаємо, що ремонт приміщень, споруд не відноситься до послуг взагалі. Це роботи. Вони опосередковуються правовою формою договору підряду.

По-четверте, у чому виявляється функціональне призначення послуг «укладання договорів на виконання послуг» та «контроль виконання умов договору». Якими цивільно-правовими механізмами, наприклад, договорами вказані послуги повинні регулюватися?

Таким чином, законодавча класифікація житлово-комунальних послуг є суперечливою. На нашу думку, дана класифікація є наслідком того, що зазначені послуги входять у сферу діяльності житлово-комунального господарства, яке відноситься до сфери обслуговування.

Діяльність підприємств житлово-комунального господарства спрямована на забезпечення благоустрою територій, належних умов проживання і життєдіяльності населення. Приміщення, які використовуються в повсякденному житті мають своє призначення. І, в загальному, кожне з них можна віднести до однієї з двох груп: житлових або нежитлових приміщень. Провівши відповідне дослідження ми прийшли до висновку: „як правова категорія, комунальна послуга – це вид суспільного блага, за допомогою якого задовольняються потреби населення у підтриманні належного санітарно-гігієнічного, технічного стану будинків і споруд та прибудинкових територій" [3, 108]. При цьому слід зауважити, що комунальні послуги спрямовані на підтримання в належному стані нежитлових приміщень та обладнання, яке в них знаходиться, наприклад, внутрішньобудинкових мереж водопостачання тощо. Тобто діяльність послугонадавача комунальної послуги обмежується лише загальним майном багатоквартирного будинку. Утримання приміщень, які належать власникам на праві приватної власності (квартири, офіси) виходять за межі правовідносин з надання комунальних послуг. Вони будуть знаходитися в межах правовідносин іншої юридичної природи.

На підставі вищевикладеного ми приходимо до висновку, що законодавча класифікація житлово-комунальних послуг базується на ототожненні сфери послуг і сфери

обслуговування. Ми вважаємо, що поняття „сфера обслуговування” є ширшим, оскільки охоплює різні економічні відносини, а не лише ті, які пов’язані з наданням послуг. Тобто ми не підтримуємо твердження, що всяке обслуговування – це завжди послуга. Природно, що діяльність організацій житлово-комунального господарства відноситься до сфери обслуговування, та, перш ніж визначити механізм правового регулювання конкретних відносин між підприємствами цієї сфери та споживачами результатів їх діяльності, необхідно з’ясувати їх юридичну природу. Твердження, що всі відносини із споживачами опосередковуються договорами з надання тих чи інших послуг, на нашу думку, є хибним. Тому, на наш погляд, було б цілком логічно, якби законодавець закріпив термін “житлово-комунальне обслуговування”, яке буде охоплювати всі економічні відносини, що складаються у сфері житлово-комунального господарства. В такому розумінні термін житлово-комунальне обслуговування буде ширшим ніж поняття „комунальні послуги”. При цьому, хочемо зробити припущення, що більш доцільним в юридичній термінології застосовувати терміни „житлові послуги” та „комунальні послуги”, а не „житлово-комунальні послуги”. Але зазначене припущення потребує додаткового дослідження.

Використані джерела:

1. *Закон України „Про житлово-комунальні послуги” // http://zakon.rada.gov.ua*
2. *Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положення. – М., 1997.*
3. *Гейнц Р.М. Комунальна послуга як правова категорія // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України. Збірник наукових статей. – 2009. – Випуск XXI. – с. 103– 109*
4. *Гейнц Р.М. Правові аспекти розмежування постачання ресурсів через приєднану мережу і комунальних послуг // Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої 70-річчю Прикарпатського національного університету ім.. В.Стефаника. Том 1. / 19-20 лютого 2010 р.– Івано-Франківськ: Прикарпатський національний університет ім. В.Стефаника, 2010. – с. 158-160*

Голова Ольга Геннадіївна

фахівець І категорії наукового відділу з питань координації наукових заходів та наукових експертиз Науково-дослідної частини Хмельницького університету управління та права

ЗАГАЛЬНІ ПИТАННЯ ЮРИДИЧНОЇ ПРИРОДИ ІНСТИТУТУ ВЛАШТУВАННЯ ДІТЕЙ ПОЗБАВЛЕНИХ БАТЬКІВСЬКОГО ПІКЛУВАННЯ

Природним середовищем для зростання і благополуччя дітей, їх повного і гармонійного розвитку є сім’я. Кожна дитина має право і повинна зростати в сімейному оточенні, атмосфері щастя, любові і розуміння. Однак не завжди життєві обставини складаються так, що батьки в змозі забезпечити дитині такі сприятливі умови дитинства. В деяких випадках діти виявляються позбавленими батьківського піклування.Причини цього можуть бути різними: смерть батьків чи одного з них, оголошення їх померлими, визнання батьків безвісно відсутніми чи недієздатними, позбавлення їх батьківських прав, засудження їх до позбавлення волі, перебування батьків під вартою на час слідства, тривала хвороба, яка перешкоджає їм виконувати батьківські обов’язки. Є діти, покинуті батьками, батьки яких невідомі або відмовились від дітей, діти, які самі залишили сім’ю або дитячі заклади, де вони виховувалися, і не мають певного місця проживання [12]. Така категорія населення потребує особливої уваги. Це підкреслюється в різноманітних міжнародно-правових актах, таких як Женевська декларація прав дитини 1924 р., Декларація прав дитини, прийнята Генеральною Асамблеєю ООН в 1959 р., Конвенція про права дитини 1989 р. та ін. Відповідні норми закріплюються в національному законодавстві України — Конституції України, Цивільному

та Сімейному кодексах, спеціальних законах «Про охорону дитинства», «Про попередження насильства в сім'ї» та інших законодавчих актах.

Законодавство України визначає таку категорію осіб, як діти позбавлені батьківського піклування. І декларує, що дитина позбавлена батьківського піклуваня, це дитина, яка залишилися без піклування батьків у зв'язку з позбавленням їх батьківських прав, відібранням у батьків без позбавлення батьківських прав, визнанням батьків безвісно відсутніми або недієздатними, оголошенням їх померлими, відбуванням покарання в місцях позбавлення волі та перебуванням їх під вартою на час слідства, розшуком їх органами внутрішніх справ, пов'язаним з ухиленням від сплати аліментів та відсутністю відомостей про їх місцезнаходження, тривалою хворобою батьків, яка перешкоджає їм виконувати свої батьківські обов'язки, а також підкинуті діти, батьки яких невідомі, діти, від яких відмовилися батьки, та безпритульні діти.

Проаналізувавши національне законодавство та наукову літературу ми можемо дійти висновку, що немає законодавчо закріпленного, загальновизнаного визначення інституту влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування, його сутності та системи. Розкривається лише поняття форм влаштування, за допомогою яких реалізується цей інститут.

Так зокрема у ст.1 Закону України «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування» від 13 січня 2005 року, формами влаштування дітей усиновлення; встановлення опіки, піклування; передача до прийомної сім'ї, дитячих будинків сімейного типу, до закладів для дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування.

Усиновлення - прийняття усиновлювачем у свою сім'ю дитини на правах дочки чи сина, що здійснене на підставі рішення суду. Усиновлення дитини провадиться в її інтересах для забезпечення стабільних та гармонійних умов її життя.

Встановлення опіки та піклування - влаштування дітей-сиріт, дітей, позбавлених батьківського піклування, в сім'ї громадян України, які перебувають, переважно, у сімейних, родинних відносинах з цими дітьми-сиротами або дітьми, позбавленими батьківського піклування, з метою забезпечення їх виховання, освіти, розвитку і захисту їх прав та інтересів.

Передача до прийомної сім'ї - добровільне прийняття за плату сім'єю або окремою особою, яка не перебуває у шлюбі, із закладів для дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, від одного до чотирьох дітей на виховання та для спільного проживання.

Передача до дитячого будинку сімейного типу - прийняття в окрему сім'ю, яка створюється за бажанням подружжя або окремої особи, яка не перебуває у шлюбі, на виховання та для спільного проживання не менш як п'яти дітей-сиріт та/або дітей, позбавлених батьківського піклування. Загальна кількість дітей, включаючи рідних, у такій сім'ї не може перевищувати десяти осіб [13].

При цьому Закон не дає визначення прийомної сім'ї та будинку дитячого типу і навіть не дублює їх із Закону України «Про охорону дитинства» від 21 квітня 2001 р., а лише визначає, що таке заклади для дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування. Так закладами для дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування,є медичні, навчальні, виховні заклади, заклади та установи органів праці та соціального захисту населення, в яких проживають діти-сироти і діти, позбавлені батьківського піклування [13].

Закон України «Про охорону дитинства» же визначає, що прийомна сім'я це сім'я, яка добровільно взяла із закладів для дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, від 1 до 4 дітей на виховання та спільне проживання. А дитячий будинок сімейного типу це окрема сім'я, яка створюється за бажанням подружжя або окремої особи, яка не перебуває у шлюбі, які беруть на виховання та спільне проживання не менш як 5 дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування [14].

З огляду на все вищевикладене можна зробити висновок, що :

1. Інститут влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування – це системна сукупність норм сімейного права, яка регулює однорідні суспільні відносини, щодо

влаштування дітей позбавлених батьківського піклування, що здійснюються за допомогою таких форм вираження даного інституту, як: встановлення опіки (піклування), усиновлення, передача дитини до прийомної сім'ї, дитячого будинку або закладів для дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклуваня.

2. Сутністю інституту влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування є забезпечення повноцінного життя, всебічного виховання та розвитку таких дітей через систему заходів, спрямованих на захист їх прав та інтересів і визначення форми влаштування дітей, що позбавлені батьківського піклування;

3. Система інституту влаштування дітей позбавлених батьківського піклування – це взаємопов'язана внутрішньою структурою сукупність форм вираження даного інституту та відношень між ними, що утворюють єдине ціле в процесі їх реалізації;

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

ОСОБЛИВОСТІ ОБЧИСЛЕННЯ СТРОКІВ УСИНОВЛЕННЯ

Розглядаючи усиновлення як інститут Сімейного права, норми якого регулюють однорідну групу відносин, можна ствердно сказати, що суттєву роль в даній групі відносин відіграє категорія строку. Оскільки саме строк як певний період у часі зумовлює виникнення, можливість реалізації та припинення такого права як право усиновити особу.

Відповідно до законодавчого визначення, усиновленням є прийняття усиновлювачем у свою сім'ю особи на правах дочки чи сина, що здійснюється на підставі рішення суду. Щодо кола осіб, які можуть бути усиновленими ст. 208 СК України визначає, що це може бути дитина. Ч.1 ст.6 СК визначає, що правовий статус дитини має особа до досягнення повноліття, тобто 18 років [1, 6, 208] . Таким чином піддаючи буквальному тлумаченню наведені норми, можна зробити висновок, що особою яку можна всиновити може бути і особа, яка до досягнення повноліття набула повної цивільної дієздатності (наприклад в результаті одруження) і вже має свою дитину. Така невизначеність часових рамках в межах яких особа може бути усиновлена зумовлює на практиці ускладнення щодо питання, в кого в такому випадку потрібно отримувати згоду на усиновлення.

Відповідно до Порядку провадження діяльності з усиновлення та здійснення нагляду за дотриманням прав усиновлених дітей усиновленою може бути особа батьки якої визнані безвісно відсутніми за рішенням суду [2]. Враховуючи положення ЦК України суд може винести рішення про визнання особи безвісно відсутньою в разі відсутності в місці її постійного проживання відомостей про місце її перебування впродовж одного року з дня отримання останніх відомостей про місце перебування такої особи [3, 43]. Вданому випадку мова йде про строк як підставу для усиновлення, який стосується безпосередньо кровних батька (чи матері) дитини. Тобто невиконання рідним батьком (матір'ю) своїх батьківських обов'язків щодо дитини понад 1 рік та відсутність відомостей про місце перебування такого батька чи матері плюс відповідне рішення суду в сукупності є підставами для усиновлення дитини.

Щодо усиновлення дитини, яку не забрали з пологового будинку чи підкинули або яка була знайдена законодавець встановив 2-х місячний строк (з моменту залишення дитини в пологовому будинку, або з часу відколи дитину було знайдено чи підкинуто). Вказана стаття встановлює тимчасове обмеження для осіб, які бажають всиновити покинуту або знайдену дитину. Встановлення такого обмеження зумовлено наступним. Щодо дитини яку залишили, в пологовому будинку такий 2-х місячний строк встановлений для того щоб надати час матері новонародженої дитини вийти із стану афекту після пологів та забрати дитину. Закріплення такого обмеження є цілком виправданим, адже непоодинокими є випадки народження дітей неповнолітніми особами, які ще не готові стати батьком (матір'ю).

Вказаний 2-х місячний строк чітко визначений законом – не залежить від волі особи, яка бажає усиновити дитину та призначений для захисту (чи то «відновлення») своїх батьківських прав кровними батьками.

Незважаючи на чітку вказівку ст. 209 СК в ЗУ «Про відпустки» ст. 17 [4], передбачають право особи на післяпологову відпустку та призначення допомогти в зв'язку з тимчасовою втратою працездатності. При чому допомога призначається та виплачується особам, які всиновили дитину протягом 2-х місяців з дня її народження на підставі листка непрацездатності, який видається лікарем жіночої консультації. Таким чином має місце колізія норм законів щодо строку реалізації особою свого особистого немайнового права. Так в одному законі встановлена заборона щодо усиновлення дітей протягом 2-х місяців з дня народження дитини залишеної в пологовому будинку, чи з часу знайдення підкинутої дитини, а в іншому законі обов'язковою умовою призначення та виплати допомоги в зв'язку з тимчасовою втратою працездатності, особі яка всиновила дитину, протягом двох місяців з дня народження дитини. Наслідком такої неузгодженості строків усиновлення та строків призначення та виплати матеріальної допомоги – є позбавлення особи на призначення та виплату усиновлювачу матеріальної допомоги.

Слід виділити також певні юридичні факти, які суттєво впливають на процедуру усиновлення – це досягнення особою, яку бажають всиновити певного віку (певного моменту у часі). Так при досягненні дитиною певного віку та рівня розвитку, при якому дитина в змозі самостійно висловлювати свою думку, суд зобов'язаний отримати згоду від дитини щодо її всиновлення; з досягненням дитиною 14 річного віку вона має право на отримання відомостей щодо факту її всиновлення, має право на звернення до суду з вимогою про визнання усиновлення недійсним. В разі визнання судом усиновлення недійсним, усиновлення анулюється з моменту встановлення усиновлення. З досягненням 18 річного віку усиновлена особа може звернутися до суду з позовом про скасування усиновлення, в такому випадку усиновлення припиняється в момент набрання відповідним рішенням суду законної сили.

Дискусійним питанням як в науці так і в правозастосовній практиці стало питання різниці у віці між усиновлювачем і дитиною, яку бажають усиновити. Так 10 квітня 2008 року до ст. 211 СК України були внесені зміни щодо обмеження максимальної різниці у віці між усиновлювачем і дитиною. Після внесення до зазначеної статті змін зменшилося коло осіб, які можуть усиновити дитину певного віку, відповідно було обмежено право дитини на сімейне виховання. Тобто при внесенні змін до ст. 211 СК України було порушено приписи частини третьої статті 22 Конституції України, згідно з яким при внесені змін до чинних законів, не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод [5]. Тому такі зміни в сімейному законодавстві мають бути визнані Конституційним судом неконституційними.

Використані джерела:

1. Сімейний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 25 серп. 2010р.: (офіц.. текст). – К.: Паливода А.В., 2010. – 96с. – (Кодекси України).

2. Про затвердження Порядку провадження діяльності з усиновлення та здійснення нагляду за дотриманням прав усиновлених дітей: Постанова Кабінету Міністрів України від. 08.10.2008р. - № 905 // Офіційний вісник України. – 2008. - № 79 (27.10.2008).- ст. 2660.

3. Цивільний кодекс України. чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 20 верес. 2010р.: - К.: Паливода А.В., 2010. – 328 с. (Кодекси України).

4. Про відпустки: Закон України від 15.11.1996р. № 504/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1997. - № 2. - Ст. 17.

5. Справа за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремого положення частини другої статті 211 Сімейного кодексу України: Рішення Конституційного суду України від 03.02.2009р. № 3-рп/2009.

Гончар Татьяна Михайловна
преподаватель кафедры международного права, магистр юридических наук
Гродненский государственный университет им. Я. Купалы

ПОНЯТИЕ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ И ПРОМЫШЛЕННОЙ СОБСТВЕННОСТИ В НАЦИОНАЛЬНОМ И МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВЕ

В настоящее время такие термины, как «интеллектуальная собственность», «промышленная собственность» прочно вошли в международный и национальный обиход. Однако надо учитывать, что для каждого из этих понятий присущ свой диапазон сущностей, смыслов и оттенков, которые необходимо учитывать при построении правовой системы охраны объектов интеллектуальной собственности.

С 60-х годов XX века, после учреждения в 1967 году Всемирной Организации Интеллектуальной Собственности, стало широко распространяться понятие «интеллектуальная собственность», включающее все права, относящиеся к интеллектуальной деятельности в производственной, научной, литературной и художественной областях.

В Уставе Всемирной Организации Интеллектуальной Собственности (ВОИС) говорится: «Интеллектуальная собственность означает творения человеческого разума: изобретения, литературные и художественные произведения, символику, названия, изображения и образцы, используемые в торговле» [1, с.43].

Понятие «интеллектуальная собственность» призвано объединить авторское и патентное право. Вместе с тем, как подчеркивают некоторые исследователи, это абсолютно разные вещи, общим в которых является только то, что в обоих случаях речь идет об обладании не вещами, а идеями. «Называть авторское право, патенты и торговые марки «интеллектуальной собственностью» стало модным, – пишет Р.М. Столлман. – Эта мода возникла не случайно – такое определение систематически искажает и смешивает эти понятия, а его использование продвигалось и продолжает продвигаться теми, кто заинтересован в этой неразберихе… «Интеллектуальная собственность действует как определение, смешавшее без разбора в одну кучу в корне несовместимые законы. Между тем, эти законы принимались отдельно, по- разному развивались, покрывают различную деятельность, у них разные правила, и ставят они на публичное обсуждение разные вопросы. Авторское право вырабатывалось для содействия литературе и искусству. Патентное законодательство было задумано для поддержки публикации идей по цене на эти идеи их единоличных владельцев – цена, которая в одной области, возможно, и худшая, а в иной нет».

По мнению М. Лемлея, повсеместное использование понятия «интеллектуальная собственность» – причуда, идущая от основанной в 1967 г. ВОИС, действительно ставшая распространенной только в последние годы. М. Лемлей, Р. Столлман, ряд других специалистов полагают, что ВОИС, формально относящаяся к ООН, фактически отражает интересы владельцев авторских прав, патентов и торговых марок [2, с. 47].

Легальное закрепление термина «промышленная собственность» обрел в результате заключения 20 марта 1883 года Парижской конвенции по охране промышленной собственности, содержащая следующее положение: «Объектами охраны промышленной собственности являются патенты на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, товарные знаки, знаки обслуживания, фирменные наименования и указания происхождения или наименования места происхождения, а также пресечение недобросовестной конкуренции» [1. с.108].

Словосочетание «промышленная собственность» может показаться не совсем точным, поскольку пока речь идет только об изобретениях, используемых на промышленных предприятиях. Но товарные знаки, знаки обслуживания, коммерческие наименования и обозначения представляют интерес не только для промышленности, но также и главным образом для торговли.

В законодательстве Республики Беларусь не дается детального определения термина «промышленная собственность». В патентном законе Республики Беларусь лишь указывается, что данным нормативно-правовым актом регулируются имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения, возникающие в связи с созданием, правовой охраной и с использованием изобретений, полезных моделей, промышленных образцов.

Таким образом, промышленная собственность – это исторически сложившееся понятие, которое обозначает систему отношений, складывающихся в связи с принадлежностью нематериальных благ, существующих в форме технических, художественно-конструкторских и биологических решений, обозначений, индивидуализирующих участников гражданского оборота и производимую ими продукцию.

Данное определение отражает экономическое содержание промышленной собственности, которое должно иметь юридическое закрепление в форме права промышленной собственности. Однако единого права промышленной собственности как юридического института, призванного опосредовать экономические отношения промышленной собственности, в действующем законодательстве не существует. Поэтому, правильной представляется позиция, в соответствии с которой право промышленной собственности следует рассматривать как объективно выраженную систему норм действующего законодательства, образующих наподобие вещного права собственности самостоятельный институт гражданского законодательства. Причем данную систему норм можно закрепить посредством принятия собственного кодифицированного акта, обеспечивающего стабильность регулирования патентных правоотношений. Кроме того, практика принятия кодексов подобного характера в ряде стран уже существует (Португалия, Франция).

Подводя определенный итог сказанному, можно отметить, что в настоящее время существует множество мнений в отношении понятия «интеллектуальная собственность». Из всей совокупности различных подходов общим является рассмотрение интеллектуальной собственности как правового положения двух основных результатов интеллектуальной деятельности – объектов авторского и смежных прав, а также объектов промышленной собственности. Однако такое понимание ведет к смешению категорий авторского права и права промышленной собственности. Поэтому, правильной представляется позиция, в соответствии с которой право промышленной собственности следует употреблять как самостоятельное, независимое и автономное от «интеллектуальной собственности» понятие, а всю совокупность норм, регулирующих данную группу отношений, вполне логично рассматривать под термином «патентное право».

Использованные источники:

1. Судариков, С. А. Интеллектуальная собственность / С. А. Судариков.- М.: Издательство деловой и учебной литературы, 2007. – 800 с.

2. Толочко, О.Н. Международная система охраны интеллектуальной собственности / О. Н. Толочко // Юстиция Беларуси. – 2010 г. – № 3. – С. 47 – 50.

Горда Юрій Іванович
студент 3 курсу юридичного факультету,
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ПРАВОВИХ НАСЛІДКІВ РОЗІРВАННЯ ДОГОВОРУ ДОВІЧНОГО УТРИМАННЯ.

- Серед широкого діапазону договорів на особливу увагу заслуговують ті , у разі укладення яких здійснюється відчуження майна. Очевидно, що кожен із них має свою правову природу, особливості та правові наслідки укладення і розірвання.

- Предметно розглянемо договір довічного утримання. Так, за договором довічного утримання (догляду) одна сторона (відчужувач) передає другій стороні (набувачеві) у власність житловий будинок, квартиру або їх частину, інше нерухоме майно або рухоме майно, яке має значну цінність, взамін чого набувач зобов'язується забезпечувати відчужувача утриманням та (або) доглядом довічно.

- Якщо вести мову про порядок та механізми укладення даного виду договору, то законодавче врегулювання цих моментів досить детальне та узгоджене. Натомість ціла низка питань постає при розірванні договору довічного утримання (догляду). Так у ст. 756 ЦК закріплено, що у разі розірвання договору довічного утримання (догляду) у зв'язку з невиконанням або неналежним виконанням набувачем обов'язків за договором, відчужувач набуває право власності на майно, яке було ним передане, і має право вимагати його повернення.У цьому разі витрати, зроблені набувачем на утримання та (або) догляд відчужувача, не підлягають поверненню.

У разі розірвання договору у зв'язку з неможливістю його подальшого виконання набувачем з підстав, що мають істотне значення, суд може залишити за набувачем право власності на частину майна, з урахуванням тривалості часу, протягом якого він належно виконував свої обов'язки за договором.

- Потребує уваги той факт, що невиконання або неналежне виконання обов'язків не завжди призводить до припинення договору. Відчужувач вправі пред'явити позов про відшкодування збитків до суду. Розмір збитків визначається у відповідності до грошової оцінки, вказаної у до говорі. У винятковому випадку існує можливість подати позов не про припинення дії договору довічного утримання, а про обов'язок набувача виконати обов'язки, взяті на себе, або про стягнення грошової компенсації всіх видів матеріального забезпечення, вказаних у договорі.

- Договір довічного утримання (догляд) може бути розірваний також з ініціативи набувача у тому випадку, коли через незалежні від нього обставини його майнове становище змінилося настільки, що він не взмозі надавати відчужувачу належне матеріальне забезпечення, обумовлене в договорі. Основною проблемою є те, що ЦК не дає переліку таких підстав. Доктринально визначено, що до них можуть належати інвалідність самого набувача, переїзд в іншу місцевість і відмова відчужувача змінити місце проживання, неможливість виконувати свої обов'язки внаслідок погіршення майнового стану набувача тощо. В такому разі, залежно від тривалості утримання, суд може зберегти за набувачем право власності на частину майна.

- Очевидно, що відсутність чітких правових орієнтирів, на основі яких суд міг би залишати за набувачем право власності на частину майна, породжує ситуацію повного суб'єктивізму зі сторони «Феміди» у таких справах. З іншого боку, об´єктивно визначити перелік таких обставин неможливо в силу того, що мова йде про категорію оціночну. А тому змоделювати та передбачити вичерпний перелік таких ситуацій не є можливим.

- Ще одна проблема постає при визначені розміру частки майна, на яке може претендувати набувач з урахуванням тривалості часу протягом якого він належно виконував свої обов'язки. Якщо до уваги брати лише матеріальні аспекти, то очевидно, вирахувати і компенсувати майнові витрати з урахуванням індексу інфляції які за час утримання поніс набувач буде не важко. Але одразу ж постає питання чи не порушується при такому підході принцип розумності та доцільності. Адже до уваги не береться безпосередньо час, протягом

якого набувач виконував обов'язок добросовісно. З іншого боку, знайти адекватну, вихідну одиницю, еквівалент конвертування часу у матеріальному вираженні також практично неможливо.

- Аналізуючи дану ситуацію через призму механізмів захисту цивільних прав, можна зробити висновок, що законодавець поставив за мету забезпечити особливо надійними способами захисту права відчужувача. Разом з цим, набувачу у даному договорі поставлений у ситуацію повної залежності від суддівського суб'єктивізму намагаючись реалізувати та захистити свої права.

- Варто також зауважити, що потреби у додатковому законодавчому врегулюванні питань, пов'язаних із розірванням договору довічного утримання, немає. Але є об'єктивна необхідність у роз'ясненнях Верховного Суду України щодо тих правових орієнтирів, якими мали б керуватися судді при вирішені справ, пов'язаних із розірванням договору довічного утримання. Очевидно, що матереалізувати такі роз'яснення потрібно у Постанові Пленуму Верховного Суду України.

Використані джерела:

1. *Дзера О.В., Боброва Д.В. Цивільне право України: Підручник у 2 книгах. - К., Юрінком Інтер, 2002р.*
2. *Я.М. Шевченко Цивільне право України: Академічний курс. - К., 2003 р.*
3. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За відповід. Ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової, В.В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – Т.І. – 832 с.*
4. *Бірюков І. А., Заіка Ю.О., Співак В.М. Цивільне право України: Загальна частина. - К.: Наукова думка, 2000.*

Горобець Наталія Олександрівна
Доцент кафедри правових дисциплін Сумської філії
Харківського національного університету внутрішніх справ

ЩОДО ПИТАННЯ ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВА НА НЕДОТОРКАННІСТЬ ЖИТЛОВОГО ПРОСТОРУ

Цінність суб'єктивного права полягає в його наявності і, перш за все, в можливості здійснення цього суб'єктивного права [147, с. 11]. Здійснення права на недоторканність житлового простору в механізмі цивільно-правового регулювання в юридичній науці не досліджувалося. Особливістю його регулювання є те, що воно в основному здійснюється нормами моралі. Право ж може лише встановлювати межі такої недоторканності, а отже, і межі припустимого втручання.

Більшість учених стверджує, що особисте немайнове право є абсолютним правом, що породжує абсолютні правовідносини. Звідси його здійснення припускає обов'язок будь-якої особи утримуватися від порушення (довільного чи неправомірного) права, тобто не проникати до житлового простору без волі осіб, що мешкають у ньому, та вимог закону. Даний обов'язок покладається на фізичних і юридичних осіб, на органи державної влади, їхніх посадових осіб та інших учасників цивільних правовідносин.

Однак суб'єкт особистого немайнового права не пасивний, а користується своїм правом, тому кореспондуючі обов'язки зобов'язаних суб'єктів не вичерпуються лише утриманням від порушення цього права. Так, наприклад, працівники правоохоронних органів при виконанні своїх службових обов'язків поряд з обов'язком не порушувати права особи на недоторканність житлового простору мають і обов'язок поважати облаштування та правила поведінки у даному житлі тощо.

Передбачається, що деякі права можуть припинятися через їх нездійснення особою [1, 466]. Нездійснення особою особистого немайнового права на недоторканність житлового

простору не веде до його припинення (ч. 2 ст. 12 ЦК України) і може бути здійснено у майбутньому (ст. 269 ЦК України. У даному випадку доречно наголосити на тісному зв'язку права на недоторканність житлового простору з правом на житло. Так, наприклад, неприйняття спадщини протягом 6 місяців; відсутність члена сім'ї власника житла понад один рік без поважних причин, якщо інше не встановлено домовленістю між ними або законом (ч. 2 ст. 405 ЦК України), є підставою до не юридичного, а фактичного припинення суб'єктивного права на недоторканність житлового простору.

Здійснення особистого немайнового права на недоторканність житлового простору проявляється у множинності дій. Так, носій права може подорожувати і не мати постійного місця проживання; особа може мати декілька місць проживання (чи перебування), у яких виникає житловий простір тощо. Суб'єкт права на недоторканність житлового простору перебуває у стадії постійного здійснення свого права.

Суб'єктивні цивільні права можуть здійснюватися будь-якими дозволеними законодавством способами. При цьому в науці цивільного права загально прийнято виділяти фактичні і юридичні способи [2, 33].

Сфера життєдіяльності, що відбувається у межах житлового простору особи, за своєю природою не може регулюватися нормами права (швидше - нормами моралі). Тому більшість діянь, які особа вчиняє у межах так званої внутрішньої сторони змісту даного суб'єктивного права належать до фактичних способів здійснення цивільного права, оскільки не підпадають під регулювання норм права.

Юридичні способи здійснення особистого немайнового права на недоторканність житлового простору здебільшого проявляється тоді, коли управомочена особа, здійснюючи правомочності змісту досліджуваного права, вступає у правовідносини з іншими особами (надання житлового приміщення чи іншого об'єкта для проведення слідчих дій; здійснення права на медичну допомогу тощо).

У більшості випадків особа здійснює своє право на недоторканність житлового простору одноосібно, однак можливі випадки, коли правомочності змісту цього права здійснюються і співносіями, а також представниками, наприклад, співвласниками житлового приміщення, співмешканцями кімнати у гуртожитку тощо.

Здійснення суб'єктивного немайнового права на недоторканність житлового простору відбувається у різних формах. Форми здійснення досліджуваного права можна визначити за низкою запропонованих нижче критеріїв.

Залежно від суб'єктного складу здійснювати суб'єктивне право на недоторканність житлового простору можливо індивідуально та колективно.

За характером (якістю) поведінки суб'єктів при здійсненні права на недоторканність житлового простору можна виділити: активну (здійснення певних дій) і пасивну (утримання від здійснення деяких варіантів поведінки) поведінку.

Залежно від методів, якими забезпечується здійснення суб'єктивного немайнового права, можна виділити: добровільне здійснення права - особа сама вирішує, коли та якими способами буде здійснювати своє право, та примусове - коли особу змушують до певної поведінки (наприклад, за рішенням суду про визнання права спільного користування житлом; за вимогою органів опіки та піклування щодо здійснення та дотримання батьками та іншими особами досліджуваного права малолітніх та неповнолітніх осіб).

Залежно від порядку здійснення права на недоторканність житлового простору, визначеного у законі, можна виділити звичайний та спеціальний порядок. Під звичайним порядком здійснення права на недоторканність житлового простору розуміється виникнення абсолютних правовідносин (ч. 1 ст. 311 ЦК України). Під спеціальним порядком здійснення зазначеного права потрібно розуміти чіткий перелік виключних випадків, що передбачені законом, коли здійснення відбувається за певними правилами – це правовідносини, у яких управомоченій особі протистоїть конкретно визначена зобов'язана особа (особи). Так, особа має можливість вільно, на власний розсуд, визначати межі свого житлового простору та його облаштування і приватності, однак житловий простір малолітньої особи визначається за місцем проживання її батьків. Тому забезпечення реалізації цієї можливості покладається на конкретно визначених осіб – батьків, усиновлювачів.

Зазначене обумовлює ознаки здійснення особистого немайнового права на недоторканність житлового простору та визначає особливості його здійснення: це поведінка особи, яка визначається реалізацією та перетворенням у дійсність правомочностей змісту досліджуваного права; реалізує правомочності особа безпосередньо за рахунок власних дій і опосередковано шляхом вчинення дій, обумовлених змістом права на недоторканність житла іншими уповноваженими законом, договором тощо особами (співносіями); реалізує правомочності особа на власний розсуд відповідно до вимог закону; поведінка виражається у вчиненні дій чи бездіяльності щодо житлового простору, його приватності та її меж і захисту з метою задоволення нематеріальних потреб управомоченого в ньому; реалізація правомочностей відбувається у формі та способами, не забороненими законодавством.

Використані джерела:

1. Гражданское право : учебник в 2 т. : Т.1 / [В. С. Ем и др.] ; отв. ред. Е. А. Суханов. – 2-е изд., перераб и доп. – М. : БЕК, 2002. – 816 с.

2. Малеина М. Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита / Малина М. Н. – 2-е – изд., испр. и доп. – М. : МЗ Пресс, 2001. – 244 с.

Грибанов Алексей Анатольевич
студент 3 курса юридического факультета Санкт-Петербургского филиала Государственного университета – Высшей школы экономики

ПОСЛЕДНИЕ ТЕНДЕНЦИИ В СФЕРЕ ЗАЩИТЫ ПРАВ НА АКЦИИ

То обстоятельство, что тема защиты прав на акции полна проблем, предопределяет ее актуальность. Развитие рыночной экономики невозможно без создания благоприятных условий для деятельности акционерных обществ. Одним из таких условий является наличие эффективных механизмов защиты прав на акции. Однако в современной России таких механизмов нет. Причиной тому служит неопределенность природы «бездокументарных ценных бумаг», к числу которых принадлежат и акции, как на уровне доктрины, так и на уровне законодательства. Как следствие, нет и ясных механизмов защиты прав на столь неясные объекты.

Важность защиты прав на акции определяется тем, что статус акционера есть следствие владения акциями общества. Нарушение права на акции (например, путем хищения акций) автоматически нарушают все права, вытекающие из акций, как то право на участие в управлении обществом, право на получение дивидендов и ликвидационной квоты, право на получение информации о деятельности общества. Как писал М. М. Агарков, «только тот, кто имеет право на бумагу, может в силу этого права распоряжаться ею с целью осуществления права из бумаги» [1, с. 178].

Трудно переоценить практическое значение ответа на теоретический вопрос о природе прав на акции. Как известно, объектом вещных прав могут быть лишь индивидуально-определенные вещи. Акции в России выпускаются только в бездокументарной форме без индивидуализирующих признаков. То есть акции не являются ни вещами, ни тем более вещами индивидуально-определенными. Следовательно, они не могут быть объектом вещных прав. Таковы традиционные положения доктрины гражданского права, нашедшие отражение в частности в воззрениях Е. А. Суханова [2, с. 428].

Однако законодатель часто действует, не принимая во внимание традиционных взглядов на объекты вещных прав. Так, Федеральный закон от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» прямо говорит о праве собственности на бездокументарные ценные бумаги и о переходе прав на них как на вещи. Распространение режима вещей на

бездокументарные акции, которые по природе своей вещами не являются, приводит к значительным трудностям на практике. Среди них – проблема защита прав на акции.

В целях защиты прав на акции судебная практика допускает использование иска об истребовании акций из чужого незаконного владения, то есть виндикационного иска. То обстоятельство, что бездокументарные акции не являются вещами, приводит к следующим проблемам. Во-первых, у истца отсутствуют подтверждения статуса собственника, так как в силу ч. 2 ст. 29 ФЗ «О рынке ценных бумаг» переход права собственности на акции происходит в момент внесения приходной записи по лицевому счету приобретателя. Это проблема решается путем одновременного предъявления требования о признании права собственности на акции. Во-вторых, происходит «распыление акций» среди большого числа физических лиц, проживающих в территориально удаленных друг от друга местах. Это приводит к большим затратам денежных и организационных ресурсов истца, что препятствует защите прав на акции. В-третьих, существует проблема «смешения акций». Акции в РФ не обладают индивидуально-определенными признаками. Проходя по цепочке приобретателей, похищенные акции многократно перемешиваются с другими акциями, разделяются между новыми владельцами. Поэтому часто невозможно доказать, что акции, требование об изъятии которых предъявлено суду, есть именно похищенные акции, а не иные, что приводит к невозможности защиты прав на акции. Пример: в постановлении ФАС Московского округа от 28 января 2004 г. по делу № КГ-А40/11286-03 при мотивировке невозможности истребования незаконно списанных акций указано, что «отсутствие признаков, позволяющих бесспорно индивидуализировать имущество, исключает возможность его истребования в судебном порядке на основании ст. 301 ГК РФ». Нормативное закрепление правила, согласно которому, при эмиссии акций каждой из них должен присваиваться уникальный идентификационный номер способно решить эту проблему.

Несмотря на указанные трудности, Президиум ВАС РФ в Постановлении от 9 февраля 2010 г. № 13944/09 признал принципиальную возможность использования вещных способов защиты по аналогии закона при защите прав и законных интересов объектов, существующих только юридически, а не в виде осязаемых материальных предметов. В результате была устранена противоречивость судебной практики по виндикации бездокументарных акций, долей в уставном капитале и долей в праве общей собственности на имущество [3, с. 8].

В случае если право акционера на акции нарушено, он может принять меры не к восстановлению нарушенного права собственности, а к возмещению убытков, причиненных ему этим нарушением в соответствии со ст. 12 ГК РФ. При этом под убытками понимается рыночная стоимость похищенных акций. КС РФ в Постановлении от 28 января 2010 г. № 2-П подтвердил, что акционер, акции которого похищены, может обратиться к обществу с иском о возмещении убытков, причиненных хищением акций в результате ненадлежащего ведения или хранения реестра акционеров общества. М. Г. Ионцев отмечает, что «в РФ уже сложилась устойчивая практика возмещения убытков тем акционерам, чьи акции были похищены» [4, с. 486].

Возмещение убытков, причиненных акционерам путем незаконного списания акций с их лицевых счетов, является эффективным способом защиты нарушенных прав. Однако следует упомянуть, что акции представляют собой ценность не только как инструмент получения денежной прибыли, но и как инструмент управления обществом, экономической власти. Для акционера может иметь особенное значение именно вторая из приведенных характеристик акций. В этом случае, возмещение убытков, причиненных незаконным списанием акций с лицевого счета, не способно защитить интересы акционера.

Распространение на бездокументарные акции режима вещных прав и, как следствие, применение вещных способов защиты прав на бездокументарные акции неэффективны. По-видимому, сложившееся положение принципиально изменится в будущем. Так, в пп. 1.1.9 п. 1.1 раздела VI Концепции развития гражданского законодательства РФ, одобренной решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г., говорится о нежелательности использования виндикационного иска для защиты прав владельца, утратившего права на бездокументарную

ценную бумагу (поскольку используемые в данном случае защитные механизмы основаны на традиционных представлениях о защите владения вещью).

Использованные источники:

1. *Агарков М. М. Основы банковского права. Учение о ценных бумагах. – М., 2005. С. 178.*
2. *Гражданское право: Учебник / Под ред. Е. А. Суханова. М., 2007. Том 1.*
3. *Григорьев М. Виндицируй незримое // Эж-Юрист. 2010. 22 апреля.*
4. *Ионцев М. Г. Акционерные общества. М., 2009.*

Григораш Л.В.,
студентка 6 курсу відділення підготовки магістрів заочного факультету Хмельницького університету управління та права

ОБОРОТОЗДАТНІСТЬ ЦІЛІСНИХ МАЙНОВИХ КОМПЛЕКСІВ

Проблеми оборотоздатності підприємства не були предметом спеціального наукового дослідження в Україні, хоча правники торкалися цього питання, досліджуючи окремі види правочинів з ним.

Тому перш ніж перейти до дослідження проблеми оборотоздатності підприємства, потрібно окреслити певні напрями цього розгляду. Насамперед ми спробуємо розглянути властивості притаманні підприємству, що впливають на його оборотоздатність, а також доцільність віднесення підприємства до нерухомості.

Підприємство – це оборотоздатний об'єкт, бо оборотоздатність – це загальна ознака об'єктів цивільних прав, яка презюмується законом. Так, відповідно до ст. 178 ЦК України об'єкти цивільних прав можуть вільно відчужуватися (продаватися, даруватися, обмінюватися тощо) або переходити від однієї особи до іншої в порядку правонаступництва чи спадкування або іншим чином без будь-яких заборон або обмежень. Виключення з цього правила можуть встановлюватися лише законом. Це пов'язано з тим, що об'єкти цивільних прав мають особливий правовий режим та природну сутність, внаслідок чого їх здатність перебувати в обороті може як обмежуватися, так і виключатися взагалі. Вказані положення поширюються і на підприємство.

На сьогодні в доктрині цивільного права існують різні погляди на проблему оборотоздатності підприємства. Так, В. А. Бєлов вважає, що підприємство має спеціальну оборотоздатність, виходячи з того, що підприємство, на відміну від інших об'єктів «природного» походження, є продуктом законодавчої діяльності, субстанцією ідеальної властивості, а тому не народжується оборотоздатним, а стає таким внаслідок законодавчого втручання. До того ж правник вважає, що опосередковано цю точку поділяють М.І. Брагінський і В.В. Вітрянський, які висвітлюють у своїй роботі лише ті правочини, які врегульовані на рівні ЦК РФ.

Іншої точки зору притримується С.А. Степанов, який наполягає на вільній оборотоздатності підприємства. Вважаємо, що національний законодавець поділяє цю точку зору, бо в ч.4 ст. 191 ЦК України передбачено можливість для підприємства бути об'єктом таких правочинів, як купівля-продаж, застава, оренда, управління, але вказує і на можливість вчинення із ним інших правочинів.

Між тим слід констатувати, що навіть і вказані в ч.4 ст. 191 ЦК України договори не знайшли свого врегулювання ні в кодексі, ні в спеціальному законодавстві. Навряд чи можна погодитися з тим, що предметна специфіка вказаних договорів взагалі не існує, бо специфічність самої конструкції підприємства як майнового комплексу потребує до себе в цьому питанні особливого підходу, тобто потребує створення спеціальних конструкцій договорів, предметом яких воно виступає. В цьому питанні ми поділяємо точку зору тих

правників, які серед кваліфікуючих ознак договорів вказують на специфіку предмета договору [81, с. 109, 82, с. 45].

Наступною проблемою, що потребує свого вирішення і яка суттєво впливає на уповільнення оборотоздатності підприємства, є проблема віднесення підприємства як єдиного майнового комплексу до нерухомості.

В юридичній літературі наводяться причини, які спонукали законодавця віднести до нерухомості майно, яке не має міцного зв'язку із землею, це – необхідність мати достовірні відомості про права на вказане майно. З свого боку це означає, що виникнення, обмеження, перехід та припинення прав на підприємство підлягає державній реєстрації (ч. 1 ст. 182 ЦК України).

Але яка мета при цьому переслідувалася? Чим викликана необхідність поширення саме на підприємство правового режиму нерухомості? І чи існують певні обмеження, з якими слід рахуватися, вирішуючи питання поширення на рухоме майно правового режиму нерухомості? Хоча окремі правники вважають це необхідністю, враховуючи особливість цього об'єкту, слід погодитися з Є.Ю. Петровим, що ідея відносно поширення на майно, яке об'єктивно не є нерухомим майном, правового режиму нерухомості, підводить до одного дуже важливого абстрактного висновку: правові норми, які торкаються нерухомості, не можуть застосовуватися до вказаного майна, якщо це суперечить сутності даних об'єктів цивільних прав.

Відомо, що у цивільному законодавстві України, так само як і у цивільному законодавстві РФ, не виділяється така категорія, як «нерухоме майно через своє призначення», хоча, на наш погляд, в цьому є рація і з цим погоджуються окремі правники.

У даному аспекті цивільне законодавство України та Росії слідує германським традиціям, відповідно з якими до нерухомості відноситься земля та інше майно, яке міцно пов'язане із нею. Для визначення юридичної долі майна, яке знаходиться на земельній ділянці або у будівлі, Германське цивільне укладання використовує норми про приналежність. Аналогічні положення містяться у ст. 186 ЦК України, а також у ст. 120 Земельного кодексу України , в якій закріплено принцип єдності долі земельних ділянок та міцно пов'язаних з ними об'єктів, відповідно з яким будівлі, споруди слідують долі земельних ділянок, якщо інше не встановлено цивільно-правовими правочинами. Правовий режим цих будівель і споруд, у свою чергу, взаємопов'язаний із таким елементом правового режиму земельних ділянок, як їх призначення.

Аналізуючи легальне визначення нерухомості, можна дійти висновку, що тільки ті об'єкти цивільних прав, які мають безпосередній зв'язок із землею і не можуть переміщатися у просторі, відносяться до нерухомості. Але до складу підприємства входить і рухоме майно, яке безпосередньо не пов'язано із землею. Отже, підприємство, яке складається з рухомого і нерухомого майна, в цілому визнається нерухомістю.

Також слід зазначити, що у доктрині цивільного права найбільш поширеним поділом нерухомого майна вважається поділ його на дві наступні групи: нерухомі речі за своєю природою і нерухомі речі за законом. Хоча існує точка зору, що на сьогодні слід виділяти також і третю групу, яку становить підприємство як особливий об'єкт, віднесений до нерухомості. Вважаємо, що незалежно від наведених точок зору, представники їх не заперечують, що підприємство як об'єкт цивільних прав визнається в цілому нерухомістю не через фізичні свої властивості (існування нерозривного зв'язку з землею або неможливість переміщення у просторі), а через рішення законодавця розповсюдити на цей об'єкт особливості правового режиму, які встановлюється для нерухомого майна. Таким чином, законодавець вправі поширити режим нерухомого майна на рухоме майно і тоді воно буде визнаватися нерухомим.

Таким чином, у юридичній літературі достатньо докладно розроблене питання про склад підприємства і пропонуються різні підходи до системи складових його елементів. Традиційним є виділення матеріальних і нематеріальних елементів підприємства. До матеріальних елементів відносяться основні засоби, сировина, матеріали, готова продукція, товари і таке інше. За своїм характером і призначенням це можуть бути рухомі і нерухомі речі, споживані і неспоживні, об'єкти, дозволені в обороті і обмежені в обороті. А

нематеріальні елементи у складі підприємства додають йому завершений вигляд як своєрідного і єдиного об'єкта. Ч. 2 ст. 191 ЦК України відносить до них права на торговельну марку або інше позначення, що індивідуалізує підприємство, його продукцію, роботи і послуги та інші права. Але існують елементи, які не входять до складу цілісного майнового комплексу. До них належить персонал – фізичні особи, пов'язані трудовими відносинами з юридичною особою, а також клієнтела – стійкі господарські зв'язки із споживачами продукції чи послуг підприємства.

Слід зазначити, що діюче законодавство не пред'являє яких-небудь спеціальних вимог, які стосуються володіння і користування підприємством (спеціальні правила містяться відносно порядку здійснення правочинів з підприємством), а також не встановлює спеціальних вимог щодо характеру і об'єму прав та обов'язків, що входять до складу підприємства. Таким чином, правовий режим підприємства в цілому відповідає загальному правовому режиму нерухомості, встановленому цивільним законодавством, хоча поширення на підприємство правового режиму нерухомості є недоцільним.

Також в теорії права розглядаюся різні підходи до класифікації елементів, які входять до складу підприємства. Кожне підприємство індивідуальне як за своїм складом, так і по відношенню до тих суб'єктів цивільних правовідносин, яким воно належить. Відповідно і правовий режим підприємства залежить як від правового режиму елементів, утворюючих його склад, так і від правового режиму суб'єктів цивільних правових відносин, яким підприємство належить на праві власності або інших речових правах.

Таким чином, підприємство є особливим видом майна, яке отримало назву «єдиний майновий комплекс». Воно складається з різнорідних елементів, кожен з яких може виступати самостійним об'єктом цивільних прав, а об'єднання їх у таку функціональну сукупність, як об'єкт, дає можливість використати підприємство за певним призначенням – для здійснення підприємницької діяльності. Оскільки законодавство не містить спеціальних правил, що стосуються оборотоздатності майнового комплексу підприємства, тому здатність підприємства бути об'єктом цивільного обороту залежить від оборотоздатності елементів, які входять до його складу.

Гринько Світлана Дмитрівна,
кандидат юридичних наук, доцент, професор кафедри цивільного права та процесу Хмельницького університету та права,
старший науковий співробітник Подільської лабораторії Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва Академії правових наук України,

ШКОДА ЯК ОБОВ'ЯЗКОВА УМОВА ВИНИКНЕННЯ ДЕЛІКТНИХ ЗОБОВЯЗАНЬ ЗА ЦИВІЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ

Для ефективного застосування інституту деліктних зобов'язань необхідно мати чітку уяву про всі умови виникнення деліктних зобов'язань. Тобто необхідно чітко уявляти собі всі ознаки правопорушення, серед яких найважливішою є ознака наявності шкоди. На значення шкоди для деліктних зобов'язань вказували ще римські юристи: «*Noxia autem est ipsum delictum*», тобто шкода є самим деліктом [1, с. 387]. Відповідно, відсутність шкоди означала відсутність самого делікту, тому деліктне зобов'язання не виникало.

За Цивільним кодексом України 2003 р. (далі ЦК України) вихідною точкою виникнення деліктних зобов'язань є наявність шкоди. Дана умова випливає не лише зі змісту та назви окремих статей цього Кодексу (наприклад, «Загальні підстави відповідальності за завдану майнову шкоду» (ст. 1166), «Підстави відповідальності за завдану моральну шкоду»), але також з назви глави 82 — «Відшкодування шкоди», що вказує на наслідок виникнення деліктних зобов'язань [2]. Доведення заподіювачем неможливості запобігти шкоди звільняла його від обов'язку здійснити її відшкодування (ч. 2 ст. 1166 Кодексу) [2].

При цьому, на потерпілого покладається обов'язок доведення наявності шкоди, а не вини її завдавача.

Законодавець у кодифікованому акті не розкриває поняття шкоди (тому науковці та практики звертаються на надбань цивільно-правової доктрини), однак вказує на два її види: майнову і моральну. В основу такого поділу було покладено критерій «наслідки завдання шкоди». Якщо майнова шкода завдається особистим немайновим правам фізичної або юридичної особи чи її майну (ст. 1166 ЦК України), то моральна шкода полягає у завданні як фізичного або душевного болю та страждання фізичної особи чи у приниженні честі та гідності фізичної особи (ст. 23 і ст. 1167 ЦК України) [2].

У змісті статей глави 82 ЦК України постійно прослідковується вказівка законодавця на дотриманням принципу повного відшкодування шкоди: «майнова шкода … відшкодовується в повному обсязі особою, яка її завдала» (ч. 1 ст. 1166); «шкода, завдана фізичній особі внаслідок її незаконного засудження … відшкодовується державою в повному обсязі …» (ч. 1 ст. 1176); «особа, яка застрахувала свою цивільну відповідальність, у разі недостатності страхової виплати (страхового відшкодування) для повного відшкодування завданої шкоди …» (ст. 1194) [2].

Законодавець наділяє суд правом відступити від принципу повного відшкодування шкоди у двох випадках: 1) при грубій необережності потерпілого, якщо інше не встановлено законом (ч. 2 ст. 1193 ЦК України); 2) залежно від матеріального становища фізичної особи, яка завдала шкоди, крім випадків, коли шкоди завдано вчиненням злочину (ч. 4 ст. 1193 ЦК України) [2].

Шкода, завдана майну потерпілого традиційно відшкодовується двома способами: 1) в натурі (передати річ того ж роду і такої ж якості, полагодити пошкоджену річ тощо); 2) відшкодуванням завданих збитків (ч. 1 ст. 1192 ЦК України) [2].

Наслідуючи позицію розробників ЦК УРСР 1963 р., за ЦК України 2003 р. потерпілому також надається право вибору між способами відшкодування. Однак остаточне рішення про покладення на особу, яка завдала шкоди майну певного обов'язку по її відшкодуванню, приймає суд з урахуванням обставин справи: «З урахуванням обставин справи суд за вибором потерпілого *може* (курсив наш) зобов'язати особу, яка завдала шкоди майну, відшкодувати її…» (ч. 1 ст. 1192 ЦК України) [2]. Аналогічно викладено зміст ч. 4 ст. 22 ЦК України: «На вимогу особи, якій завдано шкоди та відповідно до обставин справи майнова шкода може бути відшкодована і в інший спосіб …» [2]. Тобто суд приймає рішення про застосування способу відшкодування шкоди, завданої майну за двох умов: 1) якщо це вимога потерпілої особи; 2) враховуючи обставини справи, тобто наявність чи відсутність можливості відшкодувати шкоду в натурі. Так, розробники науково-практичного коментаря ЦК України 2006 р. за редакцією Є. О. Харитонова правильно наділяють суд правом прийняти остаточне рішення про спосіб відшкодування шкоди з урахуванням обставин справи [3, с. 1088]. Однак науковці застосування судом способів відшкодування шкоди ставлять у черговість від залежності від можливості чи ні відновити попереднє становище потерпілого: «коли відшкодування шкоди в натурі неможливе, потерпілому відшкодовуються в повному обсязі збитки» [3, с. 1088].

На нашу думку остаточний вибір способів відшкодування шкоди законодавець надає потерпілому, який сам повинен обирати доцільність застосування натурального чи грошового способу для найбільш повного захисту своїх порушених майнових прав. Суд як орган, який забезпечує юрисдикційний спосіб захисту цивільних прав та інтересів, з'ясовує наявність чи відсутність підстав для задоволення вимоги потерпілого про відшкодування шкоди в повному обсязі, зменшення розміру відшкодування, тощо. Тому наслідування ідеям розробників ЦК 1922 р. є неправильним.

Незрозумілим і суперечливим є зміст ч. 2 ст. 1192 ЦК України, за яким «розмір збитків, що підлягають відшкодуванню потерпілому, визначається відповідно до реальної вартості втраченого майна на момент розгляду справи або виконання робіт, необхідних для відновлення пошкодженої речі» [2]. Тобто законодавець обмежує відшкодування збитків лише реальними збитками, позбавляючи цим потерпілого права на вимогу про відшкодування упущеної вигоди. Однак в ч. 2 ст. 22 ЦК України збитки визначаються не

лише як втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі та витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки), але й як доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (упущена вигода). Крім того таке формулювання даної норми свідчить про позицію законодавця щодо здійснення відшкодування шкоди, завданої майну потерпілого за принципом реального відшкодування завданої шкоди, що означає відступ від принципу повного відшкодування. Однак відшкодування шкоди за загальним і спеціальними деліктами побудоване на засадах відшкодування шкоди в повному обсязі, що включає в себе відшкодування як реальних збитків, так і упущеної вигоди.

Зазначене підтверджує необхідність внесення до змісту ст. 1192 ЦК деяких змін та доповнень.

У ч. 2 ст. 1192 ЦК України слова «розмір збитків» замінити на слова «розмір реальних збитків».

Доповнити ст. 1192 ЦК України частиною третьою наступного змісту: «Розмір упущеної вигоди, що підлягає відшкодуванню потерпілому, визначається відповідно до втрачених доходів, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене, із врахуванням заходів, вжитих кредитором щодо їх одержання».

Крім того слід виключити зі змісту ч. 4 ст. 22 ЦК України слова «та відповідно до обставин справи».

Список використаних джерел:

1. Дигесты Юстиниана / [пер. с латинского Солопова А. И. , Литвинова Д. А. , Кофанова Л. Л.и др.] ; отв.ред.Л. Л. Кофанов.– М. : Статут, 2002. — Т. II. — 2002. — 780 с.

2. Цивільний кодекс України: Офіційний текст / Міністерство юстиції України. — К. : Юрінком Інтер, 2003. — 464 с.

3. Цивільний кодекс України : Науково-практичний коментар / [Харитонов Є. О., Харитонова О. І., Кучеренко І. М. та ін.] ; за ред. Харитонова Є. О. — Х. : ТОВ «Одіссей», 2006. — 1200 с.

Гуцул Сергій Іванович
студент 5 курсу юридичного факультету
Хмельницького університету управління та права

ПРОБЛЕМИ СТАНОВЛЕННЯ АКЦІОНЕРНОГО ТОВАРИСТВА

Важливою формою підприємства в Україні є організація акціонерних товариств. В Законі України «Про акціонерні товариства» від 17.09.08 акціонерним визнається господарське товариство, статутний капітал якого, поділено на визначену кількість акцій однакової номінальної вартості, корпоративні права за якими посвідчуються акціями.

Акціонери відповідають за зобов'язаннями товариства тільки в межах акцій, які їм належать. Майновий ризик акціонерів обмежується тією сумою, яку вони заплатили за придбання акції.

Акціонерне товариство (з економічного погляду) - підприємство, об'єднання кількох фізичних або юридичних осіб (тобто підприємств), які формують свій капітал шляхом випуску і продажу цінних паперів, передусім акцій, з метою отримання прибутку.[5,300]

Акціонерне товариство (з правового погляду) - організаційно-правова форма функціонування та розвитку підприємств, компаній, що базується на статутному фонді, поділеному на визначену кількість акцій однакової номінальної вартості, учасники якої несуть відповідальність за зобов'язаннями тільки майном підприємства. [2,265]

Особливість акціонерних товариств полягає в тому, що їхній капітал утворюється у грошовій формі і розділяється на однакові за своєю номінальною величиною неподільні паї у вигляді акцій.[3,61]

В сучасних умовах акціонерна форма підприємництва виступає могутнім засобом побудови господарської системи, що базується на недержавних формах суспільної відповідальності. При цьому широке освоєння акціонерних форм сприяє утвердженню дійсно справедливого характеру привласнення засобів і результатів виробництва, а саме долається відчуженість від власності безпосередніх працівників підприємств.

Головними перевагами акціонерного товариства є наявність достатньо могутнього механізму залучення грошових коштів; обмежена відповідальність власників підприємства, розпорошення підприємницького ризику серед більшості акціонерів; можливість досягати економічних переваг, здійснюючи великомасштабне виробництво; організаційна стійкість підприємства.

Ефективне функціонування акціонерних товариств визначається такими обставинами, що одні обумовлені самою сутністю акціонерного товариства, інші - умінням вести його виробничу, комерційну і господарську діяльність.[4,156]

Перша група обставин: ступінь правової захищеності прав акціонерів від некоректних дій управляючих, наявність реальної можливості контролю господарської діяльності та управління з боку акціонерів. Так, зміни Статуту, розмірів статутного капіталу, вибори керуючих органів, затвердження річних результатів діяльності, реорганізація і ліквідація товариства - це компетенція зборів акціонерів. Дані чинники створюють умови для проведення ефективної інвестиційної політики за рахунок широкого залучення коштів внутрішніх і зовнішніх акціонерів.

Друга група обставин - скорочення витрат виробництва, підвищення якості виробів, що випускаються, оптимальна маркетингова політика - це впливає на ефективність діяльності будь-якої виробничої чи комерційної структури.[1,378]

В процесі створення, а потім і функціонування акціонерне товариство зацікавлене в високому рейтингу як внутрішньому, так і зовні держави, що обумовлено необхідністю розширення кола акціонерів, отримання кредитів і підтримки високої вартості акцій на фондовому ринку. Саме для цього складається бізнес-план.

Важливим аспектом функціонування акціонерного товариства є дивідендні політика корпорації. До економічних відносин на виплату дивідендів відносяться фінансові обмеження, що пов'язані з потребою в розвитку, технічному переоснащенні та реконструкції фірми, тому як виплати дивідендів готівкою знижують обсяги прибутку, які можуть бути спрямовані на ці цілі. Корпораціям, які серйозно займаються розвитком, потрібні значні кошти, вони не можуть постійно виходити на ринок для залучення коштів за рахунок емісії цінних паперів. Тому самий ефективний шлях - контролювати виплату дивідендів, щоб мінімізувати фінансування за рахунок зовнішніх джерел.

Позаекономічні обмеження з виплати дивідендів полягають в першу чергу в законодавчих та договірних обмеженнях. Джерело виплати дивідендів - прибуток і не дозволяються грошові виплати дивідендів за рахунок акціонерного капіталу. Дивіденди у вигляді акцій виплачуються в тому випадку, якщо необхідно задовольнити акціонерів і одночасно забезпечити можливість для інвестицій. Виплата дивідендів акціями чи виплата готівкою впливають на баланс корпорації, змінюється не розмір власного капіталу, а його структура.

Використані джерела:

1. Коробов М.Я. Фінансово-економічний аналіз діяльності підприємств: Навч.посіб.К.: Т-во "Знання", КОО, 2001 – 378 с.

2. Каретнікова В.С. Планування діяльності підприємства: навч.посібник. – Х., 1999. – 265с.

3. Поліщук Н.В. Методи аналізу діяльності підприємства / Фінанси України. – 2001. - №1, с.61-66.

4. Тян Р.Б. Планування діяльності підприємства: Навч. посібник . – К.: МАУП, 1998. – 156с.

5. Цал-Цалко Ю.С. Фінансова звітність підприємства та її аналіз: Навч.посібник. – Житомир: ЖІТІ, 2001. – 300 с.

Довженко Максим Олександрович,
Юрист Адвокатського бюро «Ватрас та партнери»

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ПОНОВЛЕННЯ БАТЬКІВСЬКИХ ПРАВ: АНАЛІЗ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

Держава гарантує батькам, позбавленим батьківських прав у разі зміни ними поведінки, можливість побачення з дитиною, а у випадку повного виправлення, - поновлення в батьківських правах (ст. 169 СК України).

Право батьків на побачення з дитиною, стосовно якої вони позбавлені батьківських прав, передбачено в СК України (ст. 168) "Мати, батько, які позбавлені батьківських прав, мають право на звернення до суду із заявою про надання їм права на побачення з дитиною. Суд може дозволити разові, періодичні побачення з дитиною, якщо це не завдасть шкоди її життю, здоров'ю та моральному вихованню, за умови присутності іншої особи" [1]. Але, на нашу думку, норма ст. 168, яка передбачає можливість побачення з дитиною батьків, позбавлених стосовно неї батьківських прав, не досить вдала, тому що:

по-перше, в ст. 168 не передбачає умови, за наявності якої у батьків виникає право на звернення до суду, органів опіки і піклування із заявою про надання їм права на побачення з дитиною. Відсутність такої умови призведе до безпідставних звернень батьків до суду;

по-друге, ч. 2 ст. 168 СК України встановлює, що під час побачення батьків, позбавлених батьківських прав із дитиною, необхідна обов'язкова присутність іншої особи. Законодавець не зазначає, хто саме повинен бути присутнім під час побачення батьків із дитиною, службова особа органу опіки та піклування, чи вихователь або співробітник дитячої установи, де перебуває дитина.

Специфіка сімейних правовідносин не дозволяє встановити чіткі часові рамки, в межах яких можна було б відстежувати той або інший ступінь виправлення, але сама по собі їх формальна наявність може послужити орієнтиром при вирішенні питання про відновлення в батьківських правах. У ч. 4 ст. 169 СК України передбачається, що «суд перевіряє наскільки змінилася поведінка особи, позбавленої батьківських прав та обставини, що були підставою для позбавлення батьківських прав, і приймає відповідне рішення». Зрозуміло, такого роду зміни не можуть відбутися одномоментно. Але який період часу для цього необхідний? Чи слід передбачати в законі мінімальний строк, після закінчення якого позбавлені прав батьки можуть звернутися за їх поновленням? Питання мінімального строку – це не питання навіть виправлення батьків, а питання відвикання дитини, тяжкості психологічної травми.

На думку О.М. Нечаєвої, «строк, протягом якого батьки можуть змінити свою поведінку і відношення до дитини, відносно якої вони позбавлені батьківських прав, складає не менше одного року» [2, с. 278]. Припустимо, що батько, позбавлений батьківських прав, виправився через 4 місяці після позбавлення. Виникає питання: чи можна подавати позов про відновлення батьківських прав? В даному випадку необхідно передбачити в законі проміжні заходи між позбавленням і відновленням батьківських прав і дозволити спілкуватися з дитиною батькові, позбавленому батьківських прав без рішення суду про дозвіл на побачення з дитиною.

Законом не встановлений граничний строк для поновлення батьківських прав, у кожному випадку він визначається судом залежно від причин, що послужили підставою для їх позбавлення.

Проте слід мати на увазі, що їх відновлення неможливе в двох випадках, передбачених ч. 2, 3 ст. 169 СК України:

- якщо неповнолітня дитина усиновлена, і усиновлення не скасоване або не визнане недійсним судом;
- якщо на час розгляду справи дитина, досягла повноліття. Інститут батьківських прав фактично припиняє свою дію відносно будь-якої особи, що досягла повноліття, незалежно від його відносин з батьками. Закон не регламентує ці відносини надалі, за винятком випадків, коли непрацездатні за віком або захворюванню особи потребують допомоги

повнолітніх працездатних дітей. Отже, особи, позбавлені свого часу батьківських прав, не можуть претендувати на їх поновлення відносно дітей, що стали повнолітніми.

Відновлення батьківських прав можливе в судовому порядку. Судовий розгляд подів про поновлення батьківських прав**,** як і їх позбавлення, здійснюється відповідно до норм цивільного процесуального і сімейного законодавства. Розгляд позову про поновлення має властиві тільки йому особливості. . На практиці позов про поновлення батьківських прав пред'являється до іншого батька чи матері з якими проживає дитина, опікуна (піклувальника) або до виховної установи, залежно від того де проживає чи знаходиться дитина.

Слід з обережністю відноситися до думок деяких авторів про те, що відповідачем у справі про поновлення батьківських прав є особа, що подала відповідний позов про їх позбавлення. Припустимо, при розгляді справи про позбавлення батьківських прав дитина, відносно якої розглядається дана справа, знаходиться в будинку дитини. Суд виніс рішення про позбавлення батька прав відносно даної дитини. Пізніше цей батько, що вважаючи, що підстави позбавлення відпали внаслідок виправлення ним своєї поведінки і зміни відношення до дитини, подає позов про відновлення в батьківських правах. Проте дитину після досягнення нею трирічного віку взяла прийомна сім'я. Виникає питання: хто вважається відповідачем по справі про поновлення в батьківських правах. Якщо слідувати вищезгаданій логіці, то відповідачем буде будинок дитини, який свого часу подав позов про позбавлення батьківських прав. Але ж необхідно враховувати, що дитина знаходиться під опікою прийомних батьків, які зацікавлені в результаті справи про поновлення батьківських прав. Тому обґрунтованим буде пред'явлення позову до установи, опікуна (піклувальника) або другого батька чи матері, де виховується дитина.

Питання про поновлення в батьківських правах таке ж серйозне, як і питання про їх позбавлення. Тому відповідно до ч. 4 ст. 19 СК України дані справи розглядаються з обов'язковою участю органу опіки та піклування [3]. Орган опіки та піклування подає до суду письмовий висновок щодо розв'язання спору на підставі відомостей одержаних у результаті обстеження умов проживання батьків, які бажають проживати з дитиною та брати участь у її вихованні, а також на підставі інших документів, що стосуються справи. Суд може погодитися з висновком органу опіки та піклування, якщо він є недостатньо обґрунтованим та суперечить інтересам дитини. Вирішуючи питання про поновлення в батьківських правах, суд за правилами з'ясовує, які зміни відбулися в поведінці батьків з часу позбавлення батьківських прав, чи мають вони дохід, роботу, житло і умови життя, вивчає обставини, що характеризують їх відношення до праці, а також поведінку за місцем проживання. Крім того, підлягають доведенню обставини, характеризуючи відношення до дитини: поведінка батьків по відношенню до її утримання, чи проявляли батьки інтерес до умов життя дитини тощо. Ухвалюючи рішення про відновлення в батьківських правах, суд повинен виходити з тих же міркувань, що і при розгляді позову про позбавлення, тобто перш за все враховувати інтереси дитини. Тому суд може відмовити у відновленні батьківських прав, якщо дійде висновку, що це суперечить інтересам дитини.

Відповідно до ч. 2 ст. 171 СК України дитина, яка може висловити свою думку, має бути вислухана при вирішенні між батьками, іншим особами спору щодо її виховання, місця проживання, у тому числі при вирішенні спору про позбавлення та поновлення батьківських прав. При вирішенні таких питань акцент робиться не на правовій, а на моральній, емоційній стороні справи. При незгоді дитини поновлення батьківських прав неможливе, навіть якщо мотиви незгоди представляються суду необґрунтованими. Відносини з дитиною можуть бути безнадійно зіпсовані в період, коли батьки своєю поведінкою спричинили вжиття крайніх заходів у вигляді позбавлення батьківських прав.

Для встановлення факту виправлення батьків необхідно, як правило, допитати безліч свідків, вивчити представлені документальні докази про обставини, що мають значення для справи, акти (зокрема акт обстеження житлово-побутових умов органами опіки і опікування), довідки, зокрема з місця роботи, з житлово-експлуатаційної організації, висновок фахівця і експерта, наприклад, при проведенні судово-психологічної експертизи і інші документи.

Відповідно до ч. 7 ст. 169 СК України у разі позитивного вирішення справи рішення суду про поновлення батьківських прав після набрання ним законної сили суд надсилає державному органу реєстрації актів цивільного стану за місцем реєстрації народження дитини.

Прикладом окреслених мною проблем є судове рішення яке було прийняте Хмельницьким міськрайонним судом по цивільній справі за позовом ОСОБИ 1 до органу опіки та піклування, Будинку дитини за участю третьої особи без самостійних вимог – ОСОБА 2 про поновлення цивільних прав. Під час розгляду справи суд заслухавши думку сторін (позивача, відповідачів та третіх осіб,) встановив, що позивачка має постійний заробіток, нормальні життєві умови, позитивно характеризується, встала на шлях виправлення та перевиховання. Це підтверджується відповідними доказами, а саме: Висновком про стан здоров'я, довідкою міліції згідно якої щодо позивачка до адміністративної відповідальності вона не притягувалась; Акту обстеження житлово-побутових умов. Дослідивши даних обставин суд дійшов висновку, що батьківські право позивачки підлягають поновленню та прийняв позитивне рішення [4].

Розглянутим вище проблемам поновлення батьківських прав в юридичній науці приділяється не так багато уваги, як проблемі їх позбавлення, що ще раз свідчить про важливість профілактичних заходів відносно батьків. Це пов'язано з тим, що поновлення в батьківських правах залишатиметься рідкісним фактом до тих пір, поки в нашій державі не буде створена дієва система профілактичної і реабілітаційної спрямованості.

Список використаних джерел:

1. *Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 року // ВВРУ. – 2002.- № 21-22. – Ст. 168*
2. *Нечаева А.М. Семейное право: Учебник – 3-е изд., перераб. и доп. / А.М. Нечаева – М.: Юристъ, 2008. – 328 с.*
3. *Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про усиновлення і про позбавлення та поновлення батьківських прав: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 30 березня 2007 р. № 3 // Вісник Верховного суду України. – 2007. – № 5. – С. 7.*
4. *Єдиний державний реєстр судових рішень України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/3812029*

Елисеев Сергей Викторович,
студент 3 курса юридического факультета
Белорусского государственного университета

УСЛОВИЯ ВОССТАНОВЛЕНИЯ СРОКА ИСКОВОЙ ДАВНОСТИ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ

1. Защита субъективных гражданских прав ограничена, по общему правилу, определенным сроком, в течении которого им обеспечена, в случае нарушения, действенная помощь со стороны государства. Такой срок называется сроком исковой давности. Однако пропуск срока исковой давности не означает прекращения нарушенного субъективного гражданского права. Оно продолжает существовать, но лишено судебной защиты.

Гражданское законодательство допускает возможность защиты нарушенного права гражданина даже при пропуске срока исковой давности. При этом заметим, что в отличие от Гражданского кодекса БССР 1964 г. (далее – ГК 1964 г.), который лишь закреплял возможность восстановления срока исковой давности (ст. 81) при наличии на то уважительных причин, Гражданский кодекс Республики Беларусь 1998 года (далее – ГК Республики Беларусь) позволяет более четко определить условия, при которых срок исковой давности может быть восстановлен.

2. На основании ст. 206 ГК Республики Беларусь можно выделить следующие материальные условия, которые, будучи установленными в совокупности, дают право суду восстановить срок исковой давности.

Во-первых, причина пропуска срока исковой давности должна быть признана судом уважительной. Обратим внимание на то, что, в отличие от ГК 1964 г. действующий ГК Республики Беларусь подчеркивает исключительный характер таких случаев, из чего можно сделать вывод о том, что даже при установлении факта, входящего в легально закрепленный перечень уважительных причин (тяжелая болезнь, беспомощное состояние, безграмотность), суд должен оценить его с точки зрения исключительности. Кроме того, следует заметить, что перечень легально закрепленных уважительных причин не носит исчерпывающий характер, а соответственно, в процессе рассмотрения конкретной ситуации могут быть установлены и иные обстоятельства, которые суд признает условием восстановления срока исковой давности. Уважительными следует считать причины, которые влекут абсолютную невозможность подачи иска или существенное затруднение в обращении с иском. Гражданский кодекс Украины не закрепляет требования об исключительном характере причины пропуска срока исковой давности, при этом не содержит и примерного перечня таких причин.

Во-вторых, причина пропуска срока исковой давности может быть связана только с личностью истца, коим является гражданин (физическое лицо). Утверждение о том, что причина пропуска срока исковой давности связывается именно с индивидуальным субъектом права основывается на буквальном толковании легально используемой терминологии и анализе закрепленных в ГК уважительных причин пропуска срока исковой давности. В отношении юридических лиц срок исковой давности восстановлению не подлежит. Правоприменительная практика подтверждает такой подход (см., в частности, п. 19 постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 30 марта 2000 г. № 3 «О применении судами жилищного законодательства», п. 17 постановления Пленума Высшего Хозяйственного Суда от 2 декабря 2005 г. № 29 «О некоторых вопросах, связанных с применением сроков исковой давности»). При этом заметим, что в Республике Беларусь восстановление срока исковой давности допускается по искам любого физического лица, в том числе индивидуального предпринимателя. Определяя правовой статус индивидуального предпринимателя, мы говорим о физическом лице, на которое при осуществлении им предпринимательской деятельности распространяются нормы гражданского законодательства, которые регулируют деятельность юридических лиц, являющихся коммерческими организациями, если иное не вытекает из законодательства или существа правоотношения (ст. 22 ГК). В этой связи можно поставить под сомнение целесообразность ограничения субъектного состава лиц, имеющих право на восстановление срока исковой давности (только физическими лицами).

Гражданский кодекс Российской Федерации (ст. 23, 205) содержит положения, аналогичные анализируемым нормам ГК Республики Беларусь. Вместе с тем практика, имеющая место в Российской Федерации и нашедшая отражение, в частности, в совместном постановлении Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ от 28 февраля 1995 г. № 2/1 (п.12), основывается на том, что срок исковой давности, пропущенный гражданином-предпринимателем по требованиям, связанным с осуществлением им предпринимательской деятельности, не подлежит восстановлению независимо от причин его пропуска. В Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации, подготовленной на основании Указа Президента Российской Федерации от 18 июля 2008 года № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» (п. 7.4), содержится предложение о целесообразности дополнения ст. 205 ГК РФ положением о восстановлении срока исковой давности для юридических лиц, в случаях, когда предъявлению иска препятствовало такое обстоятельство, как неизвестность или неопределенность личности ответчика.

В отличие от ГК Республики Беларусь и ГК РФ, Гражданский кодекс Украины (п. 5 ст. 267) содержит общую норму о возможности восстановления срока исковой давности при установлении судом уважительной причины пропуска такого срока, что позволяет

утверждать, что право на восстановление срока предоставляется любому субъекту (как гражданину, так и юридическому лицу).

С учетом вышеизложенного, считаем, что закрепленные в ГК Республики Беларусь формулировки правил о восстановлении срока исковой давности позволяют допускать неоднозначное доктринальное толкование. Сложившаяся на сегодняшний день судебная практика применения норм о восстановлении сроков исковой давности, с одной стороны, придерживается буквального толкования норм ГК, ограничивая субъектный состав лиц, имеющих право на восстановление срока исковой давности только физическими лицами; с другой стороны, включая в такой состав и индивидуальных предпринимателей, ставит под сомнение целесообразность исключения из состава субъектов, имеющих право на восстановление срока исковой давности, юридических лиц. По нашему мнению, восстановление срока исковой давности следует применять и к юридическим лицам, например, в случаях, когда обязанный субъект не выполняет своих обязательств вследствие отсутствия адреса заемщика, перемены им места жительства, затяжки выполнения заемщиком своих обязательств и т.п.

Суд в каждом конкретном случае при этом независимо от того, кто выступает в качестве истца (физическое лицо или юридическое лицо) устанавливает причину пропуска срока исковой давности и дает ее оценку с точки зрения первого условия: исключительного характера уважительной причины.

В-третьих, причины пропуска срока исковой давности могут признаваться уважительными, если они имели место в последние шесть месяцев срока давности, а если этот срок равен шести месяцам или менее шести месяцев – в течение срока давности. Проблемы правоприменения относительно третьего условия связаны прежде всего с вопросами исчисления сроков исковой давности, а также учета оснований для их приостановления и перерыва.

Еннан Руслан Євгенович
асистент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія»

ПРАВОВА ОХОРОНА ІНТЕРНЕТ-САЙТУ ЯК ОБ'ЄКТА АВТОРСЬКОГО ПРАВА

Інтернет – це явище, яке стрімко увійшло у сучасне життя, заміну якому знайти у найближчий час просто неможливо. При цьому проблема законодавчого врегулювання суспільних відносин, які пов'язані з використанням Інтернету, залишається відкритою. Інтернет – це явище, яке виникло у XX сторіччі та набуло широкого розвитку і поширення завдяки зростанню кількості комп'ютерів та простоті підключення і використання. Інтернет-сайт у сучасному вигляді виник у 90-ті роки XX ст. Інтернет-сайт міститься тільки на комп'ютерах, які мають надійний та швидкісний, а головне – постійний зв'язок з мережею Інтернет.

Сайт (веб-сайт) (транскрипція англійського слова «site» буквально переводиться як «місце») – місце у Всесвітньої павутині, де можна знайти будь-яку інформацію. В залежності від контексту термін «сайт» відноситься або до набору сторінок, об'єднаних тематично, належаних одному авторові, організації або користувачу, або до комп'ютера, на якому зберігається певна інформація та до якого відкритий доступ через Інтернет. Такі сервіси Інтернету як: www – всесвітня павутина, FTP, e-mail – електронна пошта, news – сервери новин, які надаються Інтернетом, можуть бути отримані завдяки сервісу www та розміщуються на відповідних Інтернет-сайтах.

Важливим елементом www є Інтернет-сайт, який являє собою певний, логічно завершений елемент, який належить державі, юридичній або фізичній особі та частіше за все

присвячений певній темі. Свій сайт може мати будь-який користувач мережі – від фізичної особи до великих корпорацій. При цьому сайт є меншим елементом, ніж сервер, оскільки на одному сервері може знаходитися багато сайтів. Тобто сайт – це програмний продукт, а сервер – це комп'ютер. Кожен Інтернет-сайт, як і будь-який об'єктивно виражений інформаційний ресурс, повинен мати свою унікальну постійну адресу, інакше користувач не мав би можливості знайти його. Адреса Інтернет-сайту має назву URL, для запису якого застосовуються спеціальні правила. Після того як Інтернет-сайт розміщений на сервері, який має постійне підключення до Інтернету і на якому встановлено відповідне програмне обладнання, власник Інтернет-сайту повинен отримати власний URL, він буде індивідуалізувати його і відрізняти з-поміж інших сайтів. Ці ознаки можна віднести до засобів об'єктивної індивідуалізації Інтернет-сайту.

Складовими частинами будь-якого Інтернет-сайту є Інтернет-сторінки, які являють собою окремі гіпертекстові документи. Так само як й Інтернет-сайт, кожна з його сторінок має свою унікальну адресу, яка починається адресою Інтернет-сайту та продовжується додатковими компонентами URL, які вказують на те, яку саме Інтернет-сторінку необхідно відкрити на сайті. Діапазон способів організації Інтернет-сайту досить великий: Інтернет-сайт може мати чітку ієрархічну структуру, лінійну структуру та бути у вигляді павутини.

Сайт являє собою ієрархічно побудовану структуру, коли він має одну точку входу на сайт, інші сторінки розміщуються на вихідних від основної точки відгалуженнях. Кожен з наступних елементів розташований під попереднім елементом стосовно його адреси. Сторінки при лінійній організації розміщуються одна за одною, щоб перейти з першої сторінки до останньої потрібно відкрити усі попередні сторінки. Організація у вигляді павутини є найбільш зручним способом організації сайту. При такій організації сторінки пов'язані одна з одною загальним контекстом. До однієї сторінки може вести декілька зв'язків, і кожна сторінка має декілька виходів. Ці зв'язки зрештою перетворюються на коло. Переважна більшість сторінок як складових частин Інтернет-сайту містить розширення *.htm, *.html. Вони створені за допомогою мови програмування HTML, тобто звичайний текст розмічається певним чином та стає гіпертекстовим. HTML – це мова опису структури сторінки, яка дозволяє звичайний текст розбивати на абзаци, заголовки, переліки та інші структури і відповідним чином форматувати його. Отже, ще однією ознакою Інтернет-сайту є наявність в його складі однієї або декількох Інтернет-сторінок, які містять у своєму тексті гіперпосилання.

Інтернет-сайт (Web-сайт) – це відокремлений, логічно завершений елемент мережі Інтернет, створений на основі технології гіперпосилань, який розташований на сервері (host), має унікальну адресу (url), за якою до нього може отримати доступ будь-який користувач мережі Інтернет, та у своїй основі містить Інтернет-сторінки, що мають графічний вигляд та можуть бути переглянуті за допомогою спеціальних комп'ютерних програм (браузерів).

Об'єкт авторського права – це створене у результаті інтелектуальної творчої діяльності (праці) автора у галузі літератури, науки або мистецтва щось якісно нове, неповторне, оригінальне, унікальне, що виражено в об'єктивній формі, з можливістю сприйняття людськими почуттями та подальшим відтворенням.

Отже, якщо створений Інтернет-сайт відрізняється від інших за цими критеріями, то він є об'єктом авторського права. Інтернет-сайт – це результат інтелектуальної праці, оскільки вимагає від автора спеціальних знань, вільного володіння комп'ютером. Інтернет-сайт, на відміну від комп'ютерної програми, яка після її написання компілюється за допомогою другої комп'ютерної програми, не є результатом роботи комп'ютерної програми, оскільки не компілюється, перебуває у вільному доступі через мережу Інтернет у тому вигляді, в якому він був написаним автором. Таким чином, Інтернет-сайт є близьким до літературного твору, оскільки Інтернет-сторінка HTML являє собою файл з текстовою інформацією, яка не зашифрована у компільований файл.

Інтернет-сайт найбільш близький до галузей науки та мистецтва. Як складне наукомістке явище сучасного кібернетичного світу Інтернет-сайт є результатом діяльності у сфері науки, оскільки створюється за допомогою сукупності спеціальних знань. Щодо мистецтва, то, враховуючи застосування графічного способу передачі інформації під час

створення Інтернет-сайту, для забезпечення йому популярності розробник повинен використовувати елементи, властиві мистецтву, а саме розробляти дизайн, застосовувати елементи графіки, аудіо та відео. Web-дизайн – це сукупність правил та рекомендації, якими мають користуватися автори, якщо хочуть, щоб їхні сторінки виглядали привабливо.

Враховуючи те, що в основі Інтернет-сторінки, як складової частини Інтернет-сайту, лежить комп'ютерна програма, яка відповідно до ст. 18 Закону України «Про авторське право і суміжні права» охороняється як літературний твір, то можна зазначити, що Інтернет-сайт також належить до галузі літератури. Отже, Інтернет-сайт є об'єктом у галузі науки, мистецтва та літератури.

Об'єктивність вираження твору означає, що твір відокремлюється від свідомості автора та стає явищем, що може бути досліджене зовнішнім світом. Інтернет-сайт, щоб стати власне Інтернет-сайтом, повинен бути розповсюдженим у мережі Інтернету, що неможливо, якби Інтернет-сайт залишався лише у свідомості автора. Інтернет-сайт після того, як був об'єктивно виражений у мережі Інтернету, може бути відтворений. Отже, Інтернет-сайт – це об'єктивно виражений твір, який може відтворюватися.

Інтернет-сайт, на думку А. Серго, в цілому можна розглядати по-різному: якщо брати його технічну складову, то як сукупність програм для ЕОМ або базу даних, а якщо робити акцент на інформаційній складовій сайту, – то як засіб масової інформації, хоча не кожен сайт відповідає зазначеній ознаці.

Водночас видається, що Інтернет-сайт – це більш комплексне поняття, аніж просто комп'ютерна програма або база даних, оскільки Інтернет-сайту властиві ознаки, які не є обов'язковими для комп'ютерної програми та бази даних. Інтернет-сайт – це явище більш глобальне, ніж просто комп'ютерна програма, завдяки таким його особливостям: а) Інтернет-сайт розміщується у мережі Інтернету на сервері з можливістю її перегляду за допомогою системи www; б) Інтернет-сайт створений на основі технології гіперпосилань; в) наявність спеціальної адреси (URL), яка індивідуалізує його та є його невід'ємною частиною саме як Інтернет-сайту; г) наявність спеціального програмного обладнання для забезпечення його функціонування як Інтернет-сайту; д) наявність у складі Інтернет-сайту графіки, анімації, аудіо-, відеоінформації – тобто багатьох інших об'єктів авторського права. Інтернет-сайт – це відокремлений елемент мережі Інтернет (Інтернет-вузол), складові елементи якого є комп'ютерними програмами, оскільки йому властиві додаткові ознаки, що не дозволяють зробити висновок про те, що Інтернет-сайт – це комп'ютерна програма.

До складу Інтернет-сайту входять такі об'єкти: доменне ім'я, дизайн сайту, комп'ютерна програма, база даних, музичний супровід, відео, анімація тощо. При цьому, майже всі ці об'єкти окрім доменного імені, є об'єктами авторського права. Тобто, у своїй сукупності утворюють складений об'єкт. Проте, Інтернет-сайт – це все ж таки окремий об'єкт авторського права, оскільки автор Інтернет-сайту перш за все створює нові Інтернет-сторінки, об'єднує їх у Інтернет-сайт, отже, крім праці по добору, автор Інтернет-сайту виконує роботу дизайнера, програміста тощо. При цьому метою створення Інтернет-сайту не є об'єднання усіх цих елементів. Об'єкти, що входять до складу Інтернет-сайту можуть бути використані окремо, наприклад, під час створення іншого Інтернет-сайту, входять до його складу як допоміжні. Крім того, угоди щодо Інтернет-сайту укладаються у зв'язку з тим, що покупець бажає отримати від продавця виключні права власне на Інтернет-сайт, а не на сукупність його складових частин. Отже, Інтернет-сайт – це окремий об'єкт авторського права, який потребує встановлення щодо нього спеціального режиму правового регулювання шляхом внесення певних змін до чинного законодавства України у сфері інтелектуальної власності.

Ерехинская Елена Анатольевна,
генеральный директор юридической фирмы ООО «Ле дройт»

«ОБЪЕКТ НЕЗАВЕРШЕННОГО СТРОИТЕЛЬСТВА»: ПЛЮРАЛИЗМ ИНТЕРПРЕТАЦИЙ ДЕФИНИЦИИ И ЕГО ЗНАЧЕНИЕ ДЛЯ РАЗВИТИЯ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ ОТНОШЕНИЙ В СОВРЕМЕННОЙ РОССИИ

Несмотря на то, что в настоящее время правовой режим объектов незавершенного строительства в Российской Федерации в большей части законодательно урегулирован, тем не менее представляет интерес то, что различные подходы к пониманию объектов незавершенного строительства и их оборота находят прямое выражение в современной судебно-арбитражной практике.

Четкое определение данного объекта в законодательстве отсутствует. Предполагается, что объектом незавершенного строительства является недвижимое имущество в виде незаконченного строительством объекта, прочно связанного с землей, перемещение которого без соразмерного ущерба его назначению невозможно и который имеет ряд особенностей, в частности, не является предметом действующего договора строительного подряда. Вместе с тем, существующие объекты недвижимости, находящиеся в процессе надстройки (повышение этажности здания), являются реконструируемыми, соответственно, выпадают из понятия «объект незавершенного строительства», хотя по своей сути являются незаконченными строительством объектами, так как в итоге меняют свои технические характеристики. Поэтому проблема законодательного определения объекта незавершенного строительства в российском законодательстве до сих пор не решена.

Старая (Федеральный закон от 21.07.1997 г. № 122-ФЗ) редакция п. 2 ст. 25 Закона о регистрации [1] предполагала, что регистрировать право собственности на объект незавершенного строительства можно только в том случае, если с ним в дальнейшем предполагается совершить какую-либо сделку. В последующей редакции ст. 25 Закона о регистрации (Федеральный закон от 29 декабря 2004 г. № 196-ФЗ) [2] указания на обязательное совершение сделки с объектом незавершенного строительства нет, поэтому, можно сделать вывод, что в настоящее время заинтересованное лицо может при желании зарегистрировать свое право собственности на объект незавершенного строительства и без намерения в дальнейшем совершить с ним сделку.

В юридической литературе и в судебно-арбитражной практике существуют различные, иногда противоположные, мнения относительно квалификации правоотношений, возникающих при совершении сделок с объектами незавершенного строительства.

По мнению Е. А. Суханова, «отсутствие обязательной государственной регистрации некоторых тесно связанных с землей объектов, например, незавершенного строительства, порождает сомнения в их юридической природе как недвижимости» [3, с. 304]. К этой же точке зрения фактически присоединяется О. М. Козырь, по мнению которой действующее законодательство «не дает легальных оснований по общему правилу рассматривать не завершенные строительством объекты в качестве недвижимости, а лишь предусматривает ряд случаев, в которых допускает регистрацию таких объектов и, следовательно, придание им статуса недвижимости» [5, с. 278]. До момента регистрации права на вновь созданное недвижимое имущество оно не считается объектом права собственности, а потому рассматривается законом как незавершенное. Следствием развития данного утверждения является признание того, что объекты, не завершенные строительством, являются движимым имуществом, оборот которого может осуществляться в менее строгом правовом режиме, чем это предписано обороту недвижимого имущества.

Противоположная точка зрения была обоснована И. Гумаровым, который считает, что объект незавершенного строительства является недвижимым имуществом при условии, что его перемещение невозможно без несоразмерного для него ущерба. Эта позиция основывается на понимании недвижимости как специфического объекта гражданского права в силу его естественных свойств [4, с. 58]. Это, в свою очередь, делает независимой

юридическую квалификацию объекта от признания этого обстоятельства путем проведения государственной регистрации. К этой же позиции примыкает Б. М. Гонгало, который пишет, что «нет оснований полагать, что недвижимое имущество становится таковым лишь после государственной регистрации. Оно объективно существует и до этого акта (иначе регистрация невозможна), но права на недвижимость возникают после его совершения» [6, с. 39]. Далее, со ссылкой на Р. Саватье, автор доказывает, что не регистрация превращает имущество в недвижимое, но стабильность положения недвижимого имущества дает возможность регистрировать его. Точку зрения Б. М. Гонгало поддержал Д. В. Смышляев, который полагает, что объекты незавершенного строительства являются объектами недвижимости, «причем объектами, представляющими единые объекты гражданского оборота. Для таких объектов как особых объектов права законодателем установлен и особый правовой режим, который призван обеспечить и особую устойчивость (укрепленность) прав на объекты недвижимости» [8, с. 86].

Ю. В. Романец полагает, что данную проблему следует решать с учетом того обстоятельства, «имеет ли объект незавершенного строительства те признаки, которыми характеризуется недвижимость вообще; если да, то имеет ли он признаки, характерные для конкретного вида недвижимости» [7, с. 218]. Поэтому приходит к выводу о том, что объекты незавершенного строительства следует «относить к такому виду недвижимости, как здание (сооружение), с распространением на них соответствующей правовой регламентации. В противном случае будет искусственно исключена возможность применения к незавершенному строительству тех норм, которые позволяют эффективно регулировать данные правоотношения».

В судебной практике при квалификации отношений, связанных с отчуждением объекта незавершенного строительства, суды зачастую исходят из целевого использования такого объекта как условия его отчуждения. Причем единственным условием отчуждения рассматривается продолжение строительства этого объекта.

Использованные источники:

1. Федеральный закон от 21.07.1997 № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» // Российская газета. № 145. 30.07.1997

2. Федеральный закон от 29.12.2004 № 196-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» // Российская газета. № 290. 30.12.2004.

3. Гражданское право: В 2 т.. Т. 1 / Отв. ред. Е. А. Суханов. 2 изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2005.

4. Гумаров И. Некоторые особенности правового положения объекта незавершенного строительства // Хозяйство и право. 1998. № 10.

5. Козырь О. М., Маковский А. Л. Гражданское право современной России. – М.: Статут, 2008.

6. Комментарий к Гражданскому кодексу РФ (учебно-практический): ч. 1, 2, 3 / Под ред. С. А. Степанова. – М.: Велби, 2006.

7. Романец Ю. В. Система договоров в гражданском праве России. – М.: Юристъ, 2001.

8. Смышляев Д. В. Особенности правового положения объекта незавершенного строительства // Актуальные проблемы гражданского права / Под ред. С.С. Алексеева. – М.: Статут, 2000.

Желіховська Юлія Віталіївна
магістр права, здобувач, приватний нотаріус

НОТАРІАТ ЯК ІНСТИТУТ ПРЕВЕНТИВНОГО ЗАХИСТУ.

Нотаріат, як інститут превентивного (позасудового) захисту своєю діяльністю покликаний сприяти досягненню завдань правосуддя, запобігаючи при цьому виникненню судових спорів шляхом попередження порушення цивільних прав та інтересів фізичних та юридичних осіб, забезпечувати їх належну реалізацію.

На практиці органи нотаріату є найбільш доступними захисниками прав та законних інтересів, здатним юридично закріплювати майнові та особисті немайнові права учасників безспірних правових відносин.

Обов'язок держави щодо захисту прав громадян зводиться не лише до відновлення чи визнання порушеного або оскарженого права, але й до недопущення їх порушення та оспорювання. Нотаріальна діяльність має превентивний характер, захищаючи права і законні інтереси від можливих порушень у майбутньому, надаючи нотаріальним документам безспірний характер.

В основу характеристики нотаріату, як інституту держави та як інституту превентивного правосуддя покладене розуміння нотаріату, як особливого органу, покликаного не здійснювати функції правосуддя, а лише сприяти досягненню завдань правосуддя і запобігати виникненню судових спорів за допомогою попередження порушення цивільних прав і інтересів, забезпечення їхньої належної реалізації.

Відповідно до Конституції України кожен має право на правову допомогу (необхідна допомога особі при формуванні правосвідомості, при забезпеченні реалізації прав і свобод, а також при їх захисті.

Нотаріат поряд з іншими інститутами держави забезпечує реалізацію цього конституційного права громадян, при цьому предмет його діяльності обмежується рамками безспірної цивільної юрисдикції.

Нотаріат в Україні - це система органів і посадових осіб, на які покладено обов'язок посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняти інші нотаріальні дії, передбачені Законом, з метою надання їм юридичної вірогідності. Нотаріат є інститутом, що забезпечує охорону і захист прав і законних інтересів громадян та юридичних осіб шляхом вчинення нотаріальних дій. Нотаріальна діяльність спрямована на надання офіційної сили, вірогідності юридичним правам, фактам і документам. Особливість нотаріальної форми захисту є те, що вона як правило спрямована не на безпосередній захист, а на попередження порушення прав і тому предмет її діяльності є специфічний – безспірні права. Безспірне право – це безперечні обставини, про які сторони в цивільному процесі не сперечаються.

Необхідність встановлення безспірних юридичних фактів торкається прав та інтересів не лише самої фізичної особи, а й осіб, з якими вона перебуває у правових відносинах. Їх встановлення тягне певні юридичні наслідки і сприяє виникненню, припиненню чи продовженню реалізації суб'єктивних прав та обов'язків громадян.

Функція забезпечення безспірності й доказової сили є найважливішою функцією нотаріату. Хочеться пригадати слова Аргунова В.Н. «Нотаріус оформляє волю суб'єктів угоди, суд та інші правоохоронні органи вирішують спори учасників…».

Використані джерела:

1. *Конституція України: Науково – практичний коментар/ В.Б.Аверянов, О.В.Батанов, Ю.В.Баулін та ін.; Харків: Видавництво «Право»; Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003.- 288.*
2. *http://zakon.rada.gov.ua/ Конституція України Ст.59*
3. *http://zakon.rada.gov.ua/ Закон України «Про нотаріат» ст.1*
4. *http://enbv.narod.ru/text/Econom/encyclo/str/E-081.html*

5. Нотаріат в Україні: Навчальний посібник/ За ред. Ю.В.Нікітіна.- К.:КНТ, 2007. -300.

Жилінкова Олена В'ячеславівна
кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільно-правових дисциплін юридичного факультету Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна

ЗАСТОСУВАННЯ ПРИНЦИПУ СВОБОДИ ДОГОВОРУ В АВТОРСЬКИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ ЗА УМОВ СТАНОВЛЕННЯ ІНФОРМАЦІЙНОГО СУСПІЛЬСТВА

Цивільно-правовий принцип свободи договору, закріплений у ст. 627 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), відображує надважливу особливість цивільного права – можливість вільного волевиявлення рівноправних суб'єктів суспільних відносин. Ця можливість має суттєве значення сьогодні, за умов невпинного розвитку науки та техніки, а також – формування глобального інформаційного суспільства. Адже відносини, що виникають з приводу тих чи інших благ зазнають постійних змін під впливом нових технологій, та законодавець не завжди встигає відображувати в нормативно-правових актах нові особливості регулювання відповідних відносин. Особливої уваги з боку юристів заслуговують відносини, що виникають з приводу результатів інтелектуальної, творчої діяльності людини, зокрема об'єктів авторського права. Їх аналіз необхідно здійснювати виключно з урахуванням ролі Інтернет в сучасному суспільстві.

У світовій комп'ютерній мережі об'єкти авторського та суміжних прав використовуються у глобальному масштабі. Велику частину таких використань складають неправомірні дії із незаконного відтворення музичних, літературних, аудіовізуальних, фотографічних творів, а також – фонограм та відеограм шляхом викладання їх в електронній формі до Інтернет. Однак саме технічний прогрес робить можливим для пересічних громадян зробити свої роботи доступними для публіки, та може й для потенційних спонсорів, зокрема за допомогою розміщення їх в Інтернет. Вбачається, що в такому ракурсі можна казати про світову комп'ютерну мережу як про додаткову технологічну базу для комерціалізації відносин в сфері права інтелектуальної власності.

Для того, щоб зробити використання результатів творчої праці вигідним для правоволоділців та для користувачів, необхідно розробити гнучку систему взаємодії цих суб'єктів за умов дотримання норм законодавства.

Цивільним законодавством України передбачено можливість реалізації суб'єктивних авторських та суміжних прав шляхом укладання різноманітних договорів – договорів про розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності (зокрема у Главі 75 ЦК України). Однак як показує практика учасники цивільних правовідносин не завжди мають змогу задовольнити свої потреби у здійсненні авторських прав керуючись виключно нормами чинного законодавства. Зокрема вітчизняні правоволодільці фактично не використовують можливість надання ліцензій Creative commons (CC) при розташуванні об'єктів авторського та суміжних прав у Інтернет.

Вказані ліцензії були розроблені американськими фахівцями, які об'єдналися у організацію під назвою «Creative commons». Представники цієї організації пропонують правоволодільцям розміщувати на творах, що знаходяться в Інтернет, позначку (дві літери С у колі, схожі на знак охорони авторського права ©) про можливість використання цих об'єктів певними способами, передбаченими у спеціальних ліцензіях. Ці ліцензії є доступними для ознайомлення на офіційному веб-сайті організації. Тобто коли потенційний користувач бачить цю позначку разом із твором, він може відразу зрозуміти, чи може він використати об'єкт, та яким саме чином він може це зробити, уникаючи при цьому вчинення правопорушення.

Фактично ліцензії Creative commons мають природу невиключних ліцензій та передбачають надання дозволу на використання творів певними вказаними у відповідному документі способами.

Така процедура взаємодії між правоволоділець та користувачем є простою технічно та потребує мінімальних зусиль з обох боків. На міжнародному рівні система, розроблена Creative commons, досить широко використовується, та навіть вже стала причиною виникнення судових прецедентів [1].

В Україні ця система фактично не діє. Хоча важливо відзначити, що деякі вітчизняні правоволодільці встановлюють на своїх творах, розміщених в мережі, позначки Creative commons.

Застосування в Україні схеми надання дозволу використання творів за правилами Creative commons ускладнюється відсутністю офіційних перекладів всіх шести видів ліцензій, що існують, на українську мову. Робота із здійснення перекладу та адаптації до вітчизняного законодавства однієї з ліцензій з англійської проводилась в Україні неприбутковими організаціями, та в 2005 році проект цього перекладу був винесений на обговорення. В результаті фахівці дійшли висновку про те, що концепція публічних ліцензій, що знаходяться в електронній формі у комп'ютерній мережі є новою для українського законодавства з авторського права, яке потребує внесення змін [2].

Тобто вбачається, що основною причиною труднощів у впровадженні системи Creative commons в Україні є електронна форма зазначених ліцензій. З аналізу механізму надання дозволу на використання творів за системою Creative commons також можна зробити висновок про те, що ліцензії на таке використання адресуються невизначеному колу осіб, що, у свою чергу, ускладнює договірні відносини між правоволоділець та користувачем. Адже основою для надання ліцензії є укладення ліцензійного договору, а виходячи із змісту ст. 1109 ЦК України особа обох сторін ліцензійного договору (ліцензіара та ліцензіата) має бути визначеною.

Тобто чинним законодавством України не передбачені певні засоби реалізації майнових авторських прав. Правоволоділець та користувачі не використовують можливість співпраці через те, що в законі чітко не встановлено цю можливість.

Однак в ч. 3 ст. 6 ЦК України зазначено, що сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд. Перешкодою для цього може бути пряма заборона законодавця щодо можливості відступити від нормативних приписів. Стосовно авторських договорів цивільне законодавство надає можливість суб'єктам авторських відносин здійснювати своє волевиявлення щодо відповідних об'єктів вільно, на власний розсуд. В п. 5 ч. 1 ст. 1107 ЦК України зазначено, що перелік договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності, що міститься в цій статті, не є вичерпним. Отже правоволоділець та користувачі об'єктів авторського права можуть керуватися принципом свободи договору при вирішенні питання про наявність або відсутність можливості застосування певних юридичних технік з метою врегулювання відносини стосовно результатів творчої діяльності людини.

З урахуванням ситуації, що склалась в сучасному суспільстві стосовно проблем урегульованості суспільних відносин у сфері творчості, неможна ігнорувати потребу у пошуку нових форм реалізації суб'єктами цих відносин прав інтелектуальної власності. За таких умов може зіграти вирішальну роль застосування принципу свободи договору в процесі регулювання авторських відносин, що виникають в епоху становлення інформаційного суспільства.

Використані джерела:

1. *http://ru.wikipedia.org/wiki/Creative_Commons*
2. *http://creativecommons.org/international/ua/*

Житкевич Юлія Ігорівна,
студентка 3 курсу юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ДОГОВІР МІЖ КРЕДИТОРАМИ: ІНОЗЕМНИЙ ДОСВІД ТА УКРАЇНСЬКІ РЕАЛІЇ

Надаючи фінансування українським суб'єктам, міжнародні фінансові організації та іноземні банки все частіше використовують договори між кредиторами для того, щоб, з одного боку, забезпечити в достатньому об'ємі наявність фінансових ресурсів для позичальника, а з іншої — виявити механізм взаємодії та рівного захисту прав кредиторів від ризиків, пов'язаних з наданням кредитів (Договір між кредиторами).

Підставою для появи Договору між кредиторами в іноземних юрисдикціях стало те, що компанії зверталися до банків за так званим проміжним фінансуванням. У випадку непогашення позичальником такого кредиту банк мав право на частку в компанії у розмірі заборгованості. Таке фінансуванн для компаній було дорожчим, ніж звичайне заборговане фінансування.

З плином часу проміжне фінансування почало трансформуватись із незабезпеченого в забезпечене з наступним (другим) пріоритетом. Кредитори з вищим пріоритетом почали включати в свої кредитні договори положення про можливості наступних запозичень компаніями і, відповідно, передачі закладеного майна в наступні запоруки за попередньою згодою кредиторів з вищим пріоритетом. При цьому, кредитори з вищим пріоритетом вважали за краще, щоб кредитори з нижчим пріоритетом «тримались в тіні» і відмовлялися від можливості протирічити проти будь-яких дій кредитора з вищим пріоритетом.

В якийсь момент такий стан речей перестав влаштовувати кредиторів з нижчим пріоритетом, і виникла необхідність врегулювання взаємовідносин між кредиторами. В результаті був розроблений договір, який передбачає збалансовані права кредиторів з різними пріоритетами — Договір між кредиторами.

Договір між кредиторами закріплює рівний пріоритет прав вимоги різних кредиторів до боржника, забезпечених рівним майном. Таким чином, за взаємною згодою одне і те ж майно порівно забезпечує і захищає права всіх кредиторів, а також встановлює порядок взаємодії кредиторів у процесі задоволення ними своїх вимог до боржника.

Маючи багатий досвід застосування Договору між кредиторами за кордоном, іноземний кредитор, виявившись залученим у фінансові відносини з українським позичальником, який вже фінансується українським банком, для захисту своїх прав та інтересів, а також прав існуючого українського коедитора намагається залучати до взаємовідносин з останнім Договір між кредиторами, який регулюється іноземним правом.

Варто зазначити, що умови Договору між кредиторами, які встановлюють пропорційний розподіл засобів для задоволення вимог існуючих кредиторів, можуть бути ревалізовані, якщо кредитори співпрацюватимуть в межах дії терміну Договору між кредиторами. При цьому варто також враховувати аспекти податкового та валютного законодавства, законодавства у сфері банкрутства, які можуть вплинути на можливість реалізації кредиторами умов Договору між кредиторами.

Згідно з українським законодавством, кредитори з вищим пріоритетом мають право задовольнити свої вимоги повністю до того, як кредитори з наступним пріоритетом зможуть задовольнити свої вимоги. В ч. 3 ст. 6 ЦК передбачено, що стороги в договорі можуть відступити від змісту актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд. При цьому зазначається, що сторони в договорі не можуть відступити від встановлених правил цивільного законодавства, якщо в діючих нормативно-правових актах зазначено про це, а також у випадку, якщо обов'язковість для сторін виникає з їх змісту або з суті відносин між сторонами.

Таким чином, теоретично існує можливість відступу сторонами від законодавчо встановленої черговості і порядку задоволення вимог кредиторів з різними пріоритетами по відношенню одного й того ж закладеного майна, якщо сторони дійшли згоди щодо інших

умов Договору між кредиторами, і позичальник погодився на це. На жаль, на сьогодні відсутні будь-які роз'яснення або судова практика щодо цього питання.

Законодавством чітко не передбачена процедура звернення стягнення декількома кредиторами з рівними пріорітетами по відношенню до одного й того ж закладеного майна. Враховуючи рівність пріоритетів, кредитори повинні встановити у договорі «внутрішній» порядок процедури звернення стягнення, а саме: хто з них буде реєструвати звернення стягнення у реєстрах обтяжень; який із кредиторів направлятиме вимогу про виконання зобов'язання боржнику; порядок проведення переговорів та оформлення згоди з третіми сторонами при продажу закладеного майна, а також порядок реалізації кожним кредитором свого права на звернення стягнення шляхом оформлення права власності на закладене майно, включаючи необхідність передбачити підставу для наступного перерахунку іншому кредитору його частини у забезпеченні у випадку, якщо право власності на закладене майно перейде тільки одному з кредиторів.

Отже, варто відмітити необхідність допрацювання зазначених питань для забезпечення можливості ефективної реалізації іноземними кредиторами своїх прав за Договором між кредиторами. Як показує практика, для мінімізації ризиків з урахуванням українських правових реалій найбільш надійною позицією для іноземного кредитора залишається позиція кредитора з вищим (першим) піоритетом.

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс від 16 січня 2003 року;*
2. *Цивільне право України. Особлива частина: підручник/ за ред.. О.В.Дзери, Н.С. Кузнєцової, Р.А. Майданчика. – 3-тє вид., перероб. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 1176 с.*

Заверуха Т. М.

аспірант Хмельницького університету управління та права

НОВІ ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ДОГОВОРУ

Частина 1 ст. 626 Цивільного кодексу України (далі ЦК) розглядає договір як домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов’язків [1]. У даному визначенні цивільно-правового договору вказується на підставу і наслідки таких дій сторін, де підставою є домовленість двох або більше сторін, а наслідками — встановлення, зміна або припинення цивільних прав та обов’язків. В цьому і полягає, на думку Є. О. Суханова, юридичний (цивільно-правовий) ефект договору, що забезпечує зв'язок його контрагентів відповідних зобов’язальних правовідносин [2, с. 153].

У цивільно-правовій доктрині договір традиційно розглядається як багатозначне поняття: як підстава виникнення правовідношення (договір — правочин); як саме правовідношення, що виникло з цієї підстави (договір — правовідношення); як форма, в якій відповідне правовідношення втілюється (договір — документ). Поряд із класичними підходами до визначення поняття цивільно-правового договору існують некласичні підходи до договору як: обіцянки, деліктного підходу і обґрунтування синтетичного підходу. Проте в українській цивільно-правовій доктрині не застосовуються вказані підходи при дослідженні цивільно-правового договору.

Мета справжнього дослідження полягає не тільки у тому, щоб показати які зміни зазнало поняття цивільно-правового договору в ході свого становлення і роботи в правозастосовному процесі, але і у тому, щоб запропонувати для сучасної науки цивільного права таке поняття цивільно-правового договору, яке б поєднувало в собі межі й елементи всіх наявних підходів, що є найбільш адекватним для сучасних умов із врахуванням розвитку

цивільно-правової доктрини, законодавства і правозастосовчої практики. Подібне поняття на даному етапі може бути дано у формі його синтетичного поняття, але не у формі визначення через рід і видову відмінність. Останнє являється лише тільки тим бажаним досягненням, на яке в майбутньому має право і може розраховувати цивілістична наука.

Разом з тим, спроби дати універсальне визначення поняття цивільно-правового договору, застосовуючи прийнятний спосіб через рід і видову відмінність, що не враховують ряд особливостей прояву договірної конструкції в сучасному обороті, не можуть бути визнані достатніми, так як не охоплюють всі можливі цивільно-правові договори. Таку можливість нам надає синтетичний підхід до поняття договору в цивільному праві, який поєднує в собі ознаки і елементи всіх підходів, що є найбільш адекватними для сучасних умов, враховуючи розвиток цивільно-правової доктрини, законодавства і правозастосовної практики.

Застосовуючи синтетичний підхід до поняття цивільно-правового договору цивільно-правовий договір можна визначити як домовленість двох і більше сторін або обіцянку однієї сторони, на яку розраховувала друга сторона, направлена на виникнення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків.

Запропоноване визначення включає в себе наступні ознаки:

По-перше, — це ознака згоди чи обіцянка. Згода — це результат „зустрічі" двох і більше волевиявлень. Обіцянка — волевиявлення однієї сторони, але на нього повинна розраховувати друга сторона. Тобто підставою виникнення цивільного договору є як взаємна домовленість сторін, так і факт розрахунку сторони на зроблену іншій стороні заяву чи обіцянку. Надання обіцянці правової сили запроваджено для обґрунтування правової сили оферті, що не вимагає акцепту. Така оферта вважається достатньою підставою для визнання договору укладеним у тих випадках, коли тільки на одній стороні (оференті) лежить обов'язок, а в іншої сторони (акцептанта) є тільки права.

Нормативне обґрунтування значення обіцянки міститься у Французькому цивільному кодексі, ст. 1108 якого встановлює, що для дійсності договору необхідно дотримання чотирьох умов, — зокрема, — наявності згоди сторони, яка приймає на себе зобов'язання [3], в Німецькому цивільному уложенні, де договір дарування вважається укладеним без акцепта обдаровуваного (§ 516) [4].

Такий підхід застосовується і в англійському праві, де існують відмінності між офертою, яку слід прийняти (offer calling acceptance), і офертою, що вимагає зустрічної дії (offer calling for an act), остання із яких є достатньою підставою для визнання договору укладеним, хоча згоди і правочину в цьому випадку може і не бути.

Надійним підґрунтям для даного підходу стали Принципи європейського договірного права, де прямо встановлено, що обіцянки, зроблена з наміром породити юридичні наслідки без акцепта, є обов'язковими (ст. 2: 107 Принципів).

Згода і обіцянка набувають силу цивільно-правового договору при наявності другої ознаки.

Другою ознакою є ознака спрямованості згоди чи обіцянки на виникнення (зміну і припинення) цивільних прав і обов'язків. Це означає наступне: а) спрямованість на правові наслідки презюмується, внаслідок чого згода і обіцянка не потребують дотримання яких-небудь інших вимог, як то вимоги каузи, зустрічного задоволення або навіть дотримання визначеної форми, за винятком спеціально оговорених в законі випадків; б) спрямованість на правові наслідки дозволяє виключити визнання будь-якого роду „договорів, які маються на увазі", а також визнання юридичної сили за обіцянкою, яке не було направлене на виникнення правових наслідків (на відміну від нідерландського підходу); в) вказівка на ознаку спрямованості на виникнення цивільних прав і обов'язків в широкому сенсі дозволяє розглядати цивільно-правовий договір як інститут загальної частини цивільного права, а отже дозволяє визнати можливість виникнення на основі договору не тільки відносних — зобов'язальних правовідносин (зобов'язальний договір), але і абсолютних правовідносин — абсолютного права (розпорядний договір) і абсолютного зобов'язання (договір з охоронним ефектом по відношенню до третіх осіб).

Таке визначення поняття цивільно-правового договору є, на наш погляд, необхідним і достатнім, що дозволяє відмежувати останній від інших суміжних з ним інститутів — від одностороннього правочину, рішення зборів акціонерів тощо.

На підставі вищевикладеного, можна зробити висновок про включення до української цивільно-правової доктрини нового синтетичного підходу до поняття цивільно-правового договору як домовленості двох і більше сторін чи обіцянки однієї сторони, на яку розраховувала інша сторона, направлені на виникнення, зміну чи припинення цивільних прав і обов'язків.

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України: Офіційний текст/ Міністерство юстиції України. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — 464с.

2. Гражданское право : в 2 т / [Витрянский В. В., Ем В. С., Зенин И. А. и др.] ; под. ред. Е. А. Суханова. — [2-е изд.]. — М. : Изд-во БЕК, 2003. — Т. 2. Полутом 1. — 2003. — 704 с.

3. Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / Пер. с франц. В. Захватаев / Отв. ред. А. Довгерт. — К.: Истина, 2006. — 1008 с.

4. Гражданское уложение Германии / Науч. ред. А. Л. Маковский и др. — М.: Волтерс Клувер, 2006. — 816 с.

Задоя Валентина Ивановна

аспирантка кафедры гражданско-правовых дисциплін экономико-правового факультета Одесского национального университета им. И.И. Мечникова

ПРОЕКТ КОНВЕНЦИИ ОБ УДАЛЕНИИ И ПОДЪЕМЕ НАХОДЯЩЕГОСЯ НА ПЛАВУ, ЗАТОНУВШЕГО В МОРЕ ИМУЩЕСТВА: ОБЩИЕ ВОПРОСЫ

Сегодня в связи с ростом интенсивности мирового судоходства деятельность государств и международных организаций в области торгового мореплавания во многом направлена на повышение безопасности судоходства, предотвращения загрязнения моря с судов, формирование норм и правил, связанных с техническими вопросами, влияющими на международное судоходство, принятие максимально осуществимых стандартов его безопасности и эффективности. Одним из путей осуществления указанной международной политики стран мирового сообщества в сфере торгового мореплавания является разработка специальных унифицированных правил быстрого и эффективного устранения последствий кораблекрушений, последовательность проведения необходимых мероприятий, порядок урегулирования возникающих в этой сфере правоотношений споров, меры ответственности и т.д.

Впервые этот вопрос с целью широкого обсуждения был заслушан на заседании Ассоциации морского права Федеративной Республики Германия в 1966 году профессором Зал (Zal, Испания), который в своем докладе на тему «Правовые вопросы подъема обломков судна вне национальных территориальных вод» изложил основные принципы разработанного им проекта международного соглашения по подъему затонувшего в море имущества. В частности, докладчик предложил установить ответственность государства, под флагом которого ходило затонувшее судно, за подъем обломков судов, опасных для судоходства. Далее, по мнению профессора, расходы по подъему затонувшего в море имущества должны нести и грузовладельцы, чей груз затонул, и страховщики [4; 24-27]. Идея подписания такого соглашения в целом была одобрена, и проект был передан на рассмотрение Международному морскому комитету (ММК).

В 1971 г. на X сессией Юридического комитета Межправительственной морской консультативной организации (ИМКО) было принято решение включить вопрос о необходимости разработки такого соглашения его в программу своих исследований на 1973–

1975 гг. Ассамблея ИМКО решила созвать дипломатическую конференцию по вопросу принятия Конвенции по подъему затонувшего в море имущества не позднее 1975 г.

В декабре 1973 г. на XIX сессии Юридическим комитетом была создана рабочая группа, которая непосредственно занялась подготовкой конвенции. В процессе работы она обсудила следующие вопросы:

1. Кто и по каким признакам должен решать вопрос о том, является ли затонувшее имущество опасным для судоходства.

2. На кого должна быть возложена обязанность по ограждению, обозначению затонувшего имущества.

3. На чем должна базироваться ответственность за нарушение обязанности по обозначению затонувшего имущества.

4. На кого должна быть возложена обязанность по удалению (подъему) затонувшего имущества [3; 76-78].

Все вопросы рассматривались рабочей группой лишь в постановочном, общем плане и практических результатов достигнуто не было. Разработки были приостановлены.

Только в начале 2007 года Международная морская организация провела Международную конференцию по удалению обломков. Пунктом 3 повестки дня был рассмотрен проект Конвенции об удалении и подъеме находящегося на плаву, затонувшего в море имущества, подготовленный Юридическим Комитетом Организации 13 ноября 2006 года. В дальнейшем он был направлен в организации как бюджетного, так и коммерческого характера [5; 46-48].

Проектом Конвенции предусмотрено, что государству, в территориальных водах которого произошла гибель судна (пострадавшее государство), владельцем затонувшего судна предоставляется немедленный отчет, включающий информацию о:

– точном расположении обломков судна, потерпевшего крушение;

– его размере, типе и конструкции;

– характере повреждений и условий крушения;

– характере и количестве груза (особенно если на борту будут находиться вредные загрязняющие вещества);

– количество и виды масел на борту судна.

Этими и некоторыми другими критериями будут руководствоваться стороны при определении ущерба, нанесенного пострадавшему государству (поскольку именно на это ориентировано соглашение в большей части). Размер компенсации при этом не может превышать размер расходов на восстановление окружающей среды.

На государство, в территориальных водах которого произошло крушение, возлагается обязанность в кротчайшие сроки известить о случившемся находящимся поблизости судам, а также другим «смежным» странам, отметить на карте место происшествия и обозначить его буями на воде. Если такому государству обломками будет нанесен ущерб, оно должно немедленно сообщить об этом в порт приписки судна, уведомить его владельца, а также известить государство регистрации судна о предпринятых в отношении обломков мерах. Для владельца устанавливается срок, в течение которого он обязуется удалить обломки. Если меры по немедленному устранению последствий крушения не будут приняты, сумма возмещения ущерба будет увеличиваться. Потерпевшая сторона в таком случае приобретает право самостоятельно принять меры по ликвидации таких последствий [1].

Компенсация должна быть выплачена в течение трех лет с момента нанесения ущерба. Срок исковой давности по данной категории дел – шесть лет со дня наступления аварии, в результате которой судно затонуло. Если морское происшествие будет состоять из серии случаев (событий), повлекших кораблекрушение, шестигодичный срок будет исчисляться с момента наступления первого события.

Проект Конвенции по удалению обломков судов предусматривает также случаи, исключающие материальную ответственность владельца имущества. К ним в частности относятся крушения, случившиеся в результате войны, восстания, нанесение ущерба действиями (бездействиями) третьей стороны, небрежностью навигационных служб.

Достаточно большое количество предписаний Конвенции посвящено страхованию судов. Это объясняется, прежде всего, стремлением обеспечить возможность владельцев имущества, в случае его затопления, предпринять все необходимые меры по подъему или удалению такового, а также возмещения ущерба пострадавшей стороне.

В случае возникновения спора, связанного с интерпретацией или применением данного соглашения, для сторон предусмотрено право в течение 12 месяцев самостоятельно его урегулировать путем переговоров. В ином случае этот спор будет рассмотрен в соответствии с разделом 2 части XV Конвенции ООН по морскому праву[2].

Необходимость в принятии такого документа на международном уровне не вызывает сомнения, однако, на наш взгляд, проект Конвенции имеет ряд недоработок, таких как:

ограничен перечень объектов, которые подлежат обязательному подъему, удалению;

проект Конвенции не дает толкования термину «опасный», что может создать коллизии в толковании ее норм присоединившимися к ней государствами;

предоставление сторонам права в течение 12 месяцев урегулировать споры, возникающие с применением конвенции, поскольку на протяжении этого периода времени находящееся на плаву, затонувшее опасное имущество будет создавать препятствия судоходству, угрозу загрязнения окружающей природной среды и т.п.

Таким образом, принятие Конвенции без устранения указанных замечаний может вызвать ряд новых проблем.

Использованные источники:

1. Consideration of a draft Convention on the removal of wrecks (WRC) //I:\CONF\LEG\16\3.doc.

2. О ратификации Конвенции ООН по морскому праву: Закон Украины N 728-XIV от 03.06.1999г. // Ведомости Верховной Рады Украины. — 1999. — № 31. — Ст. 254.

3. Александрова К.И. О подготовке конвенции по подъему имущества, затонувшего вне территориальных вод // Морское право и практика. — 1975. — № 62 (302). — С. 76-78.

4. Борисов А.Г. Международно-правовой режим затонувшего в море имущества // Анализ характерных аварийных случаев с судами флота рыбной промышленности и рекомендации по их предупреждению. — 1970. — Вып. 14. — С. 24-27.

5. Пивторак Г.Ф. Международная конференция об удалении обломков 2007 – еще раз к вопросу о регистрации судов // Морське право: актуальні питання теорії та практики: Збірник наукових праць. – Одеса: ВидавІнформ ОНМА, 2010. – Вип. 5. – 166 с.

Зайцева-Калаур Інна В'ячеславівна

викладач кафедри цивільного права та процесу
Тернопільського національного економічного університету
аспірант Хмельницького університету управління і права

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ВИНИКНЕННЯ АВТОРСЬКИХ ПРАВ У РЕДАКТОРА ЗМІ В ПРОЦЕСІ ВИКОНАННЯ НИМ СЛУЖБОВИХ ОБОВ'ЯЗКІВ

Редагування у ЗМІ (засобах масової інформації) – важливий етап праці в підготовці тексту й нетекстового матеріалу до друку, який є засобом підвищення ефективності впливу на читача, слухача, глядача.

В багатьох наукових та довідкових джерелах по-різному здійснено тлумачення поняття редагування. Так, в окремих російських довідниках редагуванням розглядається як перевірка й виправлення тексту під час підготовки до друку [1]. Схоже трактування містить великий тлумачний словник сучасної української мови, де зазначено: «Редагувати: 1. Перевіряти і виправляти або відповідно оформляти певний текст. 2. Бути керівником будь-якого видання.» [2]. Вище наведене дає змогу розуміти редагування як суто технічну або

організаційну роботу. Науковцями, у дослідженнях з теорії редагування в дещо більшій мірі враховано специфіку праці редактора в ЗМІ, під якою уже розуміють не лише технічну, організаційну, а й творчу роботу. Зокрема, К.М. Накорякова дійшла висновку, що: «У сучасних умовах сама суть редакторської праці змінилася, і редагування варто розглядати як багатоманітну творчу працю над текстом» [3, 6]..Думку дослідниці поділяє А.О. Капелюшний говорячи про працю редактора в ЗМІ як творчість, як співтворчість з автором [4, 15]. На наш погляд, виділення творчого аспекту в процесі редагування є виправданим, однак, слід не погодитись з тезою, що праця редактора є співтворчістю з автором. Співтворчість, як правило, породжує співавторство, а редактор не завжди є співавтором, а лише в окремих випадках може претендувати на співавторство відредагованого ним твору. Окремі питання виникнення авторських прав в редактора засобів масової інформації розглядалися також у роботах А.Р.Єрмакової, І.В.Абдуліної, К.О.Афанасьєвої, С.М. Клейменової, О.П. Сергеева та ін. Однак, на наш погляд, існують деякі аспекти, що вимагають подальшого наукового дослідження та обґрунтування.

Метою написання наукової статті – з'ясувати моменти набуття редактором авторських прав в процесі виконання ним своїх службових обов'язків.

Проаналізувавши чинне законодавство, що регулює авторські правовідносини, зауважимо, що редактор не є суб'єктом авторського права [5; 6].. Водночас, законодавець надає правову охорону переробленим творам, які можуть створюватися в процесі редагування, адже редагування, за своєю суттю, може бути різним. В процесі редагування редактор може допомогти автору ідеєю внести в твір новий образ, описати якусь цікаву подію, або зробити це самостійно. Важливим є те, що ніяких змін в рукопис твору редактор без згоди автора вносити не може. Будь-які зміни, які вносить редактор, він здійснює в силу свого службового обов'язку, а не через попередньо обговорений і належним чином оформлений договір про співавторство. Таким чином, творчий процес редагування базується не на принципах співавторства, а на обов'язкових правилах співпраці. З цього приводу, заслуговує на увагу думка Е.П. Гаврилова про те, що редактор не створює нової форми твору, а його основний обов'язок – це підвищити наукові і художні цінності твору, усунути наявні недоліки, виконати редакційно-технічні завдання [7, 115]. У даному випадку редактор виконує лише покладені на нього трудовим договором обов'язки перед видавництвом, і, як наслідок, не може бути суб'єктом авторського права, оскільки виконання вище вказаних дій не мають творчого характеру, що є основною умовою для визнання особи суб'єктом авторського права.

Отже, за загальним правилом, редагування матеріалу – це частина трудової діяльності редактора, а не його творча праця. Проте, з нашого погляду, такий стан речей не є підставою для того, щоб однозначно не визнавати редактора співавтором відредагованого ним матеріалу. Основним моментом у вирішені питання про можливість співавторства у процесі редагування є те, який саме характер має праця редактора, а також те, в створенні чи переробці яких елементів твору він взяв безпосередню участь.

Основною частиною процесу редагування є редакційна правка твору. По мірі і характеру змін, які вносяться у текст, редакційна правка буває таких видів: правка-вичитування, правка-скорочення, правка-обробка, правка-переробка [8, 133].

Проаналізувавши усі види редакційної правки твору, ми з'ясували, що, єдиним випадком, коли редактор може претендувати на співавторство – є редакційна правка-переробка твору. Вона полягає у радикальній зміні авторського тексту, що використовується лише як основа для кінцевого тексту публікації. За рекомендацією редакції вказану переробку твору повинен здійснювати сам автор. Однак, в умовах надзвичайної оперативної діяльності ЗМІ, проводити роботу із кожним автором практично неможливо. Окрім того, деякі автори через недостатню професійність, або за ряду інших умов не можуть виконати вимоги редакції, у зв'язку з чим редактор, за згодою автора самостійно переробляє поданий матеріал. В такому випадку редактор може стати співавтором матеріалу, що публікується за одночасним виконанням двох умов. По-перше, редактор повинен брати безпосередню участь у створенні публікації (створенні елементів літературної форми твору). По-друге, має бути

згода автора оригінального твору на участь редактора в створенні твору у переробці, яке доцільно оформити документально.

Слід звернути увагу ще на одну обставину. Редактор, створюючи спільно з автором первинного твору твір у переробці, виконує свої службові обов'язки. Це означає, що по відношенню до редактора виникає авторське право на службовий твір. Відповідно до статті 429 ЦК України майнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору, належить працівникові, який створив цей об'єкт, та юридичній або фізичній особі, де або у якої він працює, спільно, якщо інше не встановлено договором [6]. Таким чином, правовласниками на відредагований за допомогою правки-переробки твір можуть бути: 1) автор, редактор та роботодавець (організація ЗМІ); 2) автор і організація ЗМІ; 3) автор і редактор. У перших двох випадках майнові права на твір у переробці належать декільком особам спільно (ст. 428 ЦК України). В останньому випадку автор і редактор є співавторами твору в переробці.

Підсумовуючи вище викладене ми дійшли висновку про те, що редактор може бути співавтором відредагованого твору, за умови здійснення ним редакційної правки-переробки твору та з дотримання вимог законодавства про співавторство. Та слід зазначити, що проблема взаємодії автора і редактора завжди залишається актуальною. Межі редакторського втручання в авторський текст визначити раз і назавжди для всіх випадків неможливо, а найменше втручання редактора в оригінальний твір автора має бути обґрунтованим та узгодженим з автором.

Використані джерела:

1. Большая энциклопедия Кирилла и Мефодия – 2003.- «Кирилл и Мефодий»; БРЭ, 2003(CD).

2. Великий тлумачний словник сучасної української мови: 170 тис. слів. - К.: Ірпінь; ВТФ «Перун», 2001.- С.1021.

3. Накорякова К.М. Редактирование материалов массовой информации.- М.: Изд-во Моск. ун-та, 1982.- С.6.

4. Капелюшний А.О. Редагування в засобах масової інформації: Навчальний посібник.- Львів: ПАІС, 2005.- С.15.

5. Закон України «Про авторське право і суміжні права» в редакції Закону від 11 липня 2001р. // ВВР. – 2001. – № 43. – Ст.214.

6. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2ч. / За аг. ред.. Я.М.Шевченко. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре»,2004.–Ч.1.– 692с.

7. Гаврилов Э.П. Советское авторское право. Основные положения. Тенденции развития. – М.: Наука, 1984. – 222 с.

8. Ермакова А.Р. Право интеллектуальной собственности в сфере периодической печати. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2002.- С.126-136.

Зайцева Тетяна Володимирівна,
викладач кафедри цивільного права та цивільного процесу
Кіровоградського юридичного інституту
Харківського національного університету внутрішніх справ

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ОПІКУНА ЗА НЕВИКОНАННЯ АБО НЕНАЛЕЖНЕ ВИКОНАННЯ НИМ СВОЇХ ОБОВ`ЯЗКІВ

Опіка законодавчо визначається особливою формою державної турботи про повнолітніх та неповнолітніх осіб, які потребують допомоги щодо забезпечення їх прав та інтересів, однак часто вона є предметом зловживань з боку осіб, на яких покладено обов'язки опікунів. Тому опікуни і піклувальники повинні бути не лише наділені відповідними правами та обов`язками, а й у передбачених законом випадках нести відповідальність за свою протиправну поведінку та зловживання наданими їм правами.

Однак чинне законодавство не передбачає окремої норми, яка б встановлювала умови цивільно-правової відповідальності опікуна у випадку, коли він не виконує або неналежно виконує свої обов`язки. У п.4.16 Правил опіки та піклування встановлено, що органи опіки та піклування зобов`язані, а особа, стосовно якої припинено опіку, має право вимагати від опікуна відшкодування майнових збитків, завданих їй недобросовісним або недбалим виконням покладених на нього обов`язків. Як вказує З.В.Ромовська, протиправність поведінка опікуна виявляється в ухиленні від виконання обов`язку. Ухилення від виконання обов`язку має місце в тому випадку, якщо той, хто має об`єктивні та суб`єктивні можливості виконати його, не здійснює того, що вимагається [6, с.37].

Однак інших норм про відповідальність опікунів у Цивільному кодексі України ми не знайдемо – ані в підрозділі 2 розділу III книги 5 «Зобов`язальне право», ані главі 6 розділу II книги першої «Загальні положення», якою врегульовані опіка та піклування. Як слушно зазначає М.С.Бойко, за аналогією закону найбільшою мірою в цьому випадку може бути застосована загальна норма про відшкодування заподіяної шкоди (ст.1166 ЦК). Однак, між даними видами відносин існує певна різниця, оскільки підставою для виникнення обов`язку з відшкодування шкоди є цивільне правопорушення, і до вчинення делікту кредитор і боржник не пов`язані правами та обов`язками. Однак, у випадку відповідальності опікуна мова йде саме про невиконання або неналежне виконання покладеного на нього обов`язку, і саме це (а не делікт) є підставою відповідальності опікуна. З тих же міркувань це зобов`язання не може бути визнане договірним, оскільки між опікуном та його підопічним (рівно як і між опікуном та органом опіки та піклування) не укладається договір про управління майном [4, с.70].

Опікун несе відповідальність за збереження майна підопічного, відшкодовуючи заподіяні йому збитки. Відшкодування такої шкоди за загальним правилом здійснюватися як добровільно, так і в примусовому порядку. В останньому випадку, як відзначає Н.А.Д`ячкова, органи опіки та піклування зобов`язані звернутися з позовом до опікуна про стягнення збитків, виявлених при перевірці звіту[5, с.249].

Розглядаючи дане питання в історичному аспекті, слід зазначити, що в дореволюційній практиці на українських землях опікуни несли відповідальність за цілісність майна підопічної особи, а на випадок розтрати відповідали своїм власним майном. Підопічна малолітня особа при досягненні повноліття могла вимагати від опікуна звіт, і у випадку виявлення розтрати його майна, мала право за приписом волосного суду стягнути з опікуна розтрачене. Для притягнення опікуна до відповідальності, як правило, була потрібна особиста скарга підопічного, хоча в деяких місцевостях за опікунами слідкував староста, який про помічені зловживання повідомляв сільський схід. Цей факт пояснюється тим, що за несумлінне ставлення до управління справами підопічного опікуни, крім того, що несли майнову відповідальність перед опікуваною особою, ще й зобов`язувалися до стягнення на користь «мирських коштів»[7, с.45]. А отже, можливість поповнювати громадську скарбницю за рахунок надходження штрафних стягнень такого роду, безумовно, стимулювала волосних старост і суддів до проявів пильнішої уваги до опікуна.

Сьогодні на практиці норми про відповідальність опікунів застосовуюся вкрай рідко. Це пояснюється не відсутністю зловживань та ухилення від обов`язків з боку опікунів, а тим, що положення про контроль та нагляд за діяльністю опікунів з боку органів опіки та піклування виконуються формально. Як показують результати проведених опитувань опікунів, більшість опікунів не подають до органів опіки та піклування щорічні звіти про свою діяльність, і на запитання про те, чи здійснюється контроль районним органом опіки та піклування за їхньою діяльністю як опікунів респонденти найчастіше обирають варіант відповіді „ні". Непоодинокими є випадки, коли контроль за діяльністю опікуна органом опіки та піклування здійснюється виключно шляхом телефонних розмов. Крім того, Правила опіки та піклування визначають, що періодичність відвідування осіб, які перебувають під опікою, установлюється окремим графіком, але не рідше ніж раз на рік, крім першої перевірки, яка проводиться через три місяці після встановлення опіки (піклування). Однак, як показують результати проведених досліджень, в більшості випадків перша перевірка взагалі не проводиться. Отже, звідси випливає повна невідповідність фактичного стану речей тому, про, що йдеться в законодавсті. Таким чином, на сьогоднішній день зі сторони органів опіки та піклування не існує не лише жодної підтримки для опікунів, а й контроль щодо їхніх дій часто залишається формальним. Тому, на нашу думку, доцільним є внесення такої правової норми, яка би передбачала принципи відповідальності посадових осіб органів опіки та піклування у разі невиконання ними своїх обов'язків.

Залишається актуальною також і проблема відшкодування заподіяної підопічному діями опікуна шкоди через брак у нього достатніх для цього коштів. Це пов`язане, зокрема, і з тим фактом, що встановлюючи вимоги до особи опікуна, законодавець залишає поза увагою наявність майна та матеріальне становище потенційного опікуна. Однак у цьому питанні слушною видається практика захисту інтересів підопічного у римському праві. Зокрема, при прийнятті на себе опікунських обов`язків опікуни повинні були внести заставу з метою охорони інтересів підопічного. Цей підхід заслоговує на увагу через те, що не лише стимулює опікуна добросовісно відноситись до виконання своїх обов`язків, але й захищає майнові інтереси підопічної особи.

Використані джерела:

1. *Сімейний кодекс України, прийнятий 10.01.2002р. – К.:Кондор, 2004. – 104с.*
2. *Цивільний кодекс України, прийнятий 16.01.2003р. – Х.:ТОВ „Одіссей", 2003. – 480с.*
3. *Правила опіки та піклування, затверджені наказом Державного комітету України у справах сім'ї та молоді, Міністерства освіти України, Міністерства охорони здоров'я України, Міністерства праці та соціальної політики №34/166/131/88 від 26.05.1999р. //Офіційний вісник України. -1999. -№26. -1252с.*
4. *Бойко М.С.Правові основи захисту цивільних майнових прав обмежено дієздатних та недієздатних осіб / М.С.Бойко // Форум права. – 2009. - №3. – с.67-73 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2009-3/09bmctno.pdf*
5. *Д`ячкова Н.А. Деякі проблеми забезпечення прав дітей при встановленні опіки та піклування / Н.А.Д`ячкова // Вісник Університету внутрішніх справ. – 1999. – Вип.6. – с.248-253.*
6. *Ромовская З.В.Защита в советском семейном праве / З.В.Ромовская. – Львов:Вища школа, 1985. – 182с.*
7. *Рудий Н.Я.Розв`язання питань, пов`язаних із опікунством, та їх законодавче забезпечення на українських землях, що входили до складу Російської імперії / Н.Я.Рудий // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. – 2009. - №1. – с.40-47.*

Зеліско Алла Володимирівна,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права
Юридичного інституту Прикарпатського національного університету
імені Василя Стефаника

ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВА ФОРМА САДІВНИЦЬКИХ, ГОРОДНИЦЬКИХ ТА ДАЧНИХ ТОВАРИСТВ

Садівницькі, городницькі та дачні товариства є породженням радянської системи, за якої у громадян були відсутні можливості стати власником земельної ділянки. Однак в сучасний період ці товариства уже не виступають формою здійснення господарської діяльності, а є засобом реалізації потреб їх членів у культурному відпочинку тощо. На сьогодні цілком очевидним є те, що чинне законодавство України не визначає належним чином їх організаційно-правову форму. Мається на увазі не суперечність чи непослідовність норм законодавства з цих питань, а взагалі їх відсутність. Саме тому виникла необхідність формування теоретико-правових підходів до розуміння організаційно-правової форми садівницьких, городницьких та дачних товариств.

Звернення до ретроспективних аспектів виникнення цих товариств свідчить про те, що вони сформувалися як споживчі кооперативи. Такий висновок підтверджується нормами Закону СРСР «Про кооперацію в СРСР», відповідно до ст. 4 якого «ціллю споживчих кооперативів є задоволення потреб своїх членів та інших громадян у торговельному і побутовому обслуговуванні, а також членів кооперативів у житлі, дачних і садових ділянках, гаражах і стоянках для автомобілів, у соціально-культурних та інших послугах» [1]. Закон виділяв такі види споживчих кооперативів, однак теоретичних обґрунтувань їх відокремлення ученими радянського періоду не проводилося.

Закон України «Про кооперацію» не дає відповіді на питання про організаційно-правову форму садівницьких, городницьких та дачних товариств. Стаття 6 Закону містить лише положення, згідно з яким «відповідно до завдань та характеру діяльності кооперативи поділяються на такі типи: виробничі, обслуговуючі та споживчі. За напрямами діяльності кооперативи можуть бути житлово-будівельними, садово-городніми, гаражними, торгівельно-закупівельними, транспортними, освітніми, туристичними, медичними тощо» [2]. Проте напрям діяльності не може бути підставою для виокремлення садівницьких, городницьких та дачних товариств в окрему організаційно-правову форму споживчих кооперативів.

В юридичній теорії та практиці відсутні концептуальні підходи стосовно організаційно-правової форми садівницьких, городницьких та дачних товариств. Зокрема, під час вирішення питання про оподаткування таких товариств як неприбуткових організацій в листах ДПАУ застосовувалися посилання на Закон України «Про об’єднання громадян». Вказувалося, що такі товариства виникають як добровільні громадські об’єднання, створені з метою організації колективного саду, городництва, створення умов для культурного проведення вільного часу на земельних ділянках [3]. Наведені положення не відповідають природі досліджуваних товариств, адже вони є кооперативними товариствами, зокрема, належать до споживчих кооперативів. В той час як положення Закону «Про об’єднання громадян» визначають, що «об'єднання громадян, незалежно від назви (рух, конгрес, асоціація, фонд, спілка тощо) відповідно до цього Закону визнається політичною партією або громадською організацією. Дія цього Закону не поширюється на релігійні, кооперативні організації порядок створення і діяльності яких визначається відповідним законодавством» [4].

Свого часу у листі Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва №4899 від 2008 року зазначалося, що такого типу товариства, зокрема, садівничі товариства, належать до такої організаційно-правової форми як обслуговуючий кооператив [5]. Однак у роз’ясненні від 2009 року №11634 наведений лист Державним комітетом був відкликаний, оскільки призвів до численних перетворень садівничих товариств у обслуговуючі кооперативи у поєднанні з порушенням прав їх членів [6].

Державний класифікатор України «Класифікація організаційно-правових форм господарювання» містить організаційно-правові форми садівничих та інших товариств, однак його положення зазначають, що державна реєстрація нових таких юридичних осіб не передбачається [7].

Очевидно, що таку невизначеність спричинила відсутність концептуальних підходів до розуміння організаційно-правової форми досліджуваних нами товариств.

Звертаючись до законодавства інших держав, зокрема, Російської Федерації, можемо зробити висновок, що законодавець пішов шляхом прийняття спеціального нормативно-правового акта про садівницькі, городницькі та дачні товариства. В Законі Російської Федерації чітко розписано три організаційно-правові форми, в яких можуть створюватися такі товариства: некомерційне товариство, споживчий кооператив, некомерційне партнерство. Отже законодавець вирішує питання співвідношення споживчого кооперативу і садівницьких, городницьких та дачних товариств, визначаючи їх організаційно-правовою формою споживчого кооперативу. Окрім того, в Законі Російської Федерації визначено особливості правового статусу таких товариств. Мова йде в першу чергу про специфіку правового режиму їх майна. Формується майно загального користування за рахунок пайових внесків членів. Право власності на таке майно належить садівницькому, городницькому та дачному споживчому кооперативу, а правомочність користування – належить членам кооперативу. Частина такого майна може виділятися в неподільний фонд [8]. На жаль, вказані аспекти відсутні в вітчизняних законопроектах. Саме вказані особливості знаходяться в основі виокремлення цих товариств в окрему організаційно-правову форму споживчих кооперативів.

Подальше визначення в чинному законодавстві організаційно-правової форми цих юридичних осіб слід проводити на основі закріплення положень, згідно з якими садівницькі, городницькі та дачні товариства є організаційно-правовою формою споживчого кооперативу, яка за своїми правовими характеристиками відрізняється від споживчих товариств. Відокремлення таких організаційно-правових форм споживчих кооперативів повинно базуватись на концептуальних підходах розуміння організаційно-правової форми, а саме: на підставі сукупності специфічних правових ознак – особливості правового режиму майна (наявність майна загального користування, можливість виділу неподільного та спеціального фондів), сукупності прав та обов'язків членів товариств, особливостях передумов створення.

Саме вказані положення є каркасом для побудови нової правової моделі садівницьких, городницьких та дачних товариств.

Використані джерела:

1. Про кооперацію в СРСР: Закон СРСР 26.05.88 р. № 8998-11// Відомості Верховної Ради СРСР. – 1988. – №22. – Ст. 335.

2. Про кооперацію: Закон України 10. 07. 2003 р. № 1087-IV (із змінами, внесеними згідно з Законами) // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 5. – Ст. 35.

3. Лист ДПАУ «Про сплату податку на прибуток гаражними кооперативами та садівничими товариствами» від 10.09.98 р. №10541/10/15-1217 / Вісник податкової служби України. – 20 вересня 1998 р. – С. 10-12.

4. Про об'єднання громадян: Закон України 16. 06. 92 р. №2461-XII (із змінами, внесеними згідно з Законами) // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 34. – Ст. 504.

5. Лист Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва №4899 від 09.06.2008 р. – Режим доступу: www. nau. kiev. ua.

6. Роз'яснення Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва №11634 від 25.09.2009 р. – Режим доступу: www. nau. kiev. ua.

7. Державний класифікатор України ДК 002:2004 «Класифікація організаційно-правових форм господарювання»: наказ Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики №97 від 28 червня 2004 р. (з наступними змінами і доповненнями). – Режим доступу: http://www.ukrstat.gov.ua/klasf/klasif/kopfg.rar

8. Про садівницькі, городницькі та дачні некомерційні об'єднання громадян: Закон Російської Федерації 05.04. 1998 р. №66-ФЗ XII (із змінами, внесеними згідно з

Законами) // Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. – 1992. – №30. – Ст. 1788.

Зозуляк Ольга Игоревна
преподаватель кафедры гражданского права
Юридического института Прикарпатского национального университета им. В. Стефаныка

ПРАВОСПОСОБНОСТЬ ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ УКРАИНЫ, РОССИИ И БЕЛАРУСИ

Как известно в странах Советского союза правоспособность юридического лица имела исключительно целевой характер, то есть объем гражданских прав и обязанностей определялся целью, которая закреплялась в учредительных документах. Сделки, совершенные юридическим лицом в противоречии с целями, указанными в его уставе, признавались недействительными, как не соответствующие требованиям закона. Это был традиционный подход в определении правоспособности в советский период.

Перестройка экономических отношений, процессы приватизации, появление новых организационно-правовых форм субъектов предпринимательства повлияли на построение иных подходов, концепций в определении правоспособности юридического лица.

Целью данной статьи выступает правовой анализ подходов при определении понятия и характера правоспособности юридического лица по законодательству Украины, Российской Федерации и Беларуси.

Следует обратить внимание на то, что в Модельном гражданском кодексе для государств-участников СНГ за коммерческими юридическими лицами рекомендовано закрепить общий характер.

Вместе с тем, каждое из данных государств использовало собственный подход в данном вопросе. А это еще раз подтверждает правильность научных взглядов Н.Г. Александрова, который подчеркивает, что правоспособность – это «особые общественные отношения в государственно организованном обществе. Правоспособность ничто без государства, которое определяет за собой некоторые правовые возможности» [1, с. 164-165].

Согласно ч. 2 п. 1 ст. 49 Гражданского кодекса Российской Федерации [2] (далее – ГК РФ) коммерческие юридические лица, за исключением унитарных предприятий и иных видов организаций, предусмотренных законом, могут иметь гражданские права и обязанности, необходимые для осуществления любых видов деятельности не запрещенных законом. Таким образом, российский законодатель смягчил правила о специальной правоспособности относительно к коммерческим организациям, что позволяет им участвовать в любых отношениях гражданско-правового характера.

В Беларуси данный вопрос решается иным путем. Согласно ст. 45 ГК Гражданского кодекса Республики Беларусь [3] (далее – ГК РБ) юридическое лицо может иметь гражданские права, соответствующие целям деятельности, предусмотренным в его учредительных документах, а также предмету деятельности, если он указан в учредительных документах, и нести связанные с этой деятельностью обязанности. Такой подход законодателя позволяет нам сделать вывод, что конструкция правоспособности зависит не только от цели деятельности, но и от предмета деятельности (но только в том случае, если он прямо указан в учредительных документах). Следует отметить, что привязка к предмету деятельности в определении правоспособности есть новым явлением в современной цивилистике. В гражданско-правовой доктрине правоспособность, в которой права и обязанности юридического лица отвечают предмету деятельности называют исключительной правоспособностью [4, с. 59; 5, с. 165-166; 6, с. 51].

Кроме того, данная статья носит более общий смысл и в ней отсутствует прямое указание на универсальный характер правоспособности по отношению к юридическим лицам. Но, как отмечается в гражданско-правовой литературе, такой подход не означает, что статья 45 ГК РБ не предоставляет коммерческим организациям правомочия иметь гражданские права и обязанности, необходимые для осуществления любых видов деятельности, не запрещенных законом и, собственно, нет достаточных оснований придерживаться исключительно концепции специальной правоспособности юридического лица [7, с. 169].

По гражданскому законодательству Украины юридическое лицо наделяется общей правоспособностью. Так, согласно ч. 1 ст. 91 Гражданского кодекса Украины [8] юридическое лицо способно иметь такие же гражданские права и обязанности, как и физическое лицо, за исключением тех, которые по своей природе могут принадлежать только человеку. Из данной статьи можем сделать два следующие выводы.

Во-первых, в Украине общая правоспособность юридического лица определяется через правоспособность лица физического, что, по нашему мнению, есть не до конца убедительным (юридическим лицам могут принадлежать те права и обязанности, которые не являются характерными для лиц физических, например, страховщиками могут выступать только юридические лица). Более корректнее было бы закрепить за юридическими лицами тот объем прав и обязанностей, который соответствует их правовой природе, как субъектов гражданского права. В.М. Кравчук считает, что источником правоспособности организаций выступает правоспособность их учредителей. Поэтому организация не может наделяться большим объемом правоспособности, чем ее учредитель. Особенность правоспособности юридического лица, по мнению ученого, состоит в том, что оно ограничено целями его деятельности, определенными при учреждении, а поэтому, для сравнения правоспособности юридических и физических лиц оснований нет [9, с. 16].

Во-вторых, общий характер правоспособности закрепляется абсолютно за всеми юридическими лицами. Такой подход законодателя с одной стороны есть правильным, поскольку следует современным экономическим и общественным условиям, и, как верно утверждает А. С. Довгерт, «такой подход укладчиков ГК Украины обусловлен потребностями реальной динамической жизни, которая требует максимум свободы в имущественных отношениях для всех юридических лиц с целью более полного удовлетворения интересов индивидуума к потребностям гражданского оборота. К тому же, наделение всех юридических лиц общей правоспособностью надает им возможности независимо от вида и организационно-правовой формы заниматься на общих засадах предпринимательской деятельностью» [10, с. 133].

Но, с другой стороны, есть ли потребность в наделении такой правоспособностью всех без исключения юридических лиц? В последнее время в научных кругах высказываются разные точки зрения по поводу необходимости закрепления за юридическими лицами публичного права, которые предусмотрены гражданским законодательством Украины, некоммерческими товариществами и учреждениями специальной правоспособности [11, с. 129-130; 12, с. 50; 13, с. 6; 14, с. 73]. Полностью поддерживая эту позицию, считаем, что за данными юридическими лицами действительно целесообразнее закрепить специальную правоспособность.

Таким образом, в каждом из наведенных нормативных определений правоспособности юридических лиц в гражданском законодательстве Украины, России и Беларуси есть свои сильные и слабые места.

Как вывод, хотелось бы отметить следующее. Правоспособность юридического лица должна соответствовать его природе, как субъекта гражданского права. Кроме того, сегодня нельзя полностью отказаться от специальной правоспособности по отношению к юридическим лицам. В этом контексте правильным видится подход российского законодателя, который, как было отмечено, общую правоспособность закрепляет только за коммерческими юридическими лицами.

Что касается исключительной правоспособности, то в современный период есть все предпосылки для закрепления ее в законодательстве, как самостоятельного вида

гражданской правоспособности юридических лиц. В этом смысле хотелось бы выделить белорусского законодателя, который объем гражданских прав и обязанностей отдельных юридических лиц привязывает к предмету их деятельности. Добавим только, что, по нашему мнению, исключительность предмета деятельности следует закреплять не в учредительных документах, а в нормативном порядке.

Нет сомнений, что каждое из государств выбирает свой, наиболее оптимальный подход в конструкции правоспособности юридических лиц, но при этом всегда надо помнить, что четкость и определенность законодателя в данном вопросе позволит им (юридическим лицам) всегда находится в рамках правового поля, укрепляя тем самым стабильность гражданского оборота.

Использованные источники:

1. Александров Н. Г. Трудовое правоотношение / Н. Г. Александров.- М.: Юрид. изд-во Министерства юстиции СССР, 1948.- 336 с.

2. Гражданский кодекс Российской Федерации от 21.10.1994 г. № 51- ФЗ. [Электронный ресурс]. - Режим доступа: http: www.garant.ru.

3. Гражданский кодекс Республики Беларусь от 7 декабря 1998 г. № 218-З // Ведомости Национального Собрания Республики Беларусь.- 1999.- № 7-9.- Ст. 101.

4. Тосунян Г.А., Викулин А. Исключительная правоспособность банка / Г.А. Тосунян, А. Викулин // Хозяйство и право. – 1999. – С. 58-63.

5. Слугин А.А. Гражданская правосубъектность юридических лиц: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Андрей Андреевич Слугин. – Рязань, 2003. – 176 с.

6. Зозуляк Ольга Виключна правоздатність юридичних осіб як вид цивільної правоздатності / Ольга Зозуляк // Юридична Україна. – 2009. – № 2 (74). – С. 49-51.

7. Е. А. Салей Правоспособность коммерческих юридических лиц по законодательству Республики Беларусь / Салей Е.А. // Університетські наукові записки: Часопис Хмельницького університету управління та права, 2006. - № 3-4 (19-20). – С. 168-172.

8. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 2. - Ст. 39.

9. Кравчук В. Про правоздатність юридичних осіб: окремі питання / В.Кравчук // Право України.- 1999. - № 11. – С. 16-19.

10. Кодифікація приватного (цивільного) права України / за ред. А. Довгерта. — К.: Український центр правничих студій, 2000.- 336 с.

11. Цивільне право України: підручник: У 2 т. / Борисова В. І. (кер. авт. кол.), Баранова Л.М., Жилінкова І.В. та ін.; за ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. - К.: Юрінком Інтер, 2004. - Т. 1. – 480 с.

12. Винар Л.В. Правовий статус юридичних осіб, заснованих державою: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Любомир Вікторович Винар. – Львів, 2006.- 193 с.

13. Літвіна О.Ю. Правове положення благодійних організацій в Україні: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / О.Ю. Літвіна. - Харків, 2003. – 21 с.

14. Лещенко Д. С. Правовий статус установ в цивільному праві України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Дмитро Сергійович Лещенко. – К., 2005.- 199 с.

Зубар В.М.
Кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЩОДО ЮРИДИЧНИХ ОСІБ ПУБЛІЧНОГО ПРАВА

Не зважаючи на законодавче закріплення юридичних осіб публічного права (ст.81 ЦК України), в літературі висловлюються різні точки зору щодо необхідності поділу юридичних осіб по такому критерію.

Основні аргументи противників поняття юридичних осіб публічного права полягають у тому, що введення такої категорії потребує внесення відповідних змін у законодавство, зміну термінології, перегляд існуючих теорій юридичної особи.

Базовою проблемою, яку дійсно необхідно вирішувати у зв'язку з введенням такого види юридичних осіб є проблема участі держави у цивільних правовідносинах, а також проблема визнання держави, АРК, територіальних громад юридичними особами. Радянське цивільне право виходило з того, що держава є особливим суб'єктом цивільного права. Цю позицію висловлювали Брагинський М.І. [1; 135]., С.Н. Братусь[2; 93], Дзера О.В. [3; 443] та інші.

В сучасній українській цивілістиці група авторів, серед яких А.С.Довгерт [4; 131-133], О.А.Пушкін[5; 59-62], О.О.Первомайський [6; 69-71], вважають, що для участі публічних утворень у цивільних відносинах виникає необхідність отримання ними статусу юридичної особи публічного права.

Цікавою є позиція російських цивілістів щодо зазначеної проблеми. Як відомо ЦК РФ не відома категорія юридичних осіб публічного права. Хоча у проекті Концепції розвитку законодавства про юридичні особи [7; 131-133] визнається, що існують пропозиції (та навіть є відповідні законопроекти) про особливий статус юридичних осіб публічного права. Але автори проекту Концепції приходять до висновку про те, що такий вид юридичних осіб властивий деяким країнам Західної Європи, де це склалося історично, і немає необхідності вводити його до російського законодавства. В свою чергу, у п.1.7. проекту Концепції визнається певна користь категорії «юридичних осіб публічного права» з точки зору упорядкування регламентації участі в цивільних правовідносинах публічно-правових утворень.

Аргументи авторів, які заперечують існування юридичних осіб публічного права зводяться до наступного.

По перше, введеня такої категорії може привести до обмеження відповідальності публічно-правових утворень у цивільних правовідносинах, оскільки, зміст конструкції юридичної особи полягає у зменшені ризику для учасника цивільного обігу.

По-друге, оскільки юридична особа є цивільно-правової категоріє, то відповідно лише цивільне право, яке регулює приватно-правові відносини, може визначати види юридичних осіб.

По-третє, вважається, що навіть державні юридичні особи мають створюватися за правилами цивільного права, вони є рівноправними участниками приватно-правових відносин і немає необхідності введення спеціального поняття юридичної особи публічного права.

По-четверте, словосполучення «юридична особа» характерне тільки для приватного права.

Як пише Л.Чантурія, на пострадянському просторі противники поняття юридичної особи публічного права поки ще є у більшості. Причини невизнання такого поділу слід шукати у радянській правовій доктрині, котра в силу загальновідомих ідеологічних заборон забороняла усе приватне, у тому числі і приватне право [8; 36-37]. На його думку, юридичні особи публічного права не підривають основи цивільного права. Їх існування – це реальність і будь-яка розвинута система права має враховувати цю реальність, якщо вона не хоче залишитися у минулому. Правова наука має показати перспективи розвитку цієї області права.

З цього приводу, правильно зазначає В.Є.Чиркін [9; 342], що по суті мова йде про необхідність перегляду підходів до однієї з фундаментальних теорій правової науки – концепції юридичних осіб, а якщо так – то суттєвій зміні структури законодавства.

Розробники проекту ЦК України спочатку запропонували концепцію участі держави у цивільних правовідносинах у правовій формі загальнодержавної скарбниці або у формі створених нею юридичних осіб публічного права. При цьому загальнодержавна скарбниця є єдиним суб'єктом цивільного права на все майно скарбниці. Юридичними особами публічного права визнавалися як загальнодержавна скарбниця, так і скарбниці Автономної Республіки Крим та адміністративно-територіальних утворень [10;77-78]. Зазначена концепція фактично створювала нову систему суб'єктів цивільних відносин, в якій ключову роль відігравали юридичні особи публічного права. У зв'язку з цим виправданим і логічним виглядав поділ юридичних осіб на осіб публічного та приватного права.

Прийнятий у 2003р. ЦК України відійшов від запропонованої концепції і вже розглядає державу, АРК, територіальні громади у якості особливого суб'єкта цивільно-правових відносин. Юридичні особи публічного права розглядаються як суб'єкти, що можуть створюватися публічно-правовими утвореннями для реалізації правової форми участі цих утворень у цивільно-правових відносинах. При цьому, публічно-правові утворення залишаються також суб'єктами цивільного права. Така зміна концепції є фактично спробою примирити дві протилежні концепції. З одного боку, у нас є юридичні особи публічного права, з іншого боку ми визнаємо цивільну правосуб'єктність за публічно-правовими утвореннями.

На наш погляд, існуюча ситуація щодо суб'єктів цивільного права потребує подальшої розробки концепції участі юридичних осіб публічного права у цивільних правовідносинах. У зв'язку з цим пропонуються наступні кроки:

1. Необхідно розробити проект закону України про юридичні особи публічного права, де врегулювати питання створення, правового положення, системи цих осіб.
2. Після прийняття ЦК України пройшов достатній проміжок часу щоб можна було проаналізувати проблемні питання та практику його застосування. Здається правильним було б розробити Концепцію розвитку законодавства України про юридичні особи. Це дало би можливість проаналізувати сучасний стан діючого законодавства, визначити перспективи його подальшого розвитку щодо юридичних осіб, у тому числі юридичних осіб публічного права. Важливим було б ще раз розглянути концепцію участі держави у цивільних правовідносинах.
3. Привести діюче законодавство у відповідність з розробленою Концепцією. Можливо, це дещо би розв'язало (хоча б частково) проблему неузгодженності положень Цивільного та Господарського кодексів.
4. Подальші змін у діюче законодавство щодо юридичних осіб необхідно буде робити з урахуванням положень розробленої Концепції. Це дозволить зберегти єдність підходу щодо регулювання правового положення суб'єктів права.
5. Визнати на законодавчому рівні державу, АРК та територіальні громади юридичними особами публічного права.

Питання про концепцію та види юридичних осіб є кардинальним як для кодифікації та розвитку приватного права в Україні так і для вирішення долі подальшого економічного розвитку країни.

Література:

1. Брагинский М.И. Участие Советского государства в гражданских правоотношениях. – М.:Юрид. Лит., 1981.

2. Братусь С.Н. Субъекты гражданского права. М.:Госюриздат, 1950.

3. Суб'єкти цивільного права / За загальною редакцією академіка АПрН України Я.М.Шевченко. – Х.: Харків юридичний, 2009.

4. Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А.Довгерта. –К.: Український центр правничих студій, 2000

5. Пушкин А.А. Советское государство как субъект советского гражданского

права. – Харьков: ХЮИ, 1965.

6. Первомайський О.О. Окремі питання участі територіальної громади у цивільних правовідносинах. – Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права, 2003, №2.

7. Концепция развития законодательства о юридических лицах (проект). – Вестник гражданського права, 2009, № 2.

8. Чантурия Л.Л. Введение в общую часть гражданского права (сравнительно-правовое исследование с учетом некоторых особенностей постсоветского права). – М.:Статут, 2006.

9. Чиркин В.Е. Юридические лица публичного права / В.Е.Чиркин. –М.:Норма, 2007.

10. Цивільний кодекс України. Проект від 25 серпня 1996р. – Українське право, 1996, число 2.

Іліка Наталія Іванівна
студентка 4 курсу юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ОСОБЛИВОСТІ ПОСВІДЧЕННЯ ЗАПОВІТУ ЧЕРГОВИМ ЛІКАРЕМ

Спадкове право належить до найбільш стабільних розділів цивільного права, якщо не враховувати спроби істотного обмеження спадкування, вжиті радянською владою на початку 20-х років. Поняття спадкування та його видів, окремих видів заповідальних розпоряджень тощо, у теорії цивільного права залишається практично незмінним, ґрунтуючись в цілому на положеннях римського права.

Згідно зі статтею 1216 Цивільного кодексу України, спадкуванням є перехід прав та обов'язків (спадщини) від фізичної особи, яка померла (спадкодавця), до інших осіб (спадкоємців). Заповітом є особисте розпорядження фізичної особи на випадок своєї смерті, відповідно до статті 1233 Цивільного кодексу України.

Статтею 1248 Цивільного кодексу України закріплено положення про посвідчення заповіту нотаріусом. Оскільки за статтею 1234 Цивільного кодексу України фізичній особі надається право на заповіт, тобто на складання і посвідчення заповіту, це право має бути надійно забезпечене. Якщо законом встановлюється не тільки проста письмова форма заповіту, а й нотаріальна, то держава має забезпечити можливість громадянину реалізувати своє право. Це положення реалізується через надання повноважень щодо посвідчення заповітів не тільки нотаріусами, які не можуть виконати це доручення в усіх місцях, де знаходяться громадяни України, а й іншим посадовим і службовим особам.

Так, у статті 1252 Цивільного кодексу України та у законі України «Про нотаріат» дається перелік посадових, службових осіб, на яких законодавством також покладено посвідчення заповіту. Отже, заповіт особи, яка перебуває на лікуванні у лікарні, госпіталі, іншому стаціонарному закладі охорони здоров'я, а також особи, яка проживає в будинку для осіб похилого віку та інвалідів, може бути посвідчений головним лікарем, його заступником з медичної частини або черговим лікарем цієї лікарні, госпіталю, іншого стаціонарного закладу охорони здоров'я, а також начальником госпіталю, директором або головним лікарем будинку для осіб похилого віку та інвалідів.

Перелік осіб, які вправі посвідчувати прирівняні до нотаріальної форми заповіти, є вичерпним і законодавчо закріпленим, а тому поширенню не підлягає. При посвідченні заповітів зазначені особи мають керуватися Порядком посвідчення заповітів і доручень, прирівнюваних до нотаріально посвідчених, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 15 червня 1994 р. № 419.

Аналізуючи положення про заповіти, які прирівнюються за процедурою їх посвідчення до нотаріально посвідчених, слід відмітити, що ці випадки треба розцінювати як

виняток із правила, а не саме правило. Тобто, розглядаючи умови, в яких знаходиться заповідач на момент посвідчення заповіту, законодавець виходив із гуманного принципу – забезпечити таким особам право на викладення своєї останньої волі щодо набутого за час життя майна або прав у будь-яких умовах. Юридичні знання більшості зазначених у статті 1252 Цивільного кодексу України осіб, які мають право за певних умов посвідчити заповіт, зокрема чергового лікаря, важко назвати ґрунтовними і глибокими. Тому набрання законної сили заповітом, посвідченим такими особами, відрізняється від нотаріально посвідченого. Так, частиною 6 статті 40 закону України «Про нотаріат» передбачається, що завідуючий державним нотаріальним архівом зобов'язаний перевірити законність заповіту, який надійшов на зберігання, і в разі встановлення невідповідності його законові повідомити про це заповідача і посадову особу, яка посвідчила заповіт.

Слід мати на увазі, що заповіти, які посвідчуються вищезазначеними особами повинні посвідчуватися за участю свідків, крім того заповіти, посвідчені цими особами прирівнюються до заповітів, посвідчених нотаріусами.

Стосовно посвідчення заповітів треба дотримуватися певних правил їх подальшої реєстрації. Посадові особи, які посвідчили заповіт, по винні негайно передати один примірник заповіту до державного нотарі ального архіву або державної нотаріальної контори за постійним місцем проживання заповідача. Якщо заповідач не має постійного місця про живання в Україні або місце його проживання невідоме, заповіт надсилається до Державного нотаріального архіву Києва. Державна нотаріальна контора передає одержаний примірник заповіту на зберігання до відповідного державного нотаріального архіву з повідомленням про це заповідача і посадової особи, яка посвідчила заповіт. Заповіти посвідчені службовими особами реєструються в спеціальній книзі для реєстрації заповітів. Порядковий номер, за яким заповіт зареєстровано у цій книзі, має бути проставлено у посвідчу вальному написі на обох примірниках заповіту. Один примірник заповіту, посвідченого посадовою, службовою особою, видається заповідачу. Другий, як було зазначено вище, негайно передається до державного нотаріального архіву чи до державної нотаріальної контори за постійним місцем проживання заповідача. Заповідач може будь-коли змінити чи скасувати зроблений ним заповіт. Скажімо, заповіт, посвідчений нотаріусом, може бути скасований заповітом, що його посвідчує черговий лікар лікарні, в якій перебуває заповідач. Заповіт, посвідчений головним лікарем лікарні від імені громадянина, який знаходився там на лікуванні, може бути скасований заповітом, що його посвідчує нотаріус.

Посадові, службові особи, вказані у статті 1252 Цивільного кодексу України, зокрема черговий лікар, посвідчують заповіти з дотриманням всіх правил, що встановлені для посвідчення заповітів нотаріальними органами. Але на відміну від звичайного порядку при посвідченні заповіту ще потребується обов'язкова присутність не менш як двох свідків з повною цивільною дієздатністю. На такому заповіті крім підпису заповідача має бути підпис свідків. До тексту заповіту вносяться відомості про їх особу.

Правила цієї статті передбачені для тих випадків, коли в силу об'єктивних обставин особа позбавлена можливості нотаріально посвідчити заповіт. Вказаний перелік осіб та випадків, при яких вони вправі посвідчувати заповіти, є вичерпним.

Можна сказати, що до перваг нотаріальної форми заповіту належать гарантії закріплення справжньої волі заповідача і таємниця заповіту до смерті заповідача, усунення можливості стороннього впливу на заповідача, можливість скласти заповіт юридично грамотно та відповідно до вимог закону, але все ж таки, можливість посвідчення заповіту іншими особами, зокрема черговим лікарем, не зважаючи на юридичну не обізнаність, дає змогу громадянину реалізувати своє право на заповіт, яке він не може реалізувати в порядку нотаріального посвідчення в силу життєвих обставин,які склалися.

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України – К.: Скіф, 2008.*
2. *Постанова Кабінету Міністрів України від 15 червня 1994р. № 419// ВВРУ*
3. *Закон України «Про нотаріат» від 02 вересня 1993 зі змінами // ВВРУ*

4. *Цивільне право України: підручник: у 2-х книгах/ за ред.. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової – К.: Юрінком Інтер, 2004.*

Калаур Іван Романович
кандидат юридичних наук , доцент кафедри цивільного права і процесу Тернопільського національного економічного університету

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРЕДМЕТ ДОГОВОРУ НАЙМУ (ОРЕНДИ)

Конституційний принцип свободи підприємницької діяльності дозволяє залучати різноманітні соціально-економічні механізми формування майнової основи її здійснення. Безперечно, що з погляду економічної ефективності рентабельним є використання основних фондів виробничого призначення на праві власності, проте це не завжди зручно і можливо. Саме тому існував та існує орендний тип підприємництва, як альтернативний спосіб вирішення господарських завдань. Його основу складає юридично визначена можливість використовувати у здійсненні підприємницької діяльності на договірній основі майно іншого учасника майнового обороту на той випадок, коли потреба у майні має тимчасовий характер, або придбання власного майна з об'єктивних чи суб'єктивних причин є неможливим.

Аналіз сучасного стану розвитку підприємницьких відносин, дає можливість зробити висновок, що ринок найму (оренди) є настільки ж необхідним як і ринок товарів, робіт і послуг. Потребу у ньому диктують вимоги часу, адже найм (оренда) є одним із правових механізмів управління капіталом, а отже і засобом його накопичення.

Надаючи важливого значення змісту договору одренди майна, законодавець спеціально визначив у ст. 284 Госопдаврського кодексу України його істотні умови, тобто ті, що мають юридичне значення, впливають на формування і сутність правовідносин, які вилпивають з цього договору [, 437]. Істотними умовами договору оренди є: об'єкт оренди (склад і вартість майна з урахуванням її індексації); строк, на який укладається договір оренди; орендна плата з урахуванням її індексації; порядок використання амортизаційних відрахувань; відновлення орендного майна та умови його повернення та викупу. Проте, у главі 58 Цивільного кодексу України відсутня норма, яка б визначала істотні умови договору найму (оренди).Отже, з позиції авторів вказаного кодифікованого акту, єдиною істотною умовою цього договору є умова про предмет.

У ст. 670 Цивільного кокдексу України предметом договору найму (оренди) визначено речі та майнові права. Водночас, у вказаній статті вперше закріплено дві кваліфікуючі властивості речі, як предмета договору найму (оренди). Вони обумовлені сутністю цих договірних відносин. Перша із них – індивідуальна визначеність, що вказує на незамінність речі та на наявність властивих тільки їй ознак, які вирізняють її з поміж інших однорідних речей. З цього приводу рекомендуємо в договорі вказувати всі необхідні дані, що індивідуалізують річ, яка передається в найм (оренду). Вони можуть визначатися за різними критеріями: назвою, символом, кольором, розміром, формою моделлю, місцем знаходження, зображенням на плані місцевості, інвентаризаційних, реєстраційних, кадастрових номерів тощо. Це дозволить уникнути спорів, на предмет факту укладання договору найму (оренди) та спростить доведення того, що наймодавець передав, а наймач повернув саме ту річ, яка є об'єктом договірних відносин найму (оренди), тобто доведення факту належного виконання договірних зобов'язань.

Друга, законодавчо визначена, властивість речі, що передається за договором в найм – це її неспоживчість, тобто здатність зберігати свій первісний вигляд при неодноразовому використанні.

Законодавче обмеження предмета договору найму (оренди) лише речами та майновими правами дозволяє зробити висновок проте, що предметом цього договору не можуть бути інші нематеріальні блага (наприклад інформація) та суб'єкти права. Через те, коли йдеться про оренду підприємства, то останнє розглядається не як суб'єкт

господарювання, а як цілісний майновий комплекс, тобто господарські об'єкти із завершеним циклом виробництва, відокремленою земельною ділянкою, на якій розміщений об'єкт та автономними інженерними комунікаціями й системою енергопостачання. Водночас, сьогодні на сторінках юридичної літератури та Інтернет видань можна зустріти обговорення питань оренди спортсменів та персоналу [2, 34-40]. Слід зауважити, що використання такого терміну є, що найбільше, умовним та не має нічого спільного з цивільно-правовим регулюванням відносин найму (оренди).

Розвиток комерційного обороту ставить ще одне питання, пов'язане з предметом договору найму (оренди). Так, на практиці укладаються нетипові договори, за якими у тимчасове користування на платній основі передається не річ, а її частина (стіна, дах будівлі або частина труби). Проблема виникає у кваліфікації таких правовідносин.

Зважаючи на те, що предметом договору найму (оренди) можуть бути лише окремі речі, а стіна чи дах є лише конструктивним елементом будівлі, тому вони не можуть бути передані в най окремо від самої будівлі, а отже і не можуть бути предметом договору найму (оренди). Проте, укладання таких договорів не суперечить цивільному законодавству України. Включення в майновий оборот цих об'єктів відповідає змісту цивільно-правового регуювання, оскільки вказані конструктивні елементи нерухомої речі дозволяють здобувати вигоду шляхом передання їх в користування (наприклад, використання стіни будівлі для розміщення реклами). З цього приводу доречно процитувати слова російського цивіліста Д.І. Мейєра: «…всякого роду майно, що надає будь-яку можливість користування ним, може бути предметом договору найму, і для розуміння користування не суттєво, щоби наймач безпосередньо користувався найманим майном, задовільняв ним якусь потребу, лиш би він мав можливість здобувати для себе з майна якусь вигоду» [3, 262].

Вказані нами договори слід розглядатти як непоіменовані, а до відносини, що виникають з цих договорів можна застосвувати положення §1 глави 58 Цивільного кодексу України.

Використані джерела:

1. *Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / Кол. авт..: Г.Л. Знаменський, В.В. Хахаулін, В.С. Щербина та ін..; За аг. ред.. В.К. Мамутова. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 688 с.*
2. *Полковой А. А. История возникновения института «лизинг персонала» и его сущностные особенности по американскому праву / Журнал российского права. – 2005. – № 6.*
3. *Мейер Д.И. Русское гражданское право: В 2-х ч. По испр. и доп. 8-му изд., 1902. Ч.2. М. 1997 (Сер. Классика российской цивилистики). – 455 с.*

Карнаух Тетяна Петрівна,
аспірантка Хмельницького університету управління та права

ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ

З прийняттям у 2003 році нового Цивільного кодексу України (далі – ЦК) вперше на кодифікаційному рівні було закріплено особисті немайнові права як фізичних, так і юридичних осіб. Тим самим було підкреслено важливість для суспільства не лише кожного індивіда, але й юридичної особи, як суб'єкта права.

Разом з тим, правова природа особистих немайнових прав юридичної особи має ряд особливостей, які витікають із правової природи самої юридичної особи. Коло немайнових прав юридичних осіб визначається вказівкою закону на те, що цивільна правоздатність юридичної особи дорівнює цивільній правоздатності фізичної особи, а також на те, що певні особисті немайнові права за своєю природою належати їй не можуть (ч. 1 ст. 91 ЦК). Це означає, що юридична особа не може мати права на життя, здоров'я, свободу, створення

сім'ї, адже вони можуть належати виключно фізичній особі, як такі, що забезпечують її природне існування.

Закріплення у ЦК окремої норми стосовно особистих немайнових прав юридичних осіб висунуло перед науковцями нові завдання щодо визначення поняття, ознак та системи особистих немайнових прав юридичних осіб, їх змісту та порядку здійснення, особливостей цивільно-правового захисту тощо. Проте аналіз правової доктрини свідчить про те, що питома вага досліджень особистих немайнових прав юридичних осіб як у вітчизняній цивілістиці (Гуменюк О.І., Жидкова О.С., Сліпченко С.І., Стефанчук Р.О.), так і в країнах СНД (Басс М.А., Нікулічева Н.Ю., Нуждін Т.А, Пєшкова О.А., Синенко В.С.) залишається невеликою порівняно з особистими немайновими правами фізичних осіб.

Поясненням цьому в національному законодавстві може слугувати те, що регламентації особистих немайнових прав фізичних осіб у ЦК окремо присвячено Книгу другу, яка вміщує 46 статтей, натомість регулювання особистих немайнових прав юридичних осіб здійснюється всього лише однією статтею (ст. 94 ЦК). Зазначене, на наш погляд, вказує на неналежний стан правового регулювання особистих немайнових відносин та відсутність юридичної рівності між їх учасниками в цій частині.

У ЦК дефініція „особистих немайнових прав юридичної особи" відсутня, так само, як і закріплення притаманних їм ознак. Однак поняття особистих немайнових прав фізичної особи розкривається у статті 269 ЦК через їх ознаки. На підставі наведеного можна виокремити ознаки, які, на наш погляд, законодавець відносить як до особистих немайнових прав фізичних, так і юридичних осіб: належність усім без винятку суб'єктам їх здійснення; відсутність економічного змісту, тісний зв'язок з суб'єктом їх здійснення, не можливість відмови або позбавлення цих прав, специфічний момент виникнення та припинення цих прав.

У цивільно-правовій доктрині думки науковців відрізняються від позиції законодавця стосовно ознак особистих немайнових прав. Крім вищезазначених законодавцем, дослідники називають ряд інших ознак, притаманних особистим немайновим правам: їх абсолютний характер [6, 9], пріоритетність (соціальна значущість) [5, 7], довічність [8, 82] тощо.

Ми вважаємо, що ознаки особистих немайнових прав юридичних осіб можна поділити на основні та додаткові (факультативні). Основні ознаки характерні для всіх особистих немайнових прав, а додаткові – притаманні лише окремим з названих прав. Саме виділення ряду основних ознак особистих немайнових прав юридичних осіб дозволить сформулювати їх поняття та повніше дослідити їх правову природу.

На наше переконання, для особистих немайнових прав юридичної особи характерні такі основні ознаки: 1) особистісність, 2) немайновість, 3) специфічний об'єкт, 4) похідний характер від особистих немайнових прав фізичної особи, 5) специфічний момент виникнення та припинення цих прав.

Перші дві з основних ознак даної категорії прав юридичних осіб логічно можна виокремити з їх назви, проте до розуміння їх сутності необхідно застосовувати комплексний підхід.

Так, до складу ознаки особистісності входять такі елементи як невіддільність (невід'ємність), непередаваність (невідчужуваність), незамінність та індивідуальність особистих немайнових прав юридичної особи. На думку Стефанчука Р.О. наслідком особистісності виступає невіддільність (невід'ємність) особистих немайнових прав від особи носія. А в свою чергу, непередаваність та незамінність є наслідком невіддільності особистих немайнових прав [7, 122-123]. Тлумачення терміну особистісність означає те, „що стосується кого-небудь як особистості, індивідуальності; пов'язаний з виявом чиїх-небудь особистих, індивідуальних рис, особливостей" [2, 861]. Це, на наш погляд, дозволяє віднести до складу ознаки особистісності особистих немайнових прав ще один елемент – індивідуалізацію особи, завдяки чому можна відокремити одного суб'єкта від іншого, індивідуалізувати його, зберегти і захистити його неповторність і своєрідність.

Ознака немайновості характеризується через її складові елементи: неекономічність і нематеріальність. Неекономічність означає, що особисті немайнові права не мають економічного змісту (ч. 2 ст. 269 ЦК), не можуть бути включені у цивільний обіг та

утворюються у духовній сфері життя суспільства. Нематеріальність особистих немайнових прав полягає у безоплатності [4, 12] та відсутності речового (матеріального) втілення, майнового замінника, аналогу, ідентичного даному нематеріальному благу [3, 83].

Відповідно до ст. 201 ЦК особисті немайнові блага є специфічними об'єктами особистих немайнових прав юридичних осіб, що є їх наступною ознакою. Особисті немайнові права та їх об'єкти тісно взаємопов'язані, проте різні за суттю поняття. Особисті немайнові блага є самостійною групою об'єктів цивільних прав, яким харакетрні ознаки належності їх суб'єкту від народження (фізичним особам) чи за законом (як фізичним, так і юридичним особам), немайновості та невіддільності від суб'єкта їх здійснення. Виходячи з наведеного, особисті немайнові права – це суб'єктивні цивільні права юридичної особи, об'єктом яких виступає немайнове благо.

Ще однією ознакою є похідний характер особистих немайнових прав юридичних осіб від особистих немайнових прав фізичної особи. Наявність особистих немайнових прав у юридичних осіб пояснюється тим, що вони, по суті, є прямим або опосередкованим об'єднанням фізичних осіб. Відповідно і особисті немайнові права, якими наділяються юридичні особи є не первинними, а похідними, і в переважній більшості мають свої аналоги серед особистих немайнових прав фізичної особи. Наприклад, праву юридичної особи на недоторканність ділової репутації (ст. 94 ЦК) відповідає право фізичної особи на ділову репутацію (ст. 299 ЦК), праву на найменування юридичної особи (ст. 90 ЦК) відповідає право на ім'я фізичної особи (ст. 294 ЦК) тощо.

І останньо ознакою є специфіка моменту виникнення та припинення особистих немайнових прав у юридичної особи, яка пов'язана напряму з її правоздатністю, що виникає з моменту створення юридичної особи і припиняється з дня внесення до єдиного державного реєстру запису про її припинення (ч. 4 ст. 91 ЦК). На відміну від фізичної особи, у якої особисті немайнові права можуть виникати або на підставі факту народження або в силу закону, юридична особа, за загальним правилом, наділяється відповідними правами в силу закону, адже вона створена і діє виключно на підставі останнього (стаття 80 ЦК). При цьому, окремі особисті немайнові права юридичної особи можуть їй належати з моменту, що прямо передбачений у законі (наприклад, право на комерційну таємницю виникає з моменту створення (придбання) об'єкта, на який поширюється правовий режим комерційної таємниці) [9, 80].

Отже, під особистими немайновими правами юридичної особи ми розуміємо суб'єктивні цивільні права, які невіддільні від неї, позбавлені економічного змісту та матеріального втілення, об'єктом яких є особисті немайнові блага, що мають специфічний момент виникнення та припинення і походять від особистих немайнових прав фізичних осіб.

Використані джерела:

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №№ 40-44. – Ст. 356.

2. Великий тлумачний словник української мови. (з дод., допов. та CD) / Уклад і голов. ред. В.Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ „Перун", 2007. – 1440 с.

3. Ермолова О.Н., Трофименко А.В. Проблемы теории нематериальных благ: Научная монография. – М.: „Канон+" РООИ „Реабилитация", 2008. – 288 с.

4. Малеина М.Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. – 2-е изд., испр. и доп. – М.: МЗ Пресс, 2001. – 244 с.

5. Малюга Л.В. Особисті немайнові права фізичних осіб в цивільному праві: теоретичні основи та проблеми їх правового забезпечення: Автореф. дис… канд.. юрид. наук: 12.00.03 / Л.В. Малюга. – К., 2004. – 22 с.

6. Ромовская З.В. Личные неимущественные права граждан СССР (понятие, виды, классификация, содержание и гражданскоправовая защита): Автореф. дис… канд. юрид. наук: 712 / З.В. Ромовская. – К., 1968. – 20 с.

7. Стефанчук Р.О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту): Монографія / Відп. ред.

Я.М. Шевченко. – Хмельницький: Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2007. – 626 с.

8. Федюк Л.В. Система особистих немайнових прав у цивільному праві: Монографія. – Івано-Франківськ, 2007. – 148 с.

9. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). – Т. 3: Юридична особа / За заг. ред. І.В. Спасибо-Фатєєвої. – Х.: Страйд, 2009. – 736 с.

Карпов Роман Валерійович,
асистент кафедри цивільного процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»

ПЕРЕХІД ПРАВ ЗА ІПОТЕЧНИМ ДОГОВОРОМ І ЗАСТАВНОЮ

Бурхливий розвиток кредитування під заставу нерухомості та спрощений доступ до вільних банківських ресурсів виявив для населення України як позитивні так і негативні сторони придбання матеріальних благ у кредит. Суспільний практичний інтерес до іпотечного кредитування обумовлює актуальність дослідження та розробки теоретичних рекомендацій учасникам цивільно-правових відносин у сфері нерухомості, що можуть бути застосовані на практиці.

Закон України «Про іпотеку» від 05.06.2003р. №898-IV (далі – Закон) визначає, що іпотека - це вид забезпечення виконання зобов'язання нерухомим майном, що залишається у володінні і користуванні іпотекодавця, згідно з яким іпотекодержатель має право в разі невиконання боржником забезпеченого іпотекою зобов'язання одержати задоволення своїх вимог за рахунок предмета іпотеки переважно перед іншими кредиторами цього боржника.

Відповідно до ст. 18 Закону іпотечний договір укладається між одним або декількома іпотекодавцями та іпотекодержателем у письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню. Однією з істотних умов іпотечного договору є посилання на видачу заставної або її відсутність. Таким чином, сторони повинні перед укладанням іпотечного договору визначитися про можливість видачі заставної або про відсутність такої можливості. У разі відсутності в іпотечному договорі даної істотної умови він може бути визнаний недійсним на підставі рішення суду.

Відповідно до ст.20 Закону заставна - це борговий цінний папір, який засвідчує безумовне право його власника на отримання від боржника виконання за основним зобов'язанням, за умови, що воно підлягає виконанню в грошовій формі, а в разі невиконання основного зобов'язання - право звернути стягнення на предмет іпотеки. Заставна оформляється, якщо її видача передбачена іпотечним договором.

Якщо заставна була видана, зміни і доповнення до іпотечного договору і договору, яким обумовлене основне зобов'язання, можуть вноситися лише після анулювання даної заставної і видачі нової заставної. Для цього необхідна згода між іпотекодавцем, боржником, якщо він є відмінним від іпотекодавця, та власником заставної.

Факт видачі заставної кардинально впливає на порядок переходу прав за іпотечним договором, що є вкрай важливим для випуску іпотечних цінних паперів – облігацій та сертифікатів, забезпеченням яких слугують іпотечні активи – сукупність прав вимоги за іпотечними договорами.

Порядок відступлення прав за іпотечним договором, наведений у ст. 24 Закону не передбачає необхідності отримання згоди іпотекодавця, якщо інше не встановлено іпотечним договором, і за умови, що одночасно здійснюється відступлення права вимоги за основним зобов'язанням. Таким чином, відступлення прав за іпотечним договором як правило свідчить про відступлення права вимоги і за основним зобов'язанням. Крім того, Законом передбачено, що у п'ятиденний строк іпотекодержатель зобов'язаний письмово повідомити

боржника про відступлення прав за іпотечним договором і права вимоги за основним зобов'язанням.

Відзначимо, що відступлення прав за іпотечним договором підлягає нотаріальному посвідченню, а відомості про нього підлягають державній реєстрації.

У разі видачі заставної відступлення прав за іпотечним договором та основним зобов'язанням не допускається, і перехід прав іпотекодержателя за іпотечним договором та основним зобов'язанням до іншої особи здійснюється тільки шляхом передачі заставної.

В залежності від того, видана була заставна чи ні, порядок переходу права власності на предмет іпотеки до третьої особи буде різний.

У разі переходу права власності на предмет іпотеки від іпотекодавця до іншої особи, у тому числі в порядку спадкування чи правонаступництва, іпотека є дійсною для набувача відповідного нерухомого майна, навіть у тому випадку, якщо до його відома не доведена інформація про обтяження майна іпотекою.

Особа, до якої перейшло право власності на предмет іпотеки, набуває статус іпотекодавця, має всі його права і несе всі його обов'язки за іпотечним договором у тому обсязі і на тих умовах, що існували до набуття ним права власності на предмет іпотеки.

Якщо була видана заставна, перехід права власності на предмет іпотеки не допускається до повного задоволення вимоги за заставною, крім переходу права власності на предмет іпотеки в порядку спадкування чи правонаступництва.

Порядок переходу прав за заставною відрізняється від порядку відступлення прав за іпотечним договором.

Закон визначив, що заставна передається її власником будь-якій особі шляхом вчинення індосаменту. Наступний власник заставної набуває всі права іпотекодержателя (нового кредитора) за договором, яким обумовлене основне зобов'язання, та за іпотечним договором, на підставі якого була видана заставна, а права попереднього власника заставної як первісного кредитора припиняються.

Передача заставної не потребує згоди іпотекодавця або боржника, якщо він є відмінним від іпотекодавця. Факт передачі заставної не вимагає державної реєстрації, проте на розсуд індосата він може бути зареєстрований у встановленому законом порядку.

За фактом передачі заставної індосант засвідчує індосату, що на момент передачі заставної боржник продовжує належним чином виконувати основне зобов'язання і він здійснив відповідно до умов заставної всі платежі, належні до сплати до дати передачі заставної, якщо індосат не був письмово повідомлений індосантом про інше. Індосант несе відповідальність перед індосатом за будь-які збитки, завдані внаслідок невиконання цієї умови.

На підставі викладеного матеріалу можна зробити наступні висновки.

Видача заставної змінює спосіб посвідчення іпотекодержателем своїх прав, що тепер відбувається шляхом пред’явлення заставної. Змінюються також умови відчуження предмета іпотеки, що відбувається тільки після повного задоволення вимог власника заставної. Також установлюється новий порядок внесення змін в іпотечний договір, і такі зміни можливі виключно після анулювання старої та видачі нової заставної. Крім того, після видачі заставної грошові зобов’язання боржника за основним договором припиняються та виникають на підставі заставної. Після видачі заставної виконання основного зобов'язання та звернення стягнення на предмет іпотеки може бути здійснено лише на підставі вимоги власника заставної.

У разі відсутності заставної перехід прав за іпотечним договором підлягає обов’язковому нотаріальному посвідченню. Перехід прав за заставною не потребує обов’язкового нотаріального посвідчення, що сприяє ліквідності даного цінного паперу.

Кирилюк Алла Володимирівна
асистент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія»

ОРГАНІЗАЦІЇ КОЛЕКТИВНОГО УПРАВЛІННЯ ЯК СУБ'ЄКТИ ПОСЕРЕДНИЦЬКИХ ВІДНОСИН В СФЕРІ АВТОРСЬКОГО ПРАВА ТА СУМІЖНИХ ПРАВ

Особливим учасником посередницьких відносин щодо надання дозволу на використання творів виступають організації, що здійснюють колективне управління авторськими і суміжними правами. Організації, що здійснюють колективне управління авторськими і суміжними правами діють в межах отриманих від авторів повноважень на основі статутів.

Діяльність організацій колективного управління майновими правами авторів, інших осіб, що мають авторське право, суб'єктів суміжних прав, безперечно, позитивна[1, с. 227-237]. Самі суб'єкти авторських і суміжних прав не завжди можуть раціонально використати свої майнові права чи розпорядитися ними в силу різних факторів.

Порядок здійснення колективного управління правами суб'єктів авторського права та суміжних прав регламентується Законом України «Про авторське право і суміжні права» від 11 липня 2001 року[2]. Законодавець спробував врахувати все найкраще, що було напрацьовано у світі у цій галузі та беручи до уваги досвід який був набутий в Україні.

Слід звернути увагу, що ЦК України оминає своєю увагою питання здійснення колективного управління правами авторів.

Останнім часом в Україні активно формується система організацій колективного управління майновими правами суб'єктів авторського права і суміжних прав. Звісно, законодавство надає альтернативні можливості для управління суб'єктами авторського права і суміжних прав своїми майновими правами: особисто, через свого повіреного, через організацію колективного управління. Саме спосіб управління майновими правами за допомогою організацій колективного управління є найбільш дієвим та розповсюдженим у всьому світі.

На протязі 90-х років XX століття до ліквідації у 1999 році, фактично єдиною організацією, яка здійснювала управління майновими правами суб'єктів авторського права в Україні здійснювало Державне агентство з авторських та суміжних прав при Кабінеті Міністрів України. Відповідно до наказу Міністерства освіти і науки України на базі Державного агентства з авторських та суміжних прав при Кабінеті Міністрів України було, створено Державне підприємство «Українське агентство з авторських та суміжних прав» (далі – ДП УААСП)[3], яке стало правонаступником Державного агентства з авторських та суміжних прав при Кабінеті Міністрів України в частині здійснення колективного управління майновими правами авторів та суб'єктів суміжних прав. ДП УААСП належить до сфери управління Міністерства освіти України та підпорядковано Державному департаменту інтелектуальної власності (далі – ДДІВ). ДП УААСП є постійним членом CISAC з грудня 2005 року.

У 2002 році, після підписання наказу Міністерства освіти і науки України «Про затвердження Порядку обліку організацій колективного управління», ситуація різко змінилась. Сьогодні на облік у ДДІВ взято 11 організацій колективного управління. Після тривалого часу так би мовити монопольного панування у цієї сфері ДП УААСП, у правовласників з'явилась реальна можливість вільного вибору тієї організації колективного управління, яка викликає їх довіру, можливість дійсно вільно вибирати контрагента в договорі. Звісно, наявність конкуренції мала б призвести до зростання якості послуг. Проте окремі положення чинного законодавства викликають певні труднощі при вирішенні питання про можливість якісного виконання деякими організаціями колективного управління покладених на них законодавством функцій саме з огляду на склад засновників.

Облік організацій колективного управління здійснюється відповідно до наказу Міністерства освіти і науки України «Про затвердження Порядку обліку організацій колективного управління та здійснення нагляду за їх діяльністю».

Відповідно до Закону України «Про авторське право і суміжні права» допускається утворення окремих організацій, які управляють певними категоріями майнових прав певних категорій суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав, або організацій, які управляють різними майновими правами в інтересах різних категорій суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав.

Діяльність організації управління майновими правами на колективній основі здійснюється в інтересах усіх правоволодільців (категорій правоволодільців), які представляються такою організацією.

Звернемо увагу на певні проблемні питання. Наприклад вирішення питання про збір винагороди. Проблематично вирішення питань про те, чи не виникає внутрішньої суперечності між ст. 15 та 43 Закону України «Про авторське право і суміжні права», якщо в першій із зазначених всім організаціям колективного управління надаються повноваження по укладенню авторських договорів з користувачами твору, а гроші, відповідно до ст. 43, все одно йдуть від користувачів твору до чотирьох уповноважених організацій колективного управління, а не до всіх? Утім, законодавець невпевнено постарався захистити автора від зловживань, вказавши у Законі України «Про авторське право і суміжні права», що організація колективного управління не має на меті отримання прибутку.

Однак це не нівелює іншої проблеми — контролю. Контролю над діяльністю уповноважених та інших організацій колективного управління немає ані з боку ДДІВ, ані з боку будь-яких інших органів. ДДІВ лише здійснює нагляд над організаціями колективного управління.

ЦК України надає можливість укладення договорів від імені будь-яких авторів тільки офіційно акредитованим організаціям з колективного управління авторськими правами (передбачається, що в кожній зі сфер діяльності діятиме лише одна така акредитована організація). Решта всіх організацій по управлінню правами на колективній основі може представляти лише тих авторів, з якими вони уклали відповідні договори. Вважаємо таке рішення оптимальним оскільки, з одного боку, відмова від можливості організацій укладати договори від імені будь-яких авторів повністю, викликає труднощі при масовому використанні творів, з іншого боку, процедура акредитації дозволить контролювати діяльність таких організацій.

Використані джерела:

1. Бувері П. М. Колективне управління: сучасний етап і перспективи. Авторське право і суміжні права. Європейський досвід. Книга 2. : Виступи, статті європейських спеціалістів / Уклад. В. С. Дроб'язко .— К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2001. — 460 с.

2. Закон України "Про авторське право і суміжні права" Відомості Верховної Ради (ВВР), 1994, N 13, ст.64 В редакції Закону N 2627-III (2627-14) від 11.07.2001, ВВР, 2001, N 43, ст.214.

3. Про створення Державного агентства України з авторських і суміжних прав: Постанова Кабінету Міністрів України від 25.03.1992 р. № 154 // (Постанова втратила чинність на підставі Постанови КМ України № 1208 від 08.07.99 р.)

Клюєва Євгенія Миколаївна
здобувач кафедри цивільного і трудового права
Київського університету права

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ СТОРІН ЗА ДОГОВОРОМ ДАРУВАННЯ

Досить істотну особливість у порівнянні з оплатними угодами представляє регламентація питання про відповідальність сторін у договорі дарування. І тут необхідно зупинитися на аналізі відповідальності дарувальника за невиконання або неналежне виконання прийнятого на себе за договором зобов'язання передати річ, право або звільнити від обов'язку. Безоплатність дарування в цьому випадку визначає й пояснює багато нюансів цього інституту. Безоплатний характер дарування виключає застосування до дарувальника тих спеціальних правил про відповідальність, які встановлені для окремих видів оплатних договорів (наприклад, договір купівлі-продажу) при наявності певних недоліків. Подібне пом'якшення відповідальності дарувальника пояснюється цілком природним і справедливим міркуванням, що до особи, яка передає щось безоплатно, звичайно із щедрості й великодушності, не можна застосовувати таку ж суворість до особи, яка виконує певний обов’язок із вигоди або за винагороду. Тому відповідальність за невиконання або неналежне виконання зобов'язання за договором дарування на думку багатьох відомих цивілістів будується на загальних підставах, урегульованих главою 51 ЦК України (Відповідальність за порушення зобов'язань). Однак, незважаючи на застосування до дарувальника загальних положень про відповідальність боржника й з огляду на безвідплатність договору, закон все-таки передбачив ряд виключень із загальних правил, що обмежують відповідальність сторін договору. Наприклад, відмова обдаровуваного прийняти дарунок, але це можливо лише у випадку коли це договір дарування з обов’язком передати дарунок у майбутньому. Згідно п. 2 ст. 724 ЦК України до прийняття дарунка обдаровуваний вправі в будь-який момент від нього відмовитися. Така правова норма відносить це правило тільки до консенсуальних договорів дарування, а такі договори згідно п. 3 ст.719 ЦК України передбачають обов'язкову письмову форму. Розглядаючи питання відповідальності в договорі дарування законодавець визнав за необхідне спеціальним чином урегулювати відповідальність дарувальника за шкоду, заподіяну життю, здоров'ю або майну громадянина, якій обдаровується, внаслідок недоліків подарованої речі. Використання тут терміну «шкода» означає, що відшкодування має здійснюватись відповідно до норм, що сформульовані у глав 82 ЦК України «відшкодування шкоди». [1,148] Згідно статті 721 ЦКУ така шкода підлягає відшкодуванню дарувальником. Оскільки договір дарування є безоплатним, до дарувальника не можуть пред'являтися вимоги щодо якості речі. Річ, яка є предметом договору, може бути неякісною, однак вона не повинна становити небезпеку для обдаровуваної особи, інших осіб, навколишнього середовища та ін. Однак, виходячи із засад добросовісності участі в цивільних правовідносинах, дарувальник зобов'язаний повідомити про недоліки речі чи особливі властивості, які мають потенційну загрозу. Ця загроза може стосуватися життя та здоров'я обдаровуваного чи інших осіб, а також їхнього майна. Цей обов'язок дарувальника виникає лише у тому разі, коли він знав про ці недоліки чи особливі властивості речі, яка є предметом договору. Але при цьому як підстава відповідальності, повинно бути доведено, що, по-перше, недоліки речі були приховані; по-друге, недоліки виникли до передачі речі обдаровуваному; по-третє, дарувальник не попередив обдаровуваного про недоліки. У випадку невиконання дарувальником вищезазначеного обов'язку, він повинен відшкодувати шкоду, завдану обдаровуваному або ж іншим особам при володінні чи користуванні його дарунком (звісно, якщо вони відомі обдаровуваному), залежно від виду заподіяння шкоди за правилами ст. 1166 (відповідальність за завдану майнову шкоду); ст. 1195 (відшкодування шкоди, завданої каліцтвом чи іншим ушкодженням здоров'я) чи ст. 1200 ЦК (відшкодування шкоди, завданої смертю потерпілого). Але при цьому слід зважати на те, що дарувальник відповідає за заподіяну шкоду лише у разі, коли її було завдано саме через недоліки чи особливі властивості речі, а не внаслідок необережного поводження обдаровуваного чи інших осіб з якісним дарунком (наприклад, з мисливською рушницею). Шкода, завдана

внаслідок недоліків подарованої речі, може бути зумовлена винною поведінкою виготовлювача, про яку не знав і не повинен був знати дарувальник. У такому разі обов'язок щодо відшкодування шкоди покладається на виготовлювача у порядку, встановленому законодавством про захист прав споживачів та ін. У разі заподіяння такої шкоди мають застосовуватись положення ст. 16 Закону України «Про захист прав споживачів» та статей 1209—1211 ЦК України. Зокрема, за ст. 1209 ЦК продавець, виготовлювач товару, виконавець робіт (послуг) зобов'язаний відшкодувати шкоду, завдану фізичній або юридичній особі внаслідок конструктивних, технологічних, рецептурних та інших недоліків товарів, робіт (послуг), а також недостовірної або недостатньої інформації про них, незалежно від їхньої вини, а також від того, чи перебував потерпілий з ними у договірних відносинах. За цих обставин потерпілий, а такому випадку обдаровуваний може звертатися з відповідним позовом, наприклад до продавця, у якого дарувальник придбав товар (дарунок), або до виготовлювача товару. Оскільки в статті 721 ЦК України не уточнені форма й ступінь провини дарувальника, отже, шкода відшкодовується внаслідок як наміру, так і необережності дарувальника. Із цього виходить, що дарувальник не відповідає за шкоду, заподіяну громадянинові внаслідок явних недоліків речі. Говорячи про явні недоліки подарованої речі (наприклад, подарована річ перебуває в неробочому або розібраному стані, або є недоброякісною) можна погодитися з точкою зору деяких вчених цивілістів про те, що явні недоліки речі очевидні в момент прийняття дарунка, і тому дарувальник не несе відповідальності, якщо вони стали причиною шкоди. Обдаровуваний тут сам приймає рішення: прийняти дарунок, тим самим погодившись самостійно самотужки усунути явний недолік, чим виключити відповідальність дарувальника, або від нього відмовитися.

Використані джерела:

1. *Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: [в 4 т]/ А.Г.Яремо, В.Я.Карабань, В.В.Кривенко, В.Г. Ротань. – т.3. – К.: АСК; Севастополь. Інститут юридичних досліджень, 2005*
2. *Цивільний кодекс України. Науково практичний коментар. У 2-х ч./За заг. ред. Я.М.Шевченко. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2004.- 2 Ч.*
3. *Цивільний кодекс України. Коментар. Видання друге./ За заг.ред Є.О. Харитонова, О.М. Калітенко. – Х.: ТОВ «Одісей», 2004.*

Коваль Володимир Миколайович
голова Севастопольського апеляційного господарського суду
кандидат юридичних наук

ВСТАНОВЛЕННЯ ОСОБЛИВОСТЕЙ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ МАЙНОВИХ ВІДНОСИН У СФЕРІ ГОСПОДАРЮВАННЯ

Гострі дискусії з приводу способів вирішення законодавчих колізій, що виникають при регулюванні майнових відносин у сфері господарювання, переважно обумовлені не змістом відповідних нормативних положень, а відсутністю методологічного інструментарію для вирішення таких колізій. Так, закони визнаються актами цивільного законодавства, якщо вони прийняті відповідно до Цивільного кодексу (ч. 2 ст. 4 ЦК), але ж законом дозволено встановлювати особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання (ч. 2 ст. 9 ЦК). У цих особливостях не було б будь-якого сенсу, якби вони не застосовувались переважно перед нормами, що встановлені Цивільним кодексом. Отже, спосіб вирішення колізії між ч. 2 ст. 5 і ч. 2 ст. 9 ЦК не повинен викликати будь-яких сумнівів.

Колізії між положеннями Господарського кодексу, що визначають співвідношення цивільно-правового і господарського-правового регулювання майнових відносин у сфері господарювання, є більш складними, але ж і вони задовільно вирішуються. Хоч загальне правило ч. 1 ст. 4 ГК і виключає регулювання майнових відносин Цивільним кодексом, але ж

спеціальні правила, зокрема ч. 1 ст. 175 ГК, підлягають переважному застосуванню перед ч. 1 ст. 4 ГК. Та і ч. 2 ст. 4 ГК, передбачаючи можливість визначенням цим Кодексом особливостей регулювання майнових відносин у сфері господарювання, має на увазі, що є такий законодавчий акт, який встановлює загальні правила. Логічно зробити висновок про те, що такі загальні правила встановлює Цивільний кодекс.

Отже, критерій вирішення колізій між положеннями Цивільного кодексу, з одного боку, і положеннями Господарського кодексу та інших законів, що регулюють майнові відносини у сфері господарювання, – з іншого, є. Це – наявність особливостей правового регулювання майнових відносин у сфері господарювання, визначених Господарським кодексом (ч. 2 ст. 4 ГК) чи передбачених законом (ч. 2 ст. 9 ЦК). Тож у кожному конкретному випадку виникнення законодавчих колізій в регулюванні майнових відносин у сфері господарювання, треба вирішувати питання про те, чи визначені Господарським кодексом особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання, або чи передбачені законом такі особливості. Але таке питання ніколи не ставилось ні в науці, ні в практиці правозастосування.

Слід, однак, визнати, що наукове дослідження проблеми встановлення (передбачення, визначення, закріплення) правових приписів в актах законодавства в Україні здійснене [1]. Зокрема, автори згаданого дослідження правильно звернули увагу на те, що правові приписи встановлюються в актах законодавства прямо і непрямо. В останньому випадку говорять, що правові приписи із актів законодавства випливають. Правові приписи із актів законодавства випливають прямо і непрямо. Правові приписи, які непрямо випливають із актів законодавства, виявляються при тлумаченні за допомогою висновків ступеню, від попереднього правового явища до наступного і навпаки, від протилежного. За відсутності в Господарському кодексі правових приписів, які встановлюють особливості правового регулювання майнових відносин у сфері господарювання, ці відносини регулюються Цивільним кодексом. Ці методологічні положення дають змогу на науковій основі вирішити будь-яку колізію між Цивільним кодексом та законами, що встановлюють особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання.

Використані джерела:

1. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України : В 4-х т. / [відп. ред. В. Г. Ротань] – К. : Юрид. кн., 2008. –

2. Т. IV: Методологія тлумачення нормативно-правових актів – 848 с.

Козак Артур Сергійович

студент Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОБІГУ ЦІННИХ ПАПЕРІВ В УКРАЇНІ: ПРОБЛЕМИ НОРМАТИВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Виникнення фондового ринку в Україні було визначено глибокою економічною реформою спрямованою на формування інструментів ринкової економіки, виникненням приватної власності, закріпленням демократичного політичного режиму. Із розвитком ринкових економічних відносин важливого значення набули питання пошуку шляхів розвитку фондового ринку в Україні. Але, на жаль, вітчизняний законодавець досі не приділяє значної уваги питанню правового регулювання ринку обігу цінних паперів.

На сьогоднішній день, рівень правового регулювання діяльності фондового ринку залишає бажати кращого. Головним чином регулювання діяльності фондового ринку здійснюється низкою не спеціалізованих актів. Зокрема нормативну площину діяльності фондового ринку формують: Господарський Кодекс України, Цивільний Кодекс України, Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок», Закон України «Про Національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні», Закон

України «Про державне регулювання фондового ринку цінних паперів» та величезним масивом підзаконних нормативно-правових актів, які регулюють цю сферу.

Незважаючи на таку кількість нормативних актів, жоден з них не дає вичерпного роз'яснення функцій, повноважень, діяльності та відповідальності ринку цінних паперів. За наявності такого масиву підзаконних нормативно-правових актів (приблизно 4 – 5 тисяч) і лише 2 – 3 законів, ми на жаль маємо можливість визначити рівень правового регламентування як винятково низький.

Початок діяльності фондового ринку спричинила появу багатьох нових термінів, які використовуються в його діяльності. У п.1 Положення про членство на Українській фондовій біржі визначаються терміни, якими воно оперує: «Брокерське місце», «Брокерська контора», однак немає понять «Брокера», «Дилера» та визначення особливостей їх діяльності. Ці поняття («Брокер», «Дилер») не є для нас новими і ми вже давно звикли що, навіть одноразове укладення угоди з цінними паперами в якості комісіонера чи повіреного визнається брокерською діяльністю і тому потребує негайного ліцензування.

В кінцевому рахунку є недосконалою і сама процедура правового регулювання проведення торгів, коли торги провадяться окремо за кожною позицією біржового бюлетеня., а покупці мають право брати участь виключно у торгах лише за тими позиціями біржового бюлетеня, за якими вони подали замовлення на придбання певної кількості акцій даної позиції та сплатили гарантійний внесок.

Проте, найбільшу кількість запитань викликає процедура укладення та оформлення біржових договорів про купівлю акцій. Згідно з Положенням про членство на Українській фондовій біржі покупець, який став переможцем, у день торгів укладає на Біржі біржовий контракт на купівлю-продаж цінних паперів. Контракти укладаються в 3-х примірниках (у разі проведення торгів на філії Біржі - в 4-х), які після підписання їх Продавцем, Покупцем та реєстрації реєстраційною палатою Біржі передаються Продавцю, Покупцю та Біржі.

При цьому Контракти, не оформлені належним чином у день торгів, вважаються недійсними. Проблемними питаннями є наступні: з якого моменту вважаються укладеними ці договори – з моменту укладення договору «з голосу» або з моменту оформлення біржових договорів? Виходячи з тексту Положення порушення вимог щодо оформлення договорів може потягнути взаємовиключаючі наслідки – розірвання або визнання недійсним як таких окремих правочинів, так і торгів в цілому. У останньому випадку викликає стурбованість доля інших договорів, оформлених та оплачених належним чином, якщо пакет акцій був куплений різними покупцями.

Знову ж таки, регламентації цих питань в спеціальному регуляторному акті не має, що спричиняє негативні наслідки, зокрема, набувають поширення різного роду махінації.

В силу обставин, викладених вище, ми і можемо говорити про один з проявів неналежного нормативно-правововового врегулювання діяльності фондового ринку в Україні – термінологічних проблем в законодавстві України у сфері обігу цінних паперів, у підзаконних нормативно-правових актах, що регулюють дану сферу суспільного життя.

Я вважаю, що для вирішення більшості проблем та колізій та уникнення можливих негативних наслідків є необхідним спеціального регуляторного акта, який в першу чергу буде містити загальні частину в якій буде викладена вичерпна характеристика всіх понять та елементів які є необхідними для діяльності фондового ринку, зокрема чітка детальна характеристика прав, обов'язків, та повноважень суб'єктів діяльності фондового ринку, а також особлива частина яка буде місти необхідні норми та санкції за їх порушення.

Прийняття регуляторного акта неодмінно буде сприяти: захисту прав учасників фондового ринку, інтеграції в європейський та світовий фондові ринки, що неодмінно призведе до покращення інвестиційної діяльності шляхом підвищення довіри іноземних потенційних інвесторів до інструментів на фондовому ринку України, дотриманню учасниками ринку цінних паперів вимог актів законодавства, контролю за прозорістю та відкритістю ринку цінних паперів, посилення контролю за діяльністю українських емітентів цінних паперів в частині належного оформлення угод за межами України, запобіганню правопорушень на фондовому ринку.

Результатами створення регулятивного акту будуть: збільшення надходжень до державних та місцевих бюджетів за рахунок внесення плати за видачу дозволу на розміщення цінних паперів емітентів за межами України, розмір коштів і час, що витрачатимуться учасниками фондового ринку, пов'язаними з виконанням вимог акта фактично не змінюватиметься, рівень поінформованості професійних учасників ринку цінних паперів з основних положень акта – високий. З цією метою здійснюється підготовка листів роз'яснень.

Відповідно до вищевикладеного можна зробити висновок, що діяльність ринку цінних паперів потребує значного доопрацювання з боку законодавця. Низький рівень правового регулювання призводить до низки помилок та порушень у процедурах купівлі-продажу, емісії та їх обігу в цілому. Невелика кількість фахівців у цій вузькій сфері спричинена відсутністю спеціально регуляторного акта, що призводить до великої кількості парадоксів та поширенню шахрайницьких схем.

Козачук Микита Олександрович,
здобувач юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

КЛАСИФІКАЦІЯ ОБМЕЖЕНЬ СВОБОДИ ПІДПРИЄМНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Актуальність дослідження свободи підприємницької діяльності зумовлена її значенням для науково-технічного прогресу та економічного розвитку світової спільноти. Вирішення проблем свободи підприємницької діяльності сьогодні особливо важливе для України через повне ігнорування свободи підприємництва за командно-адміністративної системи радянської доби та гіперболізацію значення свободи у підприємницькій діяльності за перших років незалежності нашої держави.

Забезпечення реалізації прав і свобод людини, зокрема свободи підприємницької діяльності, є одним з головних завдань права. Відтак за допомогою права встановлюються обмеження свободи підприємницької діяльності, які є необхідними для реалізації даного принципу для всіх суб'єктів підприємництва та комфортної життєдіяльності суспільства. Як зазначає С. П. Погребняк, «в сучасному суспільстві право одночасно є основним засобом забезпечення (гарантування) свободи та її обмеження» [1,126].

Свого часу І.О. Ільїн писав, що обмежуючи свободу кожного відомими межами, право забезпечує йому за це безперешкодне і спокійне користування своїми правами, тобто гарантує йому свободу всередині цих меж. Свобода кожної людини простягається лише до того кордону, від якого починається свобода інших людей. Прагнучи встановити ці кордони, право сприяє тому, щоб у спільному житті людей панував порядок, заснований на свободі [2,82].

Таким чином, для розуміння свободи підприємницької діяльності важливим є дослідження обмежень зазначеної свободи. Природу обмежень суб'єктивних прав досліджували такі вчені як В.П. Грибанов [3],О.В. Малько [4], П.М. Рабінович та М.І. Хавронюк [5] та багато інших, в той час як питання обмежень свободи підприємницької діяльності залишається малодослідженим.

Обмеження свободи підприємницької діяльності розрізняються за своєю правовою природою, а їх чисельність вимагає впорядкування. Тому для кращого розуміння обмежень свободи підприємницької діяльності, необхідно здійснити їх класифікацію. Потреба у такій класифікації, зумовлена також її відсутністю у науці господарського права.

Обмеження свободи підприємницької діяльності можуть бути правовими та позаправовими. Позаправовими є обмеження, що зумовлені дією економічних законів, психологічних та інтелектуальних особливостей тощо. Головну увагу у цій роботі буде приділено правовим обмеженням.

Залежно від відповідності праву обмеження свободи підприємницької діяльності можуть бути правомірними та протиправними. Правомірні обмеження встановлюються у повній відповідності до Конституції та закону, для досягнення суспільно необхідної мети, з дотриманням принципу пропорційності. Протиправні ж обмеження не відповідають вказаним ознакам.

Слід зазначити, що протиправне обмеження може міститися навіть в законі, але при цьому не відповідати Конституції або принципам права. Варто погодитися з Є.О. Мічуріним в тому, що необхідність поділу обмежень на правомірні і протиправні випливає з принципу верховенства права, встановленого Конституцією України. Адже закріплення обмежень у законі є недостатнім для того, щоб вони вважалися правомірними [6,71].

Залежно від впливу волевиявлення суб'єкта на запровадження обмежень можна класифікувати обмеження свободи підприємницької діяльності на зовнішні, тобто такі, наявність яких не залежить від волевиявлення відповідного суб'єкта, та самообмеження свободи підприємницької діяльності, коли відповідний суб'єкт добровільно на основі власного волевиявлення приймає на себе певні додаткові обов'язки, що обмежують свободу його підприємницької діяльності.

Залежно від способу встановлення обмежень свободи підприємницької діяльності, вони можуть встановлюватись за допомогою заборон або позитивних зобов'язувань.

Залежно від ступеня визначеності обмеження свободи підприємницької діяльності можуть бути абсолютно-визначені (зазвичай вони конкретно сформульовані у положенні нормативно-правового акту або правочину) та відносно-визначені (носять більш абстрактний характер та визначаються принципами права або правовим звичаєм).

Залежно від кола суб'єктів, на яких розповсюджуються обмеження свободи підприємницької діяльності, вони можуть бути загальними (розповсюджуються на всіх осіб), спеціальними (розповсюджуються лише на певні категорії осіб) та індивідуальними (стосуються конкретної особи).

Залежно від виду діяльності суб'єкта, обмеження свободи підприємницької діяльності можуть бути загальними (розповсюджуються на всі види діяльності) та спеціальними (розповсюджуються лише на деякі види діяльності).

Залежно від строку встановлення, обмеження свободи підприємницької діяльності можуть бути безстрокові, тобто встановлені на невизначений строк та тимчасові, існування яких визначається спливом певного строку або настанням певної події.

Залежно від юридичної сили правових обмежень свободи підприємницької діяльності, їх можна поділити на конституційні, засновані на законах, засновані на підзаконних нормативно-правових актах, договірні та інші.

Залежно від джерела виникнення правових обмежень свободи підприємницької діяльності, їх можна поділити на ті, що виникають безпосередньо з правової норми, ті, що виникають з правової норми та внаслідок юридичного факту або фактичних складів (договорів, локальних правових актів тощо), та обмеження, що виникають із принципів права.

Використані джерела:

1. Погребняк С.П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика): Монографія. – Х.: Право, 2008. – 240 с.

2. Ильин И.А. Общее учение о праве и государстве. О сущности правосознания. Собрание сочинений. Конец 1930 г. – начало 1951 г. Цюрих. Том 4. – Москва, Русская книга, 1994. – 413 с.

3. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. Изд. 2-е стереотип. М., 2000. - 411с.

4. Малько А.В. Стимулы и ограничения в праве. – М.: Юристъ, - 2004. – 250с.

5. Рабінович П.М., Хавронюк М.І. Права людини і громадянина: Навчальний посібник. – К.: Атіка, 2004. – 464с.

6. Мічурін Є.О. Обмеження майнових прав фізичних осіб (теоретико-правовий аспект): Монографія. – Х.: Юрсвіт, НДІ Приватного права та підприємництва АПрН України, 2008. – 482 с.

Козлитина Мария Геннадьевна,
юрист ОАО «Севкабель-Холдинг» (Санкт-Петербург)

ОБЕСПЕЧЕНИЕ ЖИЛЬЕМ МОЛОДЫХ СЕМЕЙ В РОССИИ: ПРОГРАММЫ И ИХ ПРАВОВОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ

Не секрет, что у молодых семей множество проблем, и самая серьезная из них –это проблема жилья. Жилье в настоящее время стоит очень дорого, и не каждая семья в состоянии приобрести в собственность квартиру.

Это диктует необходимость руководству страны принимать конкретные действующие меры поддержки молодых семей в области жилищной политики. Как, например, подпрограмма «Обеспечение жильем молодых семей» федеральной целевой программы «Жилище» на 2002–2010 гг. [3]. Осуществление данной подпрограммы производится посредством предоставления молодым семьям социальных выплат на приобретение жилья или строительство индивидуального жилого дома, а также создания условий для привлечения молодыми семьями собственных средств, финансовых средств банков и других организаций, предоставляющих ипотечные жилищные кредиты и займы для приобретения жилья или строительства индивидуального жилья.

Важнейшим и главным условием участия субъектов Российской Федерации в вышеуказанной подпрограмме является наличие целевых региональных программ. Например, в Санкт-Петербурге был принят Закон Санкт-Петербурга от 11 апреля 2001 года № 315–45 «О целевой программе Санкт-Петербурга «Молодежи – доступное жилье» [1], а также Постановление Правительством Санкт-Петербурга от 4 декабря 2007 г. № 1539 «О реализации Закона Санкт-Петербурга "О целевой программе Санкт-Петербурга «Молодежи – доступное жилье»"» [2].

Однако действующие жилищные программы по большей части оказываются несостоятельными, поскольку даже в случае их успешной реализации они позволяют улучшить жилищные условия лишь крайне незначительной части молодых семей.

Решение жилищной проблемы молодых семей видится в предоставлении долгосрочных кредитов на приобретение или строительство жилья молодыми семьями, как это практикуется за рубежом. Но данный вариант разрешения проблемы невозможен из-за высокой у нас в стране процентной ставки по кредиту, а также низкой заработной платы молодых работников, которая не позволяет им участвовать в программах ипотечного кредитования. Следовательно, решение жилищных проблем молодых семей следует искать, прежде всего, в обеспеченности трудовой занятости молодежи, в повышении уровня оплаты труда.

Одним из перспективных направлений в решении жилищной проблемы молодых семей может стать, во-первых, их льготное кредитование финансово-кредитными учреждениями (беспроцентное предоставление ссуд на покупку жилья или предоставление им кредита с низкой процентной ставкой). Во-вторых, организация содействия работодателей решению жилищных проблем молодых специалистов, имеющих семью, путем предоставления беспроцентных или низкопроцентных ссуд или широкого вовлечение средств (прибыли) предприятий, которые располагают такими возможностями, в строительство жилья как для сдачи в аренду, так и для продажи своим работникам.

Важнейшим механизмом доступности жилья для молодых семей могло бы стать развитие жилищно-строительной кооперации с привлечением кредиторов и средств муниципалитетов и под гарантии не только самого населения, но и региональных и муниципальных структур. Следует обратить внимание на развитие молодежных жилищных

кооперативов (МЖК). Участие государства в МЖК возможно и необходимо в виде бюджетных ассигнований (субсидий). Молодых семей – в виде своих сбережений, накоплений, но, главное, в виде рабочей силы, активно участвуя в строительстве своего жилья. Частных инвесторов (кредитные учреждения, строительные компании) – в виде финансовых средств.

Все это, действительно, создало бы условия для формирования в России современной развитой общественной системы, нацеленной на поддержку молодых семей при решении их жилищной проблемы.

Використані джерела:

1. Закон Санкт-Петербурга от 26 апреля 2001 г. № 315-45 «О целевой программе Санкт-Петербурга "Молодежи – доступное жилье"» (в ред. от 13 мая 2009 г.) // Вестник Законодательного собрания Санкт-Петербурга. 2001. № 7–8.

2. Постановление Правительства Санкт-Петербурга от 4 декабря 2007 г. № 1539 «О реализации Закона Санкт-Петербурга «О целевой программе Санкт-Петербурга "Молодежи – доступное жилье"» (в ред. от 17 марта 2009 г.) // Вестник Администрации Санкт-Петербурга. 2008. № 1.

3. Постановление Правительства РФ от 17 сентября 2001 г. № 675 «О федеральной целевой программе «Жилище» на 2002–2010 годы» (ред. от 14 февраля 2009 г.) // Собрание законодательства Российской Федерации. 2001. № 39. Ст. 3770.

Корнієнко Юлія Ігорівна,
науковий співробітник відділу проблем приватного права
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва НАПрН України

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРАВОВУ ПРИРОДУ ЗАСТАВИ

Питання про юридичну природу застави віддавна є одним із найбільш дискусійних у цивілістиці. На думку одних учених, право застави є речовим правом. Наприклад, Г. Ф. Шершеневич вважав заставне право речовим. У Німецькому цивільному уложенні сам законодавець оголосив заставне право речовим. Інші дослідники зараховують заставу до категорії зобов'язальних прав. Серед дослідників також висловлюється думка про те, що заставу треба відносити до прав, які досить схожі до речових, хоча й мають деякі ознаки зобов'язальних. Отже, щоб визначити сутність заставного права, необхідно враховувати відмінності, які існують між речовими і зобов'язальними правами.

Отже, розглянемо зобов'язально-правові й речово-правові елементи заставних правовідносин у сучасному цивільному законодавстві, а також чи було співвідношення речових і зобов'язально-правових елементів природи застави незмінним при формуванні сучасної концепції застави.

Отже, заставі (відповідно до Цивільного кодексу України і Закону «Про заставу») властиві наступні основні риси зобов'язальних правовідносин:

1. Право застави не встановлює тривале й безпосереднє панування над річчю, що від початку й до кінця свого існування мало б той самий характер [1. 331]. За загальним правилом застава може надати кредиторові лише тимчасове панування над річчю, що обумовлено виконанням забезпеченого зобов'язання. Якщо зобов'язання не буде виконано, то предмет застави підлягає продажу й задоволення вимог кредитора походить із виручені суми.

2. Застава, будучи одним зі способів забезпечення виконання зобов'язань, виступає в ролі акцесорного зобов'язання і є інститутом зобов'язального права. У ЦК України застава регулюється в розділі зобов'язального права **(**Глава 49 Забезпечення виконання зобов'язання**.)**

4. 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. Як відомо, майнове право саме по собі ні при яких умовах не може служити предметом речових прав [2. 412].

5. Ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження предмета застави несе власник заставленого майна, якщо інше не встановлено договором або законом. У разі випадкового знищення або випадкового пошкодження предмета застави заставодавець на вимогу заставодержателя зобов'язаний надати рівноцінний предмет або, якщо це можливо, відновити знищений або пошкоджений предмет застави (Ст. 580 ЦК України). Аналогічне правило неможливо представити відносно майна, що належить кому-небудь на речовому праві [2. 413].

Не можна заперечувати, що заставі також властиві ознаки речово-правових відносин:

1. Право слідування – право застави слідує за річчю (перехід права власності від заставодавця до іншої особи не припиняє заставних правовідносин) Ст. 576 ЦК України.

2. Право переваги – заставодержатель задовольняє свої вимоги до заставодавця за принципом старшинства, по праву переваги (ст. 572 ЦК України). Задоволення вимог декількох заставодержателів на один предмет застави здійснюється за таким принципом: у разі вчинення перезастави (неодноразової застави) одного і того ж майна, перевагу в задоволенні своїх майнових вимог мають перший заставодержатель, а наступні за ним заставодержателі –кожний попередній перед всіма наступними – у порядку виникнення їх права застави. Причому право звернути стягнення на предмет застави у кожного наступного заставодавця виникає після повного задоволення вимог попереднього кредитора(тобто виключається якась пропорційність врахування вимог). Додатково щодо рухомого майна зазначений принцип відображається у перевазі зареєстрованої застави над незареєстрованою (ст. 18 Закону України «Про заставу») [3.15].

3. Речовий характер права вимоги дозволяє використати всі встановлені заходи для збереженням предмета застави, у тому числі, захист від вимог третіх осіб (ст.587 ЦК України).

4. Абсолютний характер захисту (захист права на предмет застави перед невизначеним колом третіх осіб). Так, ЦК України передбачає речово-правовий захист інтересів заставодержателя. Зокрема, ст. 587 ЦК України надає заставодержателю, у якого перебувало або повинне було перебувати заставлене майно, право витребувати його із чужого незаконного володіння (віндикаційний позов). Забезпечення усунення порушень прав заставодержателя, якщо ці порушення не пов'язані з позбавленням володіння, коли за умовами договору він вправі користуватися переданим йому предметом застави, передбачає можливість звернення до суду з негаторним позовом). Оскільки віндикаційний і негаторний позови є основними засобами захисту прав власника, будучи атрибутами речово-правових відносин, варто розглядати заставу за законодавством України як правовий інститут, що має змішану природу.

Перебільшення значення зобов'язального елемента порівняно з речовим, так і навпаки, відстоювання речово-правової природи застави, поєднане з запереченням зобов'язально-правового елемента, призводить до незавершеності конструкції застави. Отже, слід погодитися з позицією деяких вчених про те, що дискусія про речово-правовий чи зобов'язально-правовий характер застави повинна бути вирішена в формі визнання подвійної (змішаної) природи застави.

Використані джерела:

1. *Хвостов В. М. Система римського права. Учебник. – М. – Спарк, 1996.*
2. *Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. М.: Статут, 1998. – С. 402.*
3. *Пацурківський Ю. П. Правова природа застави. // Науковий вісник Чернівецького університету. Збірник наукових праць. Вип. 154. Правознавство. – Чернівці: ЧДУ, 2002.*

Король Анна Олександрівна,
головний спеціаліст відділу міжнародних наукових зв'язків
Київського регіонального центру Національної академії правових наук України

КОНЦЕПТУАЛЬНО-ПРАВОВІ ПІДХОДИ ДО СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «ЕЛЕКТРОННА ТОРГІВЛЯ» ТА «ЕЛЕКТРОННА КОМЕРЦІЯ»

В умовах сучасних глобальних тенденцій світового розвитку все більшого поширення набуває використання інформаційних технологій у бізнесі та у повсякденному житті. З цим процесом пов'язане виникнення таких понять, як «електронна торгівля» та «електронна комерція».

Водночас у юридичній літературі існує певна невизначеність у співвідношенні вищезазначених понять. Ця проблема набуває не тільки теоретичного, а й прикладного значення, насамперед, для сфер правотворчості та правозастосування.

Загалом можна виділити кілька позицій вчених-правознавців:

Електронна комерція розглядається, як складова електронної торгівлі, до якої відносять глобальний електронний маркетинг, віддалені послуги (більшість послуг, пов'язаних із консультуванням, юридичною та бухгалтерською підтримкою та ін.), дистанційну роботу (організація «розподілених офісів», в яких працюють люди, що перебувають у різних приміщеннях, містах і навіть країнах) [4].

«Електронна торгівля» та «електронна комерція» розглядаються як тотожні поняття. Так, визначаючи поняття «електронна комерція» на теоретичному рівні, вважається, що в юридичному розумінні вона означає укладання на міжнародних та внутрішніх ринках в електронній формі ряду підприємницьких договорів, таких, як купівля-продаж, постачання, страхування, банківські договори, перевезення вантажів чи пасажирів повітряним, морським, залізничним транспортом, а також інших договорів, пов'язаних із промисловим та діловим співробітництвом [3].

Під електронною торгівлею пропонується розуміти дії і операції при оформленні та здійсненні правочинів із продажу/постачанні товарів, виконанні робіт, наданні послуг та/або здійснення інших дій, спрямованих на отримання прибутку, які виконуються у дистанційний спосіб із застосуванням електронних засобів і технологій у інформаційно-телекомунікаційних системах й мережах загального користування. У тому числі до товарів, робіт і послуг відносяться такі товари, роботи і послуги, які існують виключно у електронному вигляді [5].

Електронна торгівля розглядається, як частина електронної комерції. При цьому окремі українські правознавці звужують електронну торгівлю до функціонування електронних магазинів для здійснення купівлі-продажу товарів або пропонування послуг за допомогою Інтернету, при чому електронним магазином вважається Інтернет-магазин, що має спеціалізований веб-сайт [2, 7].

Узагальнюючи досвід іноземних країн щодо правового регулювання відносин у сфері електронної комерції, до неї можна віднести електронний обмін інформацією (Electronis Data Interchange, EDI), електронний рух капіталу (Electronic Funds Transfer, EFS), електронну торгівлю (E-Trade), електронні гроші (E-Cash), електронний маркетинг (E-Marketing), електронний банкінг (E-Banking), електронні страхові послуги (E-Insurance) тощо.

Оскільки відносини у сфері електронної комерції мають витоком США, то доцільно звернутися до напрацювань американських вчених, які поділяють її на такі категорії: бізнес-бізнес (B2B «Business-to-Business») та бізнес-споживач (B2C «Business-to-Consumer») [1, 1-4.].

Бізнес-бізнес (B2B) - охоплює всі рівні взаємодії електронними засобами між компаніями, які в такий спосіб можуть ефективно будувати дво- та багатосторонні господарські зв'язки, реалізовувати продукцію, самостійно розміщувати замовлення, здійснювати моніторинг їх виконання за допомогою баз даних постачальників тощо.

Бізнес-споживач (B2C) - електронна роздрібна торгівля, орієнтована на кінцевого споживача. Найхарактернішим прикладом цього напряму ЕК є роздрібна торгівля (Інтернет - магазини, замовлення квитків тощо) в Інтернеті, спрямована безпосередньо на споживачів.

На міжнародному рівні механізми регулювання відносин у сфері електронної торгівлі було передбачено, зокрема, у Типовому законі Комісії ООН з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ) «Про електронну торгівлю» від 16 грудня 1996 р. (далі – Типовий закон), метою розробки якого було запропонувати національному законодавцю міжнародно визнані норми, що встановлюють можливий порядок створення правової бази для електронної торгівлі.

На регіональному європейському рівні головним актом у сфері електронної комерції є Директива 2000/31/ЄС Європейського Парламенту і Ради «Про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема, електронної комерції, на внутрішньому ринку» («Директива про електронну комерцію») від 8 червня 2000 року (далі – Директива). Її метою є створення правової бази для забезпечення вільного переміщення інформаційних послуг між державами-членами. При цьому можна вважати, що інформаційні послуги, зазначені у Директиві, являють собою електронну комерцію. Враховуючи процеси адаптації національного законодавства до актів acquis communautaire ЄС, положення Директиви варто врахувати при його вдосконаленні у сфері електронної комерції.

В Україні на законодавчому рівні досі залишається неврегульованими спеціальними законами переважна частина відносин між учасниками електронної комерції. У даному контексті зазначимо, що у Верховній Раді України зареєстровано три законопроекти про електронну комерцію. Однак, у зв'язку із недостатнім розумінням вітчизняним законодавцем понятійного апарату даної сфери, законопроекти спрямовані на врегулювання відносин у сфері електронної торгівлі, яку ототожнюють із електронною комерцією. Тому законопроекти потребують подальшого доопрацювання із урахуванням іноземного досвіду здійснення гармонізації норм права, набутого в рамках ЄС та ЮНСІТРАЛ, а також розуміння різниці у понятійному апараті відносин у сфері електронної комерції.

Використані джерела:

1. Американская модель "новой экономики" распостраняется на другие страны // БИКИ, 2000. №42. – С.1-4;

2. В. Брижко, А. Новицький, В. Цимбалюк, М. Швець. Електронна комерція: правові засади та заходи удосконалення: Монографія; За редакцією: член-кореспондента АПрН України М. Швеця (заг. ред.), А. Москаленко, к. ф.-м. наук О. Гладківської. – К.: НДЦПІ АПрН України, 2008. – 149 с.;

3. Мелюхин И.С. Информационное общество: достижения, проблемы, тенденции развития. – М.: МГУ, 1999. – 208 с.;

4. Наумов В. Ключевые вопросы государственного регулирования Интернет-коммерции в РФ // http://www.ice.ru/exp/20302, станом на 10.04.2004;

5. Проект Закону України про електронну комерцію (торгівлю) від 16.03.2010 // http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=37299.

Косенко Володимир Миколайович
студент 5 курсу денної форми навчання
Київського університету права НАН України

ПРАВОВА ОХОРОНА КОМЕРЦІЙНИХ ПОЗНАЧЕНЬ В УМОВАХ ЄВРОІНТЕГРАЦІЇ

Правова охорона комерційних позначень, нас сьогодні має досить важливе значення, як на міжнародному, так і на національному рівнях. Адже говорячи про правову охорону засобів індивідуалізації на сучасному етапі розвитку незалежної України, потрібно одночасно вести мову про євроінтеграцію та адаптацію національного законодавства до міжнародних норм права. Але при цьому також потрібно враховувати досвід (законодавство та наукові розробки вчених), який складався протягом багатьох років.

Таким чином, можна говорити про те, що з появою людини, появляються і деякі предмети, які є результатом її творчої діяльності. Вона починає творити тоді коли виокремлює себе з навколишнього середовища і розуміє необхідність удосконалення побуту навколо себе. І ці новостворені предмети ставали безумовно її результатом творчої діяльності і в переважній більшості – власністю. В той же час виникала потреба охорони не лише предмету, як власності, а й творчої діяльності, щоб не було недобросовісних запозичень. І відповідно вже в ті далекі часи власність визнавалася священною, недоторканною і потребувала захисту. Отже, з цього назріває, що уже в ті далекі часи існували, хоч не зовсім досконалі, засоби охорони власності і результати творчої діяльності. Таким чином, з вищенаведеного видно що існували товарні знаки, як об'єкти позначення товару і їх охорона від неправомірного використання. Звідси видно, що право інтелектуальної власності існувало задовго до виникнення самого терміну «інтелектуальна власність», який вперше з’явився у французькому законодавстві [7;8]. Це свідчить про неабияке значення комерційних позначень в розвитку держави та підприємств, фірм. Зокрема, успішний вибір комерційного позначення впливає також і на довголіття фірми [1;16].

Згодом, після набуття Україною незалежності, як наслідок виконання взятих на себе міжнародно-правових зобов'язань, була сформована національна система законодавства про інтелектуальну власність, невід'ємними елементами якої став Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» 1993 р. та Закон «Про охорону прав на зазначення походження товарів» 1999 р.

Новий етап у розвитку законодавства про засоби індивідуалізації був закладений ЦК України та ГК України, які вперше на кодифікованому рівні забезпечили правове регулювання відносин у сфері використання комерційних найменувань, торговельних марок та географічних зазначень [5; 44 - 60].

Таким чином, правовий розвиток комерційних позначень, враховуючи понять засобів індивідуалізації в сучасному розумінні, є відносно новими, хоча водночас видно довгий шлях розвитку права в даній сфері. Тому можна говорити про, те що корені комерційних позначень сягають набагато давніших часів, ніж вони були закріплені на офіційному рівні у нормативно-правових актах.

Отже, можна говорити, що сьогодні у ринкових умовах важливе значення мають знаки, слова і символи, що допомагають споживачам орієнтуватися в однорідних товарах і послугах різних фірм, одержувати найякісніші товари й уникати підробок. Таку функцію виконують знаки для товарів і послуг. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» знак для товарів і послуг — це позначення, за яким товари і послуги одних юридичних чи фізичних осіб відрізняються від однорідних товарів і послуг інших юридичних чи фізичних осіб. У Цивільному кодексі України знакам для товарів і послуг присвячено 9 статей глави 44 «Право інтелектуальної власності на торговельну марку». Як видно з назви цієї глави, знаки для товарів і послуг відповідно Кодексу отримали і нову назву — «торговельні марки». Зважаючи на те, що Цивільний кодекс України є основним актом національного цивільного законодавства і всі інші закони України

приймаються відповідно до нього, далі ми використовуватимемо термінологію Кодексу [2; с. 20 — 21].

Також говорячи про адаптацію законодавства до міжнародних правових норм та безпосередньо – про євроінтеграцію, необхідно згадати про реєстрацію комерційних позначень та суб'єктів і їх суб'єктивні права, що має досить важливе значення для правової охорони засобів індивідуалізації. Тому говорячи про вищезазначене, необхідно відмітити, що комерційне позначення може бути зареєстрована на ім'я юридичної або фізичної особи (комерційне (фірмове) найменування реєструється тільки на ім'я юридичної особи), а також об'єднання осіб та їхніх правонаступників. Права на торговельну марку можуть набувати ті юридичні особи, які виробляють товари, займаються їхньою реалізацією, ремонтом, здійснюють сервісне обслуговування тощо, а також надають споживачам будь-які послуги. Власниками прав на торговельну марку можуть бути і державні установи, яким надано право займатися комерційною діяльністю. Власниками прав на торговельні марки можуть стати об'єднання осіб та їхні правонаступники.

Іноземні юридичні та фізичні особи також можуть бути суб'єктами прав на засоби індивідуалізації. Права на комерційне позначення вони набувають за тих самих умов і в тому самому порядку, що й українські фізичні та юридичні особи.

Зосередивши певну увагу на торговельній марці, можна говорити, що юридичні і фізичні особи мають право здійснити міжнародну реєстрацію марки, тобто зареєструвати торговельну марку також в іноземних країнах. Заявка на реєстрацію в іноземній державі подається відповідно до законодавства даної країни. Однак, спочатку заявка направляється в Держдепартамент. Надалі вона пересилається в Міжнародне бюро інтелектуальної власності і розглядається відповідно до Мадридської угоди про міжнародну реєстрацію знаків від 14 квітня 1891 р. (з наступними змінами).

Торговельні марки не визнаються об'єктами авторських прав. Позначення, що реєструються як торговельні марки, можуть відповідати всім вимогам, які висуваються до об'єктів авторських прав. Однак, якщо автор дав згоду на використання створеного ним твору як торговельної марки, то він не набуває у зв'язку з цим ніяких додаткових прав чи переваг. Сферою авторських прав обмежується тільки правова охорона його особистих немайнових і майнових інтересів [4; 112].

Основною метою інтеграції України до ЄС та входження до європейського економічного простору є розгортання взаємовигідного співробітництва, сприяння економічному розвитку та забезпеченню економічної безпеки України, шляхом удосконалення законодавства, відкриття можливості для України зайняти відповідне місце у світовому розподілі праці, і таким чином, створення умов для процвітання країни та підвищення добробуту українського народу. Для досягнення цієї мети Україна, як й інші країни, що мають наміри приєднатись до ЄС, повинна забезпечити виконання дуже жорстких вимог, закріплених в офіційних документах ЄС, які умовно можна поділити на дві основні групи: по-перше, країни, що мають намір стати повноправними членами ЄС повинні мати дієздатну ринкову економіку, бути спроможними витримувати конкуренцію, брати повноцінну участь у ринкових перетвореннях у рамках спільного ринку ЄС; по-друге, ці країни мають дотримуватись правил та регулюючих принципів, встановлених в рамках ЄС.

З метою забезпечення вільного обігу товарів і свободи надання послуг та вільної конкуренції в межах спільного ринку перед Європейським співтовариством постала необхідність гармонізації національних законодавств в рамках Європейського Союзу, зокрема законодавства у сфері охорони прав на об'єкти промислової власності. Оскільки торговельні марки є найбільш впливовим елементом функціонування спільного ринку, відповідно до статті 100а Угоди про заснування європейського економічного співтовариства (The Treaty Establishing The European Economic Community) була розроблена і діє з 1989 року Директива ЄЕС № 89/104 [8] по гармонізації національних законодавств про товарні знаки (далі - Директива) [6].

Зокрема, в Європейський союз входять країни, в яких вже протягом довгого часу діють сильні системи охорони інтелектуальної власності. Країни — члени ЄС і керівні органи ЄС в політиці охорони інтелектуальної власності ставлять ряд задач.

Отже, з вищенаведеного видно що питання євроінтеграції України на сьогодні є досить важливим. Адже дослідженням проблем правової охорони інтелектуальної власності на протязі останніх десяти років займалися лише окремі науковці цивілісти. До кола українських дослідників слід віднести праці О.А.Підопригори, О.О.Підопригори, О.Д.Святоцького, О.М. Мельник, Р.Б.Шишки, Ю.С. Шемчушенко, Ю.Л. Бошицький. Більш широко зазначені проблеми досліджували російські науковці правознавці -Л.П.Сергеєв, В.А.Дозорцев, В.О.Калятін, А.Мінков та інші. Однак цих досліджень недостатньо. Тому, на нашу думку, будь-які наукові праці щодо аналізу правових проблем в сфері інтелектуальної власності представляють підвищений інтерес [3]. Отже видно, що досить важливим для євроінтеграції в сфері комерційних позначень є теоретичні дослідження та вдосконалення законодавства науковцями і практиками, як на національному, так і міжнародному рівнях. Адже необхідно враховувати всі недоліки та переваги, усуваючи прогалини в законодавстві, при цьому втілюючи у практичне застосування нормативно-правові акти, які будуть найбільш ефективними та дієвими.

Тому, враховуючи науковий потенціал та інтереси України щодо євроінтеграції в сфері інтелектуальної власності та безпосередньо комерційних позначень, можна говорити, про те, що з урахуванням розвитку національно законодавства правова охорона засобів індивідуалізації збільшується. Це відповідно значною мірою буде впливати на розвиток держави як з правової точки зору, так і з економічної.

Використані джерела:

1. Бошицький Ю.Л., Козлова О.О., Андрощук Г.О. Комерційні найменування: основні правові аспекти. Наук. – практ. вид./ За заг. ред. Ю.С. Шемчушенка. – К.: ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2006.

2. Правова охорона комерційних позначень в Україні: проблеми теорії і практики: 36 наук, статей / За заг. ред. Ю. С. Шемшученка, Ю. Л. Бошицького. — К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2006.

3. Роль права у створенні і охороні об'єктів інтелектуальної власності. Ю. Л. Бошицький керівник Міжнародного центру правових проблем інтелектуальної власності при Інституті держави і права ім. В.М. Корецького НАНУ, кандидат юридичних наук. Журнал «Судова апеляція» № 4/2006.

4. Бошицький Ю.Л. Право інтелектуальної власності: Навчальний посібник. – К.: Логос, 2007.

5. Кодинець А.О. Право на засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг : Монографія. - К.: Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2007.

6. Кожарська І.Ю. Деякі аспекти охорони прав на знаки для товарів та послуг в ЄС та законодавство України у цій сфері. http://kojarskiy.com.ua/index.php?q=node/20.

7. Підіпригора О.А., Підіпригора О.О. Право інтелектуальної власності. Навч. посібник для студ. юрид. вузів і факультетів унів. – К.: Юрінком Інтер, 1998.

8. Директива ЄЕС № 89/104 по гармонізації національних законодавств про товарні знаки, Офіційний бюлетень №L040 11.02.89.

Кравець Ірина Леонідівна
магістрант Хмельницького університету управління та права

ОСОБИСТІ НЕМАЙНОВІ ПРАВА ІНШИХ ЧЛЕНІВ СІМ'Ї ТА РОДИЧІВ

Найбільша кількість особистих відносин порівняно з іншими сферами людської життєдіяльності, виникає, насамперед, у колі сім'ї [1; 107].

Сім'я - це те місце, де зустрічаються різні покоління і допомагають одне одному зростати у людській мудрості та узгоджувати індивідуальні права з іншими вимогами суспільного життя. Спадкоємність поколінь є дуже важливим чинником виховання дитини. Передання досвіду від дорослих до молодших сприяє формуванню у дитини певних навичок, сприяє розширенню її світогляду, вчить толерантності та терпінню у стосунках між людьми. Українська культурна традиція передбачає підтримання зв'язків не тільки між тими членами сім'ї, які є найближчими родичами між собою (батьками, дітьми, подружжям), а й між родичами більш дальніх ступенів споріднення.

Досліджуючи питання особистих немайнових прав членів радянської сім'ї Кіоко Футагамі доходить висновку, що основу цих правовідносин складають відносини, що виникають, головним чином із шлюбу (правовідносини між подружжям), з народження (правовідносини між батьками та дітьми) та з усиновлення (правовідносини між усиновителями та усиновлюваними). При цьому автор також допускає виникнення подібних відносин між більш віддаленими родичами [2, 4]. Дещо розширює сферу такого впливу О.Й. Фіцере, яка класифікує їх на три основних складових: а) особисті немайнові відносини між подружжям; б) особисті немайнові відносини між батьками та дітьми; в) особисті немайнові відносини між іншими учасниками сімейних правовідносин [3; 7-14].

Ми підтримуємо ту позицію, що питання класифікації особистих немайнових прав осіб у сфері сім'ї визначається існуванням Сімейного Кодексу. В даному законодавчому акті виділяються такі різновиди особистих немайнових прав осіб: а) особисті немайнові права подружжя (глава 6 СК України); б) особисті немайнові права батьків та дітей (глава 13 СК України); в) особисті немайнові права інших членів сім'ї та родичів (глава 21 СК України).

Особисті немайнові правовідносини інших членів сім'ї та родичів входять в систему особистих немайнових правовідносин у сфері сім'ї, і їх можна визначити як відносини між іншими членами сім'ї та родичами, що носять немайновий, особистісний, абсолютний характер, врегульовані нормами сімейного права та виникають щодо особистих немайнових благ та інтересів.

Особисті немайнові правовідносини інших членів сім'ї та родичів можна класифікувати за суб'єктами: а) правовідносини, що виникають між дідом, бабою та внуками; б) правовідносини, що виникають між прадідом, прабабою та правнуками; в) правовідносини, що виникають між вітчимом (мачухою) та пасинком (падчеркою); г) правовідносини, що виникають між братами та сестрами.

Особливостями особистих немайнових відносин між іншими членами сім'ї та родичами є те, що вони не мають економічного змісту та майнового характеру, виникають щодо визначених нематеріальних благ, тісно пов'язані з особистістю іншого члена сім'ї та родича, є невіддільними від неї і не можуть відчужуватись, як і самі блага, стосовно яких виникають особисті права і обов'язки .

Суб'єктний склад особистих немайнових правовідносин, що виникають між іншими членами сім'ї та родичами складають: баба, дід, прабаба, прадід, внуки, правнуки, брати, сестри, мачуха, вітчим, падчерка, пасинок та фактичні вихователі (особи, у сім'ї яких виховувалась дитина) [3; 450-451].

СК України не розкривне поняття «член сім'ї», відповідно і «інший член сім'ї», однак вказує на перелік осіб, яких слід розглядати як інших членів сім'ї та родичів. Певна спроба визначити поняття «член сім'ї» була зроблена Рішенням Конституційного Суду України від 3 червня 1999р. №5-рп/99. КСУ виділив основні критерії, за якими ту чи іншу особу можна віднести до «члена сім'ї».

Ми вважаємо, що поняття «члени сім'ї» можна визначити як особи, які об'єднані між собою кровними (родинними) зв'язками чи шлюбними відносинами, в тому числі і фактичними шлюбними відносинами, а також постійним сумісним проживанням на одній житловій площі та веденням спільного господарства.

Слід відрізняти поняття «інші члени сім'ї» - це близькі родичі (рідні брати, сестри, онуки, дід, баба також інші родичі) та особи, які не перебувають у безпосередніх родинних стосунках (неповнорідні брати, сестри, зять, невістка, вітчим, мачуха, опікуни, піклувальники, пасинки, падчерки та інші), які спільно проживають та ведуть спільне господарство.

Отже, в колі сім'ї виникає найбільша кількість особистих відносин. Сімейним кодексом України розширено суб'єктний склад особистих немайнових правовідносин, введено такі суб'єкти, як прадід та прабаба. Однак Сімейним кодексом України не визначено понять «член сім'ї» та «інший член сім'ї», що потребує подальшого дослідження.

Використані джерела:

1. *Стефанчук Р.О. Система особистих немайнових прав фізичних осіб у сфері сімейних відносин: до питання вдосконалення // Університетські наукові записки. – 2006. – № 2 (18). – С.107- 111*
2. *Футагами К. Личные (неимущественные) права и обязаности членов советской семьи (Опыт сравнительно-правового исследования): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.712 / Киевский гос. ун-т. – К., 1972. – 20 с.*
3. *Фицере А.И. Личные неимущественные отношения в семейном праве СССР и ВНР: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Институт государства и права АН СССР. – М., 1981. – 21 с.*
4. *Науково-практичний коментар до Сімейного кодексу України / За ред. Є.О. Харитонова. – Х.: ТОВ «Одіссей». – 2006. – 552 с.*

Кравчук Павло Сергійович

Інститут міжнародних відносин при КНУ ім. Тараса Шевченка

ПРОБЛЕМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПОСЕРЕДНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ПРИ ПРАЦЕВЛАШТУВАННІ ГРОМАДЯН УКРАЇНИ ЗА КОРДОНОМ В УМОВАХ СУЧАСНОЇ СВІТОВОЇ ЕКОНОМІЧНОЇ ГЛОБАЛІЗАЦІЇ

Нагальною стає проблема адекватної правової регламентації багатьох відносин у зв'язку з міжнародною трудовою міграцією. в цілому, питання трудової міграції громадян України за кордон на сьогодні є виключно актуальною проблемою. участь громадян нашої держави у цьому процесі обумовлюється як зовнішніми чинниками, а саме, об'єднаний ринок праці західних країн та приваблива матеріальна оцінка трудової діяльності, так і внутрішніми - малозабезпеченість та високий рівень безробіття в Україні. зростає і кількість посередників, які пропонують працевлаштування за кордоном. але за даними Мінпраці України, що ліцензує цей вид діяльності, тільки кожен десятий посередник надає послуги з легального працевлаштування. інші ж використовують ліцензії для реклами, а фактично, допомагають бажаючим працювати за кордоном у виїзді за межі країни за туристичними або гостьовими візами з подальшим нелегальним працевлаштуванням. на жаль, і дотепер відсутнє чітке регламентування діяльності таких "посередників", тому потенційні працівники часто-густо платять за послуги "під чесне слово" і в результаті залишаються ошуканими. відповідно, слід розробити та прийняти окремий законодавчий акт, який би регламентував діяльність посередників, містив визначення процедур та форм працевлаштування.

в першу чергу, є доцільним прийняття законодавчого акту, який би детально регулював підприємницьку діяльність щодо посередництва у працевлаштуванні громадян за

кордоном. таким чином буде створено необхідну правову базу для захисту як посередників у працевлаштуванні, так і громадян України.

При зверненні громадянина України до суб'єкта підприємницької діяльності, який займається посередництвом з працевлаштування на роботу за кордоном, з метою скористатися його послугами, варто звернути увагу на те, що посередник повинен мати:

- ліцензію Міністерства праці та соціальної політики на провадження діяльності з посередництва у працевлаштуванні на роботу за кордоном;

- ліцензію (дозвіл) на працевлаштування (на посередництво з працевлаштування) громадян України, виданого роботодавцю (посереднику) уповноваженим органом країни працевлаштування;

- зовнішньоекономічний договір (контракт) про посередництво у працевлаштуванні за кордоном, між посередником та іноземним суб'єктом господарювання (роботодавцем чи посередником)

- проект трудового договору, засвідчений іноземним роботодавцем, який повинен відповідати законодавству держави працевлаштування, міжнародним договорам України та містити основні реквізити роботодавця, професійні вимоги до працівника, відомості про характер роботи, умови праці, її оплати та проживання на території країни працевлаштування, соціальний захист (зокрема страхування), термін дії договору, умови його поновлення та розірвання, порядок покриття транспортних витрат тощо.

Відповідно до спільного Наказу Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва і Міністерства праці та соціальної політики від 19.12.2001 р. №155/534 «Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з посередництва у працевлаштуванні на роботу за кордоном» посередник зобов'язаний укласти договір між ліцензіатом та клієнтом. Це угода про надання клієнту послуг з посередництва у працевлаштуванні за кордоном. Вона передбачає права та обов'язки сторін, перелік та вартість послуг, шляхи вирішення спірних питань, відповідальність ліцензіата та клієнта за виконання положень договору.

Забороняється стягувати будь-які види попередніх оплат за послуги з посередництва у працевлаштуванні на роботу за кордоном до укладення клієнтом трудового договору з іноземним роботодавцем.

Що ж до самого посередника, то ним є рекрутингова агенція, крюінгова компанія або будь-який інший суб'єкт господарювання (крім фізичної особи – суб'єкта підприємницької діяльності), який в установленому законодавством порядку отримав ліцензію на посередництво у працевлаштуванні на роботу за кордоном і здійснює діяльність з посередництва. хоча дані поняття використовуються активно на практиці, але до сьогодні перебувають поза межами законодавчого регулювання.

Питання вибору та застосування права повинні вирішуватись у процесі укладання договору між національним посередником та іноземним роботодавцем.

Другим важливим елементом є необхідність зазначення поряд з обов'язками посередника з працевлаштування за кордоном його прав (наприклад, право на вчасне отримання винагороди за надання послуги працевлаштування). також слід звернути увагу на те, що в договорі про працевлаштування потрібно доповнити відповідні статті про права громадянина, який бажає влаштуватися на роботу (наприклад, право на оскарження дій посередника, на соціальне страхування та страхування життя та здоров'я на весь період перебування за межами України, надання пільг певним категоріям працівників, пенсійне забезпечення).

Кривошеїна Інга Валеріївна
кандидат юридичних наук, асистент кафедри цивільного права
Київського національного університету ім. Т. Шевченко

КОМЕРЦІЙНА КОНЦЕСІЯ І ЛІЦЕНЗІЙНИЙ ДОГОВІР: ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

З вступом у силу Цивільного кодексу України в юридичному житті з'явилося нове поняття комерційна концесія. Крім того, ЦКУ передбачає один з видів договорів на розпорядження майновими правами інтелектуальної власності – ліцензійний договір. Як показує досвід, на практиці виникають проблеми з приводу розмежування двох видів договорів – комерційної концесії і ліцензійного. Тому, вважаємо за необхідне зупинитися на них більш докладно.

Отже, згідно ст. 1115 ЦКУ за договором комерційної концесії одна сторона (правоволоділець) зобов'язується надати іншій стороні (користувачу) за плату право використання, відповідно до її вимог, комплекс приналежних цій стороні прав, з метою виготовлення і продажу визначеного виду товару і надання послуг. По ліцензійному ж договорі, згідно ст. 1109 ЦКУ, одна сторона (ліцензіар) надає іншій стороні (ліцензіатові) дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності (ліцензію) на умовах, визначених взаємною згодою сторін з урахуванням вимог Цивільного кодексу України й інших законів. Істотними умовами ліцензійного договору при цьому варто вважати вид ліцензії, сферу використання об'єкта, що передається, розміри і порядок виплати винагороди за використання.

Таким чином, при укладенні договору комерційної концесії мова йде про передачу цілого комплексу прав з наступною метою виробництва і реалізації визначеного виду продукції, також сам по собі договір комерційної концесії припускає допомогу правоволодільця користувачу шляхом надання консультацій, навчання, контролю за якістю виробленої продукції і т.д. При укладенні договору комерційної концесії в комплекс прав можуть входити права на торгові марки, фірмове найменування, промислові зразки, винаходи, корисні моделі, комерційний досвід і ділову репутацію. Таким договором може бути передбачене використання предмета договору з визначенням чи без визначення території використання у відношенні визначеної сфери цивільного обороту. По ліцензійному ж договору передається право на використання одного визначеного об'єкта інтелектуальної власності. У випадку відсутності в ліцензійному договорі умови про територію, на яку поширюються передані права на використання об'єкта інтелектуальної власності, вважається, що дія ліцензії поширюється на всю територію України.

Таким чином, ні комерційний досвід, ні ділова репутація, відповідно, не можуть бути предметом ліцензійного договору. Ліцензійний договір не припускає створення великої розгалуженої мережі виробництва товарів чи послуг, він спрямований на одержання винагороди за використання визначеного об'єкта інтелектуальної власності. У той же час комерційну концесію можна віднести до способів ведення бізнесу, що спрямований на створення великої мережі підприємств, що працюють в одній системі, по одним принципах, що мають однаковий стиль і використовують ті самі засоби індивідуалізації. Таким чином, при комерційній концесії усі виробники, що входять у її мережу, зв'язані зобов'язаннями з одним правоволодільцем.

Слід також зазначити, що законодавством встановлена вимога, відповідно до якої договір комерційної концесії укладається в письмовій формі і підлягає державної реєстрації, тим органом, що здійснив державну реєстрацію правоволодільця. У той же час згідно ст.1114 Цивільного кодексу України ліцензійний договір не підлягає обов'язковій державній реєстрації, за винятком випадків, коли таку вимогу висуває сам ліцензіар чи ліцензіат.

Слід зазначити, що при укладенні договору комерційної концесії правоволоділець зацікавлений у контролі над використанням комплексу переданих за договором прав, оскільки разом з передачею таких прав він передає і ділову репутацію, що склалася стосовно його об'єктів інтелектуальної власності і його діяльності. Крім того, поряд з об'єктами інтелектуальної власності, по даному виду договору, передається і комерційний досвід, і

ділова репутація правоволодільця. Також, згідно Цивільного кодексу України правоволоділець несе субсидіарну відповідальність за вимоги, що висуваються до користувача в зв'язку з невідповідністю якості товарів (послуг), проданих (виконаних) користувачем. А також по вимогах, що пред'являються до користувача як виробника продукції правоволодільця, останній відповідає солідарно з користувачем.

Закон України «Про охорону прав на знаки товарів і послуг» містить норму відповідно до якої, ліцензійний договір повинний містити умову про те, що якість товарів і послуг, зроблених чи наданих за ліцензійним договором, не буде нижче якості товарів і послуг власника свідоцтва, і що останній буде здійснювати контроль за виконанням такої умови. Безумовно, для можливості створення товарів такої ж якості як у ліцензіара, ліцензійний договір може містити в собі норму про передачу визначеної технічної документації, що супроводжує виробництво товару чи надання послуг. Слід зазначити, що ліцензійний договір повинний передбачати способи використання об'єкта інтелектуальної власності, термін дії, а також визначення території, на яку буде поширюватися право, що передається за договором, розміри винагороди за використання об'єкта, а також порядок і термін її виплати.

Таким чином, норма Закону може ввести в оману у відношенні розмежування договору комерційної концесії і ліцензійного договору, адже в обох видах договорів однією з ключових умов є якість виробленої продукції чи наданих послуг, а також контроль правоволоділься, що має на увазі під собою передачу визначених технічних умов і відповідної документації. Однак, як показує практика, включення в ліцензійний договір умов про передачу технічної документації, може трактуватися судами як бажання укласти саме договір комерційної концесії.

У Господарському суді Київської області розглядався позов відкритого акціонерного товариства «А» (далі Позивач) про визнання недійсним ліцензійного договору на використання знака для товарів і послуг, укладеного з товариством з обмеженою відповідальністю «Д» (далі Відповідач). Одним з аргументів для визнання ліцензійного договору недійсним було те, що даний договір, на думку Позивача, є мнимим, і укладений з метою сховати договір комерційної концесії. Такий висновок допускався Позивачем на підставі того, що однією з умов договору була передача технічної документації, необхідної для виробництва продукції. Рішенням суду позовні вимоги Позивача були задоволені цілком на підставі того, що суд визнав передачу технічної документації істотною умовою договору комерційної концесії, і відповідно ліцензійний договір є таким, який приховує договір комерційної концесії. Однак, така позиція представляється сумнівної, оскільки при передачі прав на торгову марку за ліцензійним договором передача технічної документації є необхідною умовою, оскільки під торговою маркою ліцензіара буде вироблятись продукція чи надаватись послуги ліцензіатом, якість яких повинні бути не нижче вироблених ліцензіаром.

Як уже говорилося раніше, ліцензійний договір спрямований на передачу права на використання визначеного об'єкта інтелектуальної власності, а договір комерційної концесії – на створення мережі бізнесу. Проаналізувавши природу договору комерційної концесії, можна виділити ряд переваг для правоволоділься. Так, по-перше, він одержує винагороду за використання комплексу приналежних йому прав. По-друге, поширення сфери свого бізнесу за рахунок користувача, не маючи при цьому особливих грошових витрат. І по-третє, одержання більшої популярності і території поширення продукції і товарів, маркірованих об'єктами інтелектуальної власності правоволоділься. Користувач у свою чергу також одержує ряд переваг, серед них: одержання нових знань від правоволоділься; використання уже відомої торгової марки; більш легкий доступ на ринок товарів і послуг, і інші.

Необхідно сказати, що успіх роботи користувача, за договором комерційної концесії, багато в чому залежить від навичок і навчання правоволоділься створювати і будувати систему бізнесу, чого не можна сказати про ліцензіата. Крім того, правоволоділець за договором комерційної концесії має більш значні важелі впливу на користувача, чим ліцензіар стосовно ліцензіата, оскільки правоволоділець крім можливості контролю за використанням переданих за договором об'єктів і прав, може також встановлювати конкретні

вимоги до роботи користувача. Ліцензіар же у свою чергу також контролює якість продукції, виробленої ліцензіатом, що маркується торговою маркою ліцензіара, оскільки зацікавлений у збереженні репутації свого об'єкта інтелектуальної власності.

У той же час, два названих види договору є самостійними і передбачаюсь різні правові наслідки. При укладенні договору комерційної концесії правоволоділець прагне створення чи розширення мережі свого бізнесу, у той час як ліцензіар прагне одержання визначеної винагороди за використання його об'єкта інтелектуальної власності, і не ставить перед собою метою створення глобальної мережі.

Кузьмич Сергій Олекандрович
студент 1 курсу магістратури юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ РЕЖИМУ ОКРЕМОГО ПРОЖИВАННЯ ПОДРУЖЖЯ

Сімейний кодекс України (далі – СК України) з 2002 року передбачає можливість застосування такого механізму збереження сім'ї та шлюбу, як режим окремого проживання подружжя: "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" — ст. 119 СК України.

Законодавець поставив знак рівності між "небажанням" та "неможливістю" дружини і/або чоловіка проживати разом, і на сьогодні термін "сепарація" або "режим окремого проживання подружжя" має доволі узагальнюючий характер і на відміну від таких правових понять, як "шлюб" і "розлучення", не розкриває суть взаємовідносин між подружжям, що може мати істотне значення для юристів у разі розлучення, поділу майна, відкриття спадщини та вирішення питання органом опіки та піклування з ким мають проживати діти тощо.

Наприклад, згідно з п. 2 ст. 110 СК України: "позов про розірвання шлюбу не може бути пред'явлений протягом вагітності дружини та протягом одного року після народження дитини...". Виникає питання: а чи може бути пред'явлений позов про встановлення режиму окремого проживання подружжя під час вагітності дружини та протягом одного року після народження дитини? чи може бути визнано встановлення режиму сепарації фіктивним? які наслідки такого визнання?

Перелік питань можна продовжувати, та відповіді на них у чинному сімейному законодавстві все одно не має.

Саме тому, вважаю за необхідне знайти відповіді, на ці питання, які мають бути чітко прописані в СК України.

Перше питання — це право чоловіка або дружини на аліменти від іншого з подружжя в режимі окремого проживання. Строк, на який може бути встановлене таке утримання. Оскільки згідно з п. 1 ст. 120 СК України режим окремого проживання не припиняє прав та обов'язків подружжя, а п. 1 ст. 75 СК України свідчить, що "дружина, чоловік повинні матеріально підтримувати одне одного", то відповідно, знаходячись у режимі окремого проживання подружжя повинно підтримувати одне одного, а у разі необхідності – утримувати того з подружжя, хто цього потребує. Тобто, чоловік або дружина має право на утримання від іншого з подружжя протягом усього строку існування їхнього шлюбу, про що слід чітко зазначити в законодавстві.

Чи повинен той з подружжя, хто залишив будинок, сплачувати комунальні платежі або орендну плату за будинок, де живе інший з подружжя? Якщо будинок, в якому проживала сім'я до встановлення режиму сепарації, є спільною власністю подружжя та їхніх дітей і придбаний у кредит, знаходиться під заставою, в стадії ремонту або потребує іншого роду витрат, то після встановлення режиму сепарації, ці витрати повинні нести обидва з

подружжя або той, хто мав нести ці витрати до встановлення режиму сепарації, доти, доки подружжя не розлучиться і будинок залишатиметься спільною власністю подружжя.

Така норма є підтвердженням того, що "подружжя вважається сім'єю і тоді, коли дружина та чоловік, у зв'язку з навчанням, роботою, лікуванням, необхідністю догляду за батьками, дітьми та з інших поважних причин не проживають спільно" (п. 2 ч.2 ст. 3 СК України). До того ж, режим окремого проживання, закінчується або розлученням, або примиренням подружжя, а тому в першому випадку подружжя матиме право розподілу подружнього майна навпіл, в другому – подружжя після примирення продовжуватиме жити разом в цьому будинку/квартирі. Тому було б украй несправедливо покласти на одного з подружжя, всі витрати з будинку, який згодом або розподілиться навпіл, або в якому через певний строк проживатиме й інший з подружжя.

Чи є спадкоємцем подружжя в режимі окремого проживання?

Вважаємо так. Чоловік/дружина у стані сепарації можуть бути спадкоємцем 1-ї черги лише тієї частки майна, яку вони нажили разом. Що ж стосується тієї частки майна, яку кожен з них отримав, перебуваючи в режимі окремого проживання, то подружжя є спадкоємцем 2-ї черги, і успадковує її лише за відсутності спадкоємців 1-ї черги (батьків та дітей).

Оскільки закон, вирішуючи долю спадкового майна, керується принципом, що спадкове майно повинно відійти до осіб, які, по-перше, є найближчими родичами спадкодавця, а по-друге, допомагали спадкодавцю в набутті та утриманні цього майна, то дружина/чоловік у стані сепарації не є тією найближчою людиною спадкодавця, і навряд чи допомагав іншому з подружжя набувати власне майно. Саме тому, заради справедливості, слід враховувати тривалість як спільного, так і окремого проживання подружжя. І введення названої норми дозволить зробити це якнайчіткіше. Тобто подружжя, яке 20 років прожило разом і рік у стані сепарації, успадковує все те майно, яке було ними нажито за цей тривалий час, а та частина, яку кожен із них нажив проживаючи окремо, дістанеться дітям та батькам. Водночас, подружжя, яке разом прожило кілька років, а решту життя жило у стані сепарації, майже не бачачись, маючи кожен своє особисте життя і фактично, будучи сторонніми один одному людьми, не вправі претендувати на майно один одного.

Окрім, названих вище пропозицій, варто зазначити, що режим сепарації є таким самим статусом для подружжя, як шлюб і розлучення. Це вбачається, навіть на побутовому рівні, коли при заповненні консульської анкети на отримання візи для виїзду за кордон, у графі "сімейний стан" серед перелічених варіантів зазначений також стан сепарації.

До того ж, слід звернути увагу на необхідність реєстрації згідно з сімейним законодавством України, встановлення та зміни будь-яких подружніх взаємовідносин:

1. "Державна реєстрація шлюбу засвідчується Свідоцтвом про шлюб, зразок якого затверджує Кабінет Міністрів України" (п. 3 ст. 27 СК України).

2. "Розірвання шлюбу засвідчується Свідоцтвом про розірвання шлюбу, зразок якого затверджує Кабінет Міністрів України"(п. 2 ст. 115 СК України).

Навіть судове рішення про припинення шлюбу не є підтвердженням розлучення і потребує реєстрації в органах РАЦС: "Розірвання шлюбу, здійснене за рішенням суду, має бути зареєстроване в державному органі реєстрації актів цивільного стану...Розірвання шлюбу засвідчується Свідоцтвом про розірвання шлюбу, зразок якого затверджує Кабінет Міністрів України" (ч. 1-2 ст. 115 СК України).

Всі ці норми спеціально наведені аби підкреслити, наскільки незрозумілим на їх тлі виглядає відсутність вимоги законодавця реєстрації режиму сепарації в органах РАЦС з огляду на важливість наслідків цього режиму.

Окрім того, існують певні проблеми практичного застосування законодавчих норм про режим окремого проживання подружжя:

Пункт 2 ст.119 СК України: "Режим окремого проживання припиняється у разі поновлення сімейних відносин..." Відбувається переплетення формальних та фактичних умов режиму окремого проживання. Якщо подружжя припиняє режим окремого проживання звичайним поновленням сімейних відносин, то юридично все одно вважатиметься

подружжям, що проживає у стані сепарації, адже не матиме документа про скасування такого режиму.

Застосування цієї норми почало призводити до певних проблем на практиці. Наприклад, при реєстрації народження дитини, зачатої і народженої після поновлення сімейних відносин. Адже РАЦС, керуючись рішенням суду про режим окремого проживання, цілком обґрунтовано вимагатиме від батька заяву про визнання батьківства. Якщо батько — чоловік дружини відмовиться від такого визнання, то для матері залишиться лише шлях судового визнання батьківства. Те саме стосується й поділу майна у випадку розлучення подружжя.

Отже, законодавець, певною мірою змушує подружжя до подання позову до суду про скасування режиму окремого проживання.

Отже, задля уникнення колізій, пропонуємо припиняти режим окремого проживання лише за рішенням органу, який його встановив. Формальна сепарація повинна припинятися формально, а фактична-фактично.

Пункт 1 ст. 119 СК України: "За заявою подружжя або позовом одного з них суд може постановити рішення про встановлення для подружжя режиму окремого проживання..." Внаслідок чого відбувається перевантаження судів справами, ведення яких цілком може виконувати РАЦС, нотаріус (за відсутності у подружжя дітей та майнових спорів). До того ж, створюється ситуація, коли розлучення є легшою процедурою, аніж встановлення сепарації, що може спонукати багато подружь саме до розлучення, а не до сепарації.

Тому, функцію встановлення режиму сепарації у випадку згоди обох з подружжя та відсутності неповнолітніх дітей слід вилучити з відома судів та передати її до органів РАЦС, а за наявності дітей — посвідчувати на договірній основі у нотаріуса.

Пункт 2 ст.119 СК України: "Режим окремого проживання припиняється у разі поновлення сімейних відносин або за рішенням суду на підставі заяви одного з подружжя". За свідченнями деяких суддів, близько половини подружніх пар встановлюють режим окремого проживання на певний термін і повторне звернення їх до суду з метою скасування названого режиму є лише вимогою законодавця, а не об'єктивною необхідністю, що у свою чергу створює зайве навантаження для судів та клопіт для подружніх пар. А тому, законодавцю слід встановити строковий режим окремого проживання.

Отже, з огляду на викладене вище пропонується внести наступні зміни до законодавства України:

Припиняти режим окремого проживання лише за рішенням органу, який його встановив, згідно з п. 3 ст. 214 ЦКУ: "Відмова від правочину вчиняється у такій самій формі, в якій було вчинено правочин".

Функцію встановлення режиму сепарації у випадку згоди обох з подружжя та відсутності неповнолітніх дітей вилучити з повноважень та передати її до органів РАЦС або нотаріусів.

Встановити два види режиму сепарації:

безстороковий (з правом подання позову до суду або заяви до органу РАЦС про припинення режиму сепарації);

строковий:

на чітко вказаний календарний строк;

до вчинення певних дій з боку одного з подружжя;

до настання певного юридичного факту.

Кулініч Ольга Олексіївна
доцент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права
Національного університету «Одеська юридична академія»,
кандидат юридичних наук

ХАРАКТЕРИСТИКА ОКРЕМИХ ВИПАДКІВ ПОРУШЕННЯ ПРАВА НА ІМ'Я ТА ПРАВА НА ЗОБРАЖЕННЯ У СОЦІАЛЬНИХ МЕРЕЖАХ ІНТЕРНЕТУ

З поширенням популярності мережі Інтернету у всьому світі, зі збільшенням кола користувачів, отримала своє розповсюдження нова форма спілкування – спілкування у соціальних мережах. Соціальні мережі використовуються між користувачами, які поєднані спільними інтересами, напрямками діяльності, колом друзів, знайомих тощо для спілкування. Широкі можливості дозволяють не тільки обмінюватися повідомленнями, але й розміщувати чисельні об'єкти інтелектуальної власності: фотографії, листівки та інші художні твори, аудіо та відеозаписи, приватні щоденники тощо. Зі збільшенням популярності соціальних мереж збільшується кількість й правопорушень в мережі, що у свою чергу потребує вироблення нових дієвих механізмів захисту у віртуальному просторі.

Розглядаючи окремі види порушень особистих немайнових прав та інтересів фізичних осіб у соціальних мережах, слід звернути увагу, зокрема, й на порушення особистого немайнового права на ім'я та права на зображення фізичної особи.

Одним з розповсюджених випадків порушення права на ім'я є неправомірне використання імені фізичної особи у акаунтах. У соціальних мережах досить розповсюджені випадки неправомірної реєстрації акаунту, тобто під іменем особи, але без її відома та, відповідно, без отримання її згоди на це. Прикладом є пред'явлений бразильським полузахисником донецького футбольного клубу «Шахтер» Жадсоном позов проти соціальної мережі orkut, створеної компанією Google. Незадоволення Жадсона викликав підроблений профіль в orkut, нібито належний футболісту. Гравець має намір заблокувати неправомірне використання свого образу в соціальній мережі, а також вимагати компенсацію за використання підробленого профілю. У соціальний мережі orkut є профіль користувача під іменем Жадсон Родрігес. У розділі «про себе» зазначено, що профіль належить футболісту «Шахтера». Коло інтересів користувача обмежується футболом. Користувач доволі активний у мережі, має 135 друзів. Крім того, він регулярно поновлює розділ «фотографії». Також у мережі orkut є товариство, присвячене Жадсону.[5] Іншим прикладом є справа про притягнення до відповідальності мешканки Мурманську, за порушення недоторканості приватного життя ч. 1 ст. 137 КК РФ. Після розриву стосунків зі своїм співмешканцем жінка знайшла в квартирі відеофайли еротичного змісту за участю колишнього друга, створила на сайті «В контакті» сторінку з його ім'ям і розмістила на ній наявну в її розпорядженні інформацію.[2]

Характеризуючи порушення права на зображення, слід відзначити, що неправомірне використання фотографічних творів з зображенням фізичної особи може супроводжуватися різноманітними цілями, серед яких можна відзначити наступні:

- неправомірне використання фотографічних творів з комерційною метою (прикладом є вимоги мешканки штату Огайо Шеннон Стовалл, пред'явлені до Yahoo! у розмірі двадцять мільйонів доларів за використання її фотографії в рекламних цілях. Також жінка розраховує на частину прибутку від реклами з використанням її приватної власності (тобто особи), яку отримала Yahoo! та оплату судових витрат і витрат на послуги адвокатів з трьох фірм);[1]

- неправомірне використання з метою пошуку та привернення уваги злочинців Прикладом є справа за позовом мешканки Удмуртії (РФ), яка вимагає компенсацію в розмірі 5 млн рублів у судових приставів, які виманювали боржників, використовуючи її фотографії, розміщені на сайтах «Одноклассники» і «Вконтакте». Про те, як використовують її знімки, Яна Коновалова дізналася випадково з випуску новин. Пристави створювали сторінки вигаданої дівчата Елі Ковалевської, копіювали фото Яни Коновалової і під таким видом знайомилися з боржниками і призначали їм побачення. Відповідно до законодавства РФ,

співробітники служби судових приставів не наділені правом вести оперативно-розшукову діяльність. Крім цього, вони порушили право людини на охорону її зображення (ст.152.1 ЦК РФ).[3]

- незаконне використання фотографічних творів у особистих цілях з порушенням права на приватні данні. Слід відзначити, що у певних випадках розміщення фотографічних творів з зазначенням імен осіб, які на них зображені, визнають порушенням права на приватні данні. Користувачам польської соціальної мережі Nasza-Klasa (аналог «Одноклассников»), схоже, доведеться якось обходитися без викладання фотографій у загальний доступ. Варшавський адміністративний суд задовольнив претензії позивача, який визнав, що поява у зазначеній мережі його старих шкільних фотографій та прізвища в ряду знімків учнів його класу є порушенням закону про захист особистих даннях. У Nasza-Klasa він не зареєстрований і, відповідно, сам свою стару фотографію викласти в Мережу не міг. Це зробив хтось із його колишніх однокласників без відома позивача. Знімок був в загальному доступі близько року, перш ніж Томаш про це дізнався. Спершу Томаш хотів вирішити проблему полюбовно, зажадавши у адміністрації Nasza-Klasa прибрати його фотографію і прізвище з веб-сторінки, проте отримав відмову. Позицію сервісу розділив Генеральний інспектор із захисту особистих даних Миха Сежіцкі (Michał Serzycki). На його думку, зображення далекого минулого - а в школу Томаш ходив 30 років тому - не підпадають під визначення особистих даних, оскільки, щоб зв'язати їх з конкретною людиною, потрібно докласти значних зусиль. Однак варшавський суддя вирішив інакше, вважаючи, що строк давності в питаннях захисту приватних даних не має значення. Втім, рішення суду ще може бути опротестоване, і не виключено, що пан Сежіцкі подасть апеляцію, тим більше що в одній із статей закону про захист особистих даних обумовлюється якраз можливість визначення особистості «без надмірних зусиль».[4]

Таким чином, викладені приклади свідчать про появу нових способів порушень особистих немайнових прав фізичних осіб у соціальних мережах Інтернету. Крім порушення права на ім'я, зображення, розповсюдженим також є випадки злому акаунтів користувачів та відповідно отримання доступу до їх персональних даних, листування, кола друзів, приватних нотаток та альбомів, фото та відео файлів, тощо, що, безумовно, є порушенням права на приватне життя.

Поява нових засобів зв'язків вимагає вдосконалення системи захисту прав та інтересів фізичних осіб, вироблення нових способів визначення порушників у мережі, визначення та фіксації системи доказів, адже зі спливом часу може відбуватися зміна фотографії аканту, прізвища та імені користувача мережі. Викладені проблеми потребують додаткового дослідження з метою визначення способів їх вирішення.

Використані джерела:

1. Американка требует с Yahoo! 20 миллионов за свою фотографию, 02.03.2007г. Источник: Лента.Ру // Електроний ресурс: режим доступу: http://www.yurpractika.com/news.php?id=0011014

2. За эротическое видео с бывшим мужем «Вконтакте» женщина ответит в суде, 08.04.2010 г. Источник: Pravo.ru // Електроний ресурс: режим доступу: http://yurpractika.com/news.php?id=0020816

3. «Приманка» судебных приставов в «Одноклассниках» требует в суде компенсацію, 23.11.2009 г. Источник: Украина Криминальная // Електроний ресурс: режим доступу: http://www.yurpractika.com/news.php?id=0019294

4. Суд обязал польскую социальную сеть удалить с сайта старую школьную фотографию по иску одного из одноклассников, 06.03.2009 г. Источник: Новостей.COM // Електроний ресурс: режим доступу: http://www.yurpractika.com/news.php?id=0017011

5. Футболист «Шахтера» подал в суд на социальную сеть 14/08/09, Источник: Украина Криминальная // Електроний ресурс: режим доступу: http://www.yurpractika.com/news.php?id=0018287

Кульчій Олег Олександрович,
старший викладач кафедри правознавства
Полтавського університету економіки і торгівлі

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ ЗАСОБИ ПРОТИДІЇ ПРАВОПОРУШЕННЯМ У СФЕРІ ОБОВ'ЯЗКОВОГО СТРАХУВАННЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ АВТОВЛАСНИКІВ

Обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів (ОСЦПВВНТЗ) є одним із видів страхування, що незважаючи на економічні проблеми продовжує успішний розвиток і залучає найбільші суми страхових премій. Однією із найбільш гострих проблем досліджуваного виду страхування є правопорушення, зокрема найбільш злісні – страхове шахрайство. Протиправна поведінка учасників страхових правовідносин заподіює шкоду не тільки страховикам, але і страхувальникам, підвищуючи для них вартість страхових послуг. Загостренням проблеми загрожує прийняття, без адекватних заходів, спрямованих на недопущення зростання рівня правопорушень, законопроекту №4652-д «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо дорожньо-транспортних пригод та виплат страхового відшкодування» [2]. Він передбачає спрощення процедури оформлення ДТП, звільнення їх учасників від адміністративної відповідальності за умови спрощеного оформлення.

Термін страхове правопорушення вжито нами з метою уникнути розширеного тлумачення терміну «страхове шахрайство», під яким нерідко розуміють не тільки злочини, передбачені ст. 190 ККУ, але будь-яку протиправну поведінку суб'єктів договору страхування. Крім того, під терміном «правопорушення» можна розуміти протиправні діяння не лише страхових посередників, страхувальників та вигодонабувачів, але й страховиків, що нерідко мають місце. Оскільки, як слушно зазначає М.С. Жилкіна, об'єднувати під одним поняттям «шахрайство» правопорушення проти страховика і правопорушення, вчинені ним – безпідставно. Таке узагальнення є недоречним і з огляду на необхідність розмежування шахрайства та інших кримінальних злочинів (вчинюваних, наприклад, працівниками страховика), між порушеннями кримінального та цивільного за своїм характером страхового права, що є недоречним [4, 12].

Правопорушення у сфері страхування характеризуються доволі високим рівнем латентності, оскільки часто їх доволі складно виявляти. Відтак неможливо однозначно говорити і про втрати, яких зазнає страховий ринок від таких діянь. Нерідко для такого аналізу взагалі спираються на досвід іноземних держав. За різними оцінками кількість виплат, які припадають на випадки страхового шахрайства складає від 7 до 20%. Середні показники коливаються у межах 10-12%. Страхові компанії намагаються боротися із такими проявами без зайвого розголосу, оскільки це завдає шкоди іміджу компаній та страхування загалом.

Вчинення правопорушень в автострахуванні (КАСКО та ОСЦПВВНТЗ) є найбільш розповсюдженим. Поширеними проявами правопорушень у сфері ОСЦПВВНТЗ є: 1) приховування обставин, що мають істотне значення для визначення страхового ризику (наприклад, для розрахунку різноманітних коефіцієнтів); 2) укладання договору після настання страхового випадку; 3) інсценування спричинення шкоди власниками пошкоджених раніше транспортних засобів; 4) провокація ДТП з вини страхувальника («підстава»), 5) фальсифікація документів про ДТП (за участю співробітників ДАІ); 6) завищення вимог про відшкодування у випадку реального страхового випадку; 7) підміна водія, що спричинив ДТП на особу, відповідальність якої застрахована; 8) махінації з використанням втрачених/викрадених бланків полісів ОСЦПВВНТЗ (найчастіше за участі співробітників страховиків чи агентів).

Часто увага приділяється криміналістичним аспектам виявлення подібних правопорушень, організаційним заходам, спрямованим на їх недопущення та виявлення. Разом з тим, одним із дієвих заходів для перешкоджання таким проявам можуть бути норми цивільного страхового законодавства, і, перш за все,умови договору.

Досвід роботи канадських страховиків довів, що доволі ефективним засобом психологічного впливу на автовласників, які не є «професійними» правопорушниками є власноручне написання заяви, у якій вони повідомляють про свою обізнаність з існуванням обставин, які виключатимуть виплату страхового відшкодування (чи будуть підставою для повного чи часткового регресу). Це один із заходів, що можуть застосовуватися на етапі укладання договору.

Дієвим механізмом є створення єдиної централізованої бази даних щодо ОСЦПВВНТЗ, Положення про яку затверджене Розпорядженням Держфінпослуг № 566 від 9 липня 2010 р. [3]. Наповнення бази супроводжуватиметься збиранням персональних даних про страхувальників. Відтак доречно передбачити у Законі «Про ОСЦПВВНТЗ», яким визначено умови відповідного договору, пункт про згоду страхувальника на збір такої інформації [1]. У законопроекті № 4652-д уже враховано пропозицію науковців щодо обов'язку страхувальника чи вигодонабувача сприяти у розслідуванні причин та обставин ДТП [2]. Можна доповнити його умовою щодо збору СК додаткової інформації про вигодонабувача для перевірки при врегулювання збитків.

На сьогодні єдиним способом виконання СК свого обов'язку є виплата страхового відшкодування. У страхових випадках, коли є високою вірогідність страхового правопорушення виплату доцільно замінити оплатою послуг авторизваних майстерень, лікарняних закладів тощо. Відсутність можливості отримання готівки може відбити бажання у частини осіб вчиняти протиправні діяння. Необхідно передбачити неможливість використання такого інструменту СК для мінімізації витрат.

Доречним є заохочення з допомогою договору страхування (застосування понижуючих коефіцієнтів) обладнання автомобілів технічними пристроями які в майбутньому дозволять виключити можливість здійснення окремих видів протиправних дій (наприклад – відео-реєстратори). Застосування систем GPS із функцією запису дозволить відійти від визначення регіону переважного використання ТЗ лише з допомогою відомостей про місце реєстрації. Сьогодні високий коригуючий коефіцієнт (3,2-4,8) стимулює киян реєструвати ТЗ за місцем своєї реєстрації не у м. Київ або взагалі на інших осіб. Перспектива використання таких пристроїв передбачає необхідність розробки відповідних технічних регламентів, засобів захисту від втручання в їх роботу. Однак будь-які заходи спрямовані на запобігання страховим правопорушенням потребують відповідної цивільно-правової регламентації, основним критерієм ефективності таких положень слід вважати дотримання їх балансу із заходами, спрямованими на захист прав та законних інтересів страхувальників, потерпілих, адже переважна їх більшість не схильна до вчинення правопорушень.

Використані джерела:

1. Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів: Закон України № 1961-IV від 1.07.2004 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua

2. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо дорожньо-транспортних пригод та виплат страхового відшкодування: Проект Закону № 4652-д від 14.05.2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://gska2.rada.gov.ua

3. Про деякі питання здійснення обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів: Розпорядження Держфінпослуг № 566 від 09.07.2010 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua

4. Жилкина М.С. Страховое мошенничество: Правовая оценка, практика выявления и методы пресечения. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – 192 с.

Куреза Тетяна Василівна
аспірантка юридичного факультету
Київського національного економічного університету ім. В. Гетьмана

СТАНДАРТИ АУДИТУ ТА ЕТАПИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТІВ АУДИТУ

Серед чинників успішного розвитку економіки сучасної держави можна виокремити запровадження ефективних форм незалежного фінансового контролю, що здійснюється на підприємницьких засадах. Саме до такого виду діяльності й належить «аудит» як основна складова аудиторської діяльності.

Аудиторська діяльність, як вид підприємницької діяльності, виникла в Україні на початку 90-х років XX століття і вже пройшла кілька етапів свого розвитку. З огляду на останнє, вважаємо доцільним зосередити в подальшому увагу на якісному розвитку аудиту шляхом вдосконалення правового регулювання цієї діяльності.

Одним з ефективних способів вдосконалення правового регулювання аудиторської діяльності в Україні є впровадження у вітчизняну професійну практику аудиторів Міжнародних стандартів аудиту (далі – МСА), так як процес вдосконалення аудиторської діяльності відбувається насамперед на міжнародному рівні через уніфікацію діючої практики аудиту в усьому світі.

Слід підкреслити важливу роль стандартів аудиту для регулювання аудиторської діяльності, оскільки відповідно до положень Закону України «Про аудиторську діяльність» від 22.04.1993 (в редакції Закону від 14.09.2006) аудиторська діяльність у сфері фінансового контролю регулюється, зокрема, стандартами аудиту (стаття 2), які є обов'язковими для дотримання аудиторами, аудиторськими фірмами та суб'єктами господарювання (стаття 6).

Значення стандартів аудиту для регулювання цієї діяльності полягає також в тому, що вони: визначають методологічні засади проведення аудиту, забезпечують високу якість аудиторської перевірки, сприяють використанню в аудиторській практиці нових наукових досягнень, допомагають користувачам зрозуміти процес аудиторської перевірки, створюють громадський імідж професії, усувають необхідність контролю з боку держави, допомагають аудитору вести переговори із замовником, забезпечують зв'язок окремих елементів аудиторського процесу [1, 86].

Тобто, стандарти аудиту – це базові положення, що є обов'язковими для аудиторів в процесі їх професійної діяльності та встановлюють єдині вимоги до порядку здійснення аудиторської діяльності, оформлення результатів та оцінки якості аудиторських послуг.

Відзначимо, що стандартизацією прийомів аудиту, порядку підготовки та структури аудиторського висновку міжнародні організації почали займатися ще на початку XX століття [2, 33]. На даний час розробкою стандартів аудиту на міжнародному рівні займається створена в 1977 році Міжнародна федерація бухгалтерів (далі – IFAC) з штаб-квартирою в Нью-Йорку.

Оскільки як відзначав Р.Адамс, теорія аудиту значно відстає від його практики [3, 94], стандарти аудиту, які приймаються IFAC, не є сталими, а з метою задоволення вимог користувачів фінансової звітності та з урахуванням змін економічної ситуації підлягають постійному редагуванню Триваючий процес удосконалення МСА, безпосередньо впливає на аналогічні явища в нашій державі, оскільки в питанні стандартизації аудиторської діяльності Україна з самого початку здійснення такої діяльності орієнтувалась на діяльність IFAC та затвердженні останньою МСА.

На сьогодні можна стверджувати про існування кількох етапів запровадження МСА в Україні.

Перший етап (з 1993 р. по 2002 р.) розпочався після набрання чинності норм Закону України «Про аудиторську діяльність» від 22 квітня 1993 року, в якому вперше було закріплене положення щодо застосування в аудиторській практиці стандартів аудиту. В цей період в Україні діяли Національні нормативи аудиту, які розроблялись та затверджувались Аудиторською палатою України (далі – АПУ) на основі МСА.

Другий етап (з 2003 р. по 2006 р.) розпочався після прийняття АПУ рішення від 18 квітня 2003 року (протокол № 122) відповідно до якого в якості Національних стандартів аудиту були прийняті Стандарти аудиту та етики Міжнародної федерації бухгалтерів.

Третій етап (період з 2007 р. по теперішній час) розпочався після набрання чинності Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про аудиторську діяльність» від 14 вересня 2006 року, нормами якого встановлено, що стандарти аудиту приймаються АПУ на основі стандартів аудиту та етики Міжнародної федерації бухгалтерів.

Аналізуючи практику розроблення національних стандартів аудиту за останні роки, можна констатувати, що в Україні з 2003 року власні стандарти фактично взагалі не розробляються, а використовуються стандарти аудиту, затверджені IFAC.

У цілому схвалюючи процес запровадження в Україні МСА, відзначимо, що таке запровадження має здійснюватися з дотриманням вимог чинного законодавства. Натомість, фактичне дублювання тексту МСА в якості національних стандартів аудиту, суперечить вимогам статті 6 Закону України «Про аудиторську діяльність», відповідно до яких стандарти аудиту приймаються на основі стандартів аудиту та етики Міжнародної федерації бухгалтерів з дотриманням вимог цього Закону та інших нормативно-правових актів. Тобто, це положення закону встановлює обов'язок АПУ затверджувати в якості національних стандартів самостійно розроблені документи, що в своїй основі мають, проте не копіюють МСА.

Подібного роду занадто «прискорене» запровадження МСА в національну практику не лише суперечить чинному законодавству, й породжує ряд труднощів практичного характеру, що виникають перед АПУ, вітчизняними аудиторами, наприклад, в процесі перекладу МСА або їх практичного застосування.

Так, МСА розробляються IFAC на англійській мові, а отже при їх перекладі на українську мову, так як, до речі і на будь-яку іншу мову, можуть виникати неузгодженості щодо ключових термінів та понять.

Окрім того, МСА мають великий обсяг (видання 2007 року викладено на 1172 сторінках), й в них щорічно IFAC вносяться зміни, а отже перед АПУ постає достатньо важке завдання щодо постійного (щорічного) перекладу та затвердження нової редакції МСА.

Тобто, повне дублювання МСА в якості національних стандартів аудиту, а не використання основ МСА, призводить до перманентного процесу редагування національних стандартів аудиту, чого, звісно, бажано уникати.

Зважаючи на вищезазначене та з метою вдосконалення правового регулювання аудиторської діяльності вважаємо, що повноваження АПУ в частині стандартизації аудиторської діяльності мають бути розширені, та АПУ має не лише затверджувати стандарти аудиту, й розробляти коментарі до стандартів аудиту, в яких мають висвітлюватися питання практичного застосування МСА з урахуванням норм чинного законодавства України. Крім того, АПУ має здійснювати діяльність з підвищення кваліфікації аудиторів в рамках якої проводити науково-практичні семінари з питань застосування МСА.

Так як переклад МСА, розробка коментарів до них, діяльність з підвищення кваліфікації має здійснюватись АПУ на професійному рівні, на нашу думку при АПУ необхідно створити «Науково-методичний центр з питань запровадження МСА», який має формуватись з перекладачів, аудиторів-науковців та з аудиторів-практиків. Джерело фінансування цього Центру – плата, що надходитиме від аудиторів за підвищення кваліфікації.

На нашу думку такі заходи позитивно вплинуть на стан запровадження в Україні МСА. Задля їх реалізації пропонується внести зміни до Закону України «Про аудиторську діяльність», доповнивши частину 2 статті 12 «Повноваження Аудиторської палати України» абзацами такого змісту: «розробляє та затверджує коментарі до стандартів аудиту; здійснює підвищення кваліфікації аудиторів».

Використані джерела:

1. Бутинець Ф.Ф. Аудит: підручник для студентів спеціальностей «Облік і аудит» вищих навчальних закладів – 3-тє вид., допов. і переоб. – Житомир: ПП «Рута», 2006. – 360 с.

2. Родионова В.М., Шлейников В.И. Финансовый контроль: Учебник. – М.: ИД ФБК-ПРЕСС, 2000. – 320 с.

3. Адамс Р. Основы аудита: Пер. с англ. /Под ред. Я.В.Соколова. – М.: Аудит, ЮНИТИ, 1995. – 398 с.

Ловцевич Ирина Николаевна,
студентка 4 курса юридического факультета
Белорусского государственного университета

ОБМЕН ЖИЛЫХ ПОМЕЩЕНИЙ И МЕНА ЖИЛЫМИ ПОМЕЩЕНИЯМИ

При квалификации конкретного правоотношения как обмена жилых помещений либо договора их мены часто возникают вопросы не только практического свойства, но и теоретического характера. В литературе по этому поводу высказаны различные точки зрения. Некоторые авторы употребляют эти понятия как синонимы, однако доминирующей является точка зрения, признающая обмен и мену жилыми помещениями различными соглашениями. На этой позиции стоит и белорусский законодатель. Поэтому обмен жилых помещений следует отличать от договора их мены.

Отграничить обмен жилых помещений от договора их мены можно по следующим основным признакам:

1. Правовая природа сделки. Договор мены жилыми помещениями опосредует переход права собственности на жилые помещения, а при обмене передаются права и обязанности нанимателя жилого помещения государственного жилищного фонда, собственника либо члена организации граждан застройщиков.

2. Субъектный состав. Стороной в сделке по обмену жилого помещения может выступать наниматель жилого помещения в домах государственного жилищного фонда за исключением жилых помещений социального пользования, служебных жилых помещений, общежитий и специальных жилых помещений, собственник индивидуального жилого дома или квартиры в блокированном или многоквартирном жилом доме, член организации граждан-застройщиков (жилищно-строительного или жилищного кооператива) [6, с. 44]. При обмене жилых помещений сторонами могут быть только физические лица, при этом, как минимум, одна сторона не является собственником жилья. При мене жилыми помещениями обе стороны являются собственниками занимаемых жилых помещений. Сторонами в договоре мены жилыми помещениями могут быть как физические, так и юридические лица.

3. Предмет. Согласно п. 4 Правил обмена жилых помещений государственного жилищного фонда в Республике Беларусь, утвержденных постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 2 августа 1999 г. N 1191[4] (далее - Правила от 2 августа 1999 г.), предметом обмена может быть жилое помещение, представляющее собой отдельную квартиру или другое изолированное жилое помещение, состоящее из одной или нескольких комнат, одноквартирный жилой дом, т. е. предметом обмена всегда является жилое помещение. По договору мены можно обменять жилое помещение как на жилое помещение, так и на иное имущество.

4. Условия заключения сделки. Обмен жилых помещений возможен при соблюдении определенных условий. Так, наниматель жилого помещения государственного жилищного фонда вправе произвести обмен занимаемо жилого помещения при наличии письменного согласия совместно проживающих совершеннолетних членов семьи, а также иных граждан, за которыми сохраняется право пользования жилым помещением, и разрешения наймодателя (п. 2 Правил от 2 августа 1999 г.). Для обмена жилых помещений гражданами, над которыми

установлена опека (попечительство), и жилых помещений, в которых проживают несовершеннолетние члены семьи нанимателя, требуется также согласие органа опеки и попечительства (п. 5 Правил от 2 августа 1999 г.). При мене жилыми помещениями сторонами являются собственники, которые реализуют свои правомочия по распоряжению жилыми помещениями, поэтому для них подобного рода ограничения не установлены. Однако применив в соответствии с п. 2 ст. 538 Гражданского кодекса Республики Беларусь [1] (далее – ГК) к договору мены правила о купле-продаже, можно сделать вывод, что существенным условием договора мены жилыми помещениями является перечень лиц, сохраняющих в соответствии с законодательными актами право пользования этими жилыми помещениями. Если же сторонами не будет достигнуто соглашение по этому существенному условию договор мены будет считаться незаключенным (ч. 1 п. 1 ст. 402 ГК).

В соответствии с п. 2 ст. 529 ГК договор мены жилыми помещениями считается заключенным с момента государственной регистрации. А соглашение об обмене жилыми помещениями вступает в силу с момента заключения одной из сторон обмена договора найма жилого помещения либо получения регистрационного удостоверения или свидетельства (удостоверения) о государственной регистрации (п. 10 Правил от 2 августа 1999 г.).

Рассматриваемый вопрос не является чисто теоретическим. Для договоров обмена жилых помещений и их мены предусмотрено различное правовое регулирование. Обмен жилых помещений урегулирован нормами жилищного законодательства, а именно Жилищным кодексом Республики Беларусь [2] (далее – ЖК) и Правилами от 2 августа 1999 г. К договору же мены жилыми помещениями применяются правила гл. 31 ГК «Мена». А также в соответствии с ч. 2 ст. 538 ГК к этому договору могут быть применены соответственно правила о купле-продаже (глава 30 ГК), если это не противоречит правилам главы 31 ГК и существу мены. При этом каждая из сторон признается продавцом товара, который она обязуется передать, и покупателем товара, который она обязуется принять в обмен.

Различен и порядок оформления договоров обмена жилых помещений и их мены. Так, в соответствии с п. 6 Правил от 2 августа 1999 г. обмен жилых помещений оформляется соответствующим исполнительным и распорядительным органом. А договор мены жилыми помещениями подлежит государственной регистрации в соответствии с пп. 3.1 п. 3 ст. 9 Закона Республики Беларусь от 22.07.2002 N 133-З "О государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним"[3]. Обмен жилых помещений в домах государственного жилищного фонда, являясь гражданско-правовой сделкой, в отличие от договора мены, тесно связан с административно-правовыми отношениями между участниками обмена и органами управления административно-территориальных единиц, оформляющих обмен [5, с. 540].

Кроме того, нужно учитывать и то обстоятельство, что для сторон договора мены не действует ряд условий, предусмотренных законодательством, при которых обмен жилых помещений не допускается (ст. 33 ЖК, п. 9 Правил от 2 августа 1999 г.).

Использованные источники:

1. Гражданский кодекс Республики Беларусь: Кодекс Респ. Беларусь, 7 дек. 1998 г., № 218-З (с изм. и доп.) // Ведамасці Нац. сходу Рэсп. Беларусь. 1999. № 7–9. Ст. 101; Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2000. – № 69. – 2/190; 2001. – № 46. – 2/750; 2002. – № 7. – 2/828; № 62. – 2/853; № 75. – 2/862; № 84. – 2/877; № 128. – 2/897; 2003. – № 1. – 2/908; № 8. – 2/932; № 74. – 2/960; 2004. – № 4. – 2/1016; № 137. – 2/1065; 2005. – № 73. – 2/1106; 2006. – № 6. – 2/1173; № 18. – 2/1196; № 78. – 2/1212; № 106. – 2/1234; № 107. – 2/1235; № 114. – 2/1247; № 122. – 2/1257; № 122. – 2/1259; 2007. – № 4. – 2/1290; № 118. – 2/1309; № 132. – 2/1330; № 199. – 2/1375; № 305. – 2/1397; № 305. – 2/1398; 2008. – № 157. – 2/1444; N 170. – 2/1463; 2010. – N 6. – 2/1648.

2. Жилищный кодекс Республики Беларусь: Кодекс Респ. Беларусь, 22 марта 1999 г., N 248-З // Ведамасці Нац. сходу Рэсп. Беларусь. 1999. № 15. Ст. 318; Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – Беларусь. – 1999. - N 28. - 2/23.

3. О государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним: Закон Респ. Беларусь, 22 июля 2002 г., N 133-З (с изм. и доп.) // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. - 2002. - № 87. - 2/882; 2003. - № 8. - 2/926; 2006. - № 78. - 2/1212; N 179. - 2/1267; 2007. - N 118. - 2/1309; 2008. - N 119. - 2/1432; N 172. - 2/1475; 2009. - N 276. - 2/1608; 2010. - N 17. - 2/1661.

4. Правила обмена жилых помещений государственного жилищного фонда в Республике Беларусь: утв. постановлением Совета Министров Респ. Беларусь от 2 августа 1999 г. № 1191 (с изм. и доп.) // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. - 1999. - № 61. - 5/1384; 2005. - №196. - 5/16917; 2006. - № 130. - 5/22730; № 15. - 5/24516; 2007. - N 144. - 5/25349; 2008. - N 6. - 5/26438; N 188. - 5/28107; 2010. - № 18. - 5/32238.

5. Гражданское право. В 3 т. Т. 2: учебник/ Т.В. Авдеева [и др.]; под ред. д-ра юрид. наук, профессора, засл. Юриста БССР В.Ф. Чигира. – Минск: Амалфея, 2010. – 960 с.

6. Чигир, В.Ф. Обмен жилых помещений / В.Ф. Чигир // Юстиция Беларуси. -2000. - № 4. - С. 44-48.

Логвінова Марія Володимирівна
кандидат юридичних наук , заступник директора Юридичного інституту Прикарпатського національного університету ім. В.Стефаника

ПРО ПИТАННЯ, ЩО ВИНИКАЮТЬ ПРИ ПОРУШЕННІ ПРАВ ДІТЕЙ ПІСЛЯ ЇХ УСИНОВЛЕННЯ ІНОЗЕМНИМИ ГРОМАДЯНАМИ

За загальним правилом, у випадках, коли внаслідок усиновлення порушені права дитини, передбачені законодавством України та міжнародними угодами України, або усиновлення не відповідає інтересам дитини, воно може бути скасоване або визнане недійсним у судовому порядку згідно із законодавством України (ст.ст.236-240 Сімейного кодексу України).

Крім того, за наявності підстав, передбачених ст.164 СК України, усиновлювач може бути позбавлений батьківських прав (ст.242 СК України).

Проте розділ VI СК України не передбачає норми, яка б чітко визначала, що процедура визнання усиновлення недійсним або скасування усиновлення поширює свою дію на усиновлювачів – іноземців. Хоча ст. 69 Закону України "Про міжнародне приватне право" [1] визначає, що усиновлення та його скасування регулюються особистим законом дитини та особистим законом усиновлювача.

Фактично, національний законодавець передбачає тільки одну підставу для припинення усиновлення за участю іноземного елемента - його скасування. Таке твердження підсилюється положеннями договорів про правові відносини та правову допомогу у цивільних справах між Україною та Латвією, Грузією, Естонією, Польщею, Узбекистаном, в яких регулюється питання скасування усиновлення. Проте в договорах про правові відносини та правову допомогу у цивільних справах, укладених Україною з В'єтнамом, Корейською Народно-Демократичною Республікою, Туреччиною, містяться норми, присвячені питанням скасування усиновлення та визнання усиновлення недійсним. [2]

Отже, на сьогодні залишається відкритим питання про вид сімейно-правової санкції, яка буде застосовуватися до усиновлювача-іноземця у разі порушення ним прав усиновленої дитини-громадянина України.

Оскільки сімейне законодавство більшості іноземних держав визнає скасування усиновлення як єдину підставу його припинення (Польща, Республіка Австрія, Республіка Беларусь, Республіка Хорватія, Російська Федерація, Словацька Республіка), то, на наш погляд, в нормах розділу VI СК України має знайти відображення положення про можливість скасування факту усиновлення іноземцем дитини, яка є громадянином України.

По суті запропоноване доповнення СК України не вносить суттєвих корективів у сферу усиновлення дитини, яка є громадянином України, іноземцем. Проте додаткові

уточнення і конкретизація правовідносин щодо порушення процедури усиновлення або неналежного виконання усиновлювачами-іноземцями своїх батьківських обов'язків у жодному випадку не будуть зайвими.

До того ж, сьогодні крім чітко визначених в ст. 238 СК України підстав для скасування усиновлення, необхідно встановити додаткові підстави скасування усиновлення для іноземних усиновлювачів. Так, скасування усиновлення доцільно передбачити для іноземців, які ухиляються від виконання взятих на себе зобов'язань (що є обов'язковим для іноземних осіб при оформленні усиновлення на території України) перед консульськими установами щодо інформування про виховання та проживання дитини в їх сім'ях. Ставити питання про скасування усиновлення за участю іноземців-усиновлювачів доречно і в тих випадках, коли такі усиновлювачі умисно переховують дитину від представників консульських установ України, які в свою чергу мають право спілкуватися з такою дитиною та спостерігати за умовами її життя. Це положення зумовлене тим, що усиновлювачі-іноземці, які мають на меті використання таких дітей у своїх корисних цілях можуть завдати шкоди правам дітей, або спричинити розлади в їх психічному чи фізичному розвитку. Саме цим і може бути зумовлено умисне перешкоджання зустрічам дітей з представниками українських консульських установ. Тому з метою постійного контролю та нагляду за вивезеними усиновленими дітьми, які є громадянами України, доцільно запровадити додаткові підстави для скасування усиновлення, що буде виступати гарантією від свавілля та протизаконного поводження з усиновленими іноземцями дітьми. Вважаємо, що висловлена пропозиція має бути підтримана парламентом з огляду на численні порушення усиновлювачами-іноземцями взятих на себе зобов'язань.

Проте одразу виникає ще одна проблема – проблема влаштування усиновленої дитини після скасування факту усиновлення іноземними особами.

Чинним сімейним законодавством України така ситуація не врегульована. Що робити з дитиною, усиновлювачі якої в результаті судового рішення про скасування усиновлення, втрачають щодо неї правові зв'язки, залишається під знаком питання.

За логікою речей така дитина мала би виїхати з держави проживання усиновлювачів до держави її походження – держави, звідки вона була усиновлена. Проте в ряді країн склалася практика, згідно якої можливою є передача усиновленої в іноземній державі дитини від одних усиновлювачів – громадян конкретної держави до інших усиновлювачів – громадян цієї ж держави. Наприклад, в Канаді у випадках відмови усиновлювачів від дитини або невиконання за підтвердженим судовим рішенням висновку центрального органу про недоцільність перебування усиновленої дитини в сім'ї усиновлювачів дитина може бути передана під опіку іншій сім'ї або опікунській установі і в подальшому усиновлена іншою сім'єю за повною процедурою усиновлення, встановленої законодавством суб'єкта федерації. При цьому при припиненні усиновлення дитина – іноземець за її бажанням може бути після погодження цього питання центральним органом суб'єкта федерації з компетентними органами держави усиновлення повернена в цю державу за рахунок суб'єкта федерації. [3]

Згідно з абз.2 ст.46а Закону Чеської Республіки „Про сім'ю" якщо усиновлена дитина перебуватиме в сім'ї під загрозою або будуть порушуватися її права при вихованні, або якщо батьки-усиновлювачі з поважних причин неспроможні забезпечити виховання дитини, суд може ухвалити рішення про виховання дитини в дитячому будинку. [4]

Законодавство більшості держав, громадяни яких виступають усиновлювачами українських дітей, не містить норм, присвячених подальшому влаштуванню дітей, усиновлення яких скасоване.

Така ситуація невизначеності досить тісно пов'язана з питанням громадянства усиновлених дітей. Якщо дитина не досягла 18-річного віку і не змінила громадянства, тобто залишається громадянином України, зрозуміло, що не існує жодних перешкод для повернення дитини в Україну. У разі автоматичного набуття дитиною до досягнення 18-річного віку громадянства держави проживання, процедура скасування усиновлення відбувається за правилами держави проживання сім'ї усиновлювачів, і така дитина після

ухвалення судом відповідного рішення залишається в цій державі та підлягає усиновленню за процедурою, встановленої іноземним законодавством.

Таким чином, від вирішення на міждержавному рівні питання громадянства усиновлених дітей залежить вирішення питання щодо влаштування дітей, усиновлення яких скасоване. Поки що доля таких дітей залежить, на жаль, від випадковостей.

Використані джерела:

1. Закон України „Про міжнародне приватне право" від 23 червня 2005 року // Урядовий кур'єр. – Орієнтир. – 31 серпня 2005 року. - №163.

2. Міжнародні договори України про правові відносини та правову допомогу : У 2 т. / М-во юстиції України; Редкол.: Л.М.Горбунова та ін. - К.: Концерн "Видавничий Дім "Ін Юре", 2004.

3. Щодо міжнародного усиновлення в Канаді // Лист Посольства України в Канаді № 6144/1-546-081 від 30 січня 2003 року.

4. Лист консульського відділу Посольства України в Чеській Республіці №500/141-КВ від 1 лютого 2003 року.

Лоза Наталія Геннадіївна

студентка 2 курсу Хмельницького університету управління та права.

ДО ПИТАННЯ ПРО ЮРИДИЧНУ ПРИРОДУ ПСЕВДОНІМУ

Питання псевдоніму є досить актуальним в наш час, так як до можливості користування ним фізичні особи вдаються досить часто. В тлумачному словнику української мови термін «псевдонім» означає прибране ім'я, прізвище або авторський знак, що ним користуються публічні особи замість власного прізвища або імені й прізвища. Псевдонім , як і ім'я особи, є засобом індивідуалізації особи, але лише у певній сфері діяльності, причому найбільш поширеною формою.

Люди ще здавна почали користуватись видуманими іменами та прізвищами через ряд зовнішніх факторів , таких, як : прагнення замінити дуже довге ім'я коротшим, таким, що запам'ятовується; прагнення узяти ім'я, що «говорить», відповідне вибраному роду діяльності, особистій творчій або цивільній позиції, естетичним перевагам епохи; прагнення узяти ім'я, що не виділяє людини за національною ознакою, не фіксує загальної уваги на його походженні; прагнення «розійтися» в іменах з іншою особою, що діє в цій сфері і носить те ж або схоже ім'я, тощо ;

На сьогодні право на псевдонім регламентується Законом України «Про авторське право і суміжні права» та Цивільним кодексом України. Законодавцем визначено , що псевдонім – це вигадане ім'я , вибране автором чи виконавцем для позначення свого авторства . Також цивільним законодавством України закріплено поняття псевдоніму як складової частини імені автора. Тобто можна впевнено стверджувати, що право обирати псевдонім належить до особистих немайнових прав особи автора та виконавця твору . Та все ж це питання не врегульовано в достатньому обсязі. Так , авторське право не тільки регулює використання псевдоніма у зв'язку з використанням творів, а й дещо обмежує використання вигаданого імені. Все ж, в більшості випадків псевдонім у деякому сенсі входить в саме поняття «твір» і відповідно охороняється за нормами охорони недоторканості твору. Отже, можна визначити, що право фізичної особи на ім'я та право на псевдонім подібні але не однакові, так як право на псевдонім є виключним правом авторів. Таким чином спостерігаємо зв'язок «твір - ім'я - особистість».

Доречно розглянути псевдонім під таким кутом зору, як об'єкт авторського права фізичної особи. Гарним прикладом може слугувати використання юридичною особою достатньо «розкрученого» псевдоніму як знак власної торгової марки. Така недоброякісна реклама також може привести до суду суб'єктів цивільного права.

На даний момент неможливо вважати , що такі види псевдонімів підлягають тим же видам захисту, якими користується офіційне ім'я. Вважаючи, що псевдонім та ім'я маюсь ряд спільних функцій, йому необхідно забезпечити належний захист. Для врегулювання цієї проблеми законодавець зобов'язаний звернути увагу на ряд принципових питань щодо встановлення псевдоніму : він повинен реально індивідуалізувати свого носія; не може збігатись з офіційним ім'ям третьої особи, при умові, якщо вона займається тим же видом діяльності, що й носій псевдоніму, оскільки це призведе до змішування осіб; користування вигаданим ім'ям для осіб, що займаються в відповідній сфері діяльності має бути не заборонено законом; встановлення вичерпного переліку осіб, що мають право обирати собі псевдонім за відповідною сферою діяльності, а також розглянути проблемне питання належності псевдоніму фізичній особі та умови його невідчужованості від неї.

Розглядаючи псевдонім, як виключне право фізичної особи та об'єкт цивільних правовідносин , можна знайти його зв'язок з кримінальний процесом. Так , Кримінально-процесуальний кодекс України передбачає, що свідок, який дає показання під псевдонімом, не може бути допитаний щодо дійсних даних про його особу; а інша особа, яка має відомості про дійсні дані про «свідка під псевдонімом», також не може розкривати дані про особу такого свідка .

З цього доцільно визначити, що розкриття таємниці псевдоніму може призвести до негативних наслідків не тільки у вигляді цивільної , а й кримінальної відповідальності.

Має місце й інший вид захисту таємниці псевдоніму. Так, вигадане ім'я може визначатись приватною інформацією про особу, яка є конфіденційною, тобто з обмеженим доступом. Це питання врегульоване Конституцією України, Законом України «Про інформацію», а офіційне тлумачення викладене у Рішенні Конституційного суду України №5-зп від 30 жовтня 1997 (справа К.Г. Устименка). В Україні забороняється не лише збирання, а й зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її попередньої згоди, крім випадків, передбачених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту, прав та свобод людини. Хоча і в цьому випадку має місце виняток : можливість розкриття таємної інформації про особу при розслідуванні справи , де наявний склад правопорушення.

Не можна не згадати Закон України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні» , де сказано, що таємниця авторства може бути розкрита виключно на вимогу суду. Це безперечно позитивний момент, оскільки лише компетентний орган може визначити рівень таємниці псевдоніму, розставити державні та суспільні пріоритети.

Підсумовуючи вищесказане, можна зазначити, що псевдонім хоч і виступає об'єктом цивільного права, все ж може тягнути за собою негативні наслідки як у вигляді кримінальної так і цивільної відповідальності. Тому вигадане ім'я слід використовувати добросовісно та у відповідності до загальних принципів цивільного права.

Лукомська Олеся Василівна
помічник адвоката ТОВ «Адвокатське об'єднання «Салком Інтер»

ІПОТЕЧНІ ЦІННІ ПАПЕРИ В СИСТЕМІ ІПОТЕЧНОГО КРЕДИТУВАННЯ

Система іпотечного кредитування за своєю правовою суттю не є однорідною і поділяється на два рівні.

Перший рівень у системі іпотечного кредитування, що передбачає проведення операцій із продажу іпотечної позики одним кредитором іншому становлять заставні, що не є емісійними цінними паперами. Правове регулювання здійснення випуску та обігу заставних здійснюється відповідно до Закону України «Про іпотеку».

Другий рівень системи іпотечного кредитування становить механізм сек'юритизації іпотечних кредитів у іпотечні цінні папери. За таким механізмом право вимоги за іпотечними кредитами не передається, а випускаються цінні папери, забезпечені цими кредитами. Тобто,

в цьому випадку іпотечні цінні папери виступають як емісійні. До них, за українським законодавством, належать: іпотечні сертифікати; іпотечні облігації; сертифікати фондів операцій з нерухомістю (сертифікати ФОН).

За своєю суттю сек'юритизація іпотечних кредитів у іпотечні цінні папери є сек'юритизацією активів. Реалізація процесу сек'юритизації активів потребує використання складних юридичних концепцій. Виділенні активи підприємства, що дають право на отримання грошових виплат, збираються в єдиний пул, потім він рефінансується шляхом випуску цінних паперів. З грошових платежів, що генеруються даним пулом активів, в наступному виплачується сума основного боргу та відсотки за випущеними цінними паперами.

У зарубіжній літературі дається узагальнене визначення терміну «сек'юритизація активів» – це інноваційний спосіб фінансування, за якого: диверсифіційований пул фінансових активів виділяється з балансу банку чи іншого підприємства; набуває юридичну самостійність шляхом передачі спеціально створеній юридичній особі; яке здійснює його рефінансування за допомогою випуску цінних паперів.

Для української правової системи та наукової думки поняття «сек'юритизація активів» є досить новим. Відсутнє спеціальне законодавство з питань сек'юритизації активів. Саме тому необхідне детальне вивчення, узагальнення, формування понятійного апарату на рівні фахівців та законотворців.

На сьогодні в Україні використовуються терміни «сек'юритизація» та «сек'юритизація активів», які є максимально наближеним перекладом термінів з англійської мови, що допомагає зберегти оригінальний характер даних фінансово-правових механізмів. У Франції ж вже укорінилося власне спеціальне визначення для сек'юритизації активів – Titrisation. В німецькомовних країнах взагалі використовується кілька термінів : випуск цінних паперів під майно, активи чи кредит (Vermogens-, Aktiven-, Kreditiverbriefung), оформлення вимоги у вигляді цінних паперів (Verbriefung von Forderung), цінні папери з покриттям чи заставним забезпеченням (Vermogensgedeckte oder kollateralisierte Wertpapier) тощо. Проте всі ці терміни є не зовсім точними. На нашу думку, більш доцільним, ефективним та коректним є використання термінів «сек'юритизація» та «сек'юритизація активів», перш за все, тому, що вони дозволяють зберегти оригінальний характер назв відповідних механізмів, що прийшли з англо-американської практики.

В українському законодавстві термін «сек'ютиризація» зустрічається лише на рівні підзаконних нормативних актів. Під сек'юритизацію розуміються залучені банками кредити, що рефінансуються за допомогою боргових цінних паперів на міжнародних фондових ринках; облігації, забезпеченні пулом заставних.

Дане визначення є досить вузьким, на нашу думку, це обумовлене тим, що воно міститься у спеціальному підзаконному нормативному акті, який регулює діяльність банків. Було б виправданим прийняття спеціального закону, який визначав би поняття і особливості регулювання механізму сек'юритизації та сек'юритизації активів. Такий досвід має, зокрема, одна з пост радянських республік – Казахстан. Закон Республіки Казахстан «Про сек'юритизацію» було прийнято ще 20.02.2006 року. Названий Закон визначає сек'юритизацію як фінансування під уступку грошової вимоги шляхом випуску облігацій, забезпечених відокремленими активами. Під угодою сек'юритизації розглядається набуття спеціальною фінансовою компанією права вимоги і випуск облігацій, забезпечених виділеними активами.

Спеціальні законодавчі акти щодо іпотечних цінних паперів, які пов'язані із сек'юритизацією, діють також у Європейському Союзі (Директива про угоди про спільні інвестиції в обігові цінні папери, 1998року) і у США (законодавчий акт щодо розвитку вторинного іпотечного ринку, 1984року).

У Директиві 2006/48/ЄС Європейського Парламенту та Ради про започаткування та здійснення діяльності кредитних установ від 14.06.2006 року було закріплено розподіл сек'юритизації на «традиційну сек'юритизацію» та «синтетичну сек'юритизацію». Основною відмінністю між цими двома видами сек'юритизації є те, що при синтетичній сек'юритизації пул ризикових уражуваностей не вилучається з балансу кредитної установи-ініціатора. В той

час коли традиційну сек'юритизацію можна назвати іншими словами «позабалансовою сек'юритизацією». У випадку традиційної сек'юритизації емітентом є спеціальностворена юридична особа (Special Purpose Vehicle – SPV), якій кредитор за грошовими зобов'язаннями, він же «оригінатор», продає право вимоги за грошовими зобов'язаннями. Метою створення SPV є відокремлення активів, що підлягають сек'юритизації, від оригінатора і відповідно зменшення ризиків. Крім того, в угоді сек'юритизації також бере участь обслуговуючий агент (servicer), який приймає платежі від боржників, веде роботу з тими з них, у яких виникла заборгованість за кредитом, а також звертає стягнення на заставу за забезпеченими кредитами. При цьому в ролі сервісного агента може виступати і сам оригінатор. В угодах сек'юритизації спеціально створена юридична особа юридично не залежить від оригінатора та не несе відповідальності перед його кредиторами, що забезпечує незалежність виплат за цінними паперами від фінансового стану оригінатора.

Названі вище принципи певною мірою відображені, зокрема, у ст. 19 Закону України «Про іпотечні облігації». Відповідно до даної статті іпотечні активи, що були придбані спеціалізованою іпотечною установою і включені до складу іпотечного покриття, вважаються придбаними у безвідкличному порядку, тобто без права їх заміни, зворотного викупу або передачі, за винятками, передбаченими відповідним Законом. У разі порушення провадження у справі про банкрутство особи, яка відступила права за іпотечними активами, або призначення тимчасової адміністрації чи ліквідатора розпорядник майна такої особи не в праві вимагати повернення цих іпотечних активів, крім випадків, коли їх передача була здійснена внаслідок протиправних дій, про які емітент структурованих іпотечних облігацій знав або повинен був знати.

У нашій країні здійснено два випуски іпотечних облігацій за двома різними схемами. Відповідно до першої, «внутрішньої», ВАТ КБ «Укргазбанк» розмістив у березні 2007 року дебютні іпотечні облігації на 50 млн. гривень під 10,3% річних. У 2007 році КБ «Приватбанк» продав портфель іпотечних кредитів на 180 млн. доларів своїй SPV - Mortgage Loan Finance №1.

Сек'юритизація активів КБ «Приватбанк» є прикладом традиційної сек'юритизації активів та характеризується такими ознаками: сформульовано пул іпотечних кредитів та укладено угоди з емітентом облігацій про продаж права вимоги за ними на суму близько 185 млн. доларів США. У цьому випадку КБ виступає оригінатором. Було сек'юритизовано близько 10 тис. іпотечних кредитів, виданих у доларах США фізичним особам у різних областях України (Дніпропетровській, Київській, Закарпатській та ін.). Емітентом облігацій, що забезпечені житловою іпотекою, є спеціально створена юридична особа. При чому дана SPV створена відповідно до законодавства Об'єднаного королівства Велика Британія та Уельс і називається «Ukrainian mortgage loan finance No. 1 Pls». Прикладом «синтетичної сек'юритизації» на теренах України є випуск іпотечних облігацій згадуваним вище ВАТ КБ «Укргазбанк». Дані іпотечні облігації були випущені відповідно до Закону України «Про іпотечні облігації». Вказані облігації перебувають у вільному обігу на фондовому ринку. Забезпечені дані облігації правами вимоги за виданими банком іпотечними кредитами, а кошти, отримані від позичальників, використовуються для виплат власникам облігацій. Тобто, забезпечення іпотечних облігацій не передано іншій спеціально створеній юридичній особі, а залишається на балансі банку. Такий спосіб сек'юритизації є відносно простим і менш витратним у порівнянні з «традиційною сек'юритизацією». Проте не варто забувати і про недоліки такого способу сек'юритизації: емітент зазнає ризику дострокового погашення позичальниками своїх грошових зобов'язань; також емітент зазнає кредитного ризику та ризику ліквідності.

У світовій практиці першим прикладом балансової сек'юритизації можна вважати випуск іпотечних цінних паперів відповідно до Указу Фрідріха II від 29.08.1769 року. Після 7-річної війни між Прусією та Австрією король Фрідріх II ввів у обіг іпотечні цінні папери для покриття недостачі коштів у королівстві.

Мальський Маркіян Маркіянович
аспірант кафедри цивільного права і процесу юридичного факультету
Львівського національного університету ім. І. Франка

СУБ'ЄКТНИЙ СКЛАД АРБІТРАЖНОЇ УГОДИ

У міжнародній арбітражній практиці в абсолютній більшості випадків сторонами арбітражної угоди і відповідно арбітражного розгляду є юридичні особи. Проте, ані міжнародно-правові акти, ані у більшості випадків внутрішнє законодавство держав не виключають можливості укладання арбітражної угоди і фізичними особами. Особливим випадком є ситуація коли стороною арбітражної угоди є держава чи державне підприємство.

Перше речення Нью-Йоркської конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958 року одразу вказує на можливість визнання арбітражного рішення, винесеного на основі арбітражної угоди, стороною якої є фізична особа. Так, у п. 1 ст. I конвенції зазначено, що конвенція застосовується до визнання і виконання рішень по спорах, сторонами яких можуть бути як юридичні, так і фізичні особи.

Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 року теж передбачає у п. 1 ст. I, що сторонами арбітражної угоди можуть бути як фізичні, так і юридичні особи.

Що ж стосується Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», то Т.Захарченко наголошує, що суб'єктивний склад сторін спору і відповідно арбітражної угоди (комерційні підприємства, підприємства з іноземними інвестиціями, міжнародні об'єднання і організації), що міститься в ст. 1 закону, не є вичерпний, оскільки на розгляд в арбітраж можуть подаватися спори з іншими суб'єктами права України [1, 42].

У свою чергу, для прикладу, Закон України «Про третейські суди» чітко визначає можливість укладання третейської угоди і участі в третейському розгляді, як юридичними, так і фізичними особами.

Наукова доктрина теж підтверджує можливість укладання арбітражної угоди, як фізичними, так і юридичними особами. Так, Л. Лунц і М. Малишева чітко визначають арбітражну угоду, як угоду «юридичних чи фізичних осіб» [3, 215].

Окремої уваги заслуговує проблематика, що виникає, коли стороною арбітражної угоди є держава. У цьому контексті термін «держава» тлумачиться широко і охоплює власне державу, а також інших суб'єктів, що мають публічно-правовий статус або якимось чином пов'язаних з державною власністю. До таких спорів відносять ті, де однією із сторін виступає державний орган, державне підприємство або підприємство з істотною участю держави.

Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 року в ст. II прямо передбачає можливість укладання арбітражної угоди юридичними особами публічного права, якщо тільки країна-учасниця під час підписання або ратифікації конвенції, або при приєднанні до неї, не зробить заяву про обмеження згаданої можливості. Так, при ратифікації конвенції 9 жовтня 1975р. Бельгія зробила таку заяву: «Відповідно до ст. II (2) Конвенції Бельгійський Уряд заявляє, що в Бельгії тільки держава має право у випадках, зазначених у ст. 1 (1), укладати арбітражні угоди».

Нью-Йоркська конвенція про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень 1958 року прямо не передбачає, на відміну від Європейської конвенції, можливість укладання арбітражної угоди юридичними особами публічного права. Проте, за змістом конвенції юридичні особи публічного права (включаючи держави і міжнародні організації) теж можуть бути сторонами арбітражної угоди, так як при написані конвенції її автори мали це наметі.

Більшість країн на сучасному етапі дотримуються концепції так званого «умовного імунітету». Відповідно до норм публічного права держави і державні органи володіють державним імунітетом і не підлягають під юрисдикцію державних судів інших держав. Якщо держава, або державний орган укладають від свого імені господарський договір, або здійснюють інші комерційні дії, вони втрачають свій імунітет. Суди деяких юрисдикцій

бачать в захисті держав про відсутність їх дієздатності на підписання арбітражної угоди порушення принципу добросовісності і принципу pacta sunt servanda [4, 493].

Що стосується України, то як зазначає Т.Кисельова, до спорів за участю держави (в широкому розумінні зарубіжної науки) можна віднести спори за участю держави в особі її органів, Автономної республіки Крим в особі її органів, територіальних громад в особі їх органів самоврядування і юридичних осію публічного права [2]. Т. Захарченко приходить до висновку про те, що державні органи і організації України мають право укладати арбітражну угоду й передавати зовнішньоекономічні спори, що виникли з їхньою участю, на розгляд у міжнародний комерційний арбітраж, виходячи з наступного:

по-перше, Україна при ратифікації Європейської конвенції не зробила ніяких заяв щодо обмеження прав юридичних осіб публічного права на укладання арбітражних угод;

по-друге, згідно з ст. 3 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» Україна в особі її органів, місцеві органи влади і управління в особі створених ними організацій мають право здійснювати зовнішньоекономічну діяльність як юридичні особи і відповідно – укладати зовнішньоекономічні договори;

по-третє, суб'єктивний склад учасників спорів, що розглядаються в міжнародному комерційному арбітражу, передбачений ст. 1 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», не є вичерпний [1, 42-43].

У той же ж час, наприклад, згідно з п. 6 ст. 6 Закону України «Про третейські суди» з підвідомчості «внутрішнього арбітражу» виключено спори, однією із сторін в яких є орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова чи службова особа, інший суб'єкт під час здійснення ним владних управлінських функцій на основі законодавства, у тому числі на виконання делегованих повноважень, державна установа чи організація, казенне підприємство.

Отож, одним з першочергових завдань арбітражного суду при виникненні спору є визначення належних сторін арбітражної угоди і спору відповідно. При цьому важливо встановити справжні наміри і волю сторін арбітражної угоди. За звичай, сторонами угоди є юридичні особи, однак не виключається й укладання арбітражної угоди фізичними особами. Деякі проблеми виникають під час укладання і виконання арбітражних угод за участю держави і державних підприємств.

Використані джерела:

1. Захарченко Т. Арбітражна угода як правова основа передачі спору на розгляд у міжнародний комерційний арбітраж. // Міжнародний комерційний арбітраж в Україні: теорія і законодавство / Торгово-промислова палата України; Під заг. ред. І. Побірченка. – К: Вид. Дім «Ін Юре», 2007.

2. Кисельова Т. Підвідомчість Міжнародному комерційному арбітражу спорів за участю держави. // Право України, 2006, № 8.

3. Лунц Л. Марышева Н. Курс международного частного права: Международный гражданский процесс. – М., 1976.

4. Practitioner's Handbook on International Arbitration, edited by Dr. Frank-Bernd Weigand, Verlang C.H. Beck Műnchen, 2002.

Мамченко Юлія Андріївна
суддя господарського суду Рівненської області,
здобувач кафедри цивільно-правових дисциплін
Національного університету Острозька академія

ОСОБЛИВОСТІ УМОВ ДОГОВОРУ КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ ПІДПРИЄМСТВА

Договором купівлі-продажу опосередковуються відносини щодо оплатного відчуження майна від одних осіб до інших. У період існування СРСР застосування такого регулятора товарообігу було значно обмежено, відтак, під впливом організаційно-правових обмежень обсяг торгівлі з використанням договору купівлі-продажу був зведений до мінімуму, а купівлі-продаж підприємства не допускалась взагалі. Підприємство розглядалось виключно в якості суб'єкта права.

За умов ринкової економіки договір купівлі-продажу стає одним із найпоширеніших типів договорів, що використовується у товарному обороті і як родове поняття охоплює всі види зобов'язань щодо відчуження майна у власність на еквівалентній основі. Такі раніш самостійні договірні типи, як поставка, контрактація сільськогосподарської продукції, постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, міна почали розумітися як види договору купівлі-продажу.

Цивільний кодекс не виділяє в якості окремого виду договору купівлі-продажу – купівлю-продаж підприємства. Разом з тим, у статті 657 визначає, що договір купівлі-продажу єдиного майнового комплексу укладається у письмовій формі та підлягає нотаріальному посвідченню і державній реєстрації. Тим самим, прямо вказує на те, що єдиний майновий комплекс може стати предметом договору купівлі-продажу.

За таких обставин стає надзвичайно актуальною проблема аналізу сутності договірних відносин, що виникають у договорі купівлі-продажу підприємства, особливості визначення його умов та застосування законодавства. Усе це, відповідно, вимагає здійснення наукових досліджень.

Наукова розробка загальнотеоретичних проблем договірного права, зокрема тих, що стосується договору купівлі-продажу є необхідною умовою побудови досконалого механізму правового регулювання договірних правовідносин.

Питання визначення особливостей умов договору загалом і купівлі-продажу, зокрема, розглядаються у наукових працях українських і російських учених-юристів: Боброової Д. Б., Борисової В.І., Брагінського М. І., Вітрянского В.В., Дзери О.В., Кузнєцової Н.С., Луця В.В., Стефанчука Р.О., Спасибо-Фатєєвої І.В., Шевченко Я.М., Яроцького В.Л. та ін.

Купівля-продаж підприємств стала широко застосовуватися на практиці, починаючи ще з часів приватизації державного майна. Закон України «Про приватизацію державного майна» від 4 березня 1992 р. під приватизацією розумів відчуження майна, що перебуває у державній власності, і майна, яке належить Автономній Республіці Крим, на користь фізичних та юридичних осіб, котрі можуть бути покупцями відповідно до цього Закону. Характерною особливістю договорів купівлі-продажу підприємств було те, що підприємство не ліквідувалося, а переходило у власність покупця, водночас будучи і суб'єктом, і об'єктом права. Виходячи з того, що купівля-продаж у процесі приватизації - це особливий вид правочинів, правове регулювання їх відбувалося і на сьогодні відбувається на підставі законодавства про приватизацію. Між тим, якщо купівля-продаж підприємства або його частини відбувається, наприклад, між суб'єктами права приватної власності, навряд чи виправданим є застосування цього законодавства [4; С. 115-117].

Відтак, сьогодні назріла нагальна необхідність на законодавчому рівні визначити особливості порядку укладення, умов договору та виконання договорів купівлі-продажу підприємства як єдиного майнового комплексу.

Особливими умовами у договорі купівлі-продажу є перш за все предмет, а також умови передачі, ціна та спосіб розрахунку. Окрім того, власне підписанню договору передує ряд організаційних дій (інвентаризація, оцінка та ін.), результати яких теж потрібно відобразити у договорі.

Товаром за таким договором визнається підприємство як єдиний майновий комплекс, використовуваний для підприємницької діяльності, що включає в себе не тільки земельні ділянки, будинки, спорудження, устаткування, інвентар, сировину, продукцію й інші види майна, призначені для його діяльності, але і борги і права вимоги по зобов'язаннях, а також права на позначення, що індивідуалізують підприємство, його продукцію, роботи і послуги, і інші виключні права (ст. 191 ЦК).

Обов'язковим додатком до такого договору є акт інвентаризації, бухгалтерський баланс, висновок незалежного аудитора про склад і вартість підприємства, перелік всіх боргів (зобов'язань), що включаються до складу підприємства.

Певні складності можуть викликати на практиці випадки укладення договору купівлі-продажу права вимоги як складової частини підприємства, що є єдиним майновим комплексом (ст. 191 ЦК). Оскільки, відповідно до ч. 2 ст. 191 ЦК до складу підприємства як єдиного майнового комплексу входять усі види майна, призначені для його діяльності, включаючи права вимоги. А це означає, що в цьому випадку право вимоги стає нерухомістю, як це передбачено ч. 3 ст. 191 ЦК, що тягне відповідні зміни в його правовому режимі та передбачає особливості укладення та виконання правочинів, якими його перехід опосередковується. Однак вбачається, що, коли право вимоги підприємства є предметом окремого договору купівлі-продажу, то режим нерухомого майна на нього поширюватись не повинен.

Дискусію викликає питання про віднесення до істотних умов договору купівлі-продажу ціни. Окремі науковці вважають, що ціна не є істотною умовою проаналізувавши ч. 1 ст. 691 ЦК, яка встановлює: якщо ціна не встановлена у договорі і не може бути визначена, виходячи з його умов, застосовуються правила визначення ціни, що передбачені у ст. 632 ЦК. Проте, більшість, зокрема О. В. Дзера, І. М. Кучеренко вважають, що ціна – істотна умова договору купівлі-продажу [1, С. 17; ,2, С. 16;3, С. 485], і ми приєднуємось до такої думки.

Належне формування умов договору його сторонами забезпечує не тільки можливість урахування їх взаємних приватних інтересів, а й стимулює сторони до належного виконання укладених договорів.

Використані джерела:

1. Цивільне право України: Підручник: Т. 2. – За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – 2-е вид., допов. і перероб. – К.: Юрінком Інтер, 2004.

2. Цивільне право України. Академічний курс: Підруч.: Т. 2. Особлива частина / За заг. ред. Я. М. Шевченко. – К.: Концерн "Видавничий дім "Ін Юре", 2003.

3. Цивільний кодекс України: Коментар. – Харків: ТОВ "Одісей", 2003.

4. Цивільне право України: Підручник: У 2 т. / Борисова В. І. (кер. авт. кол.), 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. 2.

Мандибура Віталіна Олександрівна

студентка магістури заочного факультету

Хмельницького університету управління та права

ЗАГАЛЬНІ АСПЕКТИ ПОДІЛУ, ВИДІЛУ СПАДЩИНИ

У зв’язку з внесенням змін до Закону України «Про нотаріат», щодо надання повноважень приватним нотаріусам стосовно видачі свідоцтв про право на спадщину та охорони спадкового майна, виникло ряд неврегульованих запитань та проблем, оскільки, приватні нотаріуси раніше не мали практики оформлення спадщини. Найбільшою проблемою, яка постала перед приватними нотаріусами, це визначення кола спадкоємців, та поділ спадщини між ними.

Проблематикою спадкового майна займалися такі вчені, як С.Фурса, В.Серебровський, В. Синиченко, Я. Ковальчук.

Метою мого дослідження є виявлення суттєвих ознак і практичних особливостей поділу та виділу спадщини.

Прийняття спадкоємцями спадщини означає перехід прав та обов'язків, що належали спадкодавцю, до його спадкоємців. Якщо спадкоємцем за заповітом або за законом є лише одна особа, то питань не виникає. Така особа стає власником усього майна. В свідоцтві про право на спадщину вказується розмір частки, який належить спадкоємцеві. У випадку, якщо є лише один спадкоємець нотаріуси зазвичай визначають, що йому належить 1/1 частка спадкового майна, тобто 100% [4, 46].

Якщо спадкоємців два або більше, виникає питання щодо поділу спадщини між ними. Відомо, що при множинності суб'єктів стосовно одного об'єкта виникають два види часток:

ідеальна частка в праві;

реальна частка в майні.

В найбільш спрощеному розумінні ідеальна частка означає частку в праві на майно. Вона є уявною, оскільки визначає розмір того, що належить суб'єкту в певному об'єкті ідеально, без «привязки» до конкретної частини речі. У свою чергу реальна частка - це те, що особа може одержати при поділі майна в натурі.

Хоча спадщину складають окремі права та обов'язки спадкодавця юридично спадщина розглядається як єдине ціле. Тому при наявності кількох спадкоємців виникає питання щодо визначення ідеальної частки, що належить кожному з них у спадщині [1, 35].

За загальним правилом, частки у спадщині кожного із спадкоємців (ідеальні частки) є рівними. Це правило застосовується при спадкуванні за законом (ч.1 ст.1267 ЦК). Воно також діє при спадкуванні за заповітом, якщо заповідач не визначив розмір часток спадкоємців по іншому. Наприклад, в заповіті міститься фраза: «усе своє майно заповідаю двом своїм дочкам». Оскільки частки заповідачем не встановлені, вони вважаються рівними (ч.1 ст.1278 ЦК) [5].

Частки у спадщині можуть бути не рівними, якщо спадкодавець розподілив спадщину між спадкоємцями в іншому порядку. Наприклад, заповідач може визначити, що ½ у спадщині він передає своїй дочці, у той час, як інше майно після його смерті переходить двом його синам від першого шлюбу. Очевидно, що частка кожного із синів є меншою і складає по ¼ спадщини. Закон передбачає, що розмір часток може бути змінений за домовленістю спадкоємців (ч.ч.2, 3 ст.1267 ЦК) [5]. Це надає можливість спадкоємцям встановити нерівні частки в праві на спадкове майно за своєю згодою. Не треба лише забувати, що вказане правило стосується виключно спадкоємців за законом.

Питання щодо реальної частки виникає при поділі спадщин між спадкоємцями в натурі. В цілому, спадкоємці можуть і не здійснювати поділ, продовжуючи спільно володіти спадковим майном.

В цивільному праві поняття «поділ» та «виділ» майна не є тотожними, хоча як в першому, так і у другому випадку мова йде про відносини власності. Звертає на себе увагу, що в ст.1278 ЦК України [5] одночасне використовується обидва поняття - «поділ» та «виділ». Розглянемо їх детальніше в аспекті спадкових відносин.

В загальному розумінні поділ майна означає припинення частки спільної власності і виникнення на його основі права власності колишніх співвласників на майно. Поняття «поділ майна» переважно застосовується у речовому, а не зобов'язальному праві, тобто йдеться про поділ речей. Саме по відношенню до речей можна використовувати і термін поділ майна в натурі. Розподілити в натурі борги спадкодавця або належні йому права неможливо. Тому, коли йдеться про поділ спадщини в натурі або виділ в натурі частки одного із спадкоємців, визначається, що спадкове майно складають саме речі (річ).

При поділі спадкового майна в натурі можуть застосовуватися загальні положення щодо поділу майна, яке перебуває у спільній частковій власності. Згідно із ст.387 ЦК України майно, що є у спільній частковій власності, може бути поділене в натурі між співвласниками за домовленістю між ними. У разі поділу спільного майна між співвласниками право спільної часткової власності на нього припиняється. Договір про поділ

нерухомого майна, що є у спільній частковій власності, укладається у письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню [2, 15-16].

Виділ майна означає виокремлення певної частки майна з загальної маси спільного майна співвласників та збереження в частці, що залишилася, права спільної власності двох або більше осіб. Це правило застосовується і до спадкових відносин. Відповідно до ч. 2 ст.1278 ЦК України кожен із спадкоємців має право на виділ його частки в натурі. За таких обставин режим спільності щодо іншого спадкового майна зберігається, а частка, що належить одному із спадкоємців, виділяється в натурі. Це правило має свій сенс. Спадкоємці можуть розділити усе майно за своєю згодою. Проте, може статися, що хтось із спадкоємців бажає поділити спадщину, а інші з цим не погоджуються. Вихід з такої ситуації може бути, знайдено в застосуванні виділу частки, що належить одному із спадкоємців. В ч.2 ст.1278 ЦК сказано, що спадкоємець має право на виділ його частки в натурі. Це означає, що інші спадкоємці не можуть заперечувати проти такого виділу. Вони зобов'язані передати частку майна в натурі, яка співпадає з ідеальною часткою в праві на спадкове майно або сплатити компенсацію.

В цій частці до спадкових відносин можуть застосовуватися загальні норми щодо виділу частки із майна, що є у спільній частковій власності. Зокрема, в ч.ч. 1, 2 ст. 364 ЦК сказано, що співвласник має право на виділ у натурі частки із майна, що є у спільній частковій власності. Якщо виділ у натурі частки із спільного майна не допускається згідно із законом або є неможливим, співвласник, який бажає виділу, має право на одержання від інших співвласників грошової або іншої матеріальної компенсації вартості його частки. Компенсація співвласникові може бути надана лише за його згодою.

Співвласники можуть вирішити питання щодо виділу частки из спадкового майна за взаємною згодою. Якщо до спадщини входить рухоме майно, то такий договір може мати усну або просту письмову форму (ст. ст. 208, 208 ЦК) [5]. У той же час договір про виділ у натурі частки з нерухомого спільного майна укладається у письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню (ч.3 ст.364 ЦК) [5]. Очевидно, що до спадкових відносин можуть застосовуватися правила, що закріплені в ст.365 ЦК України. Так, право особи на частку у спільному майні може бути припинене за рішенням суду на підставі позову інших співвласників, якщо:

частка є незначною і не може бути виділена в натурі;

річ є неподільною;

спільне володіння і користування майном є неможливим;

4) таке припинення не завдасть істотної шкоди інтересам співвласників та членам його сім'ї.

Суд постановляє рішення про припинення права особи на частку, спільному майні за умови попереднього внесення позивачем вартості цієї частки на депозитний рахунок суду.

Вперше в ЦК України закріплено правило щодо переважного права спадкоємців перед іншими спадкоємцями на виділ їм спадкового майна в натурі (ст. 1279 ЦК). Так, переважне право мають:

- спадкоємці, які протягом не менш як одного року до часу відкриття спадщини проживали разом із спадкодавцем однією сім'єю щодо предмет звичайної домашньої обстановки та вжитку;

- спадкоємці, які разом із спадкодавцем були співвласниками майна щодо спільного майна.

Вказані правила обумовлені реаліями життя. Так, переважне праве на виділ їм у натурі предметів звичайної домашньої обстановки та вжитку мають ті спадкоємці, які протягом не менш як одного року до часу відкриття спадщини, проживали разом із спадкодавцем однією сім'єю, не надає змогу таким спадкоємцям зберегти усталений спосіб життя та званий життєвий устрій [3, 2].

Згідно із ч.2 ст. 1279 ЦК України переважне право перед іншими спадкоємцями на виділ їм майна в натурі мають спадкоємці, які разом із спадкодавцем були співвласниками такого майна. До таких спадкоємців майне переходить у межах їхньої частки у спадщині. Якщо, наприклад, батько та син були співвласниками автомобіля, то після смерті батька син

має переважне перед іншими спадкоємцями право на отримання саме автомобіля. Зрозуміло, що при цьому не можуть порушуватися права інших спадкоємцю і передача автомобіля можлива якщо до складу спадщини входить інше цінне майно, яке буде передано спадкоємцям.

За загальними правилами поділ спадщини може бути здійснений після спливу строку на її прийняття, оскільки на цей час точно відомі усі спадкоємці та склад спадщини. Проте закон містить спеціальне правило, спрямоване на захист інтересів ненародженої дитини. Відповідно до ч. 2 ст. 1298 ЦК України, якщо заповіт складено на користь зачатої, але ще не народженої дитини, видача свідоцтва про право на спадщину і розподіл спадщини між усіма спадкоємцями може відбутися лише після народження дитини. Це правило стосується також дитини, зачатої за життя спадкодавця, але народженої після його смерті, у разі спадкування за законом. Якщо дитина не народиться (у результаті штучного переривання вагітності) або народиться мертвою, то належна їй частка буде передана іншим спадкоємцям.

Використані джерела:

1. *Власов Ю. Наследование по закону и по завещанию. - М., 2001.*
2. *Заіка Ю.О. Особливості спадкування окремих видів майна / Підприємництво, господарство і право. - 2003. - № 9.*
3. *Заіка Ю.О. Спадщина як елемент спадкових правовідносин. Держава і право / Збірник наукових праць юридичні і політичні науки. - Вип. 10. - К.*
4. *Фурса С.Я., Фурса Є. І. Спадкове право: Теорія і практика. - К., 2002.*
5. *Цивільний кодекс України: Офіц. текст: Прийнятий Верхов. Радою України 16 січ. 2003 р.: Набрав чинності з 1 січ. 2004р. - К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003.*

Марчук Кристина Васильевна
студентка 4 курса юридического факультета
Белорусского государственного университета

КРИТЕРИИ РАЗГРАНИЧЕНИЯ НИЧТОЖНЫХ И ОСПОРИМЫХ СДЕЛОК

В ст. 167 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее ГК) определено, что сделка является недействительной по основаниям, установленным ГК либо иными законодательными актами, в силу признания ее таковой судом (оспоримая сделка) либо независимо от такого признания (ничтожная сделка) [1]. Существуют материальные и формальные критерии разграничения ничтожных и оспоримых сделок.

Некоторые авторы разграничивают ничтожные и оспоримые сделки на основе формальных критериев:

- оспоримая сделка признается недействительной судом, ничтожная сделка недействительна в момент ее совершения независимо от признания ее таковой судом [1]. В законодательстве нет четкого ответа на вопрос о том, какие субъекты вправе устанавливать факт ничтожности сделки. В ч. 3 п. 8 постановления Пленума Высшего Хозяйственного Суда от 28 октября 2005 г. № 26 “О некоторых вопросах применения хозяйственными судами законодательства, регулирующего недействительность сделок” определено, что применение последствий недействительности ничтожной сделки возможно как после удовлетворения отдельно заявленного истцом требования об установлении факта ничтожности сделки, так и без наличия такого решения. В последнем случае применение последствий недействительности хозяйственный суд должен обосновать в мотивировочной части решения выводами о наличии факта ничтожности сделки [3]. То есть суд устанавливает факт ничтожности сделки, а не принимает это как данность, даже если наличие этого факта уже было известно кому-либо ранее. Более того, ничтожность сделки необходимо доказать, так как в соответствии с вышеприведенной нормой суд делает вывод о наличии факта

ничтожности сделки. Таким образом, можно сказать, что суд является единственным субъектом, обладающим подобными полномочиями.

В соответствии с ГК ничтожная сделка недействительна независимо от признания ее недействительной судом. Иначе говоря, стороны, не обращаясь за решением суда, могут не выполнять условий сделки, при этом участники сделки не могут установить факт ее ничтожности.

- требования об установлении факта ничтожности сделки и о применении последствий ее недействительности могут быть предъявлены любым заинтересованным лицом, требования о признании оспоримой сделки недействительной могут быть предъявлены лицами, указанными в ГК либо в ином законодательном акте, устанавливающем оспоримость сделки [1]. Вместе с тем, в ст. 180 ГК установлено, что сделка, совершенная под влиянием обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения представителя одной стороны с другой стороной, а также кабальная сделка, могут быть признаны судом недействительными по иску любого заинтересованного лица [1]. То есть, несмотря на то, что сделки, указанные в ст. 180 ГК, являются оспоримыми, круг субъектов, которые могут подать иск о признании ее таковой скорее характерен для ничтожных сделок.

В ГК Беларуси 1964 года в ст. 60 было установлено, что сделки, совершенные под влиянием обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения представителя одной стороны с другой стороной, а также кабальные сделки признаются недействительными по иску потерпевшего либо по иску организации [2].

- сроки исковой давности (иск об установлении факта ничтожности сделки и о применении последствий ее недействительности может быть предъявлен в течение десяти лет со дня, когда началось ее исполнение, иск о признании оспоримой сделки недействительной и (или) о применении последствий ее недействительности может быть предъявлен в течение трех лет со дня прекращения насилия или угрозы, под влиянием которых была совершена сделка (пункт 1 статьи 180 ГК), либо со дня, когда истец узнал или должен был узнать об иных обстоятельствах, являющихся основанием для признания сделки недействительной) [1].

- условия доказывания недействительности сделки. В отношении оспоримых сделок установлены дополнительные условия доказывания. Однако и для установления факта ничтожности сделки необходимо наличие определенных доказательств, так как суд, как показано выше, не вправе безосновательно принять это решение.

Формальные критерии не раскрывают сущность недействительных сделок. Может создаться впечатление, что законодатель по своему желанию может отнести ту или иную сделку к ничтожным или оспоримым. Именно поэтому важным является выработка сущностного критерия разграничения ничтожных и оспоримых сделок.

В специальной литературе неоднократно предпринимались попытки выработки внутреннего критерия разграничения. Так, Н. Растеряев считает, что сделки делятся на оспоримые и ничтожные в зависимости от субъекта, интерес которого нарушен. Если речь идет об интересах государства или общества, то имеет место ничтожная сделка, если же нарушены интересы отдельного субъекта, то сделка оспорима [5, с. 15]. Представляется, что данный подход противоречит как общеправовому принципу справедливости, так и специальному принципу равенства участников гражданского правоотношения. Кроме того, такой критерий не подтверждается и законодательно. Существуют ничтожные сделки, противоречащие интересам скорее частных лиц, нежели публичным интересам (сделки, совершенные лицом в возрасте от 14 до 18 лет).

Некоторые ученые разграничивают ничтожные и оспоримые сделки в зависимости от степени серьезности пороков в составе сделки: пороки, связанные с отсутствием существенных элементов, влекут ничтожность сделки; пороки, связанные с отдельными недостатками элементов сделки, - оспоримость [4, с. 160]. На мой взгляд, данная точка зрения является весьма спорной. Во-первых, возникает вопрос о том, какие конкретно элементы сделки необходимо относить к существенным. Во-вторых, крайне неоднозначным является понятие "серьезные пороки".

В.С. Ем в качестве критерия разграничения ничтожных и оспоримых сделок предлагает степень серьезности правонарушения, причиненного совершением недействительной сделки как противоправного деяния. Особо опасные нарушения, по мнению данного автора, "караются" ничтожностью сделки, а менее опасные – оспоримостью [4, с.164]. Данный критерий также является весьма условным. В соответствии со ст. 166 ГК несоблюдение нотариальной формы или требования о государственной регистрации сделки влечет ее ничтожность сделки. Сделка же, совершенная под влиянием насилия, угрозы в соответствии со ст. 180 ГК является оспоримой. В первом случае речь идет о негативном воздействии на экономику государства, стабильность экономического оборота, во втором случае – об опасности в отношении личности. Сопоставить степени опасности таких недействительных сделок вряд ли возможно, а тем более отдать приоритет по степени опасности первому случаю.

Таким образом, в основу деления недействительных сделок на оспоримые и ничтожные могут закладываться как материальные, так и формальные критерии. Тем не менее, провести разграничение между оспоримыми и ничтожными сделками на основе какого-либо одного критерия иногда может представлять определенные трудности. Думаем, что наиболее рациональным решением является сочетание формальных и материальных критериев.

Использованные источники:

1. *Гражданский кодекс Республики Беларусь: принят Палатой представителей 28 октября 1998 года: одобр. Советом Респ. 19 ноября 1998 года: текст Кодекса по состоянию на 6 окт. 2010 г. // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО "ЮрСпектр". – Минск, 2010.*
2. *Гражданский кодекс Республики Беларусь 1964 г. // Собрание законов БССР, указов Президиума Верховного Совета БССР, постановлений СМ БССР. 1964. № 17. Ст. 183; Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь*
3. *О некоторых вопросах применения хозяйственными судами законодательства, регулирующего недействительность сделок. Постановление Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь, 28 окт. 2005 г., № 26 // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО "ЮрСпектр". – Минск, 2010.*
4. *Гутников, О.В. Недействительные сделки в гражданском праве. Теория и практика оспаривания / О.В. Гутников. – М.: Бераторпресс, 2003. – 574, [1] с.*
5. *Киселёв, А.А. Недействительные сделки: проблемы составов, квалификации и правовых последствий / А.А. Киселёв. – М.: Юрист, 2004. – 156, [2] с.*

Мельник Л. С.

студент магістури Хмельницького університету управління та права

НОТАРІАЛЬНА ТАЄМНИЦЯ ЯК ВИД ІНФОРМАЦІЇ З ОБМЕЖЕНИМ ДОСТУПОМ

Закріплення в Конституції України демократичного напрямку розвитку політичної системи й проголошення України правовою державою передбачає, що українська спільнота нині стоїть на межі перетворення на громадянське суспільство, однією з важливих рис якого є загальна повага до прав та інтересів особи та держави, збереження певних відомостей у таємниці. Однак її рівень у сучасному українському суспільстві є недостатній, про що свідчать численні випадки розголошення таємниці уповноваженими особами. Одним з ефективних засобів підвищення ролі службової таємниці є її правова охорона від неправомірних втручань та належна регламентація права, встановлення відповідальності за таке розголошення та втрату. Відповідні правові норми, виконуючи свою ідеологічну функцію, виховують у людей повагу до збереження таємниці та невтручання в життя інших.

В системі визначених законодавством України видів інформації з обмеженим доступом службовій таємниці приділено, нажаль, недостатньо уваги. Детальний аналіз норм чинного законодавства показує, що жодним нормативним актом не передбачено, що ж являє собою поняття «таємниця», проте визначено надзвичайно велику кількість таємниць та здійснено класифікацію інформації залежно від її статусу на різні види. Загалом на сьогодні, існує більш ніж 30 видів таємниць, які по своїй суті передбачають обов'язок нерозголошення відомостей про події та явища, які відбуваються у суспільстві, державі, навколишньому природному середовищі, стосуються конкретної особи чи держави в цілому.

Нотаріальна таємниця є різновидом службової таємниці, тобто конфіденційну інформацію щодо клієнта, яка стала відома уповноваженій особі в зв'язку з виконанням своїх обов'язків. У вузькому значенні нотаріальна таємниця є обов'язком уповноважених законом осіб зберігати таємницю щодо вчинених нотаріальних дій, здійснювати захист від ознайомлення з такою інформацією та від неправомірного втручання сторонніх осіб без законних на те підстав. Питання нотаріальної таємниці не врегульовуються нормами ЦК України, однак його дослідження є досить важливим для правильного застосування норм чинного законодавства з метою захисту прав осіб щодо нерозголошення відомостей в результаті здійснення певних нотаріальних дій. Аналіз норм чинного законодавства свідчить про те, що нотаріальні дії мають право вчиняти не лише нотаріуси, але і інші уповноважені особи. Зокрема, до нотаріально посвідчених документів прирівнюються заповіти та доручення, які при відсутності нотаріуса посвідчені головними лікарями, їх заступниками по медичній частині або черговими лікарями лікувальних закладів, санаторіїв, а також директорами і головними лікарями зазначених будинків для престарілих та інвалідів; капітанами морських суднах або суден внутрішнього плавання, що плавають під прапором України; начальниками розвідувальних, арктичних та інших подібних до них експедицій; начальниками, їх заступниками по медичній частині, старшими і черговими лікарями госпіталів, санаторіїв та інших військово-лікувальних закладів; командирами (начальниками) військових частин, з'єднань, установ і закладів; начальниками місць позбавлення волі, посадовими особами виконавчих комітетів сільських, селищних, міських рад. Тому у такому випадку виникають відносини, в результаті яких посадовій особі стають відомі різноманітні відомості. Результатом таких дій є загроза розголошення таємниці.

З цього приводу в літературі зазначалося, що «таємниця вчинення нотаріальних дій гарантує особисті інтереси особи, яка звертається в органи нотаріату» [1, с. 9-10], хоча нотаріальні дії вчиняються не лише щодо фізичних осіб. Обов'язок нотаріусів і інших працівників нотаріату зберігати у таємниці отримані відомості вважали особливим [2, с. 5] та специфічним [3, с. 6] правилом діяльності нотаріату. Тому необхідність дотримання таємниці вчинення нотаріальних дій та її збереження сприяє охороні прав та інтересів громадян [4, с. 363-364]. Дотримання таємниці є гарантією захисту прав не лише громадян, але і органів державної влади та держави в цілому, адже вони також звертаються для вчинення нотаріальних дій, посвідчують документи, розголошення яких може бути недоцільним та таким, що може заподіяти шкоду інтересам держави.

Законодавець чітко не визначає поняття такої таємниці, хоча покладає обов'язок щодо збереження в таємниці відомостей на нотаріуса, так як їх одержали у зв'язку з вчиненням нотаріальних дій [5]. Нотаріальна таємниця наділена рядом ознак: підставою виникнення є лише специфічні юридичні факти: виконання різних нотаріальних дій, уповноваженими на те суб'єктами; наявний специфічний суб'єктний склад її носіїв, який обмежується нотаріусами та іншими особам, які вчиняють нотаріальні дії, перелік яких чітко передбачений нормами чинного законодавства; має комплексний характер, тобто може одночасно виступати і професійною, особистою і службовою таємницею. Для клієнта вона є особистою таємницею, яка може розкрити його приватне життя, для нотаріуса чи іншої особи, яка вчиняє нотаріальні дії це є саме професійна чи службова таємниця; сама по собі інформація є досить специфічною, оскільки до неї відносяться відомості, які стосуються приватного життя особи, інтересів підприємств, організацій чи держави в цілому; охороняється від розголошення і незаконного отримання заходами державного примусу у формі притягнення винних осіб до відповідальності.

Законодавець покладає обов'язок щодо дотримання нерозголошення такої інформації на капітанів морських суден чи суден внутрішнього плавання; головних лікарів, їх заступників по медичній частині, чергових лікарів; начальників розвідувальних, арктичних та інших експедицій; командирами військових частин, з'єднань, установ та закладів; начальників місць позбавлення волі, які відповідно до законодавства мають право здійснювати такі дії. Тому з метою забезпечення нерозголошення такої інформації довідки про вчинені нотаріальні дії та документи можуть видаватися тільки громадянам за дорученням яких або щодо яких учинялися нотаріальні дії [5], що цілком відповідає принципам охорони таємниці, так як унеможливлюється втручання третіх осіб у приватну сферу особи.

Також, вважаємо, що інформація про вчинення таких нотаріальних дій повинна зберігатися і після смерті особи, якщо її розголошення може негативно вплинути на розкриття певних аспектів приватного життя цієї особи чи її близьких. Розкриття інформації можливе на письмову вимогу суду, прокуратури, органів дізнання і слідства у зв'язку з кримінальними, цивільними та господарськими справами, що знаходяться в їх провадженні, а також на вимогу державної податкової інспекції для визначення правильності стягнення державного мита та цілей оподаткування. Тому, при отриманні вказаними органами таких відомостей, останні набувають статусу службової таємниці, яка повинна бути збережена працівниками правоохоронних органів, державної податкової інспекції тощо.

Використані джерела:

1. Нельсон К. С. Принципы деятельности советского нотариата // Советская юстиция. — 1975. — № 3. — С. 9-11.

2. Авдюков М. Г., Газиянц Л. И. Роль нотариата в охране прав граждан. — М.: Юрид.лит., 1963. — 170 с.

3. Авдюков М. Г. Нотариат в СССР. — М.: Юрид. лит, 1974. — 167 с.

4. Красавчикова Л. О. Понятие и система личных, не связаных с имущественными, прав граждан (физических лиц) в гражданском праве Российской Федерации: Дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. — Екатеринбург, 1994. — 435 с.

5. Про нотаріат: Закон України від 02.09.1993 р. (з наступними змінами і доповненнями) // ВВРУ. — 1993. — № 39. — Ст. 383.

Мельник Оксана Григоріва

студентка 3 курсу Київського національного університету ім. Т Шевченка

ВИЗНАННЯ ПРАВОЧИНІВ НЕУКЛАДЕНИМИ ЯК СПОСІБ ЗАХИСТУ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА В СУДІ

На даний час склалося так, що суди відмовляють у позові про визнання договору неукладеним. Застосовуючи обмежувальне тлумачення, суд обґрунтовує це тим, що такий спосіб захисту прямо не передбачений у законі.

Відповідні положення зафіксовані у Постанові пленуму ВСУ Про визнання правочинів недійсними, і фактично реалізуються на практиці. Постанова Пленуму не є джерелом права, також існують і протилежні думки, зокрема і суддів.

Правова позиція суддів про необхідність відмовляти у позові про визнання договору неукладеним сформувалася ще за радянських часів, ще до прийняття нової Конституції і ратифікації Конвенції Про захист прав і основоположних свобод.

На сьогодні, вже давно з'явилися передумови, законні підстави для пред'явлення та задоволення такого позову на підставі широкого тлумачення пункту 1 ч. 2 ст. 16 ЦКУ. Тобто, позов про визнання договору неукладеним слід розглядати як позов про визнання права не виконувати неіснуюче зобов'язання. (згідно ст. 19 КУ ніхто не може бути примушений робити те, що прямо не передбачено законом, тобто фактично це є право не виконувати

неіснуюче зобов'язання). Функцією суду є не тільки належна кваліфікація спірних правовідносин, але й належна кваліфікація позовних вимог (хоч би формулювання цих вимог не відповідало тим, яке міститься в законі). Згідно ст. 15 ЦК кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання чи оспорення. Також право на захист випливає із самого суб'єктивного права. Вимога про визнання такими, що не існують, прав та обов'язків, які на думку відповідача, виникли в силу договору, який позивач вважає неукладеним, вочевидь свідчить про наявність спору про право. [1;29.]

Дана правова позиція може бути виведена шляхом тлумачення, а саме непрямим наслідком із положень актів цивільного законодавства правових приписів, що виявляються при тлумаченні висновків від попереднього правового явища до наступного і навпаки.

Цей вид тлумачення недостатньо розроблений, що логічно пов'язано із нерозробленістю використання способів захисту, що прямо не закріплені, що його потребують. Е.В. Васьковський сформулював 4 таких загальних правила, на яких ґрунтується даний спосіб тлумачення із яких нам важливе останнє: хто має право на ціль, має право і на дії, що ведуть до цієї цілі. На далі ж проблема висновків від засобів до цілей не розвивалась. [2, с 303-304]. У нашому випадку ціль - захист порушеного права не виконувати неіснуючого зобов'язання, а дії - звертатися до суду.

Є фактом те, що юристи не володіють методом тлумачення, який полягає у висновках від попереднього правового явища до наступного та навпаки. Це призвело до вкрай жорсткого і негнучкого підходу до застосування положень про способи захисту цивільного права та інтересу.

Правові рішення у таких справах мають бути іншими, ніж відмова, адже вимога визнати договір неукладеним має тлумачитися за допомогою висновку від попереднього (визнання договору неукладеним) до наступного (визнання права не виконувати неіснуючі зобов'язання, або визнавати відсутності у сторін прав та обов'язків, які за умови визнання договору укладеним слід вважати такими що виникли або існують) [3;88]

Тому не можна відмовляти у позові про визнання правочину неукладеним. У зв'язку з цим потрібно в суді започаткувати практику поширювального тлумачення 1 ч.2 ст. 16 ЦК, або виділити даний спосіб окремо, шляхом внесення змін до ст.. 16 ЦК, або за аналогією ч.2 ст. 275 ЦК, відповідно до якої «захист особистого немайнового права може здійснюватися також іншим способом відповідно до змісту цього права, способу його порушення та наслідків, що їх спричинило це порушення».

Слід відрізняти «визнання правочину неукладеним» та «визнання правочину недійсним». Визнається право не виконувати неіснуюче зобов'язання, і це право відповідно має отримати захист, а в разі ж тлумачення «визнання правочину недійсним» при включенні туди неукладеності, ми не можемо отримати одразу захисту, адже неукладений правочин не породжує ніяких наслідків, на відміну від недійсного, що згідно з ЦК застосовуються, долаються на підставі факту недійсності - реституція, тощо, про це йтиметься далі).

Згідно Господарського кодексу неукладеним правочин є тоді коли сторони не досягли згоди щодо всіх його істотних умов, та /або не дотрималися належної форми під час його оформлення. Недійсні угоди є укладеними проте з дефектами, тобто це акт, який було здійснено, але внаслідок наявних у ньому недоліків не має юридичної сили. Недійсні правочини не породжують правових наслідків крім тих, що пов'язані з його недійсністю, притаманні правочинам даного виду. До наслідків, що випливають із його недійсності відносять, зокрема, право застосування реституції, а за її неможливості - матеріальне відшкодування. Неукладений правочин не тягне за собою жодних наслідків. У цьому разі згідно із зазначеної ПП ВСУ можуть заявлятися лише вимоги, передбачені главою 83 книги п'ятої ЦКУ.

На противагу, за недотримання форми, коли вона є умовою укладення (ст. 638 ЦКУ - договір є укладений, якщо сторони в належній формі досягли згоди щодо всіх істотних умов договору; ст. 210 ЦКУ - правочини, що підлягають державній реєстрації є вчиненими з моменту його державної реєстрації), можливості визнання судом його укладенння не передбачається. Це пояснюється тим, що недійсні правочини - є такими, що відбулися з порушеннями, проте існують, тому іноді такі порушення можна ліквідувати у рамках

існуючого правовідношення. При неукладеності ніякого правочину не існує взагалі в рамках наявних за таких випадків юридичних фактів. Лише укладені угоди можуть бути визнані недійсними.

Отже, щодо ролі такого способу захисту як «визнання правочину неукладеним» у порівнянні з «визнанням правочину недійсним» є їх різні правові наслідки, про що йшлося раніше. Важливо, щоб була можливість визнання договору неукладеним саме як спосіб захисту, а не як визнання факту.

Використані джерела:

1. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України / А.Г.Ярема, В.Я.Карабань, В.В.Кривенко, В.Г.Ротань. – Т.2. – К.: А.С.К.; Севастополь: Ін-т юрид. досліджень, 2004. – 864 с.

2. Васьковський Е.В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. -М.: ЦентрЮрИнфоР, 2002.

Тлумачення актів цивільного законодавства України:дис... к

3. анд. юрид. наук: 12.00.03 / В.Я. Карабань; Одес. нац. юрид. акад. — О., 2007. — 195с. — укр.

Міхно Ольга Іванівна,

кандидат юридичних наук, старший викладач кафедри правового забезпечення господарської діяльності Харківської національної академії міського господарства

ДОГОВІР ЯК ПІДСТАВА ВИНИКНЕННЯ, ЗМІНИ ЧИ ПРИПИНЕННЯ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Договір у науці цивільного права виступає в трьох значеннях. По-перше, договір визначається як юридичних факт, тобто двосторонній чи багатосторонній правочин, що є підставою виникнення, зміни чи припинення цивільних правовідносин. По-друге, договір визначається як договірне зобов'язання, тобто договірне правовідношення та, по-третє, договір визначається як документ, у якому фіксується факт встановлення учасниками цивільних правовідносин поміж собою договірного правовідношення.

Юридичні факти О. О. Красавчиков визначив, як ті факти реальної дійсності, з якими норми права пов'язують настання юридичних наслідків. Юридичні факти в дійсності реалізують створювану матеріальними та іншими юридичними передумовами можливість виникнення цивільного правовідношення, перетворюють її в дійсність [1, 50].

Відповідно до п. 1 ч. 2 ст. 11 Цивільного кодексу України договір слід визначати як підставу виникнення цивільних прав та обов'язків, а саме як двосторонній чи багатосторонній правочин. Такий висновок можна зробити, проаналізувавши ч. 1 ст. 626 Цивільного кодексу України, відповідно до якої договір – це домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків.

Від одностороннього правочину договір відрізняється тим, що для першого (одностороннього) правочину характерною ознакою є вираження волі лише одним суб'єктом цивільних правовідносин, а другий (договір) характеризується взаємним вираженням волі двох або декількох суб'єктів цивільних правовідносин. Слід погодитися з М. М. Сібільовим, що необхідно виокремлювати характерні ознаки договору як юридичного факту [2, 83]. По-перше, у договорі виявляється воля двох чи декількох учасників цивільних правовідносин, причому волевиявлення останніх має збігатися і відповідати одне одному. По-друге, договір це спільна дія осіб, яка спрямована на досягнення певних цивільно-правових наслідків: набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків.

Підставою виникнення, зміни чи припинення цивільних правовідносин слід вважати юридичний факт (чи їх сукупність), тобто обставину (чи їх сукупність), з якою норми цивільного права пов'язують виникнення, зміну чи припинення цивільних правовідносин.

Такі обставини можуть бути, як суб'єктивними, так і об'єктивними, тобто або залежними від волі осіб – учасників цивільних правовідносин, або ні. Проте договір як підставу виникнення, зміни або припинення цивільних правовідносин слід відносити до суб'єктивних підстав, оскільки для нього характерним є взаємне вираження волі двох або декількох суб'єктів цивільних правовідносин.

Юридичні факти у цивільному праві за їх зв'язком з індивідуальною волею суб'єкта цивільних правовідносин поділяються на дії і події.

Дія, як підстава виникнення, зміни чи припинення цивільних правовідносин, визначається як юридичний факт (чи їх сукупність), тобто така обставина (чи їх сукупність), що виникає за волею учасника (учасників) цивільних правовідносин, передбачена актами цивільного законодавства та юридичним наслідком якої є виникнення, зміна чи припинення цивільних правовідносин. Подія, як юридичний факт, є обставиною (чи їх сукупністю), що виникає поза волею осіб – учасників цивільних правовідносин і наслідком наявності якої (яких) є виникнення, зміна чи припинення цивільних прав та обов'язків. Взаємне вираження волі двох або декількох суб'єктів цивільних правовідносин, яке характерне для договору, дає нам можливість зробити висновок про те, що цивільно-правовий договір слід відносити до дій, а саме правомірних, тобто таких, що відповідають нормам цивільного права.

Правомірні дії як юридичні факти за спрямованістю волі на юридичні наслідки поділяються на юридичні акти і юридичні вчинки. Цивільно-правовий договір слід відносити до юридичних актів, оскільки юридичні акти – це такі правомірні дії, що здійснюються учасниками цивільних правовідносин та мають за мету виникнення, зміну чи припинення цивільних прав та обов'язків, а договір – це домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Через те, що за договором воля учасників цивільних правовідносин спрямована саме на виникнення, зміну чи припинення правовідносин, тому договір можна відносити до юридичних актів.

Залежно від стадії проходження цивільного правовідношення, а саме виникнення, зміна чи припинення правовідношення, юридичні факти у цивільному праві слід поділяти на правоутворюючі, правозмінюючі та правоприпиняючі.

Правоутворюючими являються ті юридичні факти, з якими норми права пов'язують виникнення прав та обов'язків у суб'єкта чи суб'єктів цивільного права. Класичним прикладом правоутворюючого юридичного факту є правочин.

Правозмінюючими слід визначати юридичні факти, з якими норми права пов'язують зміну прав та обов'язків в учасника чи учасників цивільних правовідносин. Такі факти характеризуються тим, що на час виникнення такого (правозмінюючого) факту суб'єкти є учасниками певних цивільних правовідносин та мають певні, як правило, взаємні права та обов'язки, які є змістом таких правовідносин. Такі факти будуть наявними, як приклад, у разі заміни кредитора у зобов'язанні (ст. 512 Цивільного кодексу України), чи у разі заміни боржника у зобов'язанні (ст. 520 Цивільного кодексу України).

Правоприпиняючими слід визначати юридичні факти, з якими норми права пов'язують припинення прав та обов'язків в учасника чи учасників цивільних правовідносин. Такі факти характеризуються тим, що на час виникнення такого (правоприпиняючого) факту суб'єкти являються учасниками певних цивільних правовідносин та мають взаємні права та обов'язки. До таких фактів слід відносити домовленість сторін як підставу припинення договірного зобов'язання (ст. 604 Цивільного кодексу України), тощо.

Таким чином, оскільки договір – це домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, тому цивільно-правовий договір може бути як правоутворюючим, правозмінюючим, так і правоприпиняючим юридичним фактом.

Можемо зробити висновок, що договір в одному із аспектів слід розглядати як підставу виникнення, зміни чи припинення цивільних правовідносин, а саме юридичний факт, який слід відносити до правомірних дій. Залежно від поділу правомірних дій на юридичні акти і юридичні вчинки, договір слід визначати як юридичний акт.

Використані джерела:

1. Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. – М.: Госюриздат, 1958. – 182 с.

2. Цивільне право України: Підручник: У 2 т. / За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – Т. 2. – 552 с.

Москаленко Дарина Володимирівна
студентка 2 курсу юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРОБЛЕМНІ ПРАВОВІ АСПЕКТИ ТРАНСПЛАНТАЦІЇ ОРГАНІВ ВІД ПОМЕРЛОГО ДОНОРА

Сучасний інтеграційний розвиток суспільства та медицини дав можливість закладам охорони здоров‘я використовувати спеціальні методи лікувально-практичної допомоги, одне з найвищих досягнень людства – трансплантацію органів від людини до людини. Це повернуло до життя багатьох, а іншим полегшило болісні хвороби. Також трансплантація органів породила багато проблем, які пов‘язані з філософським розумінням трансплантації та правовим регулюванням її. Гостро постає питання про пересадку органів від померлого донора.

З динамічним застосуванням такого медичного прийому абсолютно обгрунтовано виросли протилежні дискусійні концепції з приводу визначення волі померлого донора, зокрема, це - «презумпція згоди» і «презумпція незгоди», які в науці називають відповідно: витребуваною чи невитребуваною згодою.

«Презумпція згоди» полягає у тому, що, якщо особа за життя фактично не була проти того, щоб після смерті її донорські компоненти були використані (збережені чи трансплантовані), то вони можуть бути розглянуті як такі чи вилучені компетентними особами. Тобто, висувається категорична презумпція, що особа, яка померла та її родичі згодні на донорство органів. Ця концепція діє в таких європейських країнах, як Швеція, Іспанія, Португалія, Австрія, Франція [1,27].

Щодо моделі «презумпції незгоди», то вона стоїть на позиції захисту «права на своє тіло» як невід‘ємного особистого немайнового права, що означає заборону втручатись в організм будь-кому навіть після смерті особи. На користь цих переконань можна навести такі аргументи:

створюються умови для надання особі виняткового права на визначення подальшої долі свого фізичного тіла;

забезпечується охорона тілесної недоторканості після смерті особи;

знижується потенційна можливість криміналізації цієї галузі медицини;

посилюється віра людини у гідне відношення до її тіла після смерті [3,29].

В Україні діє «презумція незгоди», як і в США, Великобританії, Латинській Америці, Німеччині, Канаді та Данії. Тобто, в цих країнах вилучення органів від померлого донора медичними працівниками без погодження з родичами загиблого чи власної прижиттєвої згоди померлого заборонено. Це чітко закріплено в ЗУ «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини» статті 16: «Кожна повнолітня дієздатна особа може заявити про згоду або 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»[2,8].

Обидві правові концепції вилучення органів від померлого донора мають ряди своїх прихильників, які з власної точки зору аргументують доцільність застосування кожної з презумпцій.

Прихильники правової моделі «презумпції згоди» вважають його ефективнішим і таким, що найбільше відповідає запитам сучасної трансплантації, тому наголошують на таких перевагах цього підходу:

отримання максимальної кількості потенційних донорів;

не вимагається наявність документів про згоду, що дозволяє зменшити тяжкість утрати для родичів;

виключається необхідність обговорення питання вилучення органів у момент сповіщення про смерть близької людини.

Протилежній концепції «презумпція згоди» визначає такі недоліки:

в таких країнах громадяни відмовляються мати при собі спеціальний дозвіл про згоду на донорство через страх, що у випадку нещасного випадку чи серйозної травми вони не отримуватимуть інтенсивної належної допомоги, бо будуть розглядатися як об‘єкт донорських компонентів;

часто є неможливим отримання ні згоди, ні заперечення від родичів чи близьких померлого;

формальні дії щодо з‘ясування згоди чи незгоди особи, що померла, а також відшукання її родичів займає багато часу, а в ситуації трансплантації органів цінна кожна секунда.

Хоча в Україні й закріплено «презумпцію незгоди», все ж точаться дискусії різних рівнів доцільності її. З одного боку, це, безперечно, зменшує ризик зміни волі людини, що померла, виражає велику повагу до неї а з іншого - гальмує розвиток трансплантології і така тенденція природно буде мати місце, поки не будуть позбавлені права родичі виражати згоду чи незгоду на взяття трансплантанта від померлого донора. Звертаємо увагу, що у більшості країн світу, для того, щоб взяти орган у людини, що померла, ні згода самої людини, ні згода родичів не потрібна.

На нашу думку, однією з найсуттєвіших прогалин Закону є те, що він не врегульовує питання, хто саме з родичів повинен приймати таке важливе рішення, і як діяти в ситуації, коли рідні померлої людини не знаходяться поруч при її смерті, знаходяться в стані шоку і не можуть дати об`єктивну оцінку ситуації, діють з корисливих мотивів, чи не можуть прийняти одноголосного рішення? Також не встановлено форму надання такої згоди. Важливим є питання визначення кола родичів, які мають компетенцію вирішувати долю тіла померлого: це мають бути найближчі родичі (подружжя, батьки, діти), оскільки зайве розширення цього кола призведе до неможливості отримувати компоненти для пересаджування органів, бо строк їх життєздатності невеликий.

Отже, визначаючи проблеми правових та моральнісних аспектів регламентації трансплантації оргагнів від померлого донора, ми маємо дійсно складну ситуацію, коли з одного боку хитко тримається чиєсь життя і б‘є усвідомлення того, що є можливість порятунку цього життя, а з іншого - сукупність почуттів до померлого та бар‘єр принципів, що визначають подібні дії недопустимими, такими, що порушують недоторканість тіла людини та повагу до нього. Тому перелік наведених аргументів не може бути вичерпним і у випадку продовження має відповідати вимогам справедливості, моральності, добросовісності та розумності.

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.

2. Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини: Закон України від 16 липня 1999 року // ВВРУ. — 1999. — № . N 1007-XIV.

3. Силуянова И. В. Этика врачевания [Електронний ресурс] : монография / И.В. Силуянова. — Москва. Изд-во МП Троицко-Сергеевой Лавры. 2001.

Музика Леся Анатоліївна,
доцент кафедри цивільного, господарського права та процесу
Академії адвокатури України, кандидат юридичних наук, доцент

ПРО ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВУ ПОЛІТИКУ ЯК НОВИЙ НАУКОВИЙ НАПРЯМ

В юридичній доктрині застосовують видовий поділ правової політики за галузями права, підгалузями та їх правовими інститутами. Ці види мають на меті сприяти виявленню, синтезуванню та використанню гуманістичних компонентів відповідних галузей права. Загалом види правової політики виконують роль засобу щодо досягнення мети захисту прав і свобод особи. Зокрема, виділяють такі основні види правової політики, як: конституційно-правова, кримінальна та/або кримінально-правова, державна політика у сфері боротьби зі злочинністю, фінансово-правова, бюджетно-правова, судово-правова, кримінально-процесуальна, кримінально-виконавча, кримінологічна, міжнародно-правова, міжнародна кримінально-правова, сімейно-правова, цивільно-процесуальна [1].

Ще наприкінці XIX – початку XX ст. вчені-юристи виділяли галузеві види правової політики, у тому числі й цивільно-правову політику. Так, С.А. Муромцев писав, що «цивільно-правова політика визначає цілі та прийоми, якими має керуватися цивільний законодавець та суддя» [2, 15]. Г.Ф. Шершеневич також підкреслював, що правова політика тією чи іншою мірою притаманна будь-якій спеціальній юридичній науці [3, 17, 805]. В сучасній російській правовій доктрині також виділяють цивільно-правову політику [4, 75]. Водночас і у вітчизняній науці і в доктрині цивільного права Росії ці питання дивним чином залишаються не дослідженими. Більше того, відсутні будь-які дисертаційні чи монографічні праці з окресленої теми. Дійсно, якщо дослідження кримінально-правової політики мають понад двохсот річну історію, то проблемі цивільно-правової політики відводиться лише місце констатації її наявності, без жодного ґрунтовного аналізу даної правової категорії.

Цивільно-правова політика, поруч з іншими її видами, є частиною загальної правової політики держави, або соціальної політики і не має самостійності. Вона вказує на бажані і можливі зміни цивільного блоку правової реформи в нашій державі. Всі види правової політики (як і галузі права) є взаємопов’язаними і тісно співіснують.

Отже, цивільно-правова політика має відігравати значну роль для законодавця. Вона вказує на вади існуючого права і визначає шляхи їх подолання. І власне така діяльність держави має передувати практиці формування та застосування цивільного законодавства. Нині, без наукового обґрунтування цивільно-правової політики, законодавець діє на помацки, користуючись інстинктом там, де наука могла би створити твердий і надійний ґрунт. Саме тому порівняння, наприклад, науки кримінального і цивільного права у цій сфері буде явно не на користь останньої. Це пояснюється, зокрема, сприянням кримінально-правової науки у діяльності законодавця. Звісно, законодавець не завжди враховує пропозиції, що розробляються в межах кримінально-правової політики. Водночас такої підтримки у сфері цивільного права законодавець позбавлений. Так, Кримінальний кодекс України набув чинності майже на 3 роки раніше, аніж Цивільний кодекс України. А мало б бути навпаки: спочатку ЦК України, а потім – КК України. На нашу думку, цей факт можна пояснити, зокрема, і відсутністю розробок у сфері цивільно-правової політики.

На шляху реалізації цивільно-правової політики постають численні проблеми, і перша з них стосується відсутності її наукового забезпечення. Необхідно виробити єдині принципи і теоретичні засади аналізованої політики. Передусім постає проблема розробки концепції цивільно-правової політики як доктринального напряму, що охоплює, на нашу думку, комплекс таких наукових проблем, як:

Місце цивільно-правової політики у правовій системі держави
Мета і завдання цивільно-правової політики
Напрями цивільно-правової політики
Рівні (форми) реалізації цивільно-правової політики
Принципи цивільно-правової політики
Суб’єкти та учасники цивільно-правової політики

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що, на нашу думку, попередньо цивільно-правову політику можна визначити, як діяльність держави у сфері цивільно-правових відносин з метою дотримання, реалізації та оптимального захисту приватних інтересів усіх суб'єктів таких відносин.

Використані джерела:

1. *Рыбаков О.Ю. Российская правовая политика в сфере защиты прав и свобод личности: вопросы теории : Дисс. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 : Саратов, 2005. – 366 с.; Российская правовая политика: Курс лекций / Под ред. д.ю.н. , проф. Н.И. Матузова и д.ю.н., проф. А.В. Малько. – М.: Издательство НОРМА, 2003. – 528 с.*
2. *Муромцев С.А. Определение и основное разделение права. – М., 1879.*
3. *Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. – М., 1912.*
4. *Рыбаков О. Ю. Российская правовая политика в сфере защиты прав и свобод личности. – СПб., 2004. – 352 с.*

Музиченко Євген Сергійович
студент юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ДЕЯКІ ПИТАННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА ТАЄМНИЦЮ ТЕЛЕФОННОЇ РОЗМОВИ

Дана тема є актуальною сьогодні, зокрема у зв'язку з ухваленням ВРУ Закону України «Про захист персональних даних» від 1.06.2010 року.

В теорії і на практиці існує таке поняття як таємниця телефонних розмов, яка охороняється цивільним та кримінальним законодавством. Вирішуючи дане питання необхідно з'ясувати, що мається на увазі «порушення таємниці телефонних розмов» а також розмежування застосування кримінальний та цивільних норм до даного виду правовідносин. Порушення вказаної таємниці полягає у вчиненні будь-яких дій, що полягають у незаконному ознайомленні з відомостями та повідомленнями приватних осіб, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер, без згоди громадянина. Тобто мається на увазі фактичне втручання або перехоплення третьою особою лінії телекомунікації, що дає їй змогу вільно отримувати, зберігати та поширювати інформацію. Під телефонними розмовами слід розуміти розмови між особами, які відбуваються за допомогою будь-якого телефонного зв'язку, що здійснюється за допомогою провідних чи електромагнітних систем тощо. Таким чином кримінальна відповідальність не буде поширюватись на особу, яка є співрозмовником, і яка свідомо і вільно обмінюється інформацією з іншою особою (співрозмовником), при цьому отримує та зберігає таку інформацію на звукозаписуючий пристрій. Останнє буде регулюватись цивільно-правовим законодавством.

Для з'ясування цивільно-правової регламентації даного питання необхідно звернутися до: Конституції України (далі КУ), Цивільного кодексу України (далі ЦКУ) та до Закону України «Про інформацію». Чинний ЦКУ як і ЗУ «Про інформацію» передбачає право на інформацію яке гарантується ст. 34 КУ. Ст. 302 ЦКУ визначає право особи вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію. Ст.5 ЗУ «Про інформацію» гарантує відкритість, доступність інформації та свободу її обміну, ст. 43 надає право учасникам інформаційно-правових відносин (громадяни, юридичні особи, які виступають у ролі авторів, споживачів, поширювачів та зберігачів інформації) одержувати інформацію в будь-якій формі з використанням будь-яких засобів. Цікавою є ст. 46 ЗУ «Про інформацію», що визначає яка інформація не підлягає розголошенню (але це не забороняє її одержання та зберігання, тобто здійснення звукозапису, згідно ст. 14 цього ж Закону). Це інформація про: лікарську таємницю, грошові вклади, прибутки від підприємницької діяльності, усиновлення, листування, телефонні розмови, і телеграфні повідомлення.

Незважаючи на це існує обмеження. В ч. 2 ст. 302 ЦКУ існує наступне положення: «збирання, зберігання, використання і поширення інформації про особисте життя фізичної особи без її згоди не допускаються…». В даному аспекті виражається заборона об'єктом якої є особисте життя фізичної особи. Звертаючись до ч. 2 ст. 301 ЦКУ знаходимо наступне положення: «фізична особа сама визначає своє особисте життя і можливість ознайомлення з ним інших осіб», при цьому, закон не визначає переліку можливих чи необхідних діянь, якими б особа могла здійснити своє право на визначення свого особистого життя.

Таким чином можна констатувати факт нечіткого встановлення законодавцем цивільно-правових положень щодо захисту особистих немайнових прав, зокрема права на особисте життя в контексті поширення такої інформації через телекомунікаційні засоби.

Для більш чіткого розуміння як такі відносини мають бути врегульовані, необхідно звернутися до законодавства іноземних країн, зокрема США, Канади, Виликої Британії та Фінляндії.

Відповідно до державних та федеральних законів США немає нічого протиправного, коли один із співрозмовників записує телефонну розмову, або коли одна із сторін співрозмовників по телефону надає дозвіл на запис телефонної розмови або коли надається дозвіл на запис будь-якої розмови даної телефонної лінії.

В деяких штатах США закони, які регулюють запис інформації, що передається засобами телефонного зв'язку вимагають, щоб тільки одна сторона була повідомлена про запис телефонної розмови «One-party notification states». [1]

Однак, деякі штати (Каліфорнія, Коннектікут, Флоріда, Ілінойс, Меріленд, Массачусетс, Мічіган, Монтана, Невада, Новий Хемшир, Пенсильванія і Вашингтон) вимагають, щоб усі сторони телефонної розмови погодилися, коли один із співрозмовників бажає записати телефонну бесіду «Two-party notification states».[2]

Відповідно до законодавства Канади, закони вимагають принаймні щоб сторона або одна із сторін телефонної розмови була повідомлення про здійснення звукозапису телефонної розмови.

При регулюванні даного питання у Великій Британії діють положення таких правових документів: Regulation of Investigatory Powers Act 2000 ("RIPA"); Telecommunications (Lawful Business Practice) (Interception of Communications) Regulations 2000 ("LBP Regulations"); Data Protection Act 1998; Telecommunications (Data Protection and Privacy) Regulations 1999; Human Rights Act 1998.

Згідно з "RIPA" особам не забороняється записувати власні телефонні розмови за умови, якщо даний запис призначений для особистого використання співрозмовників. Записуючи або проводячи моніторинг існує лише заборона в тому випадку, коли зміст телефонної розмови поширюється і стає відомим третім особам. Третіми особами може бути особа яка перехопила телефонну лінію без відома співрозмовників, особа яка отримала таку інформацію особисто від співрозмовника(ів).

За законодавством Фінляндії у випадку приватної розмови між особами виклики і бесіді можливо записувати будь-яким активним учасника цієї розмови (виклику чи бесіди). Немає ніякої вимоги, для повідомлення інших сторін розмови про запис такої розмови. Обмеження існують лише на поширення записаної інформації.[3]

Можна зробити висновок, що законодавство Сполученого Королівства найбільше відповідає вимогам принципам та нормам європейського законодавства щодо свободи вільного збирання, зберігання, використання та поширення інформації усно, письмово або в інший спосіб.

Таким чином підхід Сполученого Королівства щодо аудіо запису телефонної розмови є виправданим і може бути апробованим в системі цивільного законодавства України. Наступне положення можна імплементувати як абз. 2 ч. 1 ст. 302 ЦКУ: «особам не забороняється записувати власні телефонні розмови за умови, якщо даний запис

[1] http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode18/usc_sec_18_00002511----000-.html
[2] cybercrimelaw.info/pdf/18_PaCS_5703_etsec.pdf
[3] "Omien keskustelujen ja puheluiden nauhoittaminen työpaikalla (Data Protection Ombudsman)". 2007.

призначений для особистого використання співрозмовників і зміст такого запису не буде доведений до відома третім особам, що не є учасниками телекомунікаційної розмови».

Нагнибіда Володимир Іванович
молодший науковий співробітник Подільської лабораторії
з проблем адаптації цивільного законодавства України до законодавства
Європейського Союзу НДІ ПП НАПрН України

ЗМІСТ СЕРВІТУТНИХ ПРАВ У ЦИВІЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ ТА ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

Перш за все слід зазначити, що зміст таких відносин слід розмежовувати залежно від того про який вид сервітутів йдеться. Так, наприклад, ряд законодавств правовий режим земельних сервітутів та правовий режим особистих сервітутів виділяють в окремі глави (ст.ст. 1018–1029 ЦК Німеччини, 1027–1099 ЦК Італії, 400–488 ЦК Мальти, 730–744 ЦК Швейцарії тощо), диференціюючи при цьому порядок здійснення та припинення зазначених прав. Вбачаємо, що такий підхід найбільш повно відповідає духу пандектистики і тому його повинен враховувати вітчизняний законодавець в главі, присвяченій сервітутам. Натомість об'єднання правових режимів особистих і земельних сервітутів в ЦК України перш за все нівелює сутність особистих сервітутів про що уже згадувалось у роботі, а крім цього, за такого підходу ускладнюється застосування усталених правових норм. Варто відмітити, що остаточна редакція проекту ЦК України містила відмічену вище диференціацію правових режимів окремих видів сервітутів. Так, наприклад, окрема стаття була присвячена земельному сервітуту і його правовому режиму, а наступні статті, відповідно, правовому режиму узусу, права проживання та узуфрукту. Вбачається, що такий підхід є виправданим і до нього слід повернутися, принаймні в частині закріплення узуфрукту.

Щодо змісту самих сервітутних прав більшість законодавств містить подібні положення. Залежно від видів, виділимо найбільш характерні властивості сервітутних прав, які містяться у зарубіжних законодавствах.

За земельним сервітутом *обтяжується нерухомість* для забезпечення користування нерухомістю чи потреб нерухомості іншого власника. В усіх законодавствах таку ознаку, як обтяження нерухомості, закріплено на нормативному рівні (ст.ст. 1018 НЦУ, 403 ЦК Мальти, 637 ФЦК, 1027 ЦК Італії, 530 ЦК Іспанії). При цьому в окремих випадках додатково вводиться вимога щодо географічного розміщення земельних ділянок: як-то ділянки, які знаходяться вище та нижче на схилі, або ділянки, що межують одна з одною тощо. Так законодавство Франції містить низку положень, присвячених сервітутам, які стосуються місця розташування земельних ділянок. Зокрема, зазначається, що земельні ділянки, які знаходяться нижче зобов'язані стосовно земельних ділянок, які знаходяться вище, приймати води, які стікають з останніх природнім шляхом без втручання людини. При цьому власник ділянки, яка знаходиться нижче, зобов'язаний не споруджувати загорож, які б заважали такому стокові. Натомість власник ділянки, яка знаходиться вище, повинен утримуватися від дій, які б ускладнювали чи обтяжували тягар власника службової земельної ділянки. Подібні положення про межування земельних ділянок містяться і у ст.ст. 1027, 1034 ЦК Італії. Вітчизняне цивільне законодавство також містить таку вказівку. Зокрема ч. 2 ст. 401 ЦК України передбачає, що сервітут може належати власникові (володільцеві) сусідньої земельної ділянки. Натомість ч. 2 ст. 404 ЦК України розширює положення ч. 2 ст.401, зазначаючи, що особа може вимагати встановлення сервітуту від власника (володільця) сусідньої земельної ділянки, а в разі необхідності – від власника (володільця) іншої земельної ділянки.

У ЗК України (ст. 100) містяться лише положення щодо сусідства земельних ділянок. Вважаємо, що для забезпечення потреб сучасного цивільного обороту таке положення не повною мірою виконує врегульовуючу функцію відповідних суспільних відносин, так як

сьогодні в багатьох випадках виникає необхідність встановити земельний сервітут стосовно ділянок які не межують одна з одною, тобто не є сусідніми, наприклад, при прокладенні ліній електропередач чи встановленні певних інженерних конструкцій чи прокладені комунікацій тощо. Крім цього, така необхідність може виникнути за потреби забору води із природного водоймища та у випадку прогону худоби тощо. Тому в цій частині (включення у сферу правового регулювання сервітуту не тільки сусідніх земельних ділянок, але й інших) Земельний кодекс потрібно узгодити з підходом, запропонованим ЦК України.

Ще одна важлива риса земельних сервітутів – це слідування принципу визначеності змісту сервітутних прав, або як його ще називають в західній літературі, принципу спеціалізації та визначеного об'єкта речових прав. Йдеться про правомочності, які виникають у сторін за умови встановлення сервітутних прав. Як відомо, встановлення сервітутних прав супроводжується обмеженням реалізації прав власника службової земельної ділянки. Натомість власник панівної ділянки набуває низку вигод, яких до цього у нього не було. Так за ЦК Японії сервітут повинен підвищувати цінність використання основної земельної ділянки. Крім цього, так як сервітут вважається похідним (підпорядкованим правом) і є наслідком інших прав, зокрема права власності, то він поділяє долю названих прав. Це означає, що сервітут не може бути переданий на «служіння» іншим правам, крім тих, які з ним тісно пов'язані (ст.281 ЦК Японії). В інших країнах зміст земельного сервітуту вичерпується класичними положеннями про невідчужуваність сервітуту, пов'язаність із обтяженою земельною ділянкою та слідування за нею тощо (ст.ст. 285 ЦК Польщі, 697–702 ФЦК, 4.112. ЦК Литви, 1018–1029 НЦУ тощо). З урахуванням пропонованих змін до ЦК України названі принципи буде відображено в цивільному законодавстві.

Вартою уваги є також висловлена вище пропозиція щодо відображення у чинному законодавстві норм про узуфрукт. Як вже було зазначено, за своєю природою узуфрукт в зарубіжних правопорядках є особистим сервітутом, який полягає в обмеженому речовому праві користування особистого характеру. Через узуфрукт управомочена особа отримує правомочності володіння та користування річчю відповідно до її призначення.

Принциповою відмінністю узуфрукту від прав суперфіціарного типу у всіх правопорядках є збереження економічної сутності речі й неможливість, за загальним правилом, її зміни узуфруктуарієм. Від сервітуту узуфрукт відрізняється тим, що до складу сервітуту не входить правомочність володіння притаманна узуфрукту. Крім цього, до обов'язків узуфруктуарія належить обов'язок утримувати річ і нести витрати на її утримання. При цьому узуфруктуарій не має права змінювати економічну сутність та субстанцію обтяженої речі. Усі витрати, спрямовані на поліпшення речі, залишаються у власності власника речі і не відшкодовуються узуфруктуарію. Він не передається, не слідує за річчю і має суто особистий характер. Узуфрукт може встановлюватися як щодо рухомих, так і нерухомих речей. Стосовно нерухомих речей це право виникає і припиняється виключно з моменту державної реєстрації. Узуфрукт обтяжує нерухому річ і є невіддільним від неї. Зі знищенням речі узуфрукт припиняється. Підстави виникнення і припинення узуфрукту є такими ж, як і щодо інших сервітутних прав. З огляду на сказане та враховуючи досвід правового регулювання і використання цього права в зарубіжних правопорядках, вважаємо, що на сьогодні необхідно закріпити в окремій статті на рівні ЦК України загальних правил стосовно встановлення та змісту права узуфрукту. На нашу думку ця стаття може мати такий зміст:

«Право користування чужим майном із одержанням доходів (узуфрукт)

1. Стосовно рухомого або нерухомого майна власника може бути встановлено право користування із одержанням плодів та /чи доходів від нього (узуфрукт).

2. Узуфрукт надається власником певній особі на визначений строк або довічно. Щодо зузфрукту, встановленого стосовно юридичної особи, такий строк не повинен перевищувати 30 років.

3. Узуфрукт є безоплатним, якщо інше не обумовлено стронами при його встановленні.

4. Узуфрукт встановлюється на підставі закону, договору, а у випадках передбачених законом, – рішенням суду. До узуфрукту на нерухомість застосовуються правила державної реєстрації прав на нерухоме майно передбачені чинним законодавством.

5. Користувач зобовязаний вжити усіх заходів щодо збереження сутності та економічної цінності предмету узуфрукту і не має права відчужувати, засталяти чи іншим чином розпоряджатись цим майном».

Слід зазначити, що відображення цієї статті у ЦК України дозволить встановити загальні правила правового режиму узуфрукту та створити правову основу для розвитку та подальшого вдосконалення його нормативної конструкції в Україні.

Поряд з узуфруктом потребує певного вдосконаленн уже існуюча в Україні нормативна модель такого права користування чужою річчю, як право проживання. Слід відмітити, що це уже давно відоме вітчизняному правопорядку, однак із прийняттям чинності ЦК України воно посіло належне йому місце серед прав на чужі речі. Цією статтею було визначено основи правового режиму права проживання в Україні, однак на сьогодні нагальною є необхідність дещо вдосконалити його правовий режим.

Перш за все потрібно визначитись з правовою природою цього права. Стаття 405 ЦК України передбачає «Члени сім'ї власника житла, які проживають разом з ним, мають право на користування цим житлом відповідно до закону». З наведеного формулювання можна виділити принаймні такі умови, за наявності яких особа матиме право на користування житлом поряд з власником: користувач повинен бути членом сім'ї власника житла та проживати разом з ним.

Стаття 3 СК України визначає, що сім'ю складають особи, які *спільно проживають*, *пов'язані спільним побутом*, мають взаємні права та обов'язки. Подружжя вважається сім'єю і тоді, коли дружина та чоловік у зв'язку з навчанням, роботою, лікуванням, необхідністю догляду за батьками, дітьми та з *інших поважних причин* не проживають спільно. Дитина належить до сім'ї своїх батьків і тоді, коли спільно з ними не проживає.

Таким чином, хоча ознакою сім'ї за СК України є спільне проживання та ведення спільного побуту, однак є ряд випадків, коли особи будуть вважатися членами сім'ї, не проживаючи разом. В контексті ж ст. 405 ЦК України вимога *спільного проживання* є додатковою і має обов'язковий характер.

Якщо ж виходити з розуміння сім'ї за житловим законодавством, то відповідно до ч. 2 ст. 64 ЖК України «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*». Тут ознака постійного проживання є обов'язковою умовою визначення сім'ї.

З цього аналізу можна зробити висновок, що ч. 1 ст. 405 ЦК України тяжіє швидше до житлового законодавства, ніж до сімейного. Разом з тим застосування сімейного законодавства викликає певні спори. Окремі автори дотримуються думки, що право користування житловим приміщенням, яке є за своєю природою правовідношенням сервітутного типу, не можна регулювати нормами житлового законодавства. Застосування цих норм, зокрема ст. 64 та ст. 156 ЖК України, можливе тільки за аналогією.

Вважаємо, що Цивільний кодекс України як акт загальний порівняно з Сімейним та Житловим кодексами не повинен вводити додаткові вимоги для набуття прав користування, і тому достатньо було б обмежитись вказівкою на члена сім'ї. Інша справа, що узгодження потребують СК України та ЖК України стосовно визначення поняття «сім'я» та «члени сім'ї».

Разом з тим слід мати на увазі, що поширення дії норми ст. 405 ЦК України тільки на членів сім'ї є дещо вузьким (див. наприклад ст.ст. 776—778 ЦК Швейцарії), оскільки з власником часто проживає особа, яка *de jure* не є членом сім'ї власника житла, однак спільно проживає та пов'язана спільним побутом, зокрема через встановлення догляду за нею чи перебування на утриманні. Очевидно, що такі особи також повинні мати право на користування житлом. Більше того, якщо говорити про інституційну належність аналізованого права, то справедливо було б сказати, що воно *в першу чергу* поширюється на осіб, які перебувають на утриманні чи догляді, оскільки для них таке житло дійсно буде

чужим, а право на нього в повному розумінні буде правом на чужу річ. Щодо цього справедливо буде підтримати позицію тих авторів, які пропонують до речових прав віднести права набувача за договором довічного утримання стосовно членів сім'ї власника, тим більше, коли йдеться про майнові інтереси неповнолітніх дітей, говорити, що таке право є правом на чужу річ, дещо проблематично.

Крім сказаного, потрібно мати на увазі, що існуюча система правового регулювання права проживання є недосконалою ще й у зв'язку з положеннями ч. 6 ст. 403, яка як загальна стосовно ст. 405 суперечить останній. Справа в тому, що право проживання є особистим сервітутом, відповідно це право встановлюється на користь осіб, а не на користь речей, а відтак норма про те, що сервітут зберігає свою чинність в разі переходу речі до інших осіб, є не прийнятною у випадку регулювання права проживання.

Підсумовуючи сказане, слід розширити зміст ст. 405 шляхом зазначення після слів «члени сім'ї власника» виразу такого змісту: «а також особи, які перебувають на його утриманні чи догляді». Нормою такого змісту ми значно розширимо сферу застосування цього права та підвищимо його ефективність як регулятора суспільних сучасних цивільних відносин.

Нестеренко Поліна Віталіївна,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри економічної теорії та права Харківського гуманітарного університету «Народна українська академія»

ПРАВОВИЙ СТАТУС ЮРИДИЧНИХ ОСІБ ПУБЛІЧНОГО ПРАВА: ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Реформування українського цивільного та господарського законодавства представляє собою перманентний процес, але не завжди законодавець в змозі закріпити однозначні та виважені положення. Це стосується в першу чергу існування такої проблеми як поділ юридичних осіб на юридичних осіб публічного та приватного права й визначення правового статусу останніх. Проблематика статусу та діяльності публічних юридичних осіб досліджувалася та отримала висвітлення у роботах наступних вчених: Майданика Р.А., Шишки Р.Б., Спасибо-Фатєєвої І.В., Луця В.В., Харитонова Є.О., Ісаєва М.О. та інших науковців.

Українське законодавство закріпило відомий європейському приватному праву (зокрема, німецькому цивільному праву) поділ юридичних осіб на юридичних осіб приватного та публічного права. Але при цьому критерій який було використано для проведення класифікації, а саме – порядок їх створення, не є беззаперечним та однозначним. Як зазначає Спасибо-Фатєєва І.В.: «вспомним, что, в соответствии с Гражданским кодексом, юридические лица бывают частного и публичного права с весьма спорным критерием, положенным в основу такого деления в статье 81, — порядком их создания» [1, с. 12]. Харитонов Є.О. також зазначає, що основним критерієм поділу в даному випадку слід вважати не порядок створення юридичних осіб, а цілі створення, а також галузь, у якій має діяти та чи інша особа [2, с. 126].

Частина 3 ст. 81 Цивільного кодексу України закріпила, що організаційно-правові форми, порядок створення, правовий статус юридичних осіб публічного права встановлюється Конституцією України та законами. До таких законів на сьогоднішній день можна віднести Господарський кодекс України, Закони «Про управління об'єктами державної власності», «Про приватизацію державного майна», Декрет Кабінету Міністрів України від 15 грудня 1992 р. № 8-92 «Про управління майном, що є у загальнодержавній власності», а також постанову Верховної Ради України від 14 лютого 1992 р. № 2116-XII «Про управління майном підприємств, установ та організацій, що є у загальнодержавній власності».

У 2007 році на розгляд Верховної Ради України було внесено проект Закону «Про державні унітарні підприємства», метою якого було закріплення порядку створення державних унітарних (комерційних та казенних) підприємств як однієї з організаційно-правових форм юридичних осіб публічного права, засад їх діяльності, порядку управління, правового режиму майна цих підприємств [3]. При цьому вказаний проект не став тим законом, який би детально врегулював основні аспекти діяльності хоча б такої організаційно-правової форми юридичних осіб публічного права як держпідприємства. Отже, жоден із вказаних нормативно-правових актів (в тому числі проект) не визначили в повній мірі правове положення юридичних осіб публічного права.

Слід зазначити, що юридичні особи публічного права можуть створюватися як в організаційно-правових формах, передбачених ЦК України, так і в інших організаційно-правових формах, передбачених українським законодавством. На відміну від цивільного законодавства, яке містить вичерпний перелік організаційно-правових форм юридичних осіб, для юридичних осіб публічного права принцип Numerus Clausus застосувати неможливо. Але важко погодитись з думкою, що закріплення вичерпного переліку організаційно-правових форм публічних юридичних осіб не є обов'язковим і «гражданское право не должно стремиться к тому, чтобы навязать государству организационно-правовые формы, которые не вписываются в природу публичного права» [4, с. 40]. На нашу думку, це потрібно зробити у Господарському кодексі і врегулювати положення даних суб'єктів хоча б на мінімальному рівні для забезпечення правового регулювання численних та різноманітних державних організацій, зокрема установ. Навіть ГК України не містить жодних положень стосовно правового статусу державних установ, що призводить до того, що їх діяльність регулюється спеціальними законами («Про освіту», «Про вищу освіту», «Про музеї та музейну справу» ті ін.), котрі не містять уніфікованого підходу до визначення порядку їх створення, змісту установчих документів, основних засад їх діяльності, прав на майно, відповідальності установ та ін.

Отже, Господарський кодекс України, прийнятий з огляду на «врахування європейської традиції роздільної кодифікації цивільного та господарського (торгового, комерційного) законодавства» і застосування цього досвіду у багатьох країнах ЄС (Франції, Німеччині, Бельгії, Естонії, Латвії та ін.[5, с. 3], не виконав повною мірою тієї ролі спеціального по відношенню до ЦК України закону, на яку він претендував [1, с. 12]. На сьогоднішній день можна констатувати існування нагальної необхідності врегулювання правового статусу юридичних осіб публічного права у спеціальному законодавчому акті.

Використані джерела:

1.Шевченко Я., Спасибо-Фатеева И. Частное предприятие - ошибка ХК*? // Юридическая практика. - 2007. - № 8. - С. 1, 12-13.*

2.Харитонов Є.О. Цивільне право України : Підручник / Є.О.Харитонов, О.В. Старцев. – К.: Істина, 2007. – 816 с.

3.Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про державні унітарні підприємства» [Електронний ресурс] // Верховна Рада України (офіційний сайт). – Режим доступу: http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=30937. – Заголовок з екрану.

4. Чантурия Л.Л. Юридические лица публичного права: их место в гражданском праве и особенности правового регулирования / Л.Л. Чантурия // Государство и право. – 2008. - № 3ю – С. 38-45.

5. Науково-практичний коментар Гоподарського кодексу України / Кіл.авт.: Г.Л. Знаменський, В.В. Хахулін, В.С. Щербина та ін.; За заг.ред. В.К. Мамутова. - К.: Юріном Інтер, 2004. - 688 с.

Нечипоренко Василь Віталійович
аспірант Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

ОКРЕМІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО ІНСТИТУТУ ПЕРЕСТРАХУВАННЯ В УКРАЇНІ

В даний момент правовий порядок укладення угод перестрахування в нашій державі регулюється обмеженим колом джерел: Законом України «Про страхування», Цивільним кодексом України, низкою підзаконних нормативно-правових актів (що, здебільшого, визначають лише формальні умови та вимоги для страхових компаній, які займаються перестрахуванням). Відповідно до світової практики, до перестрахування в нашій державі застосовуються основні принципи, правила, методи, що не знайшли свого відображення в законодавстві України (при цьому йому не суперечать) і є результатом багатовікового світового досвіду укладення такого роду правочинів – неписане, звичаєве право та судові прецеденти. Яскравим прикладом-підтвердженням цього є відсутність в нашій державі єдиного і універсального нормативно-правового акта, що детально регулював би укладення українськими страховиками договорів перестрахування із визначеною в ньому багатоманітною системою видів, способів цедування ризиків.

Вказані фактори сприяють виникненню багатьох небажаних явищ, пов’язаних із перестрахуванням, зокрема, як правовим явищем. Мова, перш за все, йде про:

суттєву змістовну різницю визначення поняття «договір перестрахування», що міститься у Цивільному кодексі України та поняття «перестрахування», що визначене у Законі України «Про страхування»;

неоднорідність думок в доктринальних джерелах у сфері права щодо того, чим є перестрахування – формою, видом страхування, або це є окремий, незалежний правовий інститут, не пов'язаний із страхуванням;

недосконаліть правових формулювань у сфері перестрахування, що породжують неоднозначне розуміння змісту даного правового інституту і т.і.

Пропонуємо звернути увагу на третій пункт перелічених явищ на прикладі співставлення правових інститутів договору перестрахування та договору страхування цивільної відповідальності. На те, що це питання є дискусійним в правових джерелах наголошувалося ще в середині ХХ століття [1, 145].

Для порівняння пропонуємо застосувати Закон України «Про страхування», де поняття «перестрахування» визначається 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» [2].

Окреме і незалежне від об’єкту страхування визначення «страхування цивільної відповідальності» Закон не надає, тому застосуємо для окреслення змісту цього поняття два терміни – «страхування» та «цивільна відповідальність». Поняття «страхування» визначене у статті 1 Закону як вид цивільно-правових відносин щодо захисту майнових інтересів фізичних осіб та юридичних осіб у разі настання певних подій (страхових випадків), визначених договором страхування або чинним законодавством, за рахунок грошових фондів, що формуються шляхом сплати фізичними особами та юридичними особами страхових платежів (страхових внесків, страхових премій) та доходів від розміщення коштів цих фондів.

Для розкриття змісту поняття «цивільна відповідальність» звернімося до Енциклопедії цивільного права, в якій воно визначене як правовідношення у вигляді несприятливих наслідків майнового і немайнового характеру для боржника, які забезпечуються державним примусом і призводять до засудження правопорушення і його суб’єкта… Юридичною підставою застосування до правопорушника цивільної відповідальності є норма права. Фактичною підставою для застосування мір цивільної відповідальності є скоєння цивільного правопорушення [3, 883]. Тобто, обов’язковими

елементами цивільної відповідальності є: скоєне правопорушення, нормативна кваліфікація дій правопорушника, встановлена в правовому порядку вина

Науковці, що ототожнюють договір перестрахування та договір страхування цивільної відповідальності вважають, що перестрахування є страхуванням для страховиків на випадок, якщо вони не будуть в змозі виконати власне зобов'язання щодо страхового відшкодування (тобто, цим вчинять цивільне правопорушення – невиконання договірного зобов'язання).

Але, для виконання свого договірного зобов'язання перестраховиком не передбачається вчинення страховиком (який перестрахував свій страховий ризик у вказаного перестраховика) цивільного правопорушення. Підставою для здійснення цесіонарієм (перестраховиком) свого договірного зобов'язання є настання страхової події за первісним (оригінальним) договором страхування, частина ризику за яким була перестрахована. Тобто, укладення договору перестрахування та його виконання не передбачає наявності цивільного правопорушення в діях застрахованої особи – страховика. Відповідно, перестрахування, на відміну від страхування цивільної відповідальності, як і всі види страхування стосується суто певного юридичного факту (здебільшого події) – настання передбаченого страхового випадку, не пов'язаного безпосередньо із вчиненням страховиком цивільного правопорушення.

Підтвердженням думки про те, що перестрахування не є страхуванням цивільної відповідальності є питання вигодонабувача за кожним з вказаних договорів. Під час страхування цивільної відповідальності, вигодонабувачем за договором є третя особа, яка не є стороною договору. В свою чергу, договір перестрахування передбачає виплату перестрахового відшкодування безпосередній стороні договору перестрахування – перестрахувальнику (страховику за оригінальним договором страхування).

Про недоречність віднесення правового інституту перестрахування до страхування цивільної відповідальності наголошували такі вчені як В.К. Райхер [1, 145], В.І Серебровський [4, 493], М.І. Брагінський [5, 168] та інші. Зважаючи на вказане вище, вважаємо некоректним з цивільно-правової точки зору віднесення договорів перестрахування до договорів страхування цивільної відповідальності. Саме тому, висвітлення в Цивільному кодексі України та в Законі України «Про страхування» перестрахування як окремого незалежного виду страхування є цілком вірним і відповідним дійсному значенню та суті цього правового інституту.

Використані джерела:

1. Райхер В.К. Общественно-исторические типы страхования. – М.: Изд-во АН СССР, 1947. – 282 с.

2. Закон України «Про страхування» в редакції від 7.03.1996 р. (з подальшими змінами) // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 18. – Ст. 78.

3. Енциклопедія цивільного права України / Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України ; відп. Ред. Я.М. Шевченко. – К.: Ін Юре, 2009. – 952 с.

4. Серебровский В. Избранные труды по наследственному и страховому праву. – М., 1997. – 568 с.

5. Брагинский М.И. Договор страхования. – М.: Статут, 2000. – 174 с.

Ніколенко Мирослав Борисович

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ДЕРЖАВНОЇ РЕЄСТРАЦІЇ НАБУТТЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА НОВОСТВОРЕНЕ НЕРУХОМЕ МАЙНО

Вирішення ключових проблем розвитку сучасної української держави нерозривно поєднане з реформуванням та вдосконаленням відносин власності. Стрімкі зміни економічного та суспільного життя нашої країни вимагають невідкладного вирішення цілої низки проблемних питань нормативно-правового регулювання цивільно-правових та пов'язаних з ними відносин щодо володіння, користування та розпорядження нерухомим майном.

В літературі цілком справедливо підкреслюється, що належний стан права власності у суспільстві обумовлює стабільність цивільних правовідносин, сприяючи тим самим стійкості політико-економічної ситуації, цивільного обороту і ясності правового становища окремих суб'єктів [9, с. 12]. Натомість, існування недоліків правового регулювання набуття права власності на новостворене нерухоме майно, його державної реєстрації загальний несприятливий клімат для всього суспільства, не сприяє належному захисту прав і законних інтересів держави, власника та користувача, перешкоджає реалізації прав та законних інтересів покупців нерухомості, інвесторів, кредиторів [6, с. 9].

Так, згідно зі ст. 41 Конституції України, кожен має право володіти, користуватися, розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної творчої діяльності. Цією ж статтею закріплюється непорушність права приватної власності та заборона протиправно позбавляти права власності. При реалізації свого права власник може володіти, користуватися та розпоряджатися власністю на власний розсуд, тобто вчиняти будь-які дії стосовно свого майна, але не забуваючи в той самий час, що ці дії не повинні суперечити закону

Нерухомим майном вважаються земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельних ділянках і невід'ємно пов'язані з ними, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їхнього призначення, згідно зі ст. 1 Закону України «Про іпотеку». Подібне трактування нерухомого майна ми можемо знайти і в Законі України «Про податок з доходів фізичних осіб» , і в ст. 181 Цивільного кодексу України. Особливий правовий режим об'єктів нерухомості обумовлює обов'язковість дотримання певних вимог, передбачених законодавством. Отож, можна зауважити, що існують спеціальні приписи стосовно порядку укладання, форми виконання правочинів, предмет яких пов'язаний з нерухомістю, їхньої державної реєстрації, моменту виникнення права власності або речових прав. Спеціальні вимоги пояснюються специфічним правовим режимом об'єктів нерухомості [7, с. 28].

Слід визнати, що в Україні зроблені значні та суттєві кроки щодо створення і вдосконалення системи державної реєстрації прав на нерухомість. В перспективі в нашій держав мала б існував одна, єдина система реєстрації таких прав. Доводиться констатувати, що в наш час в цьому контексті є ще багато проблем. Наприклад, у ч. 3 ст. 4 Закону України "Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень"передбачається, що «право власності на житловий будинок, будівлю, споруду, квартиру може бути зареєстровано незалежно від того, чи зареєстровано право власності на земельну ділянку, на якій вони розташовані, крім випадків, якщо власником земельної ділянки та житлового будинку, будівлі, споруди, квартири, розташованих на ній, є та сама особа». Відповідно і надалі зберігається ситуація, за якої окремо реєструються права щодо будинку, окремо – щодо земельної ділянки. Ситуація загострюється ще й тим, що законодавством передбачено доволі складний механізм реєстрації прав на земельні ділянки.

Одним з ключових питань вдосконалення правового регулювання набуття права власності на новостворене майно є перспективне запровадження в нашій державі єдиного державного реєстру, який мав би уніфікувати такі процедури.

Звичайно, є ціла низка причин, з яких до цього часу не вдалося сформувати єдиної реєстраційної системи. Є серед них науковцями виділяють і суб'єктивні – зокрема, опір окремих відомств прийняттю урядових актів, необхідних для створення механізму реалізації

положень Закону України "Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень". Основні причини невдач спроб поєднати реєстрацію прав на будівлі та споруди, їх частини із реєстрацією земельних ділянок (прав на них, правочинів щодо них) все-таки мають об'єктивну природу. Цілком очевидно, що специфіка таких різних об'єктів нерухомості, як земельні ділянки та будівлі і споруди вимагає якісно різних підходів до їх формування, обліку та реєстрації, і об'єднання реєстраційних процедур замість спрощення реєстрації, її ведення за принципом "єдиного вікна" тощо насправді значно ускладнить і заплутає реєстраційні процедури, або й просто їх унеможливить. Зокрема, А.С. Даниленко та М.Г. Лихогруд відзначають, що запровадженню єдиної кадастрово-реєстраційної системи реєстрації земельних ділянок, інших об'єктів нерухомості перешкоджає ціла низка проблем, зокрема, відомчий характер та різнорідність баз даних, відсутність відпрацьованих механізмів реєстрації та міжвідомчого обміну інформацією, необхідність розробки програмно-технічного і картографічного забезпечення тощо [8, с.22; 5, с. 23].

Таким чином, можна констатувати, що наступним кроком вдосконалення системи державної реєстрації прав на нерухоме майно має стати єдина система такої реєстрації.

Використанні джерела:

1.Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР // Офіційний вісник України. - 2010. - № 72/1 Спеціальний випуск. - Стор. 15. - Ст. 2598.

2.Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Офіційний вісник України. – 2003. - № 11. - Стор. 7. – Ст. 461.

3.Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : Закон України від 1 липня 2004 року // Офіційний вісник України. - 2004. - № 30. - Том 1. -Стор. 140.

4.Про іпотеку : Закон України від 5 червня 2003 року // Відомості Верховної Ради України. - 2003. - N 38. - Ст.313.

5.Даниленко А.С., Лихогруд М.Г. Основні засади запровадження в Україні кадастрово-реєстраційної системи / А.С. Даниленко, М.Г. Лихогруд // Землевпорядний вісник. – 2003. - № 1. – С. 22-27.

6.Овчарук С.С. Організаційно-правові засади державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обмежень : Дисертація ... кандидата юридичних наук : Спец. 12.00.07 – адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право. - Національний університет біоресурсів і природокористування України / С. С. Овчарук – Київ, 2008. – 186 с.

7.Полянек К.М. Нерухомість як особливий об'єкт права власності / К.М.Полянек // Адвокат. – 2009. - № 7(106). – С. 27-30

8.Сенчук В.В. Правове забезпечення реєстрації нерухомого майна та прав на нього в Україні: історико-правовий аналіз : Дисертація .... кандидата юридичних наук : Спец. - 12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень. / В. В. Сенчук. - Київ, 2009. – 189 с.

9.Тарарышкина И.С. Основания приобретения права собственности гражданами : Дис. ... кандидата юрид. наук: Спец. 12.00.03 / И.С. Тарарышкина. – Краснодар, 2005. – 202 с.

Нижний Андрій Валерійович

аспірант Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

ЗАБОРОНА ПОСИЛАТИСЬ НА СВІДЧЕННЯ СВІДКІВ ЯК НАСЛІДОК НЕДОТРИМАННЯ ОБОВ'ЯЗКОВОЇ ПИСЬМОВОЇ ФОРМИ ДОГОВОРУ

Для ефективного правового регулювання будь-яких суспільних відносин необхідним є встановлення як регулятивних, так і охоронних норм. В ролі останніх у досліджуваній сфері виступають законодавчі положення, якими визначаються наслідки порушення регулятивних норм щодо форми договору.

На сьогодні, вітчизняне договірне право ґрунтується на принципі свободи договору, який включає в себе також свободу сторін у виборі форми договору. Відтак, за загальним правилом сторони вільні у виборі форми договору, а тому і жодні негативні наслідки за реалізацію цієї свободи не можуть бути до них застосовані, за винятком випадків обмеження цієї свободи, які проявляються у встановлені обов'язкових форм договору.

Водночас, навіть у випадках встановлення обов'язкових форм договору спостерігається вплив вищезазначеного принципу свободи сторін у виборі форми договору, який виявляється у встановлені у ч. 1 ст. 218 ЦК України положення, за яким навіть недодержання сторонами письмової форми правочину, яка встановлена законом, не має наслідком його недійсність, крім випадків, встановлених законом. Така позиція законодавця ґрунтується на тому, що недотримання обов'язкової форми договору має наслідком його недійсність лише у тому випадку, коли така форма має конститутивне значення для договору. В іншому ж випадку, форма договору виконує лише доказову функцію, а тому не має необхідності повністю нівелювати значення такого договору як юридичного факту.

Для випадків, коли форма договору не має конститутивного значення у абз. 2 ч. 1 ст. 218 ЦК України передбачено, що у випадку недодержання сторонами письмової форми правочину, яка встановлена законом, заперечення однією із сторін факту вчинення правочину або оспорювання окремих його частин може доводитися письмовими доказами, засобами аудіо-, відеозапису та іншими доказами. Рішення суду не може ґрунтуватися на свідченнях свідків.

Заборона посилатись на покази свідків у випадку порушення простої письмової форми була передбачена ще у часи Російської Імперії [1, 186], проте сучасне формулювання такого положення, яке міститься в другому реченні ч. 1 ст. 218 ЦК України є недосконалим, може бути протлумачене неоднозначно, що створює можливості для зловживань недобросовісними суб'єктами. Яскравим прикладом такого зловживання є рішення Печерського районного суду м. Києва від 16.08.2006р. у справі № 2-202-1/06 за позовом І.В. Коломойського до О.Ю. Роднянського, третя особа Іноземне підприємство „Інтер-Медіа", яким було визнано за І.В. Коломойським право власності на частку в статутному фонді ТОВ телерадіокомпанія „Студія 1+1". Зазначене рішення ґрунтувалось на тому, що між позивачем та відповідачем був укладений в усній формі договір купівлі-продажу…, що підтверджувалось свідченням свідків. Водночас, ст. 218 ЦК України суд протлумачив наступним чином:

«Стаття 218 ЦК України містить декілька норм права. Припис про заборону суду, постановляючи рішення, брати до уваги показання свідків, міститься у нормі, що визначає допустимі засоби доказування при запереченні факту вчинення правочину. Тобто зазначені обмеження засобів доказування та застосування доказів у рішенні суду стосується виключно заперечень сторони проти правочину. Виходячи із ст. 218 ЦК України, доведення факту вчинення та змісту правочину, укладеного сторонами із недодержанням письмової форми, не обмежується певними засобами доказування».

Водночас, вищевикладений підхід Печерського районного суду м. Києва не тільки суперечить принципам процесуальної рівності та змагальності сторін, які закріплені в п.п. 2, 4 ч. 3 ст. 129 Конституції України, ст.ст. 5, 10 Цивільного процесуального кодексу України, а й ґрунтується на неправильному тлумаченні ст. 218 ЦК України. Так, метою встановлення правових наслідків у вигляді заборони посилатись на покази свідків є по-перше, спонукання сторін до укладення договору в письмовій формі і в тих випадках, коли законом не передбачено недійсність договору внаслідок порушення простої письмової форми, а по-друге, убезпечення суду від недобросовісності сторін, що може знаходити вияв у протиправній домовленості з третіми особами, які можуть виступити в ролі свідків, під час розгляду спорів щодо укладення договорів.

Крім того, як зазначає В.Агеєв, позиція суду, коли він приймає в якості доказів однієї сторони свідчення свідків, і вважає недопустимими такі самі докази іншої сторони, крім того що базується на невірному тлумаченні ст. 218 ЦК України, є грубим порушенням ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод, відповідно до якої «кожен при вирішенні питання щодо його цивільних прав та обов'язків має право на

справедливий і відкритий розгляд упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом»[2].

В той же час, не можна не відзначити, що формально-логічні підстави для такого трактування Печерським районним судом м. Києва ст. 218 ЦК України є. У ній справді відсутня пряма вказівка на те, що посилання на покази свідків заборонене і для підтвердження факту укладення усного договору. А положення про те, що «рішення суду не може ґрунтуватися на свідченнях свідків», міститься в одному абзаці з забороною посилання на покази свідків при запереченні укладення договору, що створює формальні підстави розглядати ці два правила у поєднанні.

Підтвердженням недосконалості формулювання абз. 2 ч. 1 ст. 218 ЦК України є його тлумачення Пленумом Верховного Суду України у постанові № 9 від 06.11.2009 «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними», у абз. 2 п. 12 якої вказується, що зі змісту абзацу другого частини першої статті 218 ЦК не може доводитися свідченням свідків не лише заперечення факту вчинення правочину або оспорювання окремих його частин, а й факт його вчинення, а також виконання зобов'язань, що виникли з правочину[3].

З огляду на викладене, вважаємо, що положення ч. 1 ст. 218 ЦК України потребують вдосконалення шляхом чіткого поширення заборони посилатись на свідчення свідків як при запереченні так і при підтвердженні факту укладення договору в усній формі. Крім того, на наш думку, з абз. 2 ч. 1 ст. 218 слід вилучити посилання на «одну із сторін», оскільки укладення договору може стосуватись прав та обов’язків третіх осіб, на яких при формально-логічному підході теж не поширюється правила ст. 218 ЦК України. З огляду на це, пропонуємо викласти ч. 1 ст. 218 ЦК України в наступній редакції:

«Недодержання сторонами письмової форми правочину, яка встановлена законом, не має наслідком його недійсність, крім випадків, встановлених законом.

Факт вчинення правочину, а також заперечення факту вчинення правочину або оспорювання окремих його частин може доводитися письмовими доказами, засобами аудіо-, відеозапису та іншими доказами. Рішення суду не може ґрунтуватися на свідченнях свідків».

Використані джерела:

1.Гражданское Уложеніе: Проектъ Высочайше учрежденной Редакціонной Коммисіи по составленію Гражданскаго Уложенія (Съ объясненіями, извлеченными изъ трудовъ Редакціонной Коммисіи и съ приложеніемъ законопроекта объ авторскомъ правѣ, одобреннаго Государственною Думою). / Под ред. И.М. Тютрюмова. — Т. 2. — СПб.: Изданіе книжнаго магазина «Законовѣдѣніе», 1910.

2.В Агеєв. Коментар щодо рішення Печерського районного суду від 16.08.2006 р. у справі за позовом Коломойського І.В. до Роднянського О.Ю. про визнання права власності на частку в статутному фонді товариства з обмеженою відповідальністю «Телерадіокомпанія «Студія 1+1» (суддя Горяйнов А.М.) // http://antiraider.opora.org.ua/article.php?article=65&cat=%D0%90%D0%BD%D0%B0%D0%BB%D1%96%D1%82%D0%B8%D0%BA%D0%B0&

3.Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними: постанова Пленуму Верховного суду України № 9 від 06.11.2009. // Юридичний вісник України. — 2009. — № 51.

Нижник Надежда Степановна,
доктор юридических наук, професор,профессор кафедры теории государства и права Санкт-Петербургского университета МВД России,
Бурданова Наталия Анатольевна,
помощник судьи Приморского районного суда Санкт-Петербурга

ОРГАНИЗАЦИОННО-ПРАВОВЫЕ ОСНОВАНИЯ ПРИОБРЕТЕНИЯ ЛИЦОМ СТАТУСА РОДИТЕЛЯ В УСЛОВИЯХ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ СОВРЕМЕННЫХ БИОМЕДИЦИНСКИХ ТЕХНОЛОГИЙ

Приобретение биомедицинскими технологиями – совокупностью общественных отношений, складывающихся по поводу применения медико-биологических знаний, характеристик типичного и социально значимого явления потребовало их специфического правового регулирования и отказа от их регламентации в качестве частного случая общей медицинской деятельности. Термины «биотехнология» или «биомедицинская технология» получили широкое использование в нормативно-правовых актах, в научных работах в области медицины и юриспруденции. При этом единообразия в употреблении этих терминов до сих пор не достигнуто, что представляет собой одну из серьезных проблем в области регулирования медицинской деятельности в Российской Федерации. Отчасти этот пробел восполняется Конвенцией о биологическом разнообразии, подписанной в Рио-де-Жанейро 5 июня 1992 г., ратифицированной Федеральным законом Российской Федерации в 1995 г. В соответствии со ст. 2 Конвенции биотехнология – любой вид технологии, связанный с использованием биологических систем, живых организмов или их производных для изготовления или изменения продуктов или процессов с целью их конкретного использования. В научных исследованиях биотехнология рассматривается как промышленное использование живых организмов и их частей (микроорганизмов, грибов, водорослей, клеток растений и животных, клеточных органелл, ферментов и т. д.) для производства или модификации продукта, для улучшения растений и животных, а также в медицине; как совокупность приемов и способов (а также сами процессы) по обработке живого материала (человека вообще, отдельных его органов, тканей, животных, растений, бактерий и др.), которые качественно изменяют «живой» объект [8, с. 9]. В качестве субъектов отношений в области биотехнологий могут выступать как члены семьи пациента, имеющие свои интересы и свои права (например, в случае диагностики наследственных заболеваний), так и третьи лица (например, донор половой клетки, усыновители суррогатного ребенка).

В XXI веке биомедицинские технологии приобрели статус важного фактора, оказывающего влияние на регулирование отношений в сфере семьи и брака, в частности, на определение круга субъектов родительских правоотношений и приобретение лицом статуса матери и отца. Субъектами родительских правоотношений являются родители – мать и отец, при персональном определении которых в условиях современной организации общества могут иметь место биологический и социальный подходы. Ретроспективный анализ генезиса и становления института родителей в контексте эволюции политико-правовой организации российского общества свидетельствует о том, что сочетание биологического и социального подходов при определении субъектов родительских правоотношений имеет состояние инвариантности, хотя способы приобретения статуса матери и отца, их правовое положение и юридические основания взаимоотношений с ребенком на различных этапах развития российского общества изменялись. В современных условиях биомедицинские технологии оказывают воздействие на возможности лиц стать матерью и отцом, расширяя круг потенциальных субъектов родительских правоотношений.

Биологические (кровные) мать и отец и социальные (лица, имеющие намерение воспитывать и содержать ребенка) родители в большинстве случаев являются одними и теми же лицами. Однако возможно и их несовпадение. В условиях такого несовпадения важнейшую роль в системе социальных отношений играет правовая регламентация усыновления. Позитивный опыт классической институционализации усыновления и учет

специфики российских национальных традиций позволяли государству на разных исторических этапах использовать в качестве регулятора правоотношений в сфере усыновления и законодательные нормы, и нормы обычного права.

Большое значение в определении специфики взаимоотношений между родителями и детьми, как показывает отечественная история, придавалось установлению происхождения ребенка. В Древней Руси законность происхождения ребенка решающего значения не имела. Объектом заботы родителей тогда могли быть и внебрачные дети, и «приемыши». При наличии у некоторых славянских племен многоженства и повсеместном распространении наложничества важным был факт признания ребенка своим отцом. Постепенно значение стало придаваться только законному родству, которое могло быть установлено с помощью института усыновления.

Первым зафиксированным в источниках примером усыновления в отечественной истории следует считать усыновление Изяслава и Ростислава Мстиславовичей их дядей Вячеславом в середине XII века, сведения о котором содержит Ипатьевская летопись. Существование института усыновления в дальнейшем подтверждается многочисленными примерами, зафиксированными в разнообразных источниках. Русское обычное право закрепляло различные процедуры усыновления, в числе них – обряд фиктивного рождения, во время совершения которого для создания большей достоверности процесса рождения ребенка на мнимую роженицу надевали рубашку, испачканную кровью. Имитировать роды мог и мужчина. Считалось, что обряд, имитирующий роды ребенка мужчиной, сопровождал усыновление им ребенка. Когда на смену язычеству пришло христианство, усыновление осуществлялось церковью посредством особого акта, исходящего от церковной власти, и освящалось особым церковным обрядом «сынотворения». Светские правила усыновления, установленные в российском государстве на последующих этапах его развития, также давали возможность осуществления социального подхода к определению субъектов родительских правоотношений.

Биологические и социальные родители как субъекты родительских правоотношений обладают родительскими правами и обязанностями. В современных условиях по законодательству Российской Федерации родителями могут быть мужчина и женщина (отец и мать). Россия не относится к тем государствам, которые широко трактуют понятие «родители» и в соответствии с концепцией социального отцовства и материнства причисляют к таковым однополых супругов.

Юридическая практика современной России свидетельствует о возможности наличия у женщины статуса биологической и социальной матери, о законодательном закреплении ее правового положения в условиях возникновения новых правовых казусов в дискурсе несовпадения биологических и социальных родителей одного ребенка.

Если биологические родители (или один из них) неизвестны, погибли, лишены родительских прав, ограничены в родительских правах, признаны недееспособными, больны, длительно отсутствуют, уклоняются от воспитания детей или от защиты их прав и интересов, в том числе при отказе взять детей из воспитательных, лечебных и других аналогичных учреждений, то дети в соответствии с нормами Семейного кодекса Российской Федерации признаются оставшимися без попечения родителей, и в отношении них может быть произведено усыновление (удочерение) (ст. 124 СК РФ). Усыновленные дети и их потомство по отношению к усыновителям и их родственникам, а усыновители и их родственники по отношению к усыновленным детям и их потомству приравниваются в личных неимущественных и имущественных правах и обязанностях к родственникам по происхождению (ст. 137 СК РФ). Таким образом, усыновители становятся социальными родителями, несмотря на то, что биологические родители также могут существовать. Родительскими правами и обязанностями в такой ситуации будут обладать уже не биологические, а социальные родители. При этом ребенок, усыновленный в сознательном возрасте, усыновителей как родных (кровных) родителей воспринимать не будет, но закон возникновение прав и обязанностей социальных родителей с данным фактом не связывает.

В данном контексте следует обратить внимание на такой случай, как подача биологическим родителем заявления об отмене усыновления в отношении своего ребенка

(ст. 140, 142 СК РФ). С момента обращения с иском до принятия судом решения фактически складывается та редкая ситуация, при которой социальными родителями ребенка одновременно считают себя две пары (либо два отца, две матери). С одной стороны биологические родители самим фактом подачи заявления исполняют одну из важнейших родительских обязанностей – по защите прав и интересов детей, а с другой стороны – усыновители, которые вплоть до отмены усыновления наделены правами и обязанностями родителей.

Биологический фактор рассматривается как доминантный при установлении отцовства в судебном порядке. Намерение мужчины стать отцом (социальное отцовство) правового значения для рассмотрения спора не имеет. Обращает на себя внимание, что, устанавливая отцовство, суд не вправе возложить на ответчика только родительские обязанности, а вынужден наделять его и родительскими правами. Однако вопрос, насколько применение биологической концепции без учета социальных факторов в данном случае отвечает основным принципам семейного права и интересам ребенка, остается острым и дискуссионным. Мужчина, не желающий признавать себя отцом ребенка добровольно и признанный таковым в судебном порядке, в большинстве случаев свои родительские права не осуществляет. Напротив, он часто злоупотребляет ими, причиняя ребенку вред. В результате возникает необходимость лишения такого отца родительских прав, и складывается ситуация, когда ответчик лишается всех прав в отношении ребенка, сохраняя при этом обязанность по его содержанию. Вреда, причиненного нравственному, а иногда и физическому, здоровью ребенка, можно было бы избежать, если изначально у суда было бы право учитывать не только биологические, но и социальные аспекты определения субъекта родительских правоотношений. Для этого суд исходя из интересов ребенка в своем решении должен иметь возможность возложить на биологического отца лишь обязанности (в большинстве случаев по содержанию ребенка). В противном случае институт установления отцовства в судебном порядке не содержит права суда руководствоваться исключительно интересами ребенка в отличие от большинства других институтов семейного права. Такое рассмотрение отцовства исключительно как биологического родства на деле может привести к неблагоприятным последствиям для ребенка и нарушению основных принципов семейного права.

Социальным отцом ребенка может стать мужчина, не являющийся его биологическим отцом и не состоящий в браке с матерью, но давший согласие на запись себя в качестве отца в книге записи актов гражданского состояния. Он будет наделен всеми родительскими правами и обязанностями. Причем, если в момент записи социальному отцу было известно, что он не является фактическим отцом ребенка, прекращение родительских прав и обязанностей, кроме общих случаев, через оспаривание отцовства в суде будет невозможным (ч. 2 ст. 52 СК РФ). В данном случае возникновение социального отцовства связывается с единовременным волеизъявлением лица. В отличие от усыновителя, к которому может быть применена такая мера ответственности, как отмена усыновления, в случаях, если он уклоняется от выполнения возложенных на него обязанностей родителей, злоупотребляет родительскими правами, жестоко обращается с усыновленным ребенком, является больным хроническим алкоголизмом и наркоманией, социальный отец при аналогичных обстоятельствах данным мерам подвержен быть не может: к нему применяются общие меры ответственности в виде ограничения либо лишения родительских прав.

Самые сложные правовые конструкции возникают там, где в качестве средства решения вопроса о приобретении статуса родителя используются биомедицинские технологии, среди которых клонирование, искусственное оплодотворение и имплантация эмбриона. Клонирование человека в репродуктивных целях в России в настоящее время не применяется [1].

В случае, если используется метод искусственного оплодотворения женщины, желающей стать матерью, спермой донора, последний будет выступать в качестве биологического отца. При этом предполагается существование и социального отца – мужчины, желающего стать отцом данного ребенка. Биологическое родство в качестве основания для установления родительских правоотношений в данном случае законом не

рассматривается. Более того, Приказ Минздрава Российской Федерации от 26 февраля 2003 г. «О применении вспомогательных репродуктивных технологий в терапии женского и мужского бесплодия» [2] предусматривает меры для сохранения конфиденциальности по отношению к донору: его заявление и индивидуальная карта хранятся в сейфе как документы для служебного пользования; донора обязательно информируют о том, что, подписывая заявление, он обязуется не устанавливать личность реципиентки и ребенка.

При имплантации эмбриона вынашивающей (суррогатной) матери может сложиться ситуация, когда у одного ребенка три матери: две биологические (донор яйцеклетки и вынашивающая мать) и одна социальная (женщина, заключившая договор суррогатного материнства и желающая стать матерью). В отношении к женщине-донору закон применяет те же правила, что и для мужчин-доноров, а в отношении вынашивающей матери действует иной подход. Регистрация супругов в качестве родителей производится при наличии их и суррогатной матери согласия на это: согласие супругов на приобретение статуса родителей дается до заключения договора суррогатного материнства; согласие суррогатной матери должно быть получено дважды – до и после рождения ребенка. Законодатель в данном случае признает приоритет интересов женщины – суррогатной матери и предоставляет ей право на отказ от передачи новорожденного (ч. 2 п. 4 ст. 51 СК РФ). Если же она согласие на передачу новорожденного дала, то впоследствии не вправе оспаривать родительские права супругов по указанному основанию (ч. 2 п. 3 ст. 52 СК РФ). Биологический фактор при придании женщине статуса матери в этом случае постулируется доминирующим. Такая позиция демонстрирует специфику российского правотворчества. Мировая юридическая практика при этом знает и иные подходы к определению правого положения социальной матери, дававшей согласие на имплантацию эмбриона другой женщине: в Республике Казахстан, например, в соответствии с ч. 2 п. 4 ст. 17 Закона Республики Казахстан «О репродуктивных правах граждан» суррогатная мать не вправе отказаться от передачи рожденного ею ребенка лицам, заключившим с ней договор, а равно передавать ребенка иным лицам.

Дискуссия об обоснованности принятой в России позиции относительно прав и обязанностей суррогатной матери носит длительный характер. Очевидно, что в любом случае допускается отступление от принципа mater est quam gestatio demonstrat, поскольку суррогатная мать вправе передать ребенка лицам, заключившим с ней договор (социальным родителям). Ее право на оставление ребенка обосновывается привязанностью и материнскими чувствами, возникающими у нее по отношению к ребенку в процессе вынашивания и после родов [3, с. 181–182; 4, с. 23–26; 5, с. 28–31; 7, с. 252–253]. Оспаривая данное право, сторонники запрета возможности записи суррогатной матери в качестве матери ребенка ссылаются на генетическую связь родителей с ребенком (при ее наличии) и заключение договора с суррогатной матерью [6, с. 15].

Принимая во внимание обоснованность доводов обеих позиций, учитывая, что вопрос о степени морально-нравственных страданий обеих сторон правовому сравнению не подлежит, необходимо отметить, что юридический механизм последствий оставления ребенка суррогатной матерью для лиц, заключивших с ней договор, законом не разработан. Остаются открытыми вопросы о затратах, понесенных данными лицами в связи с вынашиванием ребенка, имитации беременности женщиной, желавшей стать матерью, и предоставлением ей отпуска по беременности с соответствующими выплатами по месту работы, и, наконец, компенсации морального вреда. Таким образом, сегодня женщина может выступать как в роли биологической и социальной матери одновременно, так и иметь статус либо биологической, либо социальной матери.

В условиях расширения возможностей биомедицинских технологий и распространения социального сиротства правовые аспекты признания мужчины и женщины социальным отцом и социальной матерью, придание супругам статуса социальных родителей приобретают все большее значение.

Использованные источники:

1. Федеральный закон от 20 мая 2002 г. № 54-ФЗ «О временном запрете на клонирование человека» (ред. 29 марта 2010 г.) // Собрание законодательства Российской Федерации. 2002. № 21. Ст. 1917; 2010. № 14. Ст. 1550.

2. Приказ Минздрава РФ от 26 февраля 2003 г. № 67 «О применении вспомогательных репродуктивных технологий (ВРТ) в терапии женского и мужского бесплодия» // Российская газета. 2003. 6 мая.

3. Антокольская М. В. Семейное право. М., 2004.

4. Иваева Э. А. Суррогатное материнство: правовое и нравственное измерение проблемы // Медицинское право. 2008. № 3.

5. Кокорин А. П. К вопросу о получении согласия суррогатной матери на запись родителей ребенка супругов, предоставляющих свой генетический материал // Семейное и жилищное право. 2010. № 1.

6. Михайлова И. А. Законодательство, регламентирующее установление происхождения детей, нуждается в корректировке // Вопросы ювенальной юстиции. 2009. № 2.

7. Пчелинчева Л. М. Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации. М., 2009.

8. Сальников В. П., Старовойтова О. Э., Никитина А. Е., Кузнецов Э. В. Биомедицинские технологии и право в третьем тысячелетии. СПб., 2003.

Омел’яненко Юлія Миколаївна
студентка 3 курсу юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРАВОВИЙ DUE DILIGENCE: ПОНЯТТЯ, КЛАСИФІКАЦІЯ, ОСОБЛИВОСТІ ПРОВЕДЕННЯ

Актуальність даної теми полягає у тому, що саме правовий due diligence, послуги щодо проведення якого пропонують зараз багато провідних юридичних компаній, є дієвим інструментом встановлення довірчих, партнерських відносин між контрагентами, що часто є запорукою укладення договору. Без сумніву даний юридичний інститут є, безперечно, важливим і перспективним насьогодні, а тому потребує глибшого та більш детального вивчення.

Термін due diligence був введений в юридичний обіг в США на початку XX століття. Спочатку він означав процедуру розкриття інформації брокером перед інвестором про компанію, акції якої продаються на фондовій біржі. В наш час під цим терміном прийнято розуміти проведення комплексного правового аналізу діяльності компанії, окремих ділянок цієї діяльності або конкретних документів або операцій на предмет відповідності чинному законодавству, господарській і судовій практиці, що склалася.

Поряд з правовим дью ділідженс можна, хоча і до певної міри умовно, виділити ще декілька його типів: технічний, маркетинговий, екологічний, економічний, податковий. Правовий дью ділідженс (legal due diligence) вважається одним з найважливіших. [2,5]

Метою правового дью ділідженс є виявлення потенційної небезпеки спричинення збитків компанії в результаті:

- невиконання зобов'язань контрагентами;
- пред'явлення податкових претензій з боку податкових органів;
- застосування санкцій за невиконання цивільно-правових зобов'язань;
- залучення компанії або посадових осіб компанії до адміністративної відповідальності;
- залучення посадових осіб компанії до кримінальної відповідальності.

Правове дослідження, правовий аналіз або аудит можуть слугувати аналогом англомовного терміну legal due diligence – «правовий дью діліджeнс».

Правовий аудит включає в себе три обов'язкових етапи:

збір інформації;

дослідження цієї інформації;

складання звіту. [1,14]

Об'єктом юридичного аудиту може бути саме підприємство, яке може надати вихідну інформацію. Отримати дані можна і від власника об'єкту. Також не потрібно забувати і про такі джерела інформації, як інтернет, друковані видання.

Варто зазначити, що при отриманні інсайдерської інформації необхідно проявляти особливу обережність. Адже в процесі її виявлення можна порушити певне право навіть непомітно для самого себе, тому тут необхідно діяти зі згоди власника інформації та у суворій відповідності до правового режиму інформації.

Юридичний аналіз, який проводиться на другому етапі дью діліджeнс, є частиною комплексного дослідження і являє собою доволі складну конструкцію. Так, дослідженню підлягають питання, пов'язані з власністю, титулом майна; досліджуються адміністративно-правові аспекти, наприклад, наявність ліцензій, патентів тощо. Особлива увага приділяється зобов'язанням, які має виконати об'єкт. Також юристи можуть дослідити питання, пов'язані з особливостями обкладання податками досліджуваного об'єкта. Тобто, у підсумку, всі питання, від яких може залежати характер ризику, його величина та актуальність, можуть бути предметом юридичного аналізу.

Третій етап – складання звіту - має свою структуру: вступна частина, аналіз, ризик, висновки. У вступній частині можна описувати правові підстави проведення аудиту, тобто договір з замовником; документи, що використовувалися в якості предмета аналізу; нормативні акти, які використовувалися; питання, поставлені замовником. В розділі «Аналіз» можна розкрити деякі елементи методики юридичного дослідження поставлених питань. Ризик – попередні висновки, констатація фактів тощо. Висновки – рекомендації замовнику і, по суті, найважливіша частина звіту.

У сучасному світі дью діліджeнс став необхідним етапом процесу інвестування. Його проведення є найбільш ефективним до вкладу коштів інвестора в процес інвестування. Проте проведення юридичного аудиту й на пізніших етапах також є важливим засобом захисту інтересів інвестора.

Особливо важливим є проведення дью діліджeнс у випадках, коли покупець та продавець знаходяться в різних юрисдикціях або коли об'єкт нерухомості чи зацікавлені в ньому суб'єкти знаходяться у різних країнах. [2,5]

Також необхідно врахувати різні підходи до оформлення досліджень. На Заході, наприклад, доволі розповсюдженою є практика проведення попереднього дью діліджeнс, в основі якого лежить не лише документальна інформація, а й інформація, отримана шляхом переговорів з різними спеціалістами, що мають як безпосереднє, так і опосередковане відношення до об'єкта. Такий неформальний підхід хоча й не може відзначатися високою точністю результатів, проте дозволяє достатньо оперативно отримати відповіді на принципіальні питання. [1,14]

На жаль, не всі сучасні юридичні компанії можуть надати послуги дью діліджeнс на достатньому рівні їхнім клієнтам. Часто вони потребують точних і детальних вказівок по відношенню до предмета дослідження, що в кінцевому підсумку займає багато часу, отже, є небажаним. Тому важливим в діяльності юридичних фірм, що пропонують дану послугу є вміння організувати проведення юридичного аудиту будь-яких складності і напряму якісно та оперативно.

Варто зазначити і те, що необхідним є нормативне закріплення процедури дью діліджeнс, повноважень суб'єкта, що його проводить в підзаконному нормативному акті – наприклад, постанові КМУ або інструкції чи роз'ясненні іншого центрального органу виконавчої влади.

Використані джерела:

1. *Юридична практика № 42 (617) 20 жовтня 2009 року. – с.14;*
2. *Юридичний журнал №6 12 жовтня 2010 року. – с. 5.*

Опанасик Владислав Володимирович,
студент 3 курсу юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ІНТЕРПРЕТАЦІЙНА ХАРАКТЕРИСТИКА ПОНЯТТЯ «ДОБРОСОВІСНІСТЬ» В АСПЕКТІ НАБУТТЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ

Законодавець задіяв поняття «добросовісність» у різних правових ситуаціях, які відносяться до різних цивільно-правових відносин. Тому використання даного поняття є неоднаковим у різних випадках його застосування. Наприклад, у праві власності, у зобов'язальному праві, у корпоративних правовідносинах тощо. Навіть у самому праві власності слід розмежовувати добросовісність виникнення, реалізації, припинення.

Що стосується переходу права власності як підстави набуття, то аналіз нормативно-правових актів дозволяє говорити, що законодавець визначив критерії добросовісності набуття як суб'єктивний стан набувача, що виражається, по-перше, в його незнанні про неправомочність розпорядження цим майном відчужувача («не знав») і, по-друге, у відсутності його вини в такому незнанні («не міг знати»). На підставі цього Р.О Халфіна заперечує належність поняття «добросовісність» до оціночних понять, так як вбачає цей критерій як абсолютно точний. В той же час у цивілістів багато питані викликає конструкція «не міг знати», що межує з межами обачності і може характеризуватися різними формами і ступенями вини.

При встановленні добросовісності набувача варто розмежовувати просту необачність та грубу необережність. Тому що в цілях забезпечення цивільного обороту не можна покладати на набувача перевірку надто великого обсягу фактів, що стосуються майна, право власність на яке набувається.

Варто також перевіряти осіб, які вступили у правовідносини на наявність родинних зв'язків або на поєднання однією особою посад в організаціях, які вступають між собою у зв'язок. Як загальне правило в цьому плані доцільним є застосування «презумпції недобросовісності» близьких родичів. Але між тим такий підхід не можна визнати безспірним, так як члени родини, які ведуть самостійну діяльність не мають своїм обов'язком бути у курсі справ іншого члена. Також навіть близькі родичі можуть перебувати не тільки в нормальних, а й в неприязних відносинах. Такі аргументи наводить у своїх працях Є.О. Суханов.

При оплатному переході права власності необхідно брати до уваги ціну об'єкта. Звісно, його набуття нижче ринкової вартості не завжди піднімає питання недобросовісності, оскільки така угода не ж недійсною, а тому відсутню необхідність виясняти ступінь обізнаності сторін. Але про недобросовісність набувача може свідчити неспіврозмірно занижена вартість. В такому разі перевірці має піддаватися унікальність об'єкта, його особливості та динамічності подібних об'єктів у цивільному обороті.

Також одним із критеріїв встановлення добросовісності набувача варто визнати його знання про наявність/відсутність претензій третіх сторін щодо права власності на даний об'єкт.

Помилково визначати критерієм добросовісності набувача при переході права власності короткий строк перепродажу або не вивчення набувачем «юридичної долі» об'єкта. Цю думку підтримує О. Гребельський, так як поширеним і абсолютно нормальним явищем є швидкість цивільного обороту між юридичними особами або приватними підприємцями. Але фактор часу може використовуватися як факультативний критерій при встановленні мотиву продавця щодо передачі права власності.

Наступне, на що необхідно звернути увагу, це поняття добросовісності як складового елемента набувальної давності. В цьому плані добросовісним вважається фактичне (без титульне) володіння особи, що виникло на підставах, що допускаються законом або в результаті протиправних дій, здійснюючи які особа не знала і не могла знати про їх протиправність. Крім того це часто межує з добросовісністю володіння в набувальній давності, що полягає в його відкритому характері та володінні майном як своїм власним, несенні тягаря його утримання, з приводу чого висловлюється у своїх працях Л.О. Зєлєнской. Але існує необхідність поєднання критерію добросовісності володіння майном як власним і добросовісним володінням, котра пояснюється тим, що у разі вилучення добросовісності з переліку критеріїв давнісного володіння, «чари розсіюються». Очевидно, що володіти майном відкрито, безперестанно і як власним може і недобросовісний володілець. В той же час, якщо серед критеріїв залишити лише добросовісне, відкрите і безперестанне володіння, то питання про те, як об'єктивно поводить себе володілець, не буде мати значення, і будь-яка інша особа, яка усвідомлює себе не тільки як власник, але і як володілець іншого титулу на річ і діє в обмежених рамках прогнозованого права, буде претендувати на набуття речі у власність.

В рамках даної роботи запропоновано ряд критеріїв перевірки добросовісності набувача права власності для певних підстав його набуття. Відповідні критерії можна розробити абсолютно для будь-яких підстав, що передбачені законодавством України, зокрема для набуття права власності на перероблену річ, на новостворене майно та об'єкти незавершеного будівництва, безхазяйну річ тощо. В той же час варто зазначити, що специфіка досліджуваного поняття, як і кожного оціночного, не дає змоги розробити абсолютно універсальних критеріїв для перевірки добросовісності при набутті права власності. Проте накопичення судової практики та наукових доробок дасть змогу їх чітко класифікувати та поєднати у систему, яка значно прискорить та полегшить застосування поняття «добросовісність» в досліджуваному аспекті.

На завершення варто зазначити, що дуже важливо при встановленні певних вимог до набувача щодо перевірки кола фактів при набутті права власності, варто брати до уваги не прогнозовану поведінку середньої розумної людини в аналогічній ситуації, а життєвий досвід та юридичну грамотність кожного окремого набувача, його «професіональність» як учасника цивільного обороту.

Отже, щоб зменшити кількість випадків недобросовісного набуття права власності необхідно зафіксувати необхідність перевірки певного обсягу фактів і обставин для кожної підстави набуття. Це можливо зробити шляхом доповнення Глави 24 Цивільного кодексу України відповідними нормами. Але норми кодексу є загальнообов'язковими, в той час як добросовісність учасників цивільного обороту визначити наперед неможливо в силу тісного зв'язку з конкретною ситуацією. Іншими словами, вирішальну роль відіграють обставини ситуації. Добросовісність – питання факту. «Знання» або «незнання» - психічний стан, який залежить саме від фактів. А саме встановлення фактів і визначення обставин і є обов'язком суду при розгляді справ по суті. Тому критерії перевірки добросовісності набуття права власності варто використовувати як рекомендації до правозастосовної практики.

Використані джерела:

1. *Дроздова Т.А. Добросовестность в российском гражданском праве: Дис. ... канд.юрид.наук. Иркутск, 2004.*
2. *Лукьяненко М.Ф. Оценочные понятия гражданського права: разумность, добросовестность, существенность. – М.:Статут, 2010.*
3. *Гребельский А. Оценка добросовестности приобретателя в современной судебной практике // право и экономика. 2009. №4.*
4. *Кашкарова И. Пределы осмотрительности // эж-Юрист. 2005. №12.*
5. *Ушаков О.В. Добросовестное приобретение от неуправомоченного лица. Ижевск,* 2003.

Панова Людмила В'ячеславівна
кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права
Київського національного університету імені Т. Шевченка

ПОЗАСУДОВИЙ ПОРЯДОК ЗАДОВОЛЕННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИМОГ КРЕДИТОРІВ ЯК НОВИЙ СПОСІБ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

Законами України «Про іпотеку» № 898 від 05.06.2003 року (надалі Закон № 898), «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрації обтяжень» № 1255 від 18.11.2003р. (надалі – Закон № 1255) передбачений позасудовий порядок задоволення забезпечення вимог кредитора шляхом переходу до кредиторів права власності на предмет забезпечення, зареєстрованого у відповідному реєстрі.

Позиція Міністерства юстиції України відносно позасудового порядку задоволення вимог банків полягає в тому, щоб Закони № 989 та № 1255 не передбачали можливості переходу до банку права власності на предмет забезпечення або права продажу такого предмету забезпечення без рішення суду на основі договору забезпечення. Такий порядок, на думку Міністерства юстиції, суперечить ЦК України та європейському законодавству.

Міністерство юстиції вважає, що перехід до банку права власності на предмет забезпечення чи права продажу предмета забезпечення можливий тільки на основі окремого договору, який укладений між кредитором і боржником після виникнення у кредитора права вимоги до боржника або на основі рішення суду.

Зазначена позиція Міністерства юстиції, прямо суперечить ст.ст. 33-38 Закону № 898 та ст..ст. 26-33 Закону № 1255, а також правовій позиції, яку Міністерство юстиції займало на початку 2004 року, після вступу цих законів в силу.

Наприклад, на початку 2004 року Міністерство юстиції з метою приведення підзаконних актів до відповідності із вимогами Закону № 898:

Виклав зміст пункту 103 «Інструкції про порядок здійснення нотаріальних дій» в редакції, яка відповідає вимогам ст. 36 Закону № 898, та передбачив у цьому пункті, що застереження в іпотечному договорі є основою для реєстрації переходу права власності до кредитора (іпотекодержателя) (див. наказ Міністерства юстиції від 03.03.2004 року № 20/5);

Доповнив перелік документів, на основі яких проводиться реєстрація права власності на нежитлове майно, посиланням на договір іпотеки (див. наказ Міністерства юстиції від 17.05.2004 № 36/5);

Вніс інші зміни до підзаконних актів, які відповідають вимогам ст.ст. 33 – 38 Закону № 898 та ст..ст. 26-33 Закону № 1255

Однак, пізніше 28.12.2004 р. Міністерство юстиції на адресу обласних управлінь юстиції надіслало лист № 19-32/2381, в якому роз'яснив, що договір іпотеки із застереженням не може бути основою для реєстрації права власності на предмет іпотеки.

Для розвитку цієї позиції 19.09.2005 р. Міністерство юстиції Наказом № 49/5 виключив договір іпотеки із переліку документів, на основі яких може відбуватися реєстрація права власності.

Таким чином, Міністерство юстиції не повністю виконало п.6 перехідних положень Закону №898 та Закону № 1255, а саме, не повністю привів до відповідності з вимогами цих законів підзаконні нормативні акти, а з кінця 2004 р. Міністерство юстиції почало проводити зворотну роботу по виключенню із підзаконних актів норм, які відповідають вимогам Закону № 898 та Закону № 1255.

Встановлений Законом № 898 та Законом № 1255 позасудовий порядок задоволення забезпечення вимог кредиторів є новим способом забезпечення зобов'язань та розкриває новації, які містяться в ЦК України.

ЦК України, який вступив в дію з 01.01.2004р., має низку новацій правового регулювання, порівняно із ЦК, що діяв раніше. Так, ЦК України містить новацію у правовому регулюванні видів забезпечення. Відповідно до ст. 546 ЦК України перелік видів забезпечення є відкритим, а не виключним, як це було раніше. Інші види забезпечення можуть встановлюватися не тільки ЦК України, а й іншими законами, а також договором.

Для розвитку вищезгаданого положення ЦК України Законом № 898 та Законом № 1255 передбачені інші види забезпечення зобов'язань, відмінні від тих, які існували раніше, а саме: забезпечення вимог кредиторів відповідно до цих законів можливе не тільки шляхом продажу предмета забезпечення виконавчою службою на основі виконавчих документів, але й шляхом переходу до кредитора права власності на предмет забезпечення або продажу предмета забезпечення на основі договору забезпечення, зареєстрованого у відповідному реєстрі.

Новацією ЦК України (ст. 658 ЦК) є, також, надання права продажу майна не тільки власнику майна, а й іншій особі у випадках, встановлених законами. У нашому випадку право продажу майна забезпечення надане кредитору (іпотекодавцю) Законом № 898 та Законом № 1255.

Перехід права власності від власника до іншої особи без дозволу суду у визначених законом випадках передбачений не лише Законом № 898 та Законом № 1255, а також законодавством про страхування, що знайшло своє відображення у «Правилах державної реєстрації та обліку автомобілів…», затверджених Постановою КМУ № 1388 від 07.09.1998р. Так п. 45 Правил встановлено, що зняття з обліку транспортних засобів з метою їх продажу страхування, яким передбачений перехід права власності транспортного засобу від страхувальника до страховика у випадку повної виплати страхувальнику страхової суми.

Законом № 898 та Законом № 1255 передбачені способи захисту інтересів боржника та інших зацікавлених осіб від зловживань забезпечених кредиторів при позасудовому задоволенні забезпечених вимог кредиторів.

До таких заходів захисту прав боржника та інших зацікавлених осіб належать:

Реєстрація договорів забезпечення в реєстрі іпотеки (для нерухомого майна) та в реєстрі обтяжень (для рухомого майна);

Пролонгована за часом більш ніж 30 днів процедура переходу до кредитора прав власності на предмет забезпечення чи право продажу предмета забезпечення, що дозволяє боржнику погасити за цей строк невиконані зобов'язання та звільнити предмет забезпечення від іпотеки або застави.

Практика застосування способів забезпечення, які передбачають перехід до кредитора права власності на предмет забезпечення чи права продажу предмета забезпечення на основі договору забезпечення, зареєстрованого у відповідному реєстрі, показала ефективність застосування цього способу в інших країнах. Так в Англії при видачі кредиту, позичальник надає банку в забезпечення виданого кредиту права власності на предмет забезпечення (нерухомість), так зване «Забезпечувальне право власності», на термін до дня використання позичальником зобов'язань за кредитним договором. Право власності на предмет забезпечення назад переходить до позичальника після виконання ним зобов'язань перед банком.

Міністерству юстиції відомо, що Закон № 898 та Закон № 1255 розроблялися за підтримки USAID, оскільки і в США задоволення вимог кредиторів може відбуватися без рішення суду на основі договору забезпечення, який передбачає перехід до кредитора права власності на предмет забезпечення чи права продажу предмету забезпечення.

Перехід до кредитора права власності на предмет забезпечення на основі договору забезпечення не є видом забезпечення, який притаманний тільки системі англо - саксонського права. Наприклад, ЦК Білорусі також передбачає такий вид забезпечення.

Більш того, в Україні забезпечувальне право власності застосовувалося раніше і застосовується сьогодні при видачі грошових коштів ломбардом.

Таким чином, Міністерству юстиції необхідно привести підзаконні нормативні акти у відповідність до вимог ЦК України (ст. 546), Закону України «Про іпотеку» та Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень», відновив в переліку документів на підставі яких проводиться реєстрація права власності на нерухоме майно – договір іпотеки. Саме після цього можна буде констатувати, що одним з нових способів забезпечення виконання зобов'язання, є задоволення вимог кредиторів шляхом переходу до кредитора права власності на предмет забезпечення без рішення суду, а на підставі відповідного договору забезпечення.

Панькова Олена Юріївна
студентка 5 курсу юридичного факультету
Хмельницького університету управління та права

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВОРІВ ПРО ПЕРЕДАЧУ МАЙНА У ВЛАСНІСТЬ

Однією з особливостей господарського законодавства є комплексний зміст основних нормативних актів, який більш повно характеризує дану галузь законодавства. Переважна більшість нормативних актів господарського законодавства включає норми двох і більше галузей права. Ще однією, але дуже важливою ознакою господарського законодавства є те, що воно включає в себе одногалузеві акти господарського законодавства. Такими, зокрема, слід вважати Положення про поставки продукції виробничо-технічного призначення та Положення про поставки товарів народного споживання.

Правове регулювання відносин, пов'язаних з договорами на реалізацію майна, здійснюється Господарським кодексом України (щодо поставки – ст.264 -271, контрактації сільськогосподарської продукції – ст. 272 -274, енергопостачання – ст. 275 – 277), Цивільним кодексом України (щодо купівлі-продажу – ст.655 – 697, поставки – ст. 712, контрактації сільськогосподарської продукції – ст. 713, постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу – ст. 714, міни – ст. 715 – 716), спеціальними законами (від 15.05.1996р. «Про трубопровідний транспорт», від 16.10.1997р. «Про електроенергетику», від 23.12.1998р. «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності», від 12.07.2001р. «Про нафту і газ»), підзаконними нормативно-правовими актами (Указ Президента України від 04.10.1994р. «Про застосування міжнародних правил інтерпретації комерційних термінів ІНКОТЕРМС», постанова Кабінету Міністрів України від 05.07.2006р. №938 «Про затвердження типового договору про надання населенню послуг з газопостачання та внесення змін до Постанови Кабінету Міністрів від 9 грудня 1999р та ін.)[3, с.296].

Слід відмітити, що враховуючи комплексність господарського законодавства, відсутнє єдине законодавче регулювання господарських договорів про передачу майна у власність. Зокрема, інститут купівлі-продажу не знайшов відображення в ГК України; лише ч. 4 ст. 263 Кодексу вказує, що, зокрема, господарськими договорами купівлі-продажу опосередковується господарсько-торговельна діяльність. Стаття 263 ГК визначає господарсько-торговельну діяльність як таку діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання у сфері товарного обігу, спрямована на реалізацію продукції виробничо-технічного призначення і виробів народного споживання, а також допоміжну діяльність, яка забезпечує їх реалізацію шляхом надання відповідних послуг..)[4, с.364]..

Форми, в яких може здійснюватися господарсько-торговельна діяльність, встановлені ч.3.ст. 263 ГК, відповідно до якої виділяються: матеріально-технічне постачання і збут; енергопостачання; заготівля; оптова торгівля; роздрібна торгівля і громадське харчування; продаж і передача в оренду засобів виробництва; комерційне посередництво у здійсненні торговельної діяльності та інша допоміжна по забезпеченню реалізації товарів у сфері обігу. І кожен з названих видів діяльності регулюється, крім Господарського та Цивільного кодексу, великою кількістю не систематизованих належним чином за сферами діяльності нормативно-правових актів.[4, с.364]..

Відносини купівлі-продажу безпосередньо регулюються §§ 1-2 главами 54 ЦК України, Законом України від 12 травня 1991 р. "Про захист прав споживачів", а також іншими нормативними актами різної юридичної сили залежно від особливостей предмета договору (із земельними ділянками - Земельним кодексом України; угоди з цінними паперами - Законом України від 13.05.2006р. "Про цінні папери і фондовий ринок"; угоди з державним майном - об'єктами приватизації - законами України від 4 березня 1992 р. "Про приватизацію державного майна", від 6 березня 1992 р. "Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)", від 14 вересня 2000 р. "Про особливості приватизації об'єктів незавершеного будівництва" тощо.

Відносини, що виникають при закупівлі продукції за державні кошти, додатково регулюються спеціальним нормативним актом - Законом України від 22 лютого 2000 р. № 1490-III "Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти".

Особливо відносини поставки регулюються досить великим масивом нормативно-правових актів, що обумовлено неабиякою популярністю цього виду договору в підприємницькій діяльності. Поставки продукції виробничо-технічного призначення та товарів народного споживання додатково врегульовані відповідними положеннями, затвердженими постановою Ради Міністрів СРСР від 25 липня 1988 р. Поставки продукції для державних потреб, окрім загальних положень з питань поставок, врегульовані законами України від 22 грудня 1995 р. "Про поставки продукції для державних потреб", від 22 лютого 2000 р. "Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти", а також Порядком формування та розміщення державних замовлень на поставку продукції для державних потреб і контролю за їх виконанням, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 29 лютого 1996 р. № 266 (в редакції постанови від 13 грудня 2001 р. № 1650).

Підсумовуючи вищезазначене, слід зазначити, через комплексний характер господарського законодавства в Україні не існує єдиного, однозначного та систематизованого правового регулювання господарських договорів про передачу майна у власність (про реалізацію майна). Зокрема, інститут купівлі-продажу не знайшов відображення в ГК України; лише ч. 4 ст. 263 Кодексу вказує, що, зокрема, господарськими договорами купівлі-продажу опосередковується господарсько-торговельна діяльність.

Для вирішення даної проблеми, тобто для упорядкування господарського законодавства, слід провести систематизацію, тобто створити єдиний нормативно-правовий акт у кожній із форм господарсько-торговельної діяльності. Також слід розширити правове регулювання окремих видів договорів в господарському законодавстві, зокрема, договору купівлі-продажу, поставки (особливо продукції для державних потреб), постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу. Розширення правового регулювання можливе через внесення до чинного Господарського Кодексу України окремих глав, присвячених повному регулюванню того чи іншого договору.

Використані джерела:

1. *Господарський кодекс України від 16.01.2003р. №436 – IV// ВВРУ. – 2003. -№18. – ст.144.*
2. *Цивільний кодекс України від 16.01.2003р. № 435 - IV// ОВУ. – 2003. -№11. –ст. 461.*
3. *Господарське право: навчальний посібник. Вінник О.М. –К.: Правова єдність, 2009. -766с.*
4. *Господарське право: підручник / В.С.Щербина. – К.: Юрінком Інтер, 2009. -640 с.*
5. *Правові питання, що виникають при купівлі-продажу об'єктів промислової власності у складі цілісного майнового комплексу. Александров Д. // Підприємництво, господарство та право. -2007р. № 4. -С.112-116.*
6. *Класифікація договорів (контрактів) поставки в зовнішньоекономічній діяльності. Бесєдіна Т. // Підприємництво, господарство та право. -2009р. № 8. –С. 33-36.*

Пасічник Каріна Юріївна,
студентка 4 курсу юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРО ЗВИЧАЙ МІЖНАРОДНОЇ ТОРГІВЛІ ЯК ОСНОВНЕ ДЖЕРЕЛО LEX MERCATORIA

Як продукт діяльності міжнародної торгівельної спільноти, lex mercatoria (букв. з лат. «торгове право») виникло в силу об'єктивної потреби пошуку нових (альтернативних міжнародному приватному праву), адекватних сучасним реаліям світового економічного розвитку, більш гнучких і справедливих юридичних механізмів врегулювання комерційних відносин між її членами з метою подолання все зростаючого розриву між інтернаціональним характером торгового обігу і переважно національною формою його нормативної регламентації [3,13-14].

На нашу думку, доцільним є розуміння lex mercatoria в якості автономної, відокремленої від національних правопорядків сукупності правових норм , покликаної регулювати відносини міжнародної торгівлі переважно між фізичними і юридичними особами.

«Ядром lex mercatoria», як справедливо відзначав А. Гольдштейн, є звичаї міжнародної торгівлі. Історично це його першоджерело, що виникло разом із самою торгівлею. Міжнародний торговий звичай слід розглядати як правило поведінки, що склалося у сфері міжнародного торгівельного обігу та якому властиві наступні ознаки:

1) звичаями є ті правила поведінки, що склалися в результаті їх багатократного однакового застосування;

2) вказані правила є сталими і незмінними впродовж тривалого часу;

3) вони носять універсальний характер, тобто можуть застосовуватись незалежно від державної приналежності, територіального базування суб'єктів, що використовують дане правило поведінки, оскільки являють собою своєрідний спільний знаменник різних правових систем і юридичних традицій;

4) широка відомість звичаю, що передбачає наявність у відповідного члена міжнародного комерційного співтовариства знань стосовно існування конкретного звичаю та його зміст. У контексті даного положення існують дві теорії стосовно природи знання суб'єкта – учасника міжнародної торгівлі, про існування звичаю:

- суб'єктивна теорія, згідно з якою сторони пов'язані лише тими звичаями щодо яких вони мали уявлення в момент укладення контракту (дана теоретична модель закріплена в законодавстві Німеччини, Австрії, США);

- об'єктивна теорія, прибічники якої стверджують, що для сторін є обов'язкові будь-які звичаї, що об'єктивно існують в тій чи іншій галузі міжнародної торгівлі (вказана модель відображена в законодавстві Франції, Бельгії).

Конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. (далі – Віденська конвенція) поєднала обидва підходи, закріпивши у ч. 2 ст. 9 положення, згідно з яким, звичаї підлягають застосуванню тільки за умови, що сторони «знали чи мали знати» про них [1,110].

5) остання ознака – наявність opinio juris, тобто переконання міжнародної комерційної спільноти в юридичній обов'язковості даної норми. Ця ознака випливає із специфіки lex mercatoria як автономного правопорядку, що формується самими учасники міжнародних торгових відносин для забезпечення власних потреб [3,37].

Від звичаїв міжнародної торгівлі слід відрізняти узвичаєння. На відміну від звичаїв узвичаєннями визнаються правила, що не наділені вище зазначеними характеристиками та використовуються сторонами для технічного впорядкування окремих аспектів угоди. Так, на думку авторів коментарю до тексту Віденської конвенції, « в принципі, під терміном звичай може розумітися не тільки правило, що являється правовою нормою і використовується в такій якості (правовий звичай), а й правило, що не є правовою нормою, застосування якого базується на тому, що воно вважається таким, що входить до змісту волевиявлення сторін

договору (узвичаєння). Звичай як диспозитивна норма застосовується, якщо інше не визначено угодою сторін. Що стосується звичаю (узвичаєння), то він застосовується за умови, що в договорі міститься посилання на нього чи зі змісту договору випливає намір сторін керуватися тим чи іншим звичаєм (узвичаєнням). Іншими словами, звичаї поділяються на правила, що по своїй суті являються нормами права та на правила, що такими не є » [2,34].

З цього приводу, слушної є думка В. Чубарєва, що пропонує розмежовувати міжнародний звичай від узвичаєння за формальною ознакою: коли узвичаєння стає настільки широко застосовним, що воно кодифікується під егідою відповідної міжнародної організації і нею офіційно публікується, можна вважати, що воно перетворилось у міжнародний звичай. Якщо ж цього не відбувається, воно залишається всього тільки узвичаєнням, хоча і не втрачає, при цьому, свого нормативного характеру. Прикладом такої трансформації є Міжнародні правилами тлумачення торгових термінів (ІНКОТЕРМС) – документ, розроблений під егідою Міжнародної торгової палати ще у 1936 р. [4,48].

Обов'язковість використання торгових звичаїв закріплена в ст. 9 Віденської конвенції. Згідно з п. 1 зазначеної статті: «Сторони зв'язані будь-яким звичаєм, щодо якого вони домовилися, та практикою, яку вони встановили у своїх відносинах». Пункт 2 цієї ж статті містить правило, згідно з яким «за відсутності інших домовленостей вважається, що сторони мали на увазі застосування до їх договору чи до його укладення звичаю, про який вони знали чи мали знати і який в міжнародній торгівлі широко відомий і постійно додержується сторонами в договорах такого роду й відповідній галузі торгівлі».

Приєднання України до Віденської конвенції слід розглядати як визнання нашою державою міжнародних торгових звичаїв в якості джерела правової регламентації міжнародних комерційних відносин. Однак, аналіз положень ст. 7 Цивільного кодексу та ч. 5 ст. 4 Господарського процесуального кодексу України дає підстави стверджувати, що в ієрархії засобів регламентації міжнародних комерційних відносин звичаю міжнародної торгівлі відведено останнє місце, що суперечить п. 2 ст. 9 Віденської конвенції, який утверджує пріоритет звичаю над диспозитивними нормами застосовуваного правопорядку. Водночас, правила ІНКОТЕРМС, згідно з Указом Президента «Про застосування Міжнародних правил інтерпретації комерційних термінів» та ст. 265 Господарського кодексу є обов'язковими до застосування як у зовнішньоекономічних так і у внутрішньодержавних господарських відносинах. З огляду на це, питання уніфікації режиму застосування звичаїв міжнародної торгівлі не втрачає своєї актуальності [5,199-200].

Використані джерела:

1. *Аблезгова О.В.Обычаи международной торговли как основные источники lex mercatoria// Журнал российского права. – 2008. – № 4. – с.107 -112.*
2. *Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров. Комментарий. – М.: Юридическая литература, 1994. – 316 с.*
3. *Мережко А.А. Транснациональное торговое право (lex mercatoria). – Киев: Таксон, 2002. – 464 с.*
4. *Чубарєв В.Л. Міжнародне приватне право: Навчальний посібник. – Київ: Атіка, 2008. – 608 с.*
5. *Щекина Е.А. Правовой обычай международной торговли как источник международного частного права. – Харьков: МП «Крок», 2007. – 221 с.*

Пастернак Олег Вікторович,
студент 4 курсу юридичного факультету
Хмельницького університету управління та права.

ПРИВАТИЗАЦІЯ ЗЕМЕЛЬНИХ ДІЛЯНОК

Приватизація – найпоширеніший спосіб набуття громадянами права власності на землю. Вона здійснюється шляхом передачі їм земельних ділянок із земель державної та комунальної власності в межах норм безоплатної приватизації. Приватизацію можна розглядати як підставу виникнення прав на землю, спосіб придбання громадянами земельних ділянок у власність, умову реалізації їх земельних прав, порядок передачі ділянок державної та комунальної власності у приватну власність громадянам, і саме у такому значенні приватизація земельних ділянок закріплена у Земельному кодексі.

Приватизація як спосіб набуття права власності є передачею об'єктів права державної власності у приватну власність громадян, вона належить до ринкових правових інструментів і пов'язана з переходом господарства нашої країни від планової економічної системи до ринкових засад господарювання. Адже функціонування господарства на ринкових засадах без приватизації землі не може бути успішним та ефективним. Тому в ст. 118 Земельного кодексу визначено порядок безоплатної приватизації земельних ділянок громадянами, а також усі категорії земель земельного фонду України. [1]

Незважаючи на те, що порядок набуття земельних ділянок громадянами у формі їх безоплатної приватизації є відносно новим явищем у нашій країні, він одержав широке визнання у земельному законодавстві. Детальна регламентація порядку безоплатної приватизації землі є засобом реалізації вітчизняними громадянами свого конституційного права на землю та забезпечення законності у цій сфері. [2]

Роздержавлення та приватизація землі фактично та юридично розпочалися і здійснюються на підставі Постанов ВРУ від 18 грудня 1990 р. «Про земельну реформу» із змінами і доповненнями від 13 березня 1992 р. «Про прискорення земельної реформи та приватизацію землі», Закону від 30 січня 1992 року «Про форми власності на землю», Земельного кодексу України в новій редакції від 13 березня 1992 р. з наступними змінами і доповненнями , Декрету Кабінету Міністрів України від 26 грудня 1992 р. «Про приватизацію земельних ділянок» [3], ряду інших нормативних актів.

Проте жоден із зазначених нормативних актів не дав чіткого визначення процесів роздержавлення та приватизації земель. Це створило ситуацію, коли по-різному здійснюються не тільки наукові, але й практичні тлумачення цих процесів. Так, зокрема, з пп. 3 та 5 Постанови Верховної Ради України «Про прискорення земельної реформи та приватизацію земель», випливає, що роздержавлення – це процес передачі земель у колективну власність сільськогосподарських підприємств, а приватизація – це передача цих же земель у приватну власність їх членів. Термін «роздержавлення», будучи запозиченим із процесу приватизації майна державних підприємств (де він, до речі, мав інше значення, а саме – об'єднував два етапи демонополізації державної власності в інші форми власності: корпоратизацію та приватизацію майна державних підприємств), набув, таким чином, обмеженого значення, хоча навіть з термінологічної точки зору роздержавлення мало б означати перехід земель державної власності в інші форми власності. Такий перехід до розуміння терміна «роздержавлення земель сільськогосподарського призначення» підтримувався і у юридичній літературі. [4]

Визначення приватизації земель сільськогосподарських підприємств і організацій як передача їх із державної власності у приватну власність громадян можна було б вважати правильним, якби не встановлений законодавством механізм її здійснення. Він передбачає не безпосередню передачу земель у приватну власність громадян, а включає такі етапи:

1) роздержавленя земель сільськогосподарських підприємств і організацій;
2) паювання земель сільськогосподарських підприємств і організацій;
3) виділення земельних ділянок в натурі (на місцевості).

Отже, термін «роздержавлення» і «приватизація» земель згідно з чинним законодавством у сфері земельної реформи набули співвідношення як частина і ціле, тобто роздержавлення, яке за змістом є категорією більш широкою, стало етапом приватизації земель сільськогосподарських підприємств і організацій. [5]

Проблема полягає також і в тому, що відповідно до ч. 4 ст. 116 ЗКУ, «передача земельних ділянок безопатно у власність громадян у межах норм, визначених цим Кодексом, провадиться *один раз* по кожному виду використання». Постає питання: як співвідносити «одноразовість» приватизації із фактом приватизації земельних ділянок відповідно до попереднього ЗКУ? Законодавство обходить дане питання стороною, що дає підстави для повторної безоплатної приватизації. Спеціальні правила існують лише відносно земельних ділянок для ведення особистого селянського господарства: ч.6 ст. 4 ЗУ «Про особисте селянське господарство» встановлює, що «громадяни України, які реалізували своє право на безоплатну приватизацію земельної ділянки для ведення особистого підсобного господарства в розмірі менше 2,0 гектара, мають право на збільшення земельної ділянки в межах норм, установлених статтею 121 ЗКУ для ведення особистого селянського господарства». [6]

Практика свідчить про те, що існуючий досить ліберальний порядок приватизації землі створює широкі можливості для зловживань з боку відповідних органів. Корені проблеми закладені безпосередньо в нормах приватизації. [7]

Ст. 35, 40, 121 Земельного кодексу гарантують громадянам право безкоштовної власності на земельні ділянки для будівництва та обслуговування жилого будинку і господарських будівель, ведення особистого селянського господарства в межах населених пунктів та садівництва.

Але чиновник придумали хитру справу, землю даємо безкоштовно, але за документи на неї потрібно заплати тисячі гривень. В Постанові Кабміну від 5 серпня 2009 р. N 844 затверджено Порядок безоплатного оформлення та видачі громадянам України у 2009 році державних актів на право власності на земельні ділянки. Шкода, що цей порядок діятиме лише в 2009 році, тому до кінця року слід встигнути під виборчий процес приватизувати свої земельні ділянки безкоштовно. [8]

Час від часу виникають чутки, що безоплатна приватизація землі має ось-ось завершитися. Насправді чинне законодавство не передбачає строку, впродовж якого громадяни мають можливість приватизувати землю. Поки Конституція України гарантує право на землю, поки Земельний кодекс України регламентує процедуру безоплатної приватизації і поки в Україні наявні землі, які можуть передаватися у власність громадян, безоплатна приватизація триватиме. Однак ті громадяни, які ще не скористалися своїм правом на землю, мають усвідомити дві потенційні загрози для свого права:

По-перше, земельні ресурси є ресурсами обмеженими і не відновлюваними, тобто рано чи пізно земля «закінчиться». За часи земельної реформи Україна передала у приватну власність понад 50% усіх земель. Крім того, правовий режим використання земель також додає певних обмежень використанню права на безоплатну приватизацію. Наприклад, ділянки для житлового будівництва можуть бути надані лише за рахунок земель в межах населених пунктів. А розширення меж сьогодні може і не створити додаткового запасу земель, адже ці землі були розпайовані і передані у приватну власність селян;

По-друге, і Конституція, і закон не є незмінюваними, і виключати можливість несподіваного завершення безоплатної приватизації не слід.

Тому ми радимо не зволікати із реалізацією права на безоплатну приватизацію.

Так трапилося, що земельна реформа і безоплатна приватизація землі співпали в часі з істотними перетвореннями в нашій країні. Значна частина населення стоїть на межі виживання. Звичайно, для таких громадян безкоштовна земля – чималий подарунок, але сьогодні багато громадян, які мають право на землю, не мають можливості реалізувати це право. Розвиток земельного ринку викликав зростання цін на землю; як наслідок, зросли ціни у суміжних галузях – землевпорядні роботи і виготовлення землевпорядної документації суттєво подорожчали. Для багатьох земля стала недоступною саме завдяки високій вартості послуг, пов’язаній із оформленням права на землю. Ситуація загострюється ще й психологічним фактором – термін «безоплатна приватизація» створює враження, що платити

взагалі ні за що не потрібно. А насправді це не так. Інше питання – за що і скільки потрібно платити. На це питання, на жаль, існує розмаїття відповідей. [9]

У січні 2005 року Верховна Рада України ухвалила Закон України «Про захист конституційних прав громадян на землю», який встановив грошову оцінку щодо виготовлення державних актів на право власності на землю в процесі безоплатної приватизації сумою, яка є доступною для більшості українців, - 153 гривні. [10]

Проте, землевпорядні організації не зацікавлені надавати громадянам послуги, собівартість яких є вищою за передбачений законом показник, або змушені підвищувати ціни на послуги, щодо яких Закон не встановив обмежень, або вдаватися до «примусового» надання додаткових послуг замовникам. Як видно, захист прав громадян не може відбуватися будь-якою ціною; в ринковому середовищі неринкові методи не діють або спотворюють первинну мету застосування цих методів та лише погіршують ситуацію, яку вони мали поліпшити.

Нагадаємо, що цей закон був ухвалений депутатами під час бурхливих виборів Президента України 2004-2005 років. Тому відверто популістський характер цього закону є цілком зрозумілим. Незрозуміло інше: чому цей Закон діє дотепер і чому сплачувати за безоплатну приватизацію доводиться набагато більше ніж 153 гривні? За нашими даними, громадяни сплачують сьогодні від 270 до 800 гривень.

Просте, «побутове» пояснення полягає в тому, що сукупність робіт, яку доводиться виконати землевпоряднику, аби виготовити державний акт, є досить значною і має собівартість, яка перевищує 153 гривні.

Використані джерела:

1. [Електронний ресурс]. - Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/DG050883.html;

2. Науково - практичний коментар Земельного кодексу України // за ред. Гетьмана А.П., Шульги М.В. // Харків. «Одіссей». 2009р.;

3. Відомості Верховної Ради України (далі – ВВРУ). – 1991. - №10. – Ст. 100; ВВРУ. - 1992. - №25 – Ст. 355; ВВРУ. – 1992. - №18 – Ст. 225; ВВРУ. – 1992. - №25 – Ст. 354; ВВРУ. – 1993. - №10 - Ст.89;

4. Кулінич П.Ф. Правові проблеми земельної реформи в Україні // Правова держава. Щорічник наукових праць. Вип. 9. – К., 1998. – С.228; Шульга М.В. Актуальные правовые проблемы земельных отношений в современных условиях. – Х., 1998. – С. 29;

5. Т.Ковальчук, О.Заєць Приватизація земель в Україні: шляхи розвязання законодавчих колізій // Право України. Юридичний журнал. №8 – 1999 р. – С.28;

6. А.М. Мірошниченко Земельне право України // Правова єдність. – Київ – 2009 р.;

7. «Правовий тиждень» // №15(88) 8 квітня 2008 р. // Ще раз про безоплатну приватизацію землі;

8. Постанова Кабінету Міністрів України від 5 серпня 2009 р. N 844 (Офіційний вісник України, 2009 р., N 61, ст. 2158);

9. [Електронний ресурс]. - Режим доступу: http://cityukraine.info/index.php?citynews=23408;

10. Закон України «Про захист конституційних прав громадян на землю».

Пацурія Ніно Бондовна
кандидат юридичних наук, доцент кафедри господарського права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

МІСЦЕ ГОСПОДАРСЬКИХ СТРАХОВИХ ПРАВОВІДНОСИН В СИСТЕМІ ГОСПОДАРСЬКИХ ПРАВОВІДНОСИН

Актуальність теми дослідження обумовлена тим, що господарські страхові правовідносини до сьогодні не був предметом спеціального цілісного наукового дослідження в українському правознавстві.

З огляду на це, визначення сутності і місця господарських страхових правовідносин вимагає звернення до аналізу наукових категорій більш високого порядку – господарських правових відносин та правових відносин в цілому.

Відомо, що господарські правовідносини є галузевим видом правових відносин як таких, які визначаються як вид суспільного відношення, що виникає в результаті впливу норм права на фактичне відношення у суспільстві і опосередковує зв'язок між нормою права і фактичним суспільним відношенням. [7, 336, 6, 190]

Питання визначення сутності і поняття господарських правовідносин у сучасній юридичні літературі найбільш повно і обґрунтовано досліджено Г.Л. Знаменським, який визначив господарські правовідносини як вид суспільних відносин, в яких зв'язок між суб'єктами цих відносин полягає в їх юридичних правах та обов'язках, які виступають проміжною стадією господарсько-правового регулювання і знаходяться між господарсько-правовими нормами і господарськими відносинами. [9, 64]

Підтримуючи наукову позицію Г.Л.Знаменського, та загально теоретичні положення про те, що галузевим правовідносинам притаманні усі риси та ознаки правових відносин [5, 26] (як наслідок, слушною вдається думка про те, що видам галузевих правових відносин притаманні усі ознаки правовідносин певної галузі), ми спробуємо обґрунтувати сутність і місце господарських страхових правовідносин в системі господарських правових відносин, але з урахування специфіки, що належить страховим правовим відносинам.

З огляду на викладене, господарські страхові правові відносини характеризуються наступними рисами, які притаманні загальній науковій категорії правових відноси: 1) вони опосередковується наявністю конкретних норм господарського права у їх динаміці і виступають у якості специфічного результату впливу зазначених норм на фактичні відносини, які складаються у процесі безпосереднього здійснення страхової діяльності та управління/регулювання нею; 2)наявність у учасників процесу безпосереднього здійснення і управління/регулювання страховою діяльністю суб'єктивних юридичних прав і суб'єктивних юридичних обов'язків, які опосередковують специфічну форму взаємозв'язку між такими учасниками; 3) свідомо-вольовий характер господарських страхових правовідносин, який реалізується як в результаті впливу господарсько-правових норм, що відбивають державне волевиявлення, так і формують конкретну поведінку учасників господарських страхових правовідносин.

Як зазначають науковці, окремі види господарських правовідносин, в тому числі господарських страхових правовідносин, обумовлені рівнем економічного розвитку суспільства і повинні відповідати характеру економічної системи і вдосконалюватися відповідно до об'єктивних умов господарювання.

Крім того, господарським страхових правовідносинам притаманні риси господарських правових відносин, які випрацювані доктриною господарського права [10, 22-23; 4, 26], а саме: сфера здійснення – економіка держави, (страховий/ перестраховий ринок України); особливий (обмежений) суб'єктний склад – на страховому/ перестраховому ринку України в якості основного суб'єктного складу виділяють: 1) страховиків/ перестраховиків (страхові компанії / перестрахові компанії), товариства взаємного страхування; 2) страхових посередників (страхові агенти, страхові та перестрахові брокери); 3) об'єднання страховиків та інші. Суб'єкти організаційно - господарських повноважень на страховому ринку України складають дворівневу систему – мова іде про загальний та галузевий рівні. Загальний рівень

становлять: Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України, Президент України; галузевий - орган державного управління спеціальної компетенції (орган державного нагляду за страховою діяльністю) - Державна комісія з регулювання ринків фінансових послуг України. Споживачами страхових послуг виступають учасники господарських правовідносин; наявність організаційно-господарських зобов'язань а також поєднання організаційних і майнових елементів – підставою виникнення таких правовідносин у сфері страхування є договір страхування. Чинне законодавство України дає визначення поняття договору страхування у трьох нормативних актах: ЦК України (ст. 979) [2], ГК України (ст. 354) [1], Законі України „Про страхування" (ст.16) [3]. Матеріальний зміст господарських відносин, мова іде про суспільне виробництво і реалізація суб'єктами господарювання продукції, виконання робіт, надання послуг. За своїм змістом страхова діяльність є особливим видом господарської діяльності, оскільки її предметом є надання специфічних послуг (страхових), що здійснюється за плату, постійно і на професійній основі; врегулювання господарських відносин за допомогою господарсько-правових норм - на сьогодні суспільно-страхові відносини у сфері господарювання регулюються законодавством, яке: 1) за сферою дії розмежовується, на: загальне законодавство про підприємництво; спеціальне законодавство про страхову діяльність (як окремий вид підприємництва); спеціалізоване, яке охоплює окремі норми права, і є частиною законодавства, що врегульовує зобов'язальні відносини в сфері страхування, та поширюється на всіх учасників страхових правовідносин. Вказані норми можуть входити як до блоку законодавства загальної дії так і до блоку спеціального законодавства; та 2) за колом осіб, на: законодавство загальної дії, яке поширюється на всіх осіб, що з'являються в сфері страхової діяльності; відомче законодавство, дія якого поширюється безпосередньо лише на суб'єктів страхової діяльності (страхові (перестрахові) компанії, товариства взаємного страхування, страхових посередників, об'єднання страховиків та інших учасників інфраструктури страхового ринку); локальне нормативне регулювання.

Таким чином, є підстави стверджувати, що господарські страхові правові відносини є юридичним засобом реалізацію спеціальних та спеціалізованих норм [8] господарського права, займають особливе місце в механізмі правового регулювання страхової діяльності, є видом господарських правових відносин, яким притаманні як специфічні риси останніх, так і особливі ознаки правових відносин як таких.

Визначивши характерні ознаки, властиві страховим відносинам, і узагальнюючи все вище наведене можна зробити висновок, що страхові правовідносини у сфері господарювання являють собою врегульовані нормами права суспільні відносини, що виникають в сфері економіки між суб'єктами господарювання та іншими учасниками відносин у сфері господарювання, з приводу надання страхових послуг, шляхом компенсації завданих збитків за рахунок заздалегідь акумульованих коштів у страховий фонд (страхові резерви) особам, які мають ризик зазнати збитків в наслідок настання страхових випадків.

Використані джерела:

1.Господарський кодекс України від 16.01.2003 року// Офіційний вісник України.-2003.-N11.-ст.462.

2.Цивільний кодекс України від 16.01.2003 року//Офіційний вісник України.-2003.-N11.- Ст 461.

3.Закон України від 7 березня 1996 року № 85/96-ВР «Про страхування»// Відомості Верховної Ради України.-1996.-№18.-Ст.78.

4.Вінник О. М. Господарське право: Навчальний посібник. - 2-ге вид., змін, та доп. - К.: Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. - С.26.-766 с.

5.Віхров О.П. Організаційно-господарські правовідносини. Монографія.-К.: Видавничий Дім «Слово», 2008.- с.16.- 512 с.(с.26)

6.Загальна теорія держави і права / за ред. В. В. Копейчиков. – Київ: Юрінком, 2001.-С.190.-320 с.

7.Общая теория государства и права. В 2-х т. Т. 2. Общая теория права./ Отв. ред. В. С. Петров и Л. С. Явич.- Л., 1974.- С.336.- 416 с.

8.Пацурія Н.Б. Формування страхового законодавства: історичний аспект і перспективи розвитку // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки.-2006.-№72-73.- с.76-79.

9.Хозяйственное право: Учебник / В.К. Мамутов, Г.Л. Знаменский, К.С. Хахулин и др.; Под ред. Мамутова В.К. — К.: Юринком Интер, 2002. — С.64.- 912 с.

10. Щербина В.С. Господарське право: підручник / В.С.Щербина. - 4-те вид., перероб. і допов. - К.: Юрінком Інтер, 2009. - С.24.-640 с.

Писарєва Елла Анатоліївна
кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права та процесу
Грамма Софія Геннадіївна
студентка 2 курсу Донецького національного університету,

ЩОДО НАДАННЯ ЗГОДИ НА ДОНОРСТВО ОРГАНІВ ТА ІНШИХ АНАТОМІЧНИХ МАТЕРІАЛІВ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ ПІСЛЯ ЇЇ СМЕРТІ

Конституцією України проголошено людину, її життя і здоров'я, честь і гідність найвищою соціальною цінністю [1,ст.3]. У цьому конституційному приписі здоров'я передбачено як цінність та первинна і вихідна передумова життєдіяльності кожної людини. Тому з-поміж численних прав, які передбачає Основний Закон, можна виділити право людини на охорону здоров'я як таке, що гарантує її фізичне існування і є умовою забезпечення здійснення всіх інших прав. Це обумовлює необхідність постійного розвитку медичної науки, засобів, форм і методів лікування.

Серед ефективних методів лікування, які дозволяють подовжувати життя людини, повертати її до повноцінної життєдіяльності особливе місце займає трансплантація. Слово «трансплантація» (від лат. transplantant) буквально означає «пересаджування», заміщення ушкоджених або відсутніх тканин чи органів власними тканинами або тканинами й органами, узятими з іншого організму. Згідно Закону України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині» трансплантація визначається як спеціальний метод лікування, що полягає в пересадці реципієнту органа або іншого анатомічного матеріалу, взятих у людини (донора) чи у тварини. В свою чергу донором визнається особа, у якої за життя або після її смерті взято анатомічні матеріали для трансплантації або для виготовлення біоімплантатів [2,ст.1]. І такий процес потребує чітко визначеного правового регулювання.

Проблеми правового регулювання відносин донорства та трансплантації активно досліджувалися такими вченими-юристами, як М.Авдеєв, М.Горелик, О.Красиков, Г.Красовський, Л.Красавчикова, М.Малеїн, М.Малеїна, А.Мусієнко, В.Суховерхий, О.Тихомиров, О.Шаповал.

Незважаючи на досягнуті результати у вирішенні як теоретичних, так і практичних питань, пов'язаних з трансплантацією людських органів, в цій сфері залишається багато проблем, про що свідчить низький рівень розвитку донорства та трансплантації в Україні.

На думку головного позаштатного трансплантолога Міністерства охорони здоров'я України, директора Запорізького центру трансплантології Олександра Никоненка нормально розвиватися вітчизняній трансплантології заважає насамперед відсутність державного фінансування та недоліки у законі «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині».

Яким же чином можна вирішити проблему браку донорських органів? Сьогодні існує тільки два шляхи вирішення цієї проблеми: штучно вирощувати такі органи або брати їх від донорів. Другий шлях є суто добровільний, бо законодавство закріплює за фізичною особою саме право на донорство (ст.290 ЦК України) [3,ст.290]. З цього випливає, що поповнення банку донорських органів може здійснюватися тільки тоді, коли особа виявить бажання ще за життя надати свій орган в якості донорського і звернеться для проведення цієї процедури до відповідних медичних установ або надавши письмової згоди на донорство органів та

інших анатомічних матеріалів після своєї смерті. Тому законодавство закріплює два види донорства: за життя особи-донора та після її смерті.

Як правило, донором за життя особа стає задля рятування своїх рідних, близьких людей, бо після процедури взяття органу чи іншого анатомічного матеріалу у особи-донора, частіше, вона сама становиться інвалідом або потребує довічного лікування.

Частіше донорські органи вилучають у особи після її смерті. Взагалі, взяття органів та інших анатомічних матеріалів з тіла фізичної особи, яка померла, не допускається, крім випадків і в порядку, встановлених законом [3,ст.290].

Умови та порядок вилучення органів та інших анатомічних матеріалів для трансплантації в померлих осіб регламентовано ст. 16 Закону України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині» [2, ст.16]. Юридична модель, що в Україні законодавчо регулює процедуру отримання дозволу на взяття органів та інших анатомічних матеріалів у особи після її смерті, називається «системою згоди», тобто вимагає заяви померлої особи, зробленої нею за життя, про її згоду або незгоду стати донором органів чи анатомічних матеріалів у разі своєї смерті, а за відсутності такої заяви органи та інші анатомічні матеріали в померлої особи можуть бути взяті за згодою одного з подружжя або родичів, які проживали з особою до її смерті.

Практика свідчить, що майже у всіх випадках вилучення біологічного матеріалу у особи після її смерті згоду було отримано від родичів померлого, а не від самої особи, яку вона могла б надати ще за життя на випадок своєї смерті. Однією з головних причин такої ситуації є майже повна непоінформованість населення України з правових питань органного донорства та трансплантації. У зв’язку з цим Л. Шаповал пропонує доповнити Закон України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині» статею 51 у такій редакції: «Стаття 51. Поінформованість населення про умови та порядок застосування трансплантації як спеціального методу лікування. Поінформованість населення про умови та порядок застосування трансплантації як спеціального методу лікування, здійснюється Міністерством охорони здоров’я України в засобах масової інформації». На думку автора, до засобів масової інформації можна було б віднести, наприклад, використання в закладах охорони здоров’я стендів, де б містилася докладна інформація про трансплантацію людських органів, виділення ефірного часу за для пояснення значущості такого методу лікування, як трансплантація [4,с.90-93].

А. Мусієнко зазначає, що кожна людина повинна мати право самостійно вирішувати питання про можливе вилучення органів з її тіла після смерті для трансплантації, і «система згоди» реалізує це право процедурою документального оформлення згоди у вигляді «картки донора» для особи, яка висловила згоду на вилучення органів з її тіла після смерті [5, с.84-89].

З цього приводу може бути корисним світовий досвід щодо вирішення питання про надання згоди особою на вилучення органів та інших анатомічних матеріалів з її тіла після смерті.

Так, у США при одержанні прав водія обов'язково довідуються у людини про згоду стати донором у разі нещасного випадку, про що ставлять відповідну позначку в документі.

У Ізраїлі існує Трансплантаційний фонд сімей (спеціальний координаційний центр), який проводить опитування про згоду чи незгоду пожертвувати органами після смерті. У разі згоди особи підписують «картіс Еді» – дозвіл на те, щоб після смерті їхні внутрішні органи були використані для трансплантації іншим людям [6].

Частина мешканців Німеччини носить у своєму паспорті вкладиш з інформацією про згоду або відмову стати донором у разі нещасного випадку.

Виходячи з вищевикладеного, можна зазначити, що надання згоди особою на донорство її органів та інших анатомічних матеріалів після смерті донора може бути ефективним лише за умови поінформованості населення держави про сутність та цінність донорства і трансплантації як методу лікування, про правові засади регулювання таких процесів, про статус особи-донора тощо. Ведучу роль в цьому повинна відігравати держава, для якої людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю.

Використані джерела:

1. Конституція України: Закон України від 28 червня 1996р. (із змінами і доповненнями від 28.04.2009р.) // Відомості Верховної Ради України.- 2005. - №2. - Ст.3

2. Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині: Закон України від 16 липня 1999 р. (із змінами і доповненнями від 18 лютого 2006 р.) // Відомості Верховної Ради України. - 1999. - №41

3. Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003р. (із змінами і доповненнями від 03.03.2009р.) // Відомості Верховної Ради України. - 2003. - №40. - Ст.290

4. Шаповал Л. Згода донора на вилучення анатомічного матеріалу після його смерті (значення та проблемні питання) / Л.Шаповал // Підприємництво, господарство і право. – 2009. - №10. - С.90-93

5. Мусієнко А. Трансплантація органів та тканин / А. Мусєенко // Прокуратура, Людина, Держава. – 2004. - №5. – С.84-89

6. Підлісний Є. Битва за органи / Є. Підлісний // Український юрист. - 2004. - №6. – С.40-41

Піляй Альона Олександрівна,
аспірант юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

РЕКВІЗИТ ЯК СИСТЕМНИЙ ЕЛЕМЕНТ ЮРИДИЧНОГО ДОКУМЕНТА

На сьогодні важко уявити наявність правовідносин чи юридичних фактів без їх відображення на паперовому носії інформації. Якість такого відображення впливає на ступінь відповідності зафіксованих відомостей, які мають правове значення, до правовідносин, що існують у конкретній життєвій ситуації. Від якості складання документу залежить його юридична сила та, не рідко, наявність або відсутність правових наслідків для осіб, відносини між якими організовані шляхом документування. Для засвідчення права, юридичного факту важлива не лише проста наявність самого документу, а фіксація у ньому усіх необхідних складових з правильним розташуванням. Такими складовими є реквізити.

Термін "реквізит" латинського походження (requisutum) [1, 160], що перекладається як "потреба". У Середньовічній Італії ним позначали необхідні й обов’язкові елементи боргових зобов’язань цінних паперів, в першу чергу векселів [2]. У літературі можна зустріти багато визначень цього поняття: обов'язковий елемент оформлення офіційних документів: дата, місце складання, підписи, печатка і т. ін.; обов’язкові дані або відомості, які повинен містити офіційний документ, щоб мати юридичну силу, слугувати підставою для здійснення операцій; елемент структури документа, що дозволяє його ідентифікувати. У національному стандарті України ДСТУ 2732-2004 "Діловодство й архівна справа. Терміни та визначення" [3] під реквізитом розуміється інформація, зафіксована на службовому документі для його ідентифікування, організування обігу і (або) надання йому юридичної сили.

Наведені визначення умовно можна поділити на дві групи: одні визначають реквізит через поняття інформації, інші - як обов’язковий елемент документа. Кожне з них загострює увагу на якійсь окремій функції реквізиту, і не охоплює усіх його характеристик.

Кожен з реквізитів розташовується у документі відповідно до закріпленх у законодавстві правил (зображення Державного герба України, назва організації, назва виду документа, місце складання або видання документа). Зазначені реквізити є однаково обов’язковими для невизначеної кількості документів і не мають властивості індивідуалізувати документ. Їх основним призначенням є фіксація інформації про вид документа, його належність тощо.

Такі реквізити як дата, номер, місце складання або видання мають значно вищий рівень індивідуалізації документа. Зокрема, дата – обов’язковий реквізит кожного документа,

що фіксує час його створення та (або) його підписання, затвердження, прийняття, погодження, реєстрації, видання. У Методичних рекомендаціях щодо застосування ДСТУ 4163-2003 «Державна уніфікована система документації. Уніфікована система організаційно-розпорядчої документації. Вимоги до оформлення документів.» зазначено, що спосіб написання дат залежить від характеру документа. Для службових листів основною датою є дата реєстрації [4, 28].

Перелік документів, на які необхідно ставити печатку, наводять в інструкціях з діловодства. Відбитком печатки засвідчують підпис відповідальної особи. Він проставляється таким чином, щоб він охоплював частину назви посади особи, яка підписала документ (3 – 4 літери). Печатки мають відповідну конфігурацію та інші ознаки, однак не індивідуалізують документ так, як це робить підпис.

Підпис є особливо важливим реквізитом юридичного документу, який засвідчує особу яка його ставить. Іноді підпис помилково називають розписом. Розпис – це текст, що засвідчує будь-що з підписом [5, 37]. Наприклад: «З наказом ознайомлена. Підпис. Дата.» Також Примірною інструкцією з діловодства у міністерствах, інших центральних органах виконавчої влади, Раді міністрів Автономної Республіки Крим, місцевих органах виконавчої влади передбачено існування такого реквізиту як віза [6, 50], яка включає особистий підпис, його розшифрування, дату. Спільною рисою цих реквізитів є те, що вони містять таку складову як особистий підпис уповноваженої особи. Кожен документ, який містить хоча б один з цих реквізитів є унікальним і не може мати аналогів, оскільки одна і та ж особа не може з абсолютною точністю повторити свій особистий підпис. Особливістю підпису як реквізиту є те, що на відміну від розпису та візи він є системоутворюючим для багатьох видів документів. Більшість документів не є такими без підпису, у той час як розпис або віза, залежно від виду документа, можуть бути необов'язковими. Однак, слід зауважити, що існують документи, які не містять підпису (чеки, квитки тощо).

Більшість вчених зазначають, що текст є обов'язковим реквізитом документа. На їх думку документ – це текст (як логічна послідовність мовних та немовних знаків), зафіксований на речовому виробі, основною функцією якого є збереження та розповсюдження (передача) інформації у просторі та часі [7, 3]. Дане визначення є одним із базових для бібліографознавства, бібліотекознавства та книгознавства. Однак, юридичні документи окремих видів або мають однаковий текст, або не мають у своїй структурі тексту взагалі і складаються з інших реквізитів (свідоцтво про реєстрацію юридичної особи, чеки тощо).

Зважаючи на викладене можна дійти висновку, що лише комплексне поєднання необхідних реквізитів у документі може забезпечити його індивідуальність, виконання ним інформативної та організаційної функцій. Обов'язковими для певного виду документа є реквізити, які його утворюють. Решта реквізитів є такими, що надають вже існуючому документу нового правового значення при їх внесенні до нього. Отже, при визначенні поняття "реквізит" поряд з його обов'язковістю для того чи іншого виду документа, має бути враховано можливість його існування лише у документі, як у чітко визначеній системі елементів, оскільки такою ознакою як обов'язковість володіють не всі реквізити для певного виду документа.

Використані джерела:

1.Швецова-Водка Г.Н. Общая теория документа и книги: учеб. пособие/ Г.Н. Швецова-Водка. – М.:Рыбари, К. Знання, 2009. – 487 с.

2.http://www.grinchuk.lviv.ua/referat/1/638.html

3.http://www.archives.gov.ua/Law-base/Standards/

4.Методичні рекомендації щодо застосування ДСТУ 4163-2003 «Державна уніфікована система документації. Уніфікована система організаційно-розпорядчої документації. Вимоги до оформлення документів.» / Державний комітет архівів України; Розробник С. Г. Кулешов. – К., 2004. – с. 62

5.Воронько О. Інформація, вміння працювати з документами – важливі складові ефективності виконавчої влади. // Вісник Української Академії державного управління при Президентові України. – 2003. - № 1. – С. 31 – 41

6.Постанова Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 1997 р. N 1153 "Про затвердження Примірної інструкції з діловодства у міністерствах, інших центральних органах виконавчої влади, Раді міністрів Автономної Республіки Крим, місцевих органах виконавчої влади"// Офіційний вісник України, 1997, число 43 (07.11.97), № с. 50

7.Кулешов С. Про значення поняття «документ» // Бібліотечний вісник. – 1995. - № 1. – С. 1 – 4

Плохотская Наталия Александровна,
студентка 4 курса юридического факультета
Белорусского государственного университета

ПРАВО УЧРЕЖДЕНИЯ НА САМОСТОЯТЕЛЬНОЕ РАСПОРЯЖЕНИЕ ИМУЩЕСТВОМ

В соответствии с законодательством Республики Беларусь некоммерческие организации могут наряду со своей основной деятельностью осуществлять предпринимательскую деятельность (ч. 4 п. 3 ст. 46 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее – ГК)) [1]. Относительно учреждений как одной из форм некоммерческих организаций законодатель использует понятие «приносящая доходы деятельность» (п. 2 ст. 279 ГК). Приносить доходы может как предпринимательская деятельность, так и любая другая деятельность, которая ведет к увеличению имущественных выгод, например, участие в гражданско-правовых сделках возмездного характера. П. 2 ст. 280 ГК устанавливает, что имущество, приобретенное учреждением по договорам или иным основаниям, поступает в оперативное управление учреждения. Следовательно, понятие «приносящая доходы деятельность» применительно к п. 2 ст. 279 ГК должно толковаться узко – как предпринимательская деятельность (ч. 2 п. 1 ст. 1 ГК), которую учреждение может осуществлять в порядке, определенном ч. 4 п. 3 ст. 46 ГК. Данный вывод также следует из анализа ч. 2 п. 14 Положения о порядке создания унитарных предприятий, учреждений, имущество которых находится в республиканской собственности, их реорганизации и ликвидации, утвержденного постановлением Совета Министров от 23 июля 2004 г. № 913 (далее – постановление № 913) [2], которая определяет правовой режим имущества учреждений, основанных на республиканской собственности, приобретенного в результате осуществления предпринимательской деятельности.

Согласно п. 2 ст. 279 ГК в соответствии с уставом учреждению может предоставляться право получать доходы от предпринимательской деятельности, и приобретенное за счет таких доходов имущество поступает в самостоятельное распоряжение учреждения и учитывается на отдельном балансе, если иное не предусмотрено законодательством. Следует заметить, что норма, сформулированная в п. 2 ст. 279 ГК, носит характер общего правила и может быть изменена специальным законодательством, что находит отражение, в частности, применительно к учреждениям, находящимся в республиканской собственности. Согласно п. 14 Положения, утвержденного постановлением № 913, имущество, независимо от того, за счет каких источников оно сформировано принадлежит учреждениям, основанным на республиканской собственности, на праве оперативного управления. Исключением из правила, установленного постановлением № 913 для учреждений, основанных на республиканской собственности, является право Белорусского государственного университета как государственного учреждения образования распоряжаться доходами, полученными от оказания платных услуг (работ), осуществления предпринимательской деятельности, доходами (дивидендами) от участия в различных мероприятиях и деятельности иных юридических лиц (п. 8 Устава Белорусского

государственного университета, утвержденного Указом Президента Республики Беларусь от 25 сентября 2006 г. № 586 [3]).

В отношении правового режима доходов, полученных учреждением от предпринимательской деятельности, и приобретенного за счет них имущества, позиция законодателя четко не сформирована. В теории гражданского права существуют различные мнения о правовой природе права самостоятельного распоряжения учреждения [4, с. 29 – 32; 5, с. 109 – 111]. Можно выделить два основных подхода: право самостоятельного распоряжения есть а) правомочие в рамках права оперативного управления [6, с. 202]; б) самостоятельное вещное право [7, с. 404], каждый из которых не противоречит белорусскому законодательству. Решение данной проблемы, в свою очередь, предопределяет решение вопросов о правовом режиме имущества учреждения и об ответственности учреждения по своим обязательствам.

Более обоснованным и практически целесообразным, на наш взгляд, является рассмотрение права самостоятельного распоряжения в качестве самостоятельного вещного права, которое по объему правомочий шире права хозяйственного ведения и права оперативного управления, но уже права собственности.

П. 2 ст. 279 ГК предоставляет учреждению право распоряжаться доходами, полученными им от предпринимательской деятельности, и приобретенным за счет таких доходов имуществом, как движимым, так и недвижимым, самостоятельно, не требуя согласия собственника, что в свою очередь необходимо при обладании имуществом на праве хозяйственного ведения в отношении недвижимого имущества (п. 3 ст. 276 ГК), и праве оперативного управления в отношении всякого имущества, если иное не установлено законодательными актами (п. 1 ст. 279 ГК). Доход, полученный от ведения предпринимательской деятельности, а также приобретенное за его счет имущество остаются в собственности учредителя и поступает лишь в самостоятельное распоряжение, а не в собственность учреждения. Указанными доходами и имуществом учреждение должно владеть, пользоваться и распоряжаться в соответствии с целями, ради которых оно создано.

В состав имущества на праве самостоятельного управления может входить недвижимое имущество. В случаях, предусмотренных законодательными актами, недвижимое имущество, права на него и сделки с ним подлежат государственной регистрации (п. 1 ст. 131 ГК), однако законодательство Республики Беларусь не содержит указания на необходимость осуществления государственной регистрации права самостоятельного распоряжения недвижимым имуществом учреждения (см., Закон Республики Беларусь от 22 июля 2002 года № 133-З «О государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним» [8]).

В связи с вышеизложенным и основываясь на доктринальном положении о признании права самостоятельного распоряжения в качестве самостоятельного вещного права, считаем целесообразным легально подтвердить такую позицию посредством включения права самостоятельного распоряжения в общий перечень вещных прав лиц, не являющихся собственниками, содержащийся в ст. 217 ГК. Законодательное закрепление данного права в качестве самостоятельного вещного права позволит учреждению как некоммерческой организации участвовать в гражданском обороте более эффективно и нести адекватную характеру осуществляемой деятельности гражданско-правовую ответственность.

Использованные источники:

1. Гражданский кодекс Республики Беларусь: Кодекс Республики Беларусь, 7 декабря 1998 г., № 218-З // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр. – Минск, 2010.

2. О порядке создания унитарных предприятий, учреждений, имущество которых находится в республиканской собственности, их реорганизации и ликвидации: Постановление Совета Министров Республики Беларусь, 23 июля 2004 г., № 913 // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр. – Минск, 2010.

3. Об Уставе Белорусского государственного университета: Указ Президента Республики Беларусь, 25 сентября 2006 г., № 586 // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр. – Минск, 2010.

4. Челышева, Н.Ю. Проблемы определения вещных прав государственных учреждений образования / Н.Ю. Челышева // Право и образование. – 2009. – № 8. – С. 28 – 33.

5. Царев, В. Право самостоятельного распоряжения доходами и имуществом учреждения / В. Царев // Хозяйство и право. – 2009. – № 8. – С. 108 – 112.

6. Петров, Д.В. Право хозяйственного ведения и право оперативного управления / Д.В. Петров. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2002. – 361 с.

7. Гражданское право. Часть первая: учебник / Н.Н. Агафонова [и др.]; под ред. В.П. Мозолина, А.И. Масляева. – М.: Юристъ, 2005. – 719 с.

8. О государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним: Закон Республики Беларусь: Закон Республики Беларусь, 22 июля 2002 г. № 133-З // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр. – Минск, 2010.

Повар Павло Олександрович,
асистент кафедри господарського права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка, кандидат юридичних наук

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО СТАТУСУ АСОЦІЙОВАНОГО ЧЛЕНА КООПЕРАТИВУ

Питання правової природи асоційованого членства, його відповідності ознакам кооперативу є дискусійними. Я.З. Гаєцька-Колотило розглядає асоційоване членство як спробу нав'язування кооперативу певних акціонерних принципів організації і діяльності [1,135]. На думку І.М. Кучеренко, асоційоване членство дає змогу віднайти кооперативам додаткові кошти для свого розвитку, хоча в силу недовіри населення до інвестування коштів у юридичні особи, таке явище не є досить поширеним [1,136]. В.С. Щербина вважає, що знехтувавши такою ознакою, як особиста трудова участь членів кооперативу, і передбачивши участь у кооперативі юридичних осіб [3, ст.2, ст.6], законодавець, по суті, ототожнив поняття виробничого кооперативу з поняттям господарського товариства [2, с.111]. Запровадження у кооперативах поняття асоційованого членства призводить до ускладнення кола його учасників і за цією ознакою кооператив можна віднести до однієї групи з командитними (КТ) та акціонерними товариствами (АТ), у яких виділяються категорії учасників організацій, що відрізняються за своїм правовим статусом.

Чинне законодавство характеризується малою кількістю нормативних положень, присвячених безпосередньо асоційованим членам кооперативу (далі – АЧК). У Законі „Про кооперацію" [3] (далі – Закон ПК) термін АЧК та похідні від нього згадується лише в таких випадках: 1) визначення паю та додаткового паю члена кооперативу (далі – ЧК) та АЧК (ст.1); 2) складання списку ЧК та АЧК при створенні кооперативу (ст.7); 3) асоційоване членство в кооперативі (ст.14); 4) формування пайового фонду за рахунок паїв ЧК та АЧК (ч.2 ст.20); 5) виплати на паї АЧК (ст.26). Мало положень міститься і у Законі „Про сільськогосподарську кооперацію" (далі – Закон ПСК): абз.9 ч.1 ст.1, ст. 12, ч.2 ст.24, ч.2 ст.26 [4]. У ст. 14 Закону ПК, яка спеціально присвячена асоційованому членству в кооперативі, врегульовано такі питання, як: 1) умови асоційованого членства; 2) визначення АЧК; 3) права АЧК у разі ліквідації кооперативу; 4) статутом кооперативу визначаються: а) порядок вступу до кооперативу; б) участь АЧК в господарській та іншій діяльності; в) права та обов'язки АЧК; г) розміри паїв; д) розміри виплат на паї. Вбачається, що регламентація правового статусу АЧК на рівні закону є недостатньою. Правовий статус АЧК у значній,

якщо не визначальній мірі залежить від повноти та якості його закріплення у статуті кооперативу. Уявляється, що у регламентації прав та обов'язків АЧК переважно на локальному рівні закладено певні негативні ризики для АЧК. Так, статут кооперативу приймається загальними зборами ЧК. Рішення приймається за правилом „один ЧК - один голос". АЧК має лише дорадчий голос [3, ч.2 ст.14; 4, ч. 2 ст.12]. АЧК позбавленні дієвих засобів захисту своїх інтересів при прийнятті рішень загальними зборами ЧК, при внесенні змін до статуту, які утискають або порушують інтереси АЧК. Вважаємо, що основні права та обов'язки АЧК повинні визначатися на рівні закону імперативними та диспозитивними нормами. Використання диспозитивних норм, з одного боку, усуне проблему можливої неврегульованості у статуті статусу АЧК, а з іншого, надає можливість саморегулювання внутрішньогосподарських відносин їх учасниками.

На противагу АЧК, правовий статус ЧК на рівні закону регламентовано об'ємніше, повніше. Для прикладу, у законі не закріплено право саме АЧК на вихід з кооперативу, порядок виходу та розрахунки з ним, тоді як щодо ЧК відповідні положення містяться у законах [3, ч.1 ст.12, ч.1 ст.13, ч.3 ст.21; 4, ч.1 ст.3, ч.1 ст.10, ч.1 ст.25]. Виникають питання: чи поширюються норми, присвячені ЧК, на АЧК? Якщо так, то які з них? Чи можна визначити, і за якими критеріями ті норми, які поширюються на АЧК? Якщо виходити з легально закріплених ознак ЧК та АЧК [3, ст.10, ч.2 ст.12; 4; ч.1 ст.1], то вони співвідносяться як окремі види учасників кооперативу. ЧК не є родовим поняттям і не включає в себе АЧК. Це ставить під сумнів спробу визнання норм, які присвячені ЧК, загальними, а відтак і можливість застосування цих норм до АЧК у разі відсутності щодо них спеціальної норми.

У цілому, вирішення завдання з'ясування змісту правового статусу АЧК істотно ускладнюється через недосконаліть положень закону та його юридичної техніки. Недоліки законодавчого забезпечення змушують вдаватися до застосування різних способів тлумачення нормативних приписів, розв'язання проблем співвідношення між загальними та спеціальними нормами, пошуку відповіді на питання щодо можливості заповнення прогалин шляхом застосування аналогії закону тощо. Проте й використання таких прийомів не дозволяє отримати однозначні, несуперечливі висновки.

Однією з проблем є визначення розміру та форми виплат на паї АЧК. Згідно із Законом ПК розмір виплат на паї встановлюється рішенням загальних зборів ЧК і можуть здійснюватися у грошовій формі, товарами, цінними паперами, а також у формі збільшення паю та в інших формах, передбачених статутом кооперативу (ч.3 ст.26). Згідно із ч.2 ст.24 Закону ПСК статутом кооперативу може бути передбачено різний відсоток частин доходу на паї для ЧК і АЧК. Отже, ЧК через загальні збори визначають розмір і форму виплат на паї АЧК. Такі правила створюють передумови для виникнення конфлікту інтересів: дії ЧК можуть ґрунтуватися лише на їх груповому інтересі і всупереч або з ігноруванням інтересів АЧК. Викладене доводить існування проблеми гарантування прав та інтересів АЧК, їх захисту. Як базовий спосіб відстоювання своїх інтересів можна розглядати право АЧК на вихід з кооперативу. Таке право АЧК повинні мати і воно повинно безпосередньо щодо них закріплюватися у законі. Це право є необхідним для забезпечення гарантій інтересів АЧК, але його не можна визнати достатнім для вирішення порушеної проблеми.

Розбіжності у регламентації окремих аспектів правового статусу АЧК за Законом ПК та Законом ПСК обумовлюють необхідність її уніфікації з одночасним удосконаленням змісту норм. Так, по-різному визначаються зміст майнових прав та черговості задоволення вимог АЧК у разі ліквідації кооперативу: обмежено – у Законі ПК [3;ч.2 ст.14], повніше – у спеціальному Законі ПСК [4; ч.5 ст.12].

Вищенаведене не вичерпує усього кола проблем, однак дозволяє стверджувати, що недоліки законодавчої регламентації правового статусу АЧК, невизначеність у гарантуванні їх прав та інтересів не сприяє реалізації закладеної у його понятті ідеї залучення додаткових інвестицій до капіталу кооперативу; ставить під сумнів доцільність та ефективність втілення асоційованого членства у кооперативах. Порушені у роботі питання визначають актуальні напрямки подальших теоретичних досліджень та завдання щодо вдосконалення чинного законодавства.

Використані джерела:

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

2. Щербина В. С. Суб'єкти господарського права: монографія / В.С.Щербина. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 264 с.

3. Закон України від 10.07.2003 р. „Про кооперацію" // ВВР України. – 2004. – № 5. – Ст. 35. Закон України від 17.07.1997 р. „Про сільськогосподарську кооперацію" // ВВР України. – 1997. – № 39. – Ст. 261.

Поєдинок Валерія Вікторівна,
доцент кафедри господарського права юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка
кандидат юридичних наук, доцент

МОДЕЛІ ІНВЕСТИЦІЙНОЇ ПОЛІТИКИ ДЕРЖАВИ

Інвестиційна діяльність, як і будь-яка господарська діяльність, потребує державного регулювання. Спрямованість державного регулювання інвестиційної діяльності визначає інвестиційна політика як напрям економічної політики держави (ст. 10 ГК України).

Традиційно публічно-правовим підґрунтям безпосереднього впливу держави на економічні процеси вважають так звані «провали ринку», тобто диспропорції і дисфункції, що виникають у процесі самостійного функціонування ринкового економічного механізму [1, с.153-154]. Економісти виділяють шість типів провалів ринку, кожен з яких виправдовує здійснення державного регулювання: природна монополія; екстерналії; публічні блага; асиметрична інформація; моральний ризик; трансакційні витрати [5]. Разом з тим, виправлення провалів ринку інвестицій є лише одним з аспектів регулюючого впливу держави в інвестиційній сфері.

Залежно від регуляторних завдань уявляється доцільним розрізняти три теоретичні моделі державної інвестиційної політики: 1) оптимізаційна; 2) гармонізаційна; 3) інтервенційна.

Оптимальність (або ефективність) є базовим поняттям економічної науки. Згідно з найбільш впливовим формулюванням, оптимальний стан економічної системи означає такий розподіл ресурсів, коли будь-який їх перерозподіл призведе до чистих втрат сукупного багатства. Суб'єкт регулювання, що переслідує завдання оптимізації, схильний зберігати або створювати вигоди від торгівлі і генерувати або використовувати сильні сигнали від ринкових цін. У разі виявлення провалу ринку він прагне втручатися якнайвужче і, при цьому, лише тоді, коли очікувані переваги від втручання перевищуватимуть обумовлені ним втрати [6, с.2, 11]. Оптимізаційному підходу відповідає ліберальна інвестиційна політика, що передбачає, зокрема, скасування або пом'якшення обмежень допуску, об'єктів, форм інвестицій тощо. Активним пропонентом такої політики є Світовий банк, який ставить під сумнів доцільність вибіркового державного втручання з метою заохочення інвестування та спрямування капіталопотоків у певні сектори економіки. Натомість уряди повинні спрямовувати свою активність на усунення глибинних причин негативних чинників діяльності компаній, як-от: неадекватність інфраструктури, неврегульованість прав власності, бюрократія, корупція тощо) [7].

Представники науки управління (менеджменту) негативно оцінюють надмірну стурбованість економістів оптимальністю і вимагають уваги до контрастуючої цінності, яку називають надійністю, міцністю або стійкістю. На думку критиків, аналіз, сфокусований на оптимальності, оперує унітарними цілями, кількісними вимірами та прямолінійними правилами, що зменшує його здатність охоплювати широке коло питань і обставин. Окрім

того, оптимальність часто означає статичну ефективність або мінімізацію витрат стосовно окремої цілі, а відтак байдужа до принципово важливого виміру навчання та інновацій. Оптимізація може пристосуватися до відомого майбутнього, а також майбутнього, що включає актуарно вимірюваний «ризик», але не рідкісні, крупномасштабні події (як-от: війни, техногенні катастрофи або парадигмозмінюючі технологічні відкриття). Теоретики менеджменту наполягають на якісності або надійності як кінцевих результатах регулювання, при цьому мінімізація витрат та максимізація прибутку є другорядними. Згідно з таким підходом суб'єкт регулювання є більш чутливим до зворотної реакції з боку регульованих організацій та втручатиметься суттєвим чином, використовуючи засоби позитивного та негативного стимулювання з метою впровадження їх прозорої самооцінки та самовиправлення та здійснюючи постійний моніторинг їх діяльності для виявлення діагностичних індикаторів [6, 2-4, 11-12]. Відповідну модель економічної політики держави можна назвати стабілізаційною або гармонізаційною з огляду на тяжіння до комплексного вирішення регуляторних завдань. В сфері інвестиційної діяльності прикладом застосування гармонізаційного підходу є документ Базельського комітету з питань банківського нагляду «Міжнародна конвергенція виміру капіталу і стандартів капіталу» (Базель II) 2004 р. [3].

Гармонізаційна модель краще зв'язується з правовою матерією. Якщо економічним явищем, що викликає необхідність здійснення державного регулювання, є провали ринку, то правовим явищем – конфлікт інтересів. У зв'язку з цим привертає увагу розуміння поняття регулювання, що склалося у французькій правовій доктрині: організація відносин між особами з нерівними можливостями для того, щоб за підтримки права ці відносини могли встановитися іншим, справедливішим чином [4]. Можливість інкорпорації поняття справедливості в гармонізаційну модель вигідно відрізняє її від оптимізаційної з огляду на традиційне протиставлення економічної оптимальності (ефективності) і справедливості.

Власну специфіку порівняно з обома вищеописаними моделями має модель державної інвестиційної політики, яка передбачає значні вибіркові втручання держави в інвестиційну сферу, а відтак може бути названа інтервенційною. Характерною рисою інтервенційної моделі є застосування спеціальних режимів господарської/інвестиційної діяльності. Крайньою формою інтервенційної моделі є мобілізаційна модель, яка застосовується в умовах дефіциту необхідних для розвитку ресурсів та/або у разі випередження виникаючих перед соціумом завдань ступеню зрілості внутрішніх чинників або суб'єктів. Це визначає необхідність форсованих темпів розвитку, що в свою чергу зумовлює його неорганічний, вимушений характер. На думку Д.В. Задихайла, за наявних глобальних умов Україна просто приречена на застосування мобілізаційної моделі економічного розвитку, яка має своїм підґрунтям економічний націоналізм [2, 165-166].

Вважаємо за необхідне наголосити, що описані моделі державної інвестиційної політики є саме теоретичними моделями, які не можуть застосовуватися у «чистому вигляді». Реальна інвестиційна політика держави повинна поєднувати елементи кожної з моделей на основі усвідомлення їхніх переваг для вирішення конкретних регуляторних завдань.

Використані джерела:

1. Задихайло Д. Держава та економічне ринкове середовище: господарсько-правовий контекст / Д. Задихайло // Вісник Академії правових наук України. – 2005. - №3. – С.149-161.

2. Задихайло Д. Мобілізаційна стратегія економічного розвитку в контексті правового господарського порядку: постановка питання / Д. Задихайло // Вісник Академії правових наук України. – 2007. - №1. – С.158-168.

3. Кочетков В.М., Мазурков В.О. Рекомендації Базельського комітету як основа для зміцнення фінансової стійкості банків [Електронний ресурс] / В.М. Кочетков, В.О. Мазурков // Вісник Української академії банківської справи. – 2009. - №2. - Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/VUABS/texts/2009_2/27.2.01.pdf

4. Frison-Roche M.-A. Corporate law seen through the prism of regulation: the financial services industry and investor protection [Electronic resource] / M.-A. Frison-Roche //

The Journal of regulation. – 2010. – 7 May. – Mode of access: http://www.thejournalofregulation.com/I-1-6-Corporate-Law-seen-through.html

5. Market failures [Electronic resource]. – Mode of access: http://poli.haifa.ac.il/ ~levi/failure.htm

6. Simon W.H. Optimization and Its Discontents In Regulatory Design: Bank Regulation as an Example [Electronic resource] / W.H. Simon; Columbia Law School: Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers. – 2009. – 33 p. – Mode of access: http://lsr.nellco.org/cgi/ viewcontent.cgi?article=1072&context=columbia_pllt

7. World development report 2005: A better investment climate for everyone [Electronic resource] / The World Bank. – Mode of access: http://siteresources.worldbank.org/ INTWDR2005/Resources/complete_report.pdf

Польщикова Анна Евгеньевна
аспірантка Белгородского государственного университета

КЛАССИФИКАЦИЯ ДОГОВОРОВ О ПРИОБРЕТЕНИИ И СОЗДАНИИ НЕДВИЖИМОЙ ВЕЩИ В РОССИЙСКОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

Для квалификации договора необходимо рассмотреть условия, на которых он заключен, а также фактические действия сторон по его исполнению.

Разрешение выявленных практических проблем возможно посредством классификации договоров в зависимости от основания возникновения права собственности на вновь созданную недвижимую вещь на договор о создании объекта (п. 1 ст. 218 ГК РФ) и приобретении/отчуждении объекта (п. 2 ст. 218 ГК РФ) [1, с. 40], предусматривающие разные способы приобретения права собственности (первоначальный и производный).

Относительно признания отношений из долевого участия совместной деятельностью [2], представляется, что единственное последствие, которое возникает при таком рассмотрении договора – это распространение режима общей собственности на имущество товарищей и пропорциональное распределение расходов и убытков.

Критериями отграничения договора простого товарищества и иного вида договора служит «приобретение» и «цена», которые являются категориями встречного, противоположно направленного обязательства, и в договоре о совместной деятельности не устанавливаются [3, с.80].

В отличие от встречного договора долевого участия в строительстве, при расторжении которого дольщику возвращается сумма внесенных платежей, выход участника из простого товарищества является основанием не для возврата внесенного вклада, а для определения его доли в общем имуществе с учетом стоимости этого имущества на момент выбытия [4, с.416]. Результатом совместной деятельности по строительству является создание общей долевой собственности на объект, участник непосредственно из участия в строительстве приобретает вещное право [5], которое конечно не может прекратиться само собой [6, с. 738]. К этим критериям можно добавить отнесение риска случайной гибели в договоре простого товарищества на всех его участников.

Сам договор долевого участия в строительстве по своей природе не отличается от договора купли-продажи будущей вещи, в нем описывается объект на основании проектной документации, указываются примерные размеры, расположение [7]. Квартиры в строящемся доме являются будущей вещью, и «совершенно естественно, что собственность на эти вещи не может быть передана с момента заключения договора, поскольку предмет еще не существует. Но с того момента, как этот объект возник, приобретатель может считаться его собственником» [8].

В Германии, в связи с традицией разделения сделок на обязательственные и распорядительные в процессе строительства объекта заключаются именно такие договоры.

Четкая определенность объекта должна быть в распорядительной сделке, для обязательственной сделки особых требований к индивидуализации объекта нет. В России же de lege lata купля-продажа будущей вещи применительно к недвижимым вещам, а также к строящимся объектам не используется. Хотя п. 2 ст. 455 ГК РФ допускает ситуацию, когда передача права собственности на имущество может осуществляться в процессе исполнения возникших из договора обязательств и не совпадать с моментом заключения самого договора. В Германии можно заключить обязательственный договор раньше, чем будет построен дом, во Франции также возможно обязаться передать индивидуально-определенную вещь, которая будет создана в будущем. В России принятым подходом является отсутствие как такового объекта недвижимости до того, как на него будет зарегистрировано право собственности.

Таким образом, в договорах, где стороны обязуются «передать» объект в будущем, право собственности возникает производно в соответствии с п. 2 ст. 218 ГК РФ. Представляется допустимым применить при заключении договора на предмет, который не существует, фикцию того, что с момента возникновения самого объекта приобретатель может считаться его собственником. Недвижимая вещь, проданная таким образом, становится собственностью покупателя с момента ее индивидуализации путем ее передачи от застройщика к дольщику (инвестору). При этом создание застройщиком (единолично, либо совместно на основании договора простого товарищества) объекта недвижимости – здания, в состав которого входят объекты договора - помещения, относится к первоначальному способу приобретения прав собственности на него (общей долевой собственности, в случае совместной деятельности лиц на стороне застройщика).

Классификация договоров в зависимости от основания возникновения права собственности на вновь созданную недвижимую вещь на договоры о создании объекта и договоры о приобретении/отчуждении объекта, предусматривающие разные способы приобретения права собственности (первоначальный и производный), является необходимым условием определения фигуры первичного собственника недвижимой вещи.

Использованные источники:

1. Скловский К.И. Договор долевого участия в строительстве и возникновение права собственности на объект долевого строительства // Хозяйство и право. 2008. № 7.

2. Весьма обоснованную позицию по данному вопросу можно найти и в судебной практике в период после принятия Обзора практики разрешения арбитражными судами споров, связанных с договорами на участие в строительстве (Информационное письмо ВАС РФ № 56 от 25.07.2000). См., также: Постановление ФАС Центрального округа от 26 февраля 2004 г. по делу № А54-2315/03-С16, в доктрине: Муравьев Т.В. Договор с участием инвесторов в строительстве // Законодательство. 1999. № 6.

3. Грызыхина Е.А. Приобретение права собственности на вновь возведенный объект недвижимости по законодательству Российской Федерации: Дис. ... канд. юрид. наук. Омск, 2004.

4. Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. М.: Статут, 2008. 892с.

5. Вопрос об отнесении договора к юридическому факту, способному порождать вещные права и определять их содержанием. См.: Иванов А.А. Гражданское право: учебник. Т. 1 / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 2002. С. 85; Бабаев А.Б. Система вещных прав. М., 2006. С. 306-308; Рыбалов А.О. Ограниченные вещные права: проблемы определения // Закон. 2007. №2.

6. Скловский К.И. Право собственности. М.: Статут, 2008. 892с.

7. Возможность купли-продажи будущей недвижимой вещи. См.: Постановление ФАС УО от 26.11.2008 № Ф09-8830/08-С6 по делу № А07-16052/2007.

8. Sauatiei R. LA Théorie des obligations. Paris, 1937. P. 14.; О возможности купли-продажи не только незавершенного, но и отсутствующего дома. См.: Скловский К.И. Долевое участие в строительстве // Закон. 1999. № 4. С. 111-112. В римской правовой доктрине существовало emptio rei speratae (покупка будущей вещи при условии ее появления).

Посикалюк Олег Олександрович
викладач кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління та права

ПРАВО НА ЗОБРАЖЕННЯ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ПРАВОМ ФРАНЦІЇ

Приватноправова охорона особистих немайнових прав фізичних осіб за цивільним правом Франції налічує більш ніж півтора віковий досвід, який став можливим на ґрунті принципів, закріплених у Декларації прав людини і громадянина. Одним із перших аспектів особистої сфери людини, що набув правової охорони, стало її зображення. Французька судова практика досить тривалий час для захисту особистих немайнових прав застосовувала норми, що встановлювали загальні положення про зобов'язання з деліктів, відповідно ст. 1382, 1383, 1384 Цивільного кодексу Франції [1,125]. Найбільш показовою судовою справою слід назвати справу Рейчел (Rachel) 1958 року, в якій зазначено, що ніхто, без вираженої згоди членів сім'ї померлої, не може відтворювати чи оприлюднювати зображення особи на смертному ложі, незалежно від відомості цієї особи та публічності її дій; право перешкоджати такому відтворенню є абсолютним [2].Лише в 1970 році до ст. 9 Цивільного кодексу Франції внесені зміни, які закріпили положення про право кожного вимагати поваги до свого приватного життя [3,22], яке судовою практикою тлумачиться як таке, що охоплює й інші особисті немайнові права, в тому числі й право на зображення [4].

Право на зображення є різновидом особистого немайнового права, а тому володіє усім спектром ознак останніх: його об'єктом виступає елемент особистості, що розглядається через призму різноманітних аспектів: фізіологічних і духовних, індивідуальних і соціальних [5,169]; право на зображення не може бути оцінено у грошовому еквіваленті; має на меті захист індивідуальності людини [5,154]. Важливо зазначити, що «зображення» за правом Франції включає зовнішній вигляд, голос, фотографію, портрет, відтворення за допомогою відео тощо [2], тобто будь-яке зображення особи, при якому остання може бути впізнана. Зміст права на зображення складає правомочності використовувати, перешкоджати неправомірним фіксації та відтворюванню зображення особи, а також правомочність захисту. Разом з тим в окремих випадках згода особи на фіксацію та відтворення зображення не потрібна. Це має місце за наявності виправданого суспільного інтересу та зображення особи в громадському місці («lieu public») під час подій, які викликають заінтересованість широкого загалу [6,46]. Водночас, у праві Франції виділяється окрема категорія осіб – публічні особи («personnespublique» або «personnes connues du public»), межі захисту права на зображення яких є дещо вужчими в силу наявного виправданого публічного інтересу. Під поняттям «публічні особи» розуміють осіб, які, в силу своєї суспільної діяльності, перебувають, зазвичай, в центрі суспільної уваги, що, в свою чергу, спричиняє інтерес суспільства до таких сфер життя вказаних осіб, які можуть стосуватися особистого життя [6,46].

Французька судова практика та правова доктрина ставить питання про необхідність захисту майнових інтересів, пов'язаних із особистими немайновими правами. Зокрема, у Франції можливими є позови з безпідставного збагачення у справах, деяка комерційна цінність виступає атрибутом зображення потерпілої особи, і можливо визначити у поточних ринкових цінах вартість використання зображення особи, яка б сплачувалася за наявності договору між сторонами [6,44]. Така ситуація призвела до виникнення наукової дискусії щодо визначення змісту права на зображення. З одного боку, право захищати зображення від небажаного оприлюднення втілює особистий інтерес, в основі якого лежить особлива цінність особистих немайнових прав, при загальному визнанні неможливості відчуження особистих ознак – право на зображення (right to image). З іншого боку, право також спрямоване на захист маркетингової якості зображення, що характеризується закріпленою правом можливістю отримувати дохід від використання зображення – право із зображення (right over/of image) [7,513]. У силу цього в цивільно-правовій доктрині право, об'єктом якого є зображення особи, розщеплюється та включає право на зображення та право із зображення [4]. Продемонструвати це можна на прикладі справи Папілона (Papillon). Була

підготовлена книга про колишнього злочинця, відомого публіці як Папілон. В основу книги були покладені документи, отриманні автором від суду, який виніс вирок про засудження Папілона до довічного позбавлення волі. Папілон звернувся до суду із позовом проти видавництва. Суд встановив відсутність порушення права на приватне життя, оскільки документи були публічними та фотографії були зроблені в громадському місці. Але суд вважав, що використання на обкладинці фотографії Папілона без його вираженої згоди склало порушення особистого немайнового права на зображення. Більше того, французька судова практика свідчить про те, що майновий аспект права із зображення охороняється й після смерті суб'єкта права та може здійснюватися та захищатися його правонаступниками [8,20-21].

Таким чином, досвід приватноправової охорони права на зображення за цивільним правом Франції може бути корисним для вітчизняної доктрини, вдосконалення національного законодавства та практики його застосування, а тому потребує подальшого наукового дослідження.

Використані джерела:

1. *Invasion of Privacy: Consultation paper / New South Wales. Law Reform Commission. – Sydney, 2007. – 238 p.*
2. *Lapter A. – How the Other Half Lives (Revisited): Twenty Years Since Midler v. Ford – A Global Perspective on the Right of Publicity / Alain J. Lapter. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/Lapter%202007%20 Abridged.pdf.*
3. *Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / Пер. с франц. В. Захватаев / Предисловие : А. Довгерт, В. Захватаев / Приложения 1-4 : В. Захватаев / Отв. ред. А. Довгерт. – К. : Истина, 2006. – 1008 с.*
4. *Helling A. – Protection of «Persona» in the EU and in the US: a Comparative Analysis / Anna E. Helling. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://digitalcommons.law.uga.edu/stu llm/45.*
5. *Beverley-Smith H., Ohly A., Lucas-Schloetter A. Privacy, Property and Personality: Civil Law perspectives on Commercial Appropriation / H. Beverley-Smith, A. Ohly and A. Lucas-Schloetter. – New York : Cambridge University Press, 2005. – 245 p.*
6. *Llbina I. – Personības tiesību aizsardzība un civiltiesiskā atbildība to aizskāruma gadījumā: Promocijas darba kopsavilkums: Civiltiesības / I. Llbina. – Rīga. – 2006. – 58 lpp.*
7. *Logeais E., Schroeder J-B. The French Right of Image: An Ambiguous Concept Protecting the Human Persona / Elisabeth Logeais, Jean-Baptiste Schroeder // Loyola L.A. Ent. L.J. – 1998. – Vol. 18. – P. 511–525.*
8. *Французский гражданский кодекс: учеб.-практич. Комментарий / Перевод с французского языка, комментарии – Ю. Гонгало, А. Грядов и др. – М. : Проспект, 2008. – 752 с.*

Прищепа Дар'я Валеріївна

курсант 3 курсу факультету підготовки фахівців
для підрозділів слідства та дізнання Кіровоградського юридичного інституту
Харківського національного університету внутрішніх справ

ІНФОРМАЦІЯ ЯК ОБ'ЄКТ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Згідно зі ст. 177 нового ЦК об'єктами цивільного права є речі, у тому числі гроші та цінні папери, інше майно, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, а також інші матеріальні і нематеріальні блага.

Сам термін "інформація" походить від латинського "informatio", що визначається як роз'яснення, викладення, повідомлення [1, 201]. На сьогодні це одне з найуживаніших понять у науці та житті. Зазвичай його можна тлумачити як різноманітні відомості про події,

процеси, факти. Але в науці тільки для того, щоб уяснити, що є інформація, написано багато статей, монографій, які визначають це поняття або формально, або через декомпозицію його на многорівневі конструкції, або висуваються універсальні концепції інформаційного суспільства [2, 10].

Інформація складається із повідомлень. Повідомлення – це форма подання інформації. Вони (повідомлення) можуть бути у вигляді усного повідомлення або тексту, графіків, таблиць і т.д. З наукової точки, зору поняття "інформації" та "повідомлення" можна поділяти за такими відомими критеріями, як матеріальне та ідеальне. Повідомлення завжди матеріальне та сприймається людиною через п'ять органів почуття або може прийматись та реєструватись приладами. Інформація – це все те, що знімає невизначеність.

Разом з кількісною теорією інформації розвивалась і якісна теорія інформації, яка вивчала проблему надання цінності, якості інформації з точки зору її використання. У більшості наукових праць з теорії інформації на цей важливий аспект не звертають уваги. В якісній теорії, яку запропонував О. Харкевич у 1960 році, цінність інформації визначається як прираховування імовірності досягнення мети в результаті використання цієї інформації [3, 80]. Значимість цієї теорії полягає в тому, що визначення цінності інформації важливе для вирішення задач управління суспільними процесами, де необхідна інформація, яка сприяє досягненню мети. Якість інформації відображає її споживчу вартість, що теж є фактором ціноутворення на ринку інформаційних послуг.

Інтерес науковців до інформації як особливого об'єкта суспільних відносин виростав у міру того, як вона почала відігравати значну роль у розвитку суспільства, і у міру удосконалення засобів її поширення і можливостей несанкціонованого отримання, а ще більше - використання. Академік О.Н. Колмогоров розглядав інформацію у широкому, всеохоплюючому плані як первинну основу нових галузей науки і техніки [3, 5-6]. Академік В.М Глушков пропонував розуміти під інформацією відомості, якими розпоряджаються та обмінюються між собою люди, а також відомості, які не залежать від них [4, 9]. Академік Н.М. Амосов вказував, що інформація – це: "…определённая сторона взаимодействий вещей в мире, оставляющих свой след. Всякое воздействие одной системы на другую связано с передачей информации. Информация – это определённый аспект взаимодействия" [5, 9]. А який саме аспект? Одні вчені пов'язують інформацію з різноманітністю речей і явищ (немає різноманіття – немає інформації), другі – з визначеністю та невизначеністю (отримання інформації знищує невизначеність, підвищує поінформованість), треті – з відображенням (у процесі відображення речі обмінюються інформацією), четверті – з енергією, п'яті зі структурою і так далі [4, 6-7].

Найчастіше важливішою ознакою інформації у філософії є: "превращение возможностей в действительность или её связь с управлением, отражением, организацией и т.д." [4, 36]. Іноді це визначення дається у більш загальному вигляді: відображена різноманітність, єдність відображення та різноманітності [3, 157]. Відображена різноманітність – це результат процесу пізнання. У світлі цієї теорії інформація подається як різноманітність, котру відображуючий об'єкт містить у собі про відображуваний [4, 153]. На нашу думку, більш правильним слід вважати визначення інформації як єдності відображення та різноманітності, тому що в цьому випадку враховується нерозривний зв'язок процесу пізнання в отриманні знань, їх подальша переробка і передача для формування якісно нового знання, тобто підкреслюється безперервність процесу створення інформації. Таким чином, термін "інформація" передає значення, яке близьке за значенням до терміна "знання", але не тотожне йому.

Отже, можна зазначити, що знаннями є відомості або їх сукупність, факт володіння цими знаннями, а інформація – це отримувані або передані знання, їх циркуляція. Але звертаємо увагу: для того щоб інформація була об'єктом цивільних правовідносин, вона повинна відповідати вимогам товарності й оборотоздатності.

Використані джерела:

1. Словарь иностранных слов. 12 – е изд. – М.: Русский язык,1985

2. Орлов П.І. Інформація та інформатизація. – Х.: Вид-во Ун-ту внутрішніх справ, 2000.

3. Боер В.М. Информационно-правовая политика и безопасность России. Дис...д-ра юрид. наук.: 12.00.01. – С-Пб., 1998.

4. Урсул А.Д. Проблемы информации в современной науке. Философские очерки. – М.: Наука, 1975.

5. Амосов Н.М. Мышление и информация. / Семинар. «Некоторые проблемы биокибернетики и применение электроники в биологии и медицине.» Вып. 1. – К.: Наукова думка, 1962

Радзивілюк Валерія Вікторівна

докторант, доцент кафедри господарського права юридичного факультету Київського національного Університету імені Тараса Шевченка

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ КОЛА ОКРЕМО ВИЗНАЧЕНИХ БОРЖНИКІВ, ЯКІ ПІДПАДАЮТЬ ПІД ДІЮ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО БАНКРУТСТВО (НЕСПРОМОЖНІСТЬ)

Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» 1992 року [1] та Господарський Кодекс України [2] до боржників, щодо яких можуть бути застосовані процедури запобігання банкрутству (неспроможності), відносить громадян України і громадян інших держав, не обмежених законом у правоздатності або дієздатності, які зареєстровані як суб'єкти підприємницької діяльності України та суб'єктів підприємницької діяльності, що мають ознаки юридичної особи.

Крім того, законодавець в ст.5 Закону України 1992 року окремо визначає коло боржників, на яких також поширюються норми цього Закону, а отже, може бути застосовані процедури та заходи запобігання банкрутству (неспроможності). До них відносяться:

- юридичні особи, які діють у формі споживчого товариства;
- юридичні особи, які діють у формі благодійного чи іншого фонду, до однієї з основних особливостей правового статусу яких відноситься те, що на майно даних суб'єктів їх засновники (учасники) не зберігають ніяких майнових прав;
- підприємства, що є об'єктами права державної власності, які не підлягають приватизації, в частині санації після виключення у встановленому порядку з переліку таких об'єктів. Переліки таких об'єктів містяться у додатках № 1 та № 2 до Закону «Про перелік об'єктів права державної власності, що не підлягають приватизації» від 07.07.1999 року [5].

Серед науковців відсутня єдина точка зору щодо необхідності віднесення до кола боржників певних осіб, що не мають статусу суб'єктів підприємницької діяльності. В.В. Джунь обґрунтовує недоцільність віднесення осіб, що не мають статусу суб'єктів підприємницької діяльності до кола боржників в розумінні їх такими законодавством про банкрутство (неспроможність) тим, що « суб'єкти некомерційного господарювання не стають, як правило, реципієнтами товарного або фінансового кредитування у великих обсягах та зі значним колом кредиторів» [6, с. 246].

Р.Г.Афанасьев теж не вважає вірним розповсюдження положень законодавства про банкрутство (неспроможність), зокрема, на благодійні фонди зважаючи на те, що включення їх до кола боржників «виглядає дискримінаційним по відношенню до такої організаційно - правової форми благодійних організацій як благодійні фонди» [7, с.31].

Інші ж науковці притримуються прямо протилежної точки зору, такі, зокрема як М.І. Тітов [8, с.30 -31], Б.М. Поляков [9, с.139 -141] та інші.

На нашу думку, віднесення не тільки споживчих товариств та благодійних чи інших фондів але й інших суб'єктів некомерційної діяльності до кола боржників є бажаним з огляду

на те, що при здійсненні їх діяльності, (в даному випадку мається на увазі не тільки основна, але головним чином їх допоміжна діяльність, «яка призначена для досягнення господарських цілей», причому ці обидва види діяльності можуть бути тісно переплетені [10, с.88]) досить імовірною може бути ситуація коли такі некомерційні утворення стають обтяжені значною кількістю незадоволених вимог кредиторів і відповідно, мають значну кількість кредиторів. Крім того, ще одним аргументом на користь даної думки може бути те, що у багатьох провідних країнах світу, наприклад, таких як Англія, Німеччина, США тощо під дію законодавства про банкрутство (неспроможність) підпадають усі особи в незалежності від того чи мають вони статус суб'єкта комерційної (підприємницької) діяльності чи не мають такого статусу.

Використані джерела:

1. *Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його бакрутом: Закон України від 14.05.92 р., № 2343-XII// Відомості Верховної Ради України.- 1992. - № 31. – Ст. 440.*
2. *Господарський кодекс України. – К.: Атіка, 2003. – 208 с.*
3. *Про споживчу кооперацію: Закон України від 10.04.92 р., № 2265-XII// Відомості Верховної Ради України. - 1992. - № 30. – Ст. 414.*
4. *Про благодійництво та благодійні організації: Закон України від 16.09.97 р., № 531/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. - 1997. - № 46. – Ст.292.*
5. *Про перелік об'єктів права державної власності, що не підлягають приватизації: Закон України від 07.07.99., № 847 – XIV // Офіційний вісник України. –1999. - № 34. – Ст. 1768.*
6. *Джунь В.В. Інститут неспроможності: світовий досвід розвитку і особливості становлення в Україні: [монографія] / В'ячеслав Васильович Джунь.– К.: Юридическая практика, 2006. – 384 с.*
7. *Афанасьєв Р.Г. Проблеми правового регулювання банкрутства за законодавством України: дис. ... кандидата юр. наук: 12. 00. 04/ Афанасьєв Ростислав Георгійович. – К., 2001. – 184 с.*
8. *Тітов М.І. Банкрутство: матеріально-правові та процесуальні аспекти: [монографія] / Микола Ілліч Тітов. - Харків: Фірма «Консум», 1997. – 192 с.*
9. *Поляков Б.М. Право несостоятельности (банкротства) в Украине: [монография]/ Борис Моисеевич Поляков.– К.:Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – 440 с.*
10. *Науково – практичний коментар до Господарського кодексу України /[Андрейцев В.І., Ашурков О.О., Беляневич Б.Е. та ін.]; за заг. ред. Г.Д. Знаменського, В.С. Щербини. - [2-е вид.]. – К.: Юринком Інтер, 2008. – 720 с.*

Рєзнікова Вікторія Вікторівна,

кандидат юридичних наук, доцент кафедри трудового, земельного та господарського права Хмельницького університету управління та права

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПОСЕРЕДНИЦТВА НА РИНКУ ЦІННИХ ПАПЕРІВ

Для динамічного розвитку ринку надзвичайно важливою є посередницька діяльність з цінними паперами з метою отримання прибутку. Прибутковість є конче необхідною для залучення на ринок цінних паперів додаткових фінансових ресурсів, а також для надання консультацій і здійснення досліджень щодо фінансів, покриття ризиків у процесі первинного розміщення, обігу цінних паперів. Діяльність посередників з випуску та обігу цінних паперів ліцензується відповідно до чинного законодавства.

Традиційно посередництвом на ринку цінних паперів вважається професійна діяльність з торгівлі цінними паперами. Такий підхід є беззаперечно правильним з огляду на

формальний зміст та економічну сутність такої діяльності. Однак, не кожен вид торгівлі цінними паперами є посередництвом в суто правовому сенсі. Підхід, закріплений на сьогодні в §3 «Посередництво у здійсненні операцій з цінними паперами. Фондова біржа» ГК України, за якого до посередництва на ринку цінних паперів відносяться всі види торгівлі цінними паперами, видається виправданим лише з економічної точки зору, і необґрунтовано розширеним з огляду на правову природу посередництва. Так, посередництвом (з суто правової точки зору) на ринку цінних паперів є діяльність з управління цінними паперами та брокерська діяльність.

Водночас, в цьому аспекті, при безпосередньому здійсненні прав на цінні папери складно відмежувати довірче управління від брокерської діяльності, основаної на комісійних засадах. Цим видам професійний діяльності властивий ряд спільних ознак: 1) комісіонер і довірчий управитель виступають від власного імені, але в інтересах довірителя; 2) суб'єктами брокерської діяльності і довірчого управління цінними паперами виступають спеціалізовані особи – торговці цінними паперами, які здійснюють її як виключний (або переважний) вид господарської діяльності; 3) як і будь-яка професійна діяльність на ринку цінних паперів, брокерська діяльність і довірче управління цінними паперами є ліцензованим видом діяльності. Водночас, наявність спільних ознак не означає, що довірче управління є особливим різновидом брокерської та/або комісійною діяльності, оскільки між цими двома видами професійної діяльності на ринку цінних паперів існують і суттєві відмінності. Кожному з цих видів діяльності притаманні свої специфічні ознаки, що дає можливість розмежовувати їх. На відміну від брокерської діяльності, яка полягає у виконанні разових замовлень клієнта з конкретними цінними паперами, довірче управління передбачає здійснення управителем комплексу послуг та операцій, необхідних для підтримання фіксованої дохідності (максимальної чи мінімальної) або становлення певного «коридору» з одночасним підтриманням структури портфеля цінних паперів. Саме тому довірчий управитель здійснює свої обов'язки як інвестиційну політику, яка включає в себе акумулювання цінних паперів, їх вкладення у відповідні об'єкти інвестування, отримання доходів, облік результатів управління на користь вигодонабувача. У зв'язку з цим у договорах довірчого управління цінними паперами повинно передбачатися право довірчого управителя діяти за власним розсудом, у тому числі виконувати певну операцію негайно або відкласти її до виникнення більш сприятливої кон'юнктури на фондовому ринку. У деяких випадках і брокери можуть діяти із застереженням у біржовому наказі – «діяти на власний розсуд». Найбільш типовими наказами брокеру є ринковий, лімітний та буферний. Так, ринковий наказ являє собою доручення на купівлю або продаж визначеного найменування цінного паперу за найбільш вигідною ціною на момент отримання цього наказу. Іншою формою наказу по відношенню до цінного паперу виступає лімітний наказ, при якому клієнт зазначає максимальну ціну, за якою може бути укладена угода. Тобто, це наказ, в якому чітко визначається мінімальна ціна продажу або максимальна ціна купівлі. Якщо цей ліміт не досягається, наказ брокером не виконується. Буферний наказ (стоп-наказ) – це наказ брокеру здійснити купівлю чи продаж акцій у той момент, коли ціна досягає обумовленому в ньому рівня. Це означає, що по досягненню «буферної ціни» наказ автоматично зупиняється і перетворюється в ринковий. На відміну від брокерської діяльності для довірчого управління цінними паперами не характерне видання засновником довірчому управителю наказів на придбання чи відчуження цінних паперів, загальноприйнятих у відносинах між клієнтом і брокером. Брокери являють собою посередників, діяльність яких полягає у надання послуг щодо укладання угод з цінними паперами за рахунок клієнтів. Брокери завжди діють на ринку цінних паперів, виражаючи волю та інтереси своїх клієнтів. За виконання доручених дій клієнти платять брокерам комісійну винагороду. Брокерсько-клієнтські відносини звичайно виникають на підставі угод і реалізуються шляхом виконання брокерами інструкцій інвесторів (клієнтів). Брокери можуть здійснювати свої посередницькі функції як на біржовому, так і на позабіржовому ринках цінних паперів. Як правило, вони відкривають та ведуть рахунки своїх клієнтів у депозитаріях та клірингово-розрахункових установах. Поряд з цими рахунками у брокера є свої власні депозитарні та розрахункові рахунки. Характерним для брокерської діяльності є існування посередницьких відносин з клієнтом

тільки на період виконання замовлення клієнта. Після виконання доручення клієнта, господарсько-договірні посередницькі відносини у брокера з клієнтом припиняються. Проте, найбільш складно відмежувати довірче управління від брокерської діяльності з правом використання грошових коштів клієнта. Брокерські компанії, що діють на підставі ліцензії на брокерську діяльність, не називаючи операції довірчими, по суті здійснюють їх у рамках брокерського обслуговування. При цьому виді брокерської діяльності клієнт приймає на себе зобов'язання по зберіганню грошових коштів, призначених для інвестування в цінні папери або отримані в результаті пролажу цінних паперів, але на позабалансових рахунках брокера. Зберігання грошових коштів клієнта на позабалансових рахунках брокера передбачає процедуру відкриття клієнтом окремого рахунку на брокера і ведення брокером обліку грошових коштів клієнта на позабалансових рахунках або ж надання брокеру права і покладення на нього обов'язку по зберіганню грошових коштів клієнта, в той час як за умовами договору комісії, брокер був би зобов'язаний передати клієнту все отримане від виконання договору комісії відповідно до законодавства. Отже, поки законодавець прямо не заборонив зарахування грошових коштів клієнта на поточний рахунок брокера (як це встановлено для довірчого управління), право вибору ведення операцій залишається на учасниками цих правовідносин. Правова природа використання грошових коштів клієнта в літературі пояснюється по різному[1, 26-27]. Ряд авторів вважають їх договором комісії з елементами позики. Поряд з оцінкою цих відносин як комплексу договорів комісії і позики в літературі пропонується варіант конструювання особливого виду договору комісії, що передбачає «розщеплення» права власності на грошові кошти та їх плоди. Прибічники цього варіанту не визнають довірчим управлінням комісійні відносини з правом використання грошових коштів клієнта. Разом з тим, економічна та юридична природа цих відносин не що інше, як довірче управління, оскільки володіння і користування брокером грошовими коштами через окремий рахунок виходить за межі здійснення угод на комісійних засадах, що трансформує комісійні відносини з цього моменту у площину відносин довірчого управління. Крім того, відсутність надійних юридичних механізмів контролю за добропорядністю комісіонера є надзвичайно ризикованим для клієнта. Тому видається недоцільним здійснювати оформлення брокерського інвестиційного рахунку договором комісії.

Посередники на ринку цінних паперів – це професійні господарюючі суб'єкти, які мають відповідну ліцензію на здійснення одного, декількох або всіх видів посередницької діяльності та безпосередньо надають посередницькі послуги щодо цінних паперів. При цьому правове розуміння посередницької діяльності на ринку цінних паперів необхідно відрізняти від економічного її розуміння. Наприклад, діяльність довірчих товариств досить важко віднести до посередницької з суто юридичної точки зору (оскільки вона все ж більше тяжіє до комерційного представництва за своїми ознаками), але вона однозначно є такою за своїм характером та змістом в економічному контексті. Те ж саме можна сказати про комерційні банки. Наприклад, коли банк випускає ощадні сертифікати, з юридичної точки зору, він виступає як емітент. Але за своєю економічною природою вказана операція є посередницькою, оскільки в такий спосіб банк мобілізує необхідні йому ресурси, а потім використовує їх з метою надання, наприклад, послуг з кредитування. Тобто банк одержує кошти від одних учасників економічної взаємодіє і надає їх у тимчасове користування іншим. З економічної точки зору, всі торговці цінними паперами є, безперечно, посередниками на ринку цінних паперів. Однак, з суто правової точки зору, зважаючи на специфічні ознаки посередництва як виду господарської діяльності, дилерська діяльність є комерційною (торгівельною) діяльністю за своєю природою, а андеррайтинг – комерційним представництвом щодо розміщення цінних паперів. Такий висновок вбачається з того, що, по-перше, дилери на ринку цінних паперів, аналогічно як і на товарному ринку, не надають ніяких послуг, - вони здійснюють комерційну діяльність щодо придбання та продажу певних цінних паперів від свого імені та за власний рахунок; джерелом доходу дилера є різниця між ціною продажу певного цінного паперу та ціною його придбання. А по-друге, щодо андеррайтерів, то вони надають комерційно-представницькі за своєю природою послуги щодо розміщення цінних паперів, які випускаються. Андеррайтинг – це розміщення

(підписка, продаж) цінних паперів торговцем цінними паперами за дорученням, від імені та за рахунок емітента. Саме останніх три ознаки („за дорученням, від імені та за рахунок емітента") й дають підстави співвідносити андеррайтинг з комерційним представництвом, а не посередництвом. Цей вид господарської діяльності має свої особливості, оскільки андеррайтерські послуги надаються щодо цінних паперів, які випускаються у вільних обіг. Оплата послуг андеррайтерів здійснюється емітентом, як правило, за рахунок різниці між емісійною ціною та номінальною вартістю цінних паперів. У випадках, які передбачені угодою про розміщення цінних паперів, яка звичайно укладається між емітентом та адреррайтером, останній зобов'язаний придбати ту частину цінних паперів, що випускаються, які йому не вдалося розмітити (власне, у цьому і полягає комерційний ризик щодо здійснення андеррайтерської діяльності). Андеррайтер може розміщувати цінні папери, що випускаються, серед інвесторів та/або дилерів.

Отже, якщо брокер – це посередник на ринку цінних паперів, як з економічної, так і з правової точки зору, то дилер може розцінюватися як посередник на ринку цінних паперів лише з огляду на економічну сутність його діяльності. Так звані „дилерські послуги" – це регулярно здійснювана підприємницька торгівельна діяльність, головним змістом якої (на відміну від брокерських послуг) є купівля-продаж цінних паперів за власний рахунок. Джерелом доходу дилера є різниця між ціною продажу певного виду цінних паперів та ціною їх придбання. Дилери діють на ринку цінних паперів від свого імені, виражаючи власну волю та власні інтереси. При придбанні цінних паперів дилером до нього переходить право власності на ці цінні папери; при продажу їх дилер поступається й правом власності на них. Дилер відкриває та веде свої власні рахунки в депозитарії і розрахунково-клірингових установах. Натомість, брокерські послуги – це регулярна господарська діяльність, головним змістом якої є укладання угод в операціях з цінними паперами за рахунок клієнтів та їхніх інтересах. Джерелом доходу брокера є комісійна оплата його послуг (це, як правило, певний відсоток від суми контракту). Брокери завжди діють на ринку цінних паперів як особи, що виражають бажання та інтереси своїх клієнтів. За виконання доручених операцій клієнти сплачують брокерам комісійні. Під час придбання брокером цінних паперів право власності до нього не переходить; воно переходить до клієнта. Це ж стосується і права власності на грошові кошти, власником яких також залишається клієнт. Відносини між брокерами та клієнтами виникають на основі угод (господарських договорів), в яких визначаються види послуг, що надаватимуться брокером, порядок повідомлення брокером свого клієнта про результати виконання (невиконання або відстрочення виконання) його замовлень, вартість послуг, порядок оплати тощо. Брокери можуть здійснювати посередництво як на біржовому, так і на позабіржовому ринку цінних паперів. Вони відкривають та ведуть рахунки своїх клієнтів у депозитаріях та клірингово-розрахункових закладах. Поряд з цими рахунками у брокера є свої власні рахунки.

Що правда, на противагу висловленій точці зору, в окремих наукових джерелах наголошується на тому, що і брокерська і дилерська діяльність мають однакову економічну сутність та природу, більше того, - в сучасних умовах розвитку ринку цінних паперів має місце процес інтеграції брокерської та дилерської діяльності в рамках одного бізнесу, зокрема й через спільність регулятивних вимог до них: 1) наявність можливості в рамках одного суб'єкта господарювання суміщати як брокерську, так і дилерську діяльність, а також можливість суміщати вказані види діяльності з іншою професійною діяльністю на ринку цінних паперів; 2) єдині кваліфікаційні вимоги до суб'єктів фінансового ринку, що здійснюють брокерську та дилерську діяльність; 3) встановлення нормативів достатності власних грошових засобів для професійних учасників на ринку цінних паперів, а також наявність серйозних економічних факторів, що зумовлюють цей процес через спільність економічного змісту обох видів діяльності. З викладеного також вбачається, що завдання ринку цінних паперів полягає в тому, щоб забезпечити більш повне та швидке переливання капіталів за ціною, що влаштовує обидві сторони. Для цього й потрібні на ринку цінних паперів професійні посередники. Слід відзначити, що в Україні будь-які законодавчі акти приймаються та змінюються з відносною легкістю, на що, до речі, звертають увагу як історики, так і правознавці, однак основна проблема виникає із практичним застосуванням,

реалізацією цих законодавчих актів. Тому найбільший ефект щодо правового забезпечення діяльності фінансових посередників на ринку цінних паперів можу бути отриманий саме за рахунок розвитку та зміцнення правових засад діяльності учасників ринку цінних паперів, до числа яких відносяться і фінансові посередники. Для вирішення проблем функціонування фінансових посередників вітчизняних регіональних ринках цінних паперів слід об'єднати зусилля регулюючих органів, органів місцевого самоврядування та професійних учасників на ринку в напрямку гармонійної інтеграції усіх посередників ринку цінних паперів, створення систем нагляду за їх діяльністю.

Використані джерела:

1. Майданник В. Довірче управління цінними паперами: поняття і проблеми правозастосування / В.Майданник // Підприємництво, господарство і право. - 2001.- №2.- С.25-29.

Руденко Анастасія Валеріївна
студентка 5 курсу, факультету № 4,
Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

ПРИЗНАЧЕННЯ ВИКОНАВЦЯ ЗАПОВІТУ

Глава 88 книги шостої Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 р. (далі – ЦК України) визначає порядок виконання заповіту. Інститут виконання заповіту не є новелою для вітчизняного цивільного законодавства. Норми, що регулюють призначення та правовий статус виконавця заповіту, містилися і в попередніх Цивільних кодексах (ст. 427 ЦК УРСР від 16 грудня 1922 р. і статті 546, 547 ЦК УРСР від 18 липня 1963 р.). Однак, положення чинного ЦК України істотно відрізняються від тих, що діяли раніше. По-перше, глава 88 включає не одну-дві, а десять статей, в яких встановлюються порядок та суб'єкти призначення виконавця заповіту, повноваження та відповідальність останнього, засади здійснення контролю за виконанням заповіту тощо. Така детальна регламентація процесу виконання заповіту об'єктивно обумовлена сьогоднішніми реаліями. В умовах розвитку ринкових економічних відносин склад спадщини значно змінився як кількісно, так і якісно. Тривалий час перелік майна, яке могло належати громадянину на праві особистої власності, був обмежений тільки таким, що має споживчий характер. При цьому існували і кількісні обмеження, зокрема, щодо можливості мати в особистій власності тільки один житловий будинок. Саме тому спадкова маса зазвичай була незначною і її розподіл між спадкоємцями здійснювався без особливих ускладнень. З моменту легалізації підприємницької діяльності до приватної власності фізичних осіб увійшли засоби виробництва, що привило до збільшення обсягу майна, яке може переходити в порядку спадкування. Набуття спадкоємцями прав на земельні ділянки, інше нерухоме майно, цінні папери тощо має певні особливості та іноді потребує спеціальних знань. Отже, актуальним стає доручення виконання волі заповідача особі, яка має певні навички та досвід.

В ЦК України визначено чотири способи призначення виконавця заповіту. Виконавець заповіту може бути призначений:

1) заповідачем в заповіті (ст. 1286 ЦК України);

2) спадкоємцями (ст. 1287 ЦК України);

3) судом (ч.3 ст. 1287 ЦК України);

4) нотаріусом (ст. 1288 ЦК України).

В зв'язку з тим, що виконавець заповіту здійснює так би мовити реалізацію волю заповідача щодо спадкового майна, треба визнати, що пріоритет в призначенні виконавця належить саме заповідачу. Особа, яка здійснює розпорядження своїм майном на випадок смерті, заінтересована в тому, щоб її заповідальні розпорядження були виконані належним чином.

Спадкоємці, вказані в заповіті, також заінтересовані в одержані своєї частки спадщини, в збереженні спадкового майна до моменту його розподілу між ними, у виявленні боржників заповідача тощо. Отже, для спадкоємців є важливим чітке і точне виконання волі заповідача. Саме тому закон наділяє спадкоємців правом обрати виконавця заповіту з числа спадкоємців або призначити виконавцем іншу особу.

Дискусійним є положення чинного законодавство щодо призначення виконавця судом. З одного боку, в цьому разі не враховується ні воля заповідача (він не назвав виконавця в заповіті), ні воля окремих спадкоємців, оскільки суд може призначити виконавця заповіту на вимогу навіть одного із спадкоємців, інші спадкоємці «змушенні» прийняти рішення суду. З іншого боку, «… абсолютно незрозумілими залишаються правові підстави такого «призначення» виконавця, адже, нав'язуючи особі статус виконавця заповіту, суд тим самим фактично втручається в особисту свободу суб'єкта» [1, 472-473]. На нашу думку, норми, що регулюють порядок призначення виконавця заповіту судом, потребують суттєвого удосконалення, або навіть виключення.

Нотаріус може призначати виконавця заповіту тільки за певних обставин, які можна вважати умовами призначення виконавця нотаріусом. Зі змісту ст. 1288 ЦК України можна визначити дві такі умови. По-перше, «відсутність» виконавця заповіту, тобто заповідач не призначив виконавця або останній відмовився чи був усунутий від виконання заповіту. По-друге, призначення виконавця потребують інтереси спадкоємців. Саме охорона інтересів спадкоємців є вирішальною умовою призначення виконавця заповіту нотаріусом.

Можна стверджувати, що законодавством України закріплено самий широкий перелік суб'єктів, які мають право призначати виконавця заповіту.

За Цивільним уложенням Німеччини виконавець заповіту може бути призначений тільки заповідачем. При цьому таке призначення може бути як прямим, так і непрямим. Це означає, що заповідач може безпосередньо в заповіті зазначити кандидатуру виконавця (§ 2197). Непряме призначення виконавця здійснюється заповідачем наступними способами. По-перше, спадкодавець може передати право визначення виконавця заповіту третій особі (§ 2198). По-друге, в заповіті може бути зазначено, що виконавця має призначити суд із спадкових справ (§ 2200). По-третє, заповідач, який призначив конкретну особу виконавцем заповіту, має право одночасно уповноважити цього виконавця обрати собі одного чи декілька співвиконавців або призначити собі приємника (§ 2199) [2, 542-543]. Отже, незважаючи на те, що конкретну особу виконавця заповіту не завжди визначає спадкодавець, призначення виконавця здійснюється саме за його волею. Тільки спадкодавець вирішує питання щодо виконання заповіту та обирає спосіб призначення конкретної особи виконавцем.

В ЦК Туркменістану закріплено, що виконавця заповіту можуть призначити: заповідач; за його дорученням третя особа; спадкоємці за взаємною згодою (статті 1227-1230) [3, 695].

Найбільш обмеженим є суб'єктний склад осіб, які мають право призначити виконавця заповіту, в цивільному законодавстві РФ. Відповідно до ст. 1134 ЦК РФ тільки заповідач може вказати в заповіті конкретну особу, якій доручається виконання заповідальних розпоряджень [4, 107].

Таким чином, в сучасних умовах практика доручення виконання заповіту певним особам буде набувати поширення. В зв'язку з тим, що окремі положення глави 88 ЦК України є суперечливими, актуальним стає дослідження теоретичних питань виконання заповіту та розробка пропозицій щодо удосконалення чинного законодавства.

Використані джерела:

1. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). – Т. 12: Спадкове право / За ред. проф. І.В. Спасибо-Фатєєвої. – Серія «Коментарі та аналітика». – Х.: ФО-П Колісник А.А., 2009.

2. *Гражданское уложение Германии: ввод. закон к Гражд. уложению; пер. с нем. / [В. Бергман], введ. сост.; науч. редакторы – А.Л. Маковский [и др.] – 2-е изд, доп. – М.: Волтерс Клувер, 2006.*

3. *Гражданский кодекс Туркменистана. – Ашгабат, 1999.*

4. *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации: В 3 т. Т. 3. / Под ред. Т.Е. Абовой, М.М. Богуславского, А.Г. Светланова; Ин-т государства и права РАН. – М.: Юрайт-Издат, 2005.*

Салей Илья Васильевич,
студент 3 курса юридического факультета
Белорусского государственного университета

ПРАВОВОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ ИГОРНОГО БИЗНЕСА В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

1. Игорный бизнес на сегодняшний день является одним из наиболее прибыльных во всем мире. После введения ограничений на деятельность казино в Российской Федерации и Украине вопрос о развитии игорного бизнеса в Республике Беларусь встал особенно остро. Территория Беларуси превратилась в привлекательную и перспективную туристическую зону, что в свою очередь привлекло внимание иностранных инвесторов и породило ряд проектов, направленных на развитие игорного направления в туризме Республики Беларусь. Государство, будучи заинтересованным в развитии данной сферы деятельности в Республике Беларусь, испытывало необходимость в обеспечении ее комплексного правового регулирования. Отдельных норм, содержащихся в Гражданском и Налоговом кодексах, явно не хватало для должного правового регулирования всех аспектов осуществления игорной деятельности. Названные факты и послужили предпосылками к принятию 10 января 2005 года Указа Президента Республики Беларусь № 9 «Об утверждении Положения об осуществлении деятельности в сфере игорного бизнеса на территории Республики Беларусь» (далее – Указ № 9), явившегося первой попыткой принятия комплексного нормативного правового акта в анализируемой сфере предпринимательской деятельности. Абсолютно обоснованно может возникнуть вопрос: почему же была выбрана такая форма правового акта как Указ Президента? Следует отметить, что временные Указы Президента Республики Беларусь, в соответствии с Законом Республики Беларусь «О нормативных правовых актах», каковым является Указ № 9, по юридической силе превосходят законы и уступают в системе иерархии нормативных правовых актов лишь Конституции Республики Беларусь. В тоже время срок действия таких Указов в законодательстве не ограничен. Во исполнение названного Указа 10 февраля 2005 года Советом Министров Республики Беларусь было принято постановление № 140 «О некоторых мерах по реализации Указа Президента Республики Беларусь от 10 января 2005 года № 9». В названном постановлении конкретизирован исчерпывающий перечень видов игр, разрешенных для проведения в казино на территории Республики Беларусь, и утверждены Положения и Правила, регулирующие проведение таких игр. Необходимо отметить, что названный перечень включает в себя даже игру «подкидной дурак», однако не содержит самую популярную в мире карточную игру «техасский покер». Именно по этой разновидности «покера» во всем мире проходят наиболее престижные турниры, собирающие в небольших туристических городках тысячи игроков и зрителей со всего мира. На наш взгляд, это является значительным упущением законодателя, устранение которого значительно бы поспособствовало развитию игорного бизнеса, как одной из отраслей туризма.

2. Важной отправной точкой в регулировании деятельности в сфере игорного бизнеса является легальное закрепление самого понятия «игорный бизнес», которое, к сожалению, не является однозначным и может быть подвергнуто критике с доктринальной точки зрения.

Являясь составным, понятие игорного бизнеса наиболее полно раскрывается при анализе двух его составных частей: понятий «игра» и «бизнес».

В науке гражданского права предлагаются различные определения понятия «игра». Вместе с тем, анализируя предлагаемые в специальной литературе признаки игры, игру можно определить как обязательство, в силу которого организаторы предоставляют возможность выигрыша для каждого из участников, зависимого, с одной стороны, от случая, а с другой стороны – от сноровки, умения, способностей участника игры. В игре участники имеют возможность влиять на ее результаты (в отличие от пари, в котором одна из сторон утверждает, а другая отрицает наличие определенного обстоятельства (результата), с которым связывается получение имущественного вознаграждения; при этом само обстоятельство наступает независимо от них: стороны лишь констатируют его наступление). Бизнес, в свою очередь, представляет собой инициативную экономическую деятельность, осуществляемую за счет собственных или заемных средств на свой риск и под свою ответственность, ставящую главными целями получение прибыли и развитие собственного дела. Рисковый характер характеризуют как понятие «игра», так и понятие «бизнес».

Таким образом, игорный бизнес можно определить как предпринимательскую деятельность по организации и проведению игр, носящих рисковый характер.

3. П.1 Положения об осуществлении деятельности в сфере игорного бизнеса на территории Республики Беларусь, утвержденного № 9, содержит легальное определение игорного бизнеса, который определяется как деятельность, направленная на извлечение игорным заведением дохода в виде выигрыша, платы за организацию, проведение или участие в азартных играх. Из анализа легального определения видно, что законодатель связывает понятие игорного бизнеса с категорией «азартные игры», которая не используется в ГК. Вместе с тем понятие азартной игры, которое также раскрывается в выше названном Положении, по сути, совпадает с цивилистическим подходом к понятию игр и пари, позволяющим отграничить их от рекламных игр, спортивных игр и т.д. С нашей точки зрения, признавая гражданско-правовую природу обязательств, опосредующих проведение игр и пари (глава 57 ГК Республики Беларусь), целесообразно, во-первых, изменить само название соответствующей главы ГК как «Проведение азартных игр», обеспечив тем самым единство используемой в законодательстве терминологии; во-вторых, закрепить понятие азартной игры непосредственно в ГК.

Следует отметить, что в Положении содержится исчерпывающий перечень видов игорного бизнеса и видов азартных игр, разрешенных для осуществления (проведения) на территории Республики Беларусь. Интересным является тот факт, что лотерея не включается в перечень разрешенных видов азартных игр, что вступает в противоречие с нормами ГК (в частности, ст. 932), а лотерейная деятельность отграничивается от понятия игорного бизнеса. Разграничение игорного бизнеса и лотерейной деятельности подтверждается и нормами Налогового кодекса Республики Беларусь (гл. 37 «Налог на игорный бизнес», гл. 38 «Налог на доходы от осуществления лотерейной деятельности»). С нашей точки зрения, соответствуя общим признакам, характеризующим азартные игры, лотерея относится к таковым, а соответственно, ее следует включить в перечень закрепленных на уровне Указа Президента Республики Беларусь разрешенных видов азартных игр, при этом сделав оговорку о распространении на них специального законодательства.

4. На сегодняшний день, по данным Минспорта, деятельность игорных заведений приносит в бюджет Республики Беларусь более 43 млрд. белорусских рублей в год, что составляет примерно 14,5 миллионов долларов США в эквиваленте. Такие цифры заставляют нас говорить о перспективах развития игорного бизнеса и тенденциях развития законодательства, призванного регулировать деятельность в данной сфере на территории Республики Беларусь. В настоящее время подготовлен проект Указа Президента "О некоторых мерах по совершенствованию порядка осуществления деятельности в сфере игорного бизнеса", который базируется на сочетании таких принципов как законность, императивность, обеспечение инвестиционной привлекательности, социальная направленность.

Самойлова Ілона Анатоліївна
аспірант Інституту держави і права ім.В.М.Корецького НАН України,

ПРО ФОРМИ БЕЗГОТІВКОВИХ РОЗРАХУНКІВ

Говорячи про форми розрахунків, у літературі найчастіше мова йде про форми безготівкових розрахунків. Хоча й до визначення їхньої безготівковості правознавці підходять із різних позицій. «Є три різновиди безготівкового грошового обігу,» - пише В.И.Новосьолов.

1) «Класична» міститься в дорученні клієнта банку списати зі свого рахунку певну суму й записати її на рахунок іншої юридичної або фізичної особи в цьому або іншому банку.

2) Розрахунки за допомогою векселів і подібних їм безумовних грошових зобов'язань.

3) Кредитні картки банків.

Інші різновиди безготівкового грошового обігу, носять менш розповсюджений характер. Вони звичайно не передбачені законодавством, а в окремих випадках можуть і суперечити йому.

С.Н.Ландкоф до безготівкових розрахунків відносив всі платежі (у тому числі за допомогою векселя й чека), які здійснюються без участі готівки[1]. Л.А.Лунц відносить до цієї категорії тільки платежі , які здійснюються за допомогою перерахування грошей з рахунку боржника на рахунок кредитора за розпорядженням першого й за згодою останнього[2]. А.В.Шамраєв із цього приводу зауважує, що якщо розрахунки здійснюються безпосередньо, минаючи банк (наприклад, векселем або готівкою), не можна говорити про безготівкові розрахунки в класичному значенні цього слова[3]. При цьому всупереч висловленій думці варто відзначити, що розрахунки готівкою взагалі ніяким чином не можна віднести до безготівкових розрахунків.

Відносини по безготівкових розрахунках традиційно виділялися в цивільному праві як самостійна сфера регулювання, для якої характерні:

- спеціальний суб'єктний склад відносин, який не збігається із суб'єктним складом учасників основного договору, обов'язкова участь спеціального суб'єкта— фінансової установи[4];

- до участі у цих відносинах приєднується банк, внаслідок чого не збігаються учасники вихідних, первинних економічних відносин (напр. З відносин поставки) і суб'єкти розрахунків[5];

- виконання платежів здійснюється шляхом перерахування коштів на рахунок одержувача в кредитній установі, а не передачі йому відповідної кількості грошових знаків.

Таким чином, в основу визначення безготівкості розрахунків автори ставлять участь банку. Однак, допускаючи, що безготівкові (виходячи з буквального тлумачення слова) розрахунки все-таки можуть здійснюватися й без участі кредитної установи, варто назвати їх безготівковими банківськими розрахунками.

Дотримуючись традиції, безготівковими можна визначити розрахунки, які здійснюються через банки або інші кредитні організації й установи. При безготівкових розрахунках гроші виступають як засоби платежу, тому що рух грошей не збігається у часі з рухом товарів: гроші покупцем не передаються постачальнику одночасно з одержанням

---

[1] Ландкоф Л.Н. Чек и жироприказ. - Харьков, 1931 .-С.4.

[2] Лунц Л.А. Денежное обязательство в гражданском и коллизионном праве капиталистических стран.-М., 1948.-С 168.

[3] Шамраев А.В. Гражданско-правовой механизм безналичных расчетов (Российский, зарубежный и международный опыт регулирования): Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук.-М., 1997.-С.24.

[4] Шаропуто М.В. Гражданско-правовое регулирование расчетных отношений с использованием электронных средств: Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук.-М.,1998.-С11.

[5] Хозяйственное право / Под ред. В.В.Лаптева.-С339.

товару. Вони перераховуються з рахунку покупця на рахунок постачальника, тобто роблять рух як самостійна форма обмінної вартості[1]. Розрахунки готівкою здійснюються за допомогою передачі цінних паперів у вигляді наявних банкнот або монетами. Готівка є безумовними зобов'язаннями Національного Банку України й забезпечуються всіма його активами.

Здійснення розрахунків з використанням інших цінних паперів, небанківських пластикових карток і т.д., і минаючи банк, не можна віднести до жодного з перерахованих вище двох способів грошових розрахунків, тому є необхідним виділити їх в окрему категорію інших грошових розрахунків. Автор вважає за можливе назвати цю категорію безготівковими небанківськими розрахунками. У будь-якому випадку для всіх цих грошових розрахунків повинна бути визначена конкретна грошова сума, як «кількість купівельної вартості, яка обрахована в сумі грошових одиниць тієї або іншої монетної системи»[2]. Проблема форм розрахунків може бути вирішена лише у випадку визначення критеріїв приналежності до певної форми, а також ознак форми розрахунків взагалі. Однак, не існує поки чіткого визначення таких критеріїв. Крім розподілу розрахунків за формами правознавці поділяють їх також на види й способи, а найчастіше змішують дані інститути.

У літературі під способом розрахунків звичайно розуміється метод, прийому платежу: або шляхом передачі кредиторові грошей готівкою або безготівковим шляхом[3]. Б.Н.Мезрин виділяє в окремий спосіб розрахунки по групі платежів[4]. Хоча вважається, що для такого виокремлення немає принципових підстав, оскільки ці платежі можуть здійснюватися як готівкою, так і безготівковим способами, а також, як відзначалося вище, іншим грошовим способом (при відсутності чітко виражених ознак наявного або безготівкового розрахунку).

Види, форми й способи розрахунків найчастіше змішуються авторами й використовується в іншому змісті. Так, В. В. Бесчеревних вважає розрахунки готівкою формою[5], а не способом грошових розрахунків, про що вказувалося вище. М.П.Березіна під способом безготівкових розрахунків розуміє спосіб погашення боргового зобов'язання й виділяє:

1) валовий спосіб - списання коштів з рахунку (переказ) у повній сумі, зазначеної в розрахунковому документі;

2) залік взаємних вимог (кліринг) і списання з рахунку суми сальдо заліку[6].

О.С.Йоффе називає формами розрахунків міжміські та внутрішньоміські (або місцеві) розрахунки[7], а Б. Н. Мезрин вважає їх видами розрахунків[8].

Такі різні за змістом підходи до тлумачення понять і класифікації розрахунків викликають необхідність розробки єдиної науково-обгрунтованої системи, яка відповідає правовій нормі. Одночасно хочеться підкреслити, що розподіл розрахунків на внутрішньоміські та міжміські в цей час не зовсім виправданий, оскільки в основі такого розподілу лежала активна роль банків по здійсненню контрольних функцій, що тепер невластиво системі комерційних банків. Вважається, що в цей час практичне значення скоріше мав би розподіл розрахунків по місцю їхнього проведення на внутрішні (усередині господарюючого суб'єкта), внутрішньодержавні (одноміські й іногородні) і міждержавні (міжнародні) розрахунки.

Взагалі, виділяючи різні ознаки можна було б класифікувати розрахунки, наприклад, за часом їхнього проведення, принципами організації, оплатності, наявності гарантії платежу тощо. Однак, практичне значення і повнота змісту класифікації по цій і іншій ознаках буде залежати від наявності зацікавлених у цьому учасників розрахунків.

---

[1] Денежное обращение и кредит СССР.-М.:Финансы,1970.-С217-222.
[2] Цитович П. Обязательства по русскому гражданскому праву.-Харьков,1887.-С.8.
[3] Советское гражданское право:Учебник.Ч.2./Под ред. В.А.Рясенцева.-М.,1987.-С.308.
[4] Советское гражданское право:Учебник.Т.2./Под ред. О.А.Красавчикова.- М.,1985.-С.283.
[5] Советское финансовое право./ Отв.ред. В.В.Бесчеревных, С.Д.Цынкин.-М.,1974.-С443.
[6] Березина М.П. Вопросы теории безналичных расчетов.//Банковское дело.-1998.-№8.-С.29.
[7] Иоффе О.С. Советское гражданское право: Курс лекций.-Л.:Изд.ЛГУ, 1961.- С.401.
[8] Советское гражданское право./Под ред. О.А.Красавчикова.-С.283.

Свіжа Ольга Олегівна,
здобувач Хмельницького університету управління та права

ПРАВОВИЙ СТАТУС ДІТЕЙ-ВИХОВАНЦІВ ДИТЯЧОГО БУДИНКУ СІМЕЙНОГО ТИПУ

Правовий статус дітей-вихованців дитячого будинку сімейного типу (далі - ДБСТ) регламентується ст.ст.256-7 - 256-8 Сімейного кодексу України від 10.01.2002р. (далі - СКУ) та Положенням про дитячий будинок сімейного типу від 26.04.2002р.

Відповідно до зазначених нормативних актів дітьми-вихованцями ДБСТ є діти-сироти і діти, позбавлені батьківського піклування.

На правове положення дитини-вихованця вплинуло його особливе місце в ДБСТ, особливо, якщо разом з дітьми-вихованцями проживають також рідні по крові діти батьків-вихователів.

Дитина, передана в ДБСТ, володіє правами, передбаченими ст. ст. 151-152 СКУ. З цього видно, що діти-вихованці наділяються великою кількістю прав, властивих кровним дітям. Це право дитини на спілкування з батьками і іншими родичами; право дитини на захист; право дитини висловлювати свою думку.

Проте недоліком законодавства є те, що в главі 20-2 СКУ «Дитячий будинок сімейного типу» не повною мірою вирішено питання про майнові права дитини. Так, в п. 15 Положення про ДБСТ є вказівка на те, що органи опіки та піклування забезпечують збереження майна, у тому числі житла, вихованців за місцем його знаходження і здійснюють контроль за його використанням. Але немає вказівки на те, що на дитину-вихованця розповсюджуються правила гл. 14 СКУ. Проживаючи в ДБСТ, його члени через спільне проживання, вимушені володіти і користуватися майном один одного. Якщо в звичайній сім'ї дане питання вирішується по взаємній згоді, то, мабуть, таке ж рішення буде правильним і для ДБСТ.

Проте таке тлумачення чинного законодавства досить проблематичне, тому, на наш погляд, необхідно доповнити ст. 256-7 СКУ вказівкою на те, що діти-вихованці володіють правами, передбаченими гл. 14 СКУ.

Істотною особливістю правового статусу дитини-вихованця є те, що окрім закону, він визначається і конкретизується договором. Тому можна стверджувати про договірне походження деяких прав і обов'язків дитини-вихованця.

Як видно з викладеного, діти-вихованці наділяються не тільки правами, але і обов'язками. При цьому деякими правами і обов'язками вони наділяються за договором. Подібне трактування специфіки стосунків між батьками-вихователями і дітьми-вихованцями потребує дослідження, оскільки в літературі до теперішнього часу дискутується питання про можливість наділення дітей не тільки правами, але і обов'язками.

Так, наприклад, Е.А. Поссе, Т.А. Фадєєва стверджують, що в правовідношенні між батьками і дітьми останні володіють не тільки правами, але і повинні нести обов'язки [2;71]. На думку Е.М. Ворожейкіна, праву батьків на виховання протистоять відповідні обов'язки дитини, що є необхідною передумовою зростання правосвідомості неповнолітніх, їх правильного виховання [3;189]. Про те, що за дітьми має бути закріплений обов'язок піклуватися про батьків, допомагати їм в побуті, брати посильну трудову участь в домашньому господарстві і ін. висловилися інші автори. Н.М. Єршова, зокрема, пропонує декларувати обов'язок дітей поважати батьків, дотримувати їх вимоги в області сімейного виховання і право батьків застосовувати заходи виховного характеру до недисциплінованих дітей [4;19]. Проте законодавцем дані пропозиції до теперішнього часу не сприйняті.

Пропозиція про закріплення в законодавстві обов'язків за дітьми зустрічає досить жорстку критику з боку ряду дослідників.

Так, С.А. Сорокін вважає, що дитина, будучи учасником батьківського правовідношення, суб'єктом прав, що йому належать, разом з тим не має і не може мати відповідних обов'язків в сім'ї, оскільки всі її обов'язки по відношенню до батьків - це її моральне зобов’язання [5;26]. А.М. Нечаєва відносно даної проблеми пише, що якщо

обов'язки були б передбачені сімейним законодавством, то громадянин, який не досяг повноліття не міг би нести правової відповідальності за їх невиконання [6;237].

Таким чином, до теперішнього часу в кровноспоріднених сім'ях законодавець не встановив обов'язків дітей, що кореспондують відповідним правам батьків.

Інше рішення було ухвалене в частині ДБСТ. Оскільки договором діти-вихованці можуть бути обтяжені певними обов'язками. На нашу думку, це не тільки справедливо, але і правильно.

Ані СКУ ані Положення про ДБСТ не містить конкретного переліку прав та обов’язків вихованців ДБСТ, лише вказуючи, що за вихованцями зберігаються раніше призначені аліменти, пенсія, інші види державної допомоги. Суми коштів, що належать вихованцям як пенсія, аліменти чи інші види державної допомоги, переходять у розпорядження батьків-вихователів і витрачаються на утримання вихованців. Вихованці мають право підтримувати особисті контакти з батьками та іншими родичами, якщо це не суперечить їх інтересам і не заборонено рішенням суду. Форму такого спілкування визначають органи опіки та піклування за погодженням з батьками-вихователями та за участю соціального працівника, який здійснює соціальне супроводження. Вихованці, які за медичними показаннями потребують санаторно-курортного лікування, забезпечуються путівками до санаторіїв.

На нашу думку, перелік прав вихованців, закріплений у ст. 256-7 СК України слід викласти в наступній редакції : „Дитина, яку влаштовано на виховання до дитячого будинку сімейного типу має право:1) на проживання в сім'ї батьків-вихователів, на піклування з їх боку;2) на забезпечення її умовами для всебічного розвитку, освіти, виховання і на повагу до її людської гідності;3) на захист від зловживань з боку батьків-вихователів. У разі відсутності житла така дитина має право на його отримання відповідно до закону;4). на збереження права користування житлом, у якому вона проживала до влаштування на виховання до дитячого будинку сімейного типу. 3. Крім вищезазначених прав, дитина має право на захист своїх майнових та особистих немайнових прав за підтримки батьків-вихователів.”

Таким чином, у правовому статусі дітей-вихованців ДБСТ є чимало законодавчих прогалин, які повинні бути усунені шляхом внесення змін та доповнень до діючого законодавства.

Використані джерела:

1. Про дитячий будинок сімейного типу : постанова Кабінету Міністрів України (за станом на 06 січня 2010 р.) / Кабінет Міністрів України . — [Електронний ресурс] — Режим доступу : http // www.rada. gov.ua

2. Поссе Е.А. , Фадеева ТА. Проблемы семейного права. Учебное пособие. Ленинград. С. 71.

3. Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в ССС. М., 1972. С. 189.

4. Ершова Н.М. Правовые вопросы воспитания детей в семье. М., 1971. С. 19;

5. Сорокин С.А. Права детей в семье по семейному законодательству РФ и Конвенции «О правах ребенка». Дисс. канд. юрид. наук. М., 2000. С. 13-24, 26

6. Нечаева А.М. Семейное право: Курс лекций. М., 1998. С. 237.

Свірська Ольга Анатоліївна
студентка 4 курсу юридичного факультету
Тернопільського національного університету

МОМЕНТ ВИНИКНЕННЯ ПРАВА НА ЖИТТЯ

Право на життя - це невід'ємне природне право кожної людини , що визначається, забезпечується та охороняється державою. Воно закріплене на всіх законодавчих рівнях, як на міжнародному (Декларація прав людини і громадянина 1789 року) так і на загальнодержавному (Конституція будь-якої держави, зокрема Конституція України 1996 року).

Об'єктом нашого дослідження є право фізичної особи на життя та здоров'я як особисте немайнове право та правове регулювання права на життя фізичної особи.

Актуальність теми полягає в тому, що сьогодні в суспільстві постає реальна невідворотна загроза життю людини. Зокрема, це небезпека ядерних воєн, загроза різних природних катаклізмів, а також штучно створених факторів, таких як евтаназія, аборт, смертна кара, високий рівень злочинів проти життя людини.

Розгляду даного питання вже було присвячено не один десяток праць, серед яких праці Р.Стефанчука, О.Рогової, С.Саченко, Г.Миронової та інших вчених.

Ст. 3 Конституції України визнає життя людини однією з найвищих соціальних цінностей держави, що, в принципі, не є новиною для держави демократичного спрямування Тому цілком логічним та послідовним є проголошення у ст. 27 Конституції України права людини на її найбільшу цінність – на життя.

Зміст права людини на життя, передбачений Конституцією України, розширено і конкретизовано у ст. 281 Цивільного кодексу України. Однак, норми цієї статті не містять визначення права людини на життя, залишають спірними ряд можливостей його носія та не вирішують питання меж права людини на життя, зокрема, часових, тобто моменту початку та закінчення життя. Право на життя відноситься, згідно теорії права, до природних прав, які даються (виникають) з народження. Однак, сьогодні серед науковці виникає дискусія, чи справді право на життя виникає саме з цього моменту?

Для початку варто визначити, що таке народження. Р.Стефанчук,у своєму дослідженні на цю тему визначив це моментом відокремлення живонародженого плода від організму матері[2,38].

Однак, виникає питання, якщо організм «живонароджений», то процес його життя почався далеко заздалегіть до народження. Оскільки ознаками живонародженості є наявність у організму пульсу, серцебиття, дихального рефлексу, рухи мускулатури [9], то живою слід визнавати і дитину в утробі матері, оскільки вже у перші хвилини зачаття у новоутвореній клітині , внаслідок запліднення, утворюється зигота, яка дає початок новому організму [6], який за кілька днів вже має сформовану нервову та дихальну систему, організм вагою 0,00000015 гр. і довжиною 2,5 см на 14 день від запліднення вже має всі ознаки людини-серцебиття, очі, нервову систему, шлунок, кишечник.

Сьогодні науково доведено той факт, що ембріон на 14 день після запліднення має всі ознаки людини, про що йдеться на сесії ради Європи з біоетики у грудні 1996 року. А ще раніше, 1986 року, 38-ма сесія Парламентської асамблеї Ради Європи прийняла Рекомендацію щодо використання ембріонів у різних цілях, що «з моменту запліднення яйцеклітини, життя людини розвивається безперервним чином». В цьому ж документі: «... за будь-яких обставин, людські ембріони та плоди потребують ставлення гідного людини». Сьогодні є тільки один правовий акт, який проголошує право на життя з моменту зачаття – це Американський акт «Право на життя», де пояснюється, що під терміном людина розуміється кожен член виду Homo sapiens на всіх стадіях його розвитку від зачаття [3, 202].

Тоді виникає питання, якщо живою людина є до народження, то чому право на це життя отримує лише після?

Тому, з вищезазначеного, можемо підсумувати , що життя, як біологічна діяльність організму людини виникає задовго до народження, а разом з цим, аналогічно, виникає і

право на життя. А з моменту народження виникає право на життя у суспільстві і користуванням правами громадянина тої чи іншої держави.

Визначившись з моментом виникнення права на життя варто зосередитись на ньому, як особистому немайновому праві

Першою проблемою, на нашу думку, є те, що у сучасному законодавстві немає визначеного поняття «життя». А як можна визнавати «щось» найвищою соціальною цінністю не знаючи що це таке і як ним користуватись. Визначити цей термін насправді є важко. Адже які будь-який інший він буде мати лише той зміст, яким наділить його автор.

Цей термін вживається у різних сферах: у філософії, природничих науках та правничих зокрема. Отже, саме життя слід розглядати з трьох точок зору і дати йому характеристику. Природничо-наукове визначення життя - це особливий вид матеріальної взаємодії генетичних об'єктів, які здійснюють синтез собіподібних генетичних об'єктів [6]. Іншими словами - це постійне перетворення, рух. З огляду філософії, релігії – це ідеальна форма існування матерії, благо подароване Богом [8]. Відсутнє лиш визначення правової науки. Звертаючись до погляду вчених варто погодитись з Р. Стефанчуком, що життя включає в себе два аспекти: біологічний та соціальний.[5, 115]. Тобто, життя це є природне (біологічне та психічне) існування людини та соціальне функціонування людського організму, як єдиного цілого. Слід погодитись з Р.Стефарчуком і у наступному, що між статтями Конституції України (ст.27) та ст. 281 ЦК є велика прірва, адже у ЦК закріплено, що фізична особа не може бути позбавлена життя, а у Конституції до цього додається прикре слово «свавільно»[5, 117]. Але знову ж виникає питання, а не свавільно це як?

Зважаючи, що всі немайнові права особи згідно ст. 269 ЦК є невід'ємними від носія і належать йому до смерті і тому будь-яке посягання свавільне чи ні буде незаконним. Але ж норми Конституції України є домінуючими , тому і виходить, що «не свавільно» можна позбавити людину найвищого соціального блага – життя.

Ми прирівнюємо слово свавільно до слова безпідставно, як синоніми. А з цього випливає, що норми ст. 27 Конституції України та ст. 269 Цивільного кодексу України суперечать одна одній. Але це не є звичайною колізією норм, а проблемою, яка тягне за собою крах всього законодавства.

У цій статті ми пропонуємо: по-перше, врегулювати суперечність норм Основного закону та Цивільного кодексу України, шляхом внесення змін до ст. 27 Конституції; по-друге, пропонуємо на законодавчому рівні визнати моментом виникнення права на життя з моменту зачаття, в силу наведених аргументів.

Використані джерела:

1. *Конституція України.*
2. *Стефанчук Р. Визначення моменту виникнення права на життя: продовжуючи дискусію// Юридична Україна. - 2005.- №10.*
3. *Рогова О. Про час виникнення права людини на життя: загальнотеоретичний аналіз// Вісник академії правових наук України. - 2005.- №4 (43).*
4. *Саченко С.С. Конституційно-правовий аналіз прав людини в громадянина, що забезпечують охорону життя //Бюлетень міністерства юстиції України. - 2006.- №1 (51).*
5. *Стефанчук Р. Право на життя як особисте немайнове право фізичної особи// Право України. - 2003.- №11.*
6. *Біологічний словник.1-е вид. К.: Головна редакція УРЕ, 1974.*
7. *Декларація прав людини і громадянина 1789 року.*
8. *www. uk.wikipedia.org*
9. *Інструкція про визначення критеріїв живонароджуваності, мертвонароджуваності та перинатального періоду, затверджена наказом Міністерства охорони здоров'я України від 19.02.1996 року №31*
10. *Цивільний кодекс України.*

Сергійко Олена Вікторівна
науковий співробітник відділу правових проблем підприємництва
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
Національної академії правових наук України

СПІВВІДНОШЕННЯ ДЕРЖАВНОГО І ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Правове регулювання господарської діяльності, в процесі якого, опираючись на результати наукового дослідження С. С. Алексєєва, можна виділити такі стадії: 1) стадію формування і дії юридичних норм; 2) стадію виникнення прав і обов'язків (правовідносин); 3) стадію реалізації прав і обов'язків; 4) стадію застосування права [1, с. 26], є важливою складовою її державного регулювання. В науці господарського права при дослідженні проблем державного регулювання господарської діяльності увага акцентується, головним чином, на її нормативному регулюванні, тобто власне на прийнятті нормативно-правових актів, як на одній із правових форм державного регулювання економіки, тісно пов'язаній з державною регуляторною політикою [2, с. 116], як якісно новим управлінням у сфері економіки – управлінням нормотворчою діяльністю [3, с. 24].

Аналіз спеціальної літератури з проблематики дослідження дає підстави говорити про існування в Україні двох протилежних підходів до правового регулювання відносин у сфері господарювання.

Перший ґрунтується на ідеї вільного ринку і ринкового саморегулювання, що в правовому аспекті знаходить свій вияв у «юридичному лібералізмі» (яскравим зразком реалізації такого підходу в законодавстві став Цивільний кодекс України). Характеризуючи новий Цивільний кодекс України як основу ринкових відносин в Україні, як кодекс, що покликаний регулювати увесь комплекс ринкових і неринкових відносин, що виникають на засадах рівності у сфері економіки, Я. М. Шевченко зазначає, що управління економікою та державний вплив на неї будуються на інших засадах, які не мають нічого спільного з цивільно-правовим регулюванням. Звідси робиться висновок, що поєднувати згадані види регулювання з цивільним регулюванням неможливо, вони мають існувати окремо. Неможливо водночас поєднувати ринкові відносини як платформу економіки з панівним становищем у тій самій економіці держави як суб'єкта правовідносин [4, с. 44-46].

Другий підхід, характерний для представників доктрини господарського права, ґрунтується на ідеї державного регулювання ринкових відносин, в основу якої покладено закріплене в ст. 1 Конституції України визначення України як соціальної держави, а також забезпечення державою соціальної спрямованості економіки (ч. 4 ст. 13 Конституції України) та інші конституційні основи правопорядку у сфері господарювання.

Проблема забезпечення ефективного правового регулювання комплексних (у розумінні поєднання майнових і організаційних елементів), проте єдиних за своїм змістом у реальній економіці, відносин, що складаються у сфері господарювання (як на макроекономічному рівні, так і на рівні окремих учасників, задіяних у цій сфері), може бути вирішена лише шляхом нерозривного поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів. Проте в сьогоднішніх умовах економічного розвитку України залишається потреба в державному регулюванні (включаючи нормативно-правове регулювання) господарської діяльності на рівні безпосередніх товаровиробників.

У чинному законодавстві неоднозначно закріплюється співвідношення понять «економічна політика» і «державне регулювання». Так само не розв'язаною залишається проблема щодо співвідношення понять «державне регулювання» і «контроль», а також понять «форма» і «засіб» державного регулювання.

Незважаючи на те, що перелік основних засобів регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання визначено в ст. 12 ГК, проте в окремих законах, що встановлюють правові засади державного регулювання окремих об'єктів, положення ГК України не враховані. У зв'язку з викладеним видається за доцільне в нормативно-правових

актах (як правило, прийнятих у формі закону) чітко встановлювати мету, принципи, завдання і функції державного регулювання відповідного виду діяльності, визначати його засоби та механізми.

Таким чином, державне регулювання має бути спрямоване на розв'язання двох основних завдань:

1) забезпечення оптимального державного регулювання, яке б виключало надмірне втручання держави в організацію і здійснення господарської діяльності;

2) забезпечення оптимального поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів.

Дослідження деяких правових аспектів державного регулювання господарської діяльності в Україні виявило низку проблем, що потребують розв'язання.

Перш за все, існує потреба в уніфікації положень тих законів, норми яких визначають мету, завдання, способи державного регулювання певних видів господарської діяльності (ринків), а також у приведенні їх у відповідність до положень ГК України в частині визначення засобів державного регулювання господарської діяльності.

По-друге, доцільно узгодити положення ч. 2 ст. 12 ГК України, яка встановлює перелік основних засобів регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання (зазначений перелік має носити характер примірного), з положеннями наступних статтей ГК України таким чином, щоб, з одного боку, докладніше визначити зміст та механізми застосування всіх засобів, перелічених в ч. 2 ст. 12 ГК України, в окремих статтях кодексу (наприклад, застосування нормативів та лімітів, регулювання цін і тарифів, надання пільг, цільових інновацій і субсидій), а з іншого, – доповнити ч. 2 ст. 12 ГК вказівкою на ті засоби, зміст яких розкрито в ст. 17, 18, 19 ГК України.

Використані джерела:

1. *Алексеев С. С. Общая теория права. В двух томах. Т. II. – М.: Юрид. лит, 1982.*
2. *Щербина В. Органи державної влади та органи місцевого самоврядування як учасники відносин у сфері господарювання // Вісник господарського судочинства. – 2008. – № 1.*
3. *Юлдашев О. Х. Проблеми вдосконалення регуляторної політики в Україні. – К.: Парламентське видавництво, 2005.*
4. *Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А. Довгерта – К.: Український центр правничих студій, 2000.*

Сірук Юлія Сергіївна
студентка 3 курсу юридичного факультету
Хмельницький університет управління та права

ВИДАВНИЧИЙ ДОГОВІР ТА ДОГОВІР ПРО ДИПОНУВАННЯ РУКОПИСУ ТВОРУ

Зараз в Україні та в світі великого поширення зазнала гуманітарна, наукова, художньо-літературна і мистецька діяльність. Твори науки, літератури та мистецтва стають здобутком суспільства, широкої громадськості, коли вони широко тиражовані, тобто випущені у світ у формі і порядку, що визначаються чинним законодавством. Видання, публічний показ, публічне виконання та інші способи відтворення творів науки, літератури і мистецтва здійснюють спеціалізовані організації і установи – видавництва, телебачення, радіомовлення, кіностудії. Відносини між авторами та цими організаціями регулюють авторські договори, які є основними способами забезпечення суспільного споживання продукту духовної творчості, найважливіший етап руху наукового чи художнього твору від його творця до споживача.

Найпоширенішими є авторські договори про використання творів. До них належать: видавничий договір, договір про депонування рукопису твору, постановочний договір, сценарний договір, договір художнього замовлення, договір про використання у промисловості неопублікованого твору декоративно-прикладного мистецтва.

Звернемо нашу увагу на видавничий договір та договір про депонування рукопису твору.

Слід зазначити, видавничий договір — це авторський договір, за яким автор або інша особа, яка має авторське право, передає або бере на себе обов'язок створити твір і передати його для видання чи перевидання, а видавництво зобов'язується розглянути поданий твір і в разі його схвалення випустити у світ та виплатити автору належну винагороду.

Використанням твору за видавничим договором є видання або перевидання твору, а також його розповсюдження. При цьому автор може передати видавництву виключні або невиключні права на використання. Отже, видавничий договір є угодою між автором і видавництвом про умови видання твору.

Важливо знати те, що предметом видавничого договору можуть бути твори в галузі літератури, музики, образотворчого мистецтва, тобто будь-які твори, які допускають можливість відтворити і розповсюдити видавничими засобами (друкарським або іншим способом).

Якщо розглядати основний зміст видавничого договору, то це є визначення прав і обов'язків сторін — автора і видавця. Слід пам'ятати, що сторону автора може представляти не сам автор, а будь-яка інша особа, яка має авторське право. Основні обов'язки сторін за видавничим договором — створення твору, передача його видавцеві для видання та видання твору в установлений строк. До прав сторін слід віднести право видавця вимагати передачі йому твору, а право автора — вимагати виплати визначеної винагороди за створення і використання твору. Ці основні права і обов'язки сторін супроводжуються рядом прав і обов'язків сторін, що визначають зміст договору, конкретизують його, уточняють окремі його елементи.

Розглянемо договір про депонування рукопису. Тривалість видання твору досить часто зумовлює передчасне старіння інформації, яка становить його зміст. Це стосується переважно наукових творів. Крім того, висока вартість видання такого твору, необхідність донести наукову чи науково-технічну інформацію якнайшвидше до заінтересованих осіб зумовили необхідність пошуків іншого, відмінного від видання, способу донесення інформації до широкого кола читачів. Такий спосіб був знайдений у формі депонування рукопису твору без його видання. Належним чином оформлений твір передається певній організації для зберігання з метою ознайомлення з твором будь-кого, хто цього бажає. Така форма інформації дістала назву «депонування», з'явився новий вид авторського договору, який поки що ґрунтовно не досліджено. Немає і нормативного акта, який би регулював відносини депонування.

Об'єктом договору є реферати статей, огляди, монографії, збірники наукових праць, матеріали конференцій, з'їздів, нарад, симпозіумів тощо вузькоспеціального характеру, які буває недоцільно видавати звичайним друкарським способом.

Таким чином, договір про депонування рукопису є реальний, права та обов'язки в якому виникають з моменту передачі рукопису на депонування. Цей договір породжує для автора рукопису позитивні наслідки — депонований рукопис прирівнюється до опублікованої друкованої роботи, тобто до творів, випущених у світ за видавничим договором. Отже, договір на депонування рукопису є реальна угода, за якою організація передає належним чином оформлений рукопис органові інформації на зберігання та інформування всіх заінтересованих осіб про його зміст, а також надає можливість ознайомитися із самим рукописом.

Резюмуючи викладене, слід звернути особливу увагу необхідність закріплення в чинному законодавстві видавничу справу та порядок укладення самих видавничих договорів і договорів про депонування рукопису твору.

Використані джерела:

1. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003р.//ОВУ. – 2003. - №11.- Ст.461.

2. Закон України «Про авторське право та суміжні права» від 23 грудня 1993р. № 3792-XII в редакції Закону України від 11 липня 2001р. №2627-II

3. Боброва Д.В., Дзера О.В., Кузнєцова Н.С. Цивільне право України: Підручник. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – Ст. 224 – 250.

4. Мусіяк В.Л. Авторські договори. – К., 1988. – Ст. 165.

Слободян Олена Миколаївна,
аспірантка Хмельницького університету управління та права

ЗАСТОСУВАННЯ СУЧАСНИХ БІОМЕДИЧНИХ ТЕХНОЛОГІЙ: МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Незважаючи на існування етичних і біоетичних принципів регламентації новітніх досягнень в сфері медицини, міжнародна спільнота намагається виробити ефективний механізм правового регулювання застосування біотехнологій на людині. Етичні, моральні та естетичні норми відіграють не останню роль в цьому процесі, але найбільш дієвим і активним інструментом залишається право.

На сьогоднішній день універсальним міжнародно-правовим актом, який регулює порядок проведення біомедичних досліджень з точки зору біоетики та права, є Загальна Декларація ЮНЕСКО про геном людини і права людини 1997 р. [10]. Декларація визнає в якості провідного принцип поваги прав, гідності, унікальності та неповторності людини незалежно від її генетичних характеристик (ст. 2). Геном людини визнається надбанням людства і основою його генетичного різноманіття (ст. 1). Дослідження, лікування чи діагностика, пов'язані з геномом людини, повинні здійснюватись лише після попередньої оцінки пов'язаних з ними потенційних ризиків та переваг, отримання ясно вираженої згоди зацікавленої особи та із забезпеченням конфіденційності генетичних даних (ст.ст. 5, 7). Жодні дослідження в сфері людського геному, особливо в сфері біології, медицини і генетики, не повинні переважати над повагою прав людини, основних свобод і людської гідності (ст. 10). Але цей принцип має узгоджуватися зі свободою проведення наукових досліджень, що є складовою свободи думки (ст. 12). Важливим елементом механізму етичного регулювання геномних досліджень повинно бути заснування національних незалежних, міждисциплінарних та плюралістичних комітетів з етики (ст. 16). ЮНЕСКО виступає за заборону не лише репродуктивного (ст. 11) і терапевтичного клонування, а й будь-яких модифікацій людського геному, оскільки "геном людини є основою... визнання невід'ємної гідності й різноманітності" всіх представників людського роду (ст. 1) [6].

Декларація не позбавлена недоліків. Так, в ній відсутній механізм контролю (моніторингу) за виконанням її положень. Крім того, негативним є відсутність окремого розділу, який би включав, окрім загальних питань проведення досліджень над людьми, питання відтворення людини, доступу до генетичних даних, репродуктивного клонування, спадкових генетичних модифікацій людини, використання ембріональних стовбурових клітин в терапевтичних цілях. Натомість Декларація містить лише одну ст. 25, яка забороняє здійснювати діяльність, що суперечить та несумісна з правами людини, основоположними свободами і людською гідністю, однак не називає види чи форми такої діяльності. Відсутність посилання на конкретні види медичних біотехнологій свідчить про небажання держав встановлювати будь-які універсальні правила щодо суперечливих і складних питань та зв'язувати себе будь-якими нормами у цій сфері.

Іншими, не менш важливими міжнародними актами є Загальна декларація про біоетику та права людини, прийнята в жовтні 2005 року Генеральною конференцією ЮНЕСКО, Міжнародна декларація ЮНЕСКО про генетичні дані людини 2003 року та

Декларація ООН про клонування людини, прийнята в березні 2005 року Генеральною Асамблеєю [9].

Так, в Загальній декларації про біоетику та права людини 2005 року розглядаються етичні питання, що стосуються медицини, науки про життя і пов'язаних з ними технологій, визначаються як основоположні наступні принципи: повага людської гідності, прав людини і основних свобод; здійснення медичного втручання в профілактичних, діагностичних чи терапевтичних цілях за наявності вільної та інформованої згоди пацієнта; невтручання в приватне життя особи і конфіденційність особистої інформації; захист майбутніх поколінь, навколишнього середовища, біосфери і біорізноманіття тощо [5].

Міжнародна декларація про генетичні дані людини 2003 року покликана забезпечити повагу людської гідності і захист прав людини і основних свобод під час збору, обробки, використання та збереження генетичних даних людини відповідно до вимог рівності, справедливості і солідарності і з врахуванням принципів свободи думки і слова, в тому числі свободи наукових досліджень [8].

В свою чергу Декларація ООН про клонування людини 2005 року закликає держав-членів вживати всіх заходів задля забезпечення належного захисту людського життя в процесі застосування біологічних наук; заборонити всі форми клонування людини; заборонити використання методів генної інженерії, що протирічать людській гідності, тощо [4].

Що стосується Ради Європи, то регулювання біомедичних досліджень здійснюється нормами Європейської конвенції про захист прав і гідності людини у зв'язку із застосуванням досягнень біології та медицини 1996 р. (Європейська конвенція про права людини та біомедицину), яка набула чинності 1 грудня 1999 р.. На відміну від декларацій ЮНЕСКО, вона має юридично обов'язкову силу. Етичні принципи регулювання біомедицини перекликаються з положеннями Загальної декларації ЮНЕСКО 1997 р.: повага гідності та індивідуальної цілісності (ст. 1), перевага інтересів окремої людини над інтересами суспільства і науки (ст. 2), необхідність отримання добровільної інформованої згоди відповідної особи (ст. 5), заборона генетичної дискримінації (ст. 11), свобода наукових досліджень (ст. 15). Особливо слід наголосити на ст. 13 Конвенції, яка дозволяє втручання в геном людини, спрямоване на його модифікацію, тільки в профілактичних, діагностичних чи терапевтичних цілях і лише за умови, що воно не спрямоване на зміну геному нащадків даної людини. З цією метою не дозволяється використання медичних технологій для вибору статі майбутньої дитини, за винятком випадків, коли це здійснюється з метою попередження успадкування нею хвороби, пов'язаної зі статтю (ст. 14) [1].

Стаття 18 Конвенції встановлює, що якщо національний закон дозволяє проводити дослідження на ембріонах in vitro, він же повинен передбачати належний захист ембріону. Вирощування ембріонів людини для дослідних цілей забороняється. Однак згідно зі ст. 36 Конвенції держави мають право зробити застереження стосовно конкретного її положення, якщо закон, що діє на їхній території, не відповідає цьому положенню. Тобто кожна держава має право виключити для себе дію п. 2 ст. 18 в тому випадку, коли національний закон дозволяє здійснювати дослідження на "зайвих", клонованих чи іншим чином створених ембріонах з метою отримання стовбурових клітин. Таким чином, з одного боку, Конвенція в непрямій формі забороняє знищувати ембріони, але, з другого, надає державам досить широку свободу дій, яка ґрунтується на нормах національного закону.

На розвиток положень Конвенції Рада Європи ухвалила три Додаткові протоколи: щодо заборони клонування людей 1998 р., трансплантації органів і тканин людського походження 2002 р. та біомедичних досліджень 2004 р. Положення протоколів діють в якості додаткових до Конвенції статей, тобто сторони, які підписали ці протоколи, не можуть ратифікувати, прийняти чи схвалити їх, якщо вони раніше чи одночасно не зробили це з самою Конвенцією [7].

Важливе значення для розвитку міжнародного права в даному напрямку мають акти міжнародних неурядових організацій. Варто лише згадати документи, які утворили своєрідний біоетичний кодекс з проблем біомедичних досліджень над людьми: Нюрнберзький кодекс, Гельсінська декларація Всесвітньої медичної асоціації та Міжнародні

етичні керівні принципи Ради міжнародних організацій з медичних наук. Крім того, Всесвітня медична асоціація, Рада міжнародних організацій з медичних наук, Міжнародний комітет з біоетики HUGO, Міжнародна асоціація права, Міжнародний Олімпійський комітет ухвалювали і продовжують ухвалювати декларації та резолюції відносно застосування різних видів медичних біотехнологій до людини [2]. Так, на виконання основних принципів Гельсінської декларації Всесвітня медична асоціація прийняла ряд інших актів: Положення про генетичне консультування і генну інженерію (1987), Положення про запліднення in vitro і трансплантацію ембріонів (1987), Положення про трансплантацію фетальних тканин (1989), Декларацію про проект «Геном людини» (1992), Резолюцію щодо клонування (1997) тощо [3]. Хоча всі ці міжнародні неурядові організації не є суб'єктами міжнародного права, але їх рекомендації враховуються державами і міжнародними урядовими організаціями в процесі правотворення.

Проаналізувавши існуючі міжнародні нормативно-правові акти у сфері медичних біотехнологій, можна зробити декілька узагальнень. Більшість універсальних і регіональних актів в цій сфері відображають біоетичні принципи, які сформувались як відповідь на неспроможність права заповнити ті прогалини, що виникли у зв'язку із новітніми досягненнями в галузі біомедицини. Кожен вид медичної біотехнологічної діяльності піднімає ряд важливих етичних проблем, без розв'язання яких досягти будь-якого консенсусу на міжнародно-правовому рівні неможливо (наприклад, статус ембріону і його права).

Оскільки багато видів медичної біотехнологічної діяльності знаходяться ще на експериментальній стадії, деякі нормативні приписи міжнародних і національних правових актів спрямовані на майбутнє, тобто мають випереджувальний характер, особливо ті, що стосуються репродуктивного клонування і спадкових модифікацій геному людини.

Використані джерела:

1. Council of Europe // Інтернет видання „Council of Europe". – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.coe.int/.

2. Ethics of Science and Technology // Інтернет видання „Social and Human Sciences". – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://portal.unesco.org/shs/en/ev.php-URL_ID=1837&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html/.

3. The World Medical Association // Інтернет видання „The World Medical Association". – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.wma.net/e/.

4. Декларація ООН про клонування людини 2005 р.

5. Загальна декларація про біоетику і права людини 2005 р.

6. Загальна декларація про геном людини і права людини 1997 р.

7. Медведєва М.О. Міжнародне право та біотехнології / Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Інститут міжнародних відносин. – К.: Видавничий дім "Промені", 2006. – 256 с.

8. Міжнародна декларація про генетичні дані людини 2003 р.

9. Организация Объединенных Наций // Інтернет видання „Организация Объединенных Наций". – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.un.org/russian/.

10. ЮНЕСКО // Інтернет видання „ЮНЕСКО". – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://typo38.unesco.org/ru/unesco-home.html.

Солтис Ніна Борисівна
науковий співробітник Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва Національної академії правових наук України,

ПРАВО ЗАПОВІДАЧА НА ПОКЛАДЕННЯ НА СПАДКОЄМЦЯ ОБОВ'ЯЗКУ ПО УТРИМАННЮ ЙОГО ДОМАШНЬОЇ ТВАРИНИ

В останній час в деяких правових системах світу стало сучасним залишати свій спадок тваринам. Цивільне право окремих країн (зазвичай загальної системи права) допускає укладення заповіту не лише на користь юридичних чи фізичних осіб, а й на користь тварин. Наприклад, відомий американський співак Майкл Джексон призначив своїм спадкоємцем свою улюблену мавпу. У заповіт американці часто включають своїх домашніх тварин (котів, собак тощо). Цивільний кодекс України законодавчо не передбачає можливість складання заповідачем заповіту на тварину. Відповідно до ЦК України домашня тварина не належить ні до однієї з категорій учасників спадкових правовідносин, а навпаки є об'єктом цивільного обороту − річчю (майном), що входить до складу спадкової маси як і житловий будинок чи квартира для проживання. Тому дану проблему на користь своїх домашніх тварин деякі автори пропонують вирішувати склавши заповіт із покладенням обов'язків на спадкоємця [1, 46; 2, 69].

Зміст заповіту із покладенням полягає в тому, що заповідач своїм розпорядженням обмежує права спадкоємців щодо спадкової маси вчиненням певних дій: 1) вчинення певних дій немайнового характеру; 2) вчинення певних дій спрямованих на досягнення суспільно корисної мети. Заповідач може заповідати житло спадкоємцю, встановивши при цьому довічний обов'язок догляду за твариною, що не перевищує вартості отриманої спадщини (квартири), але чи можна це розглядати як вчинення немайнової дії? Немайновий характер дій є лише однією із ознак особистих немайнових прав фізичних осіб. Р. О. Стефанчук розглядаючи ознаку "немайновості" зазначає, що цій категорії прав не притаманна економічна природа походження, а це означає, що дані права не створюються (виникають) в результаті економічного виробництва. По-друге, вважає автор, це означає, що у даних прав відсутній економічний зміст, тобто вони не можуть мати майново-грошової цінності (вартості) та у них відсутній економіко-майновий еквівалент [3, 124]. Таким чином, до дій немайнового характеру відносяться вимоги, що не підлягають вартісній оцінці, а догляд за твариною передбачає витрату грошових сум, хоча і не своїх власних, а за рахунок спадщини спадкодавця. В іншому випадку, якщо розглядати догляд як опікування над твариною, що передбачає надання площі для проживання, прогулянки, гарне відношення до тварини, її лікування то дані дії носять немайновий характер і можуть бути реалізовані через заповіт із покладенням обов'язку по догляду за твариною. Існує й інша пропозиція, щодо можливості забезпечення безбідного існування тварин через зобов'язальне правовідношення шляхом укладення спадкового договору [4, 60]. Істотною умовою такого договору може бути виконання розпорядження відчужувача майна − догляд за твариною до її смерті і утримання її в певних умовах, які сторони можуть обумовити у договорі. Але в цьому разі кошти не заповідатимуться, а передаватимуться на підставі договору, а особа за договором не буде отримувати статус опікуна тварини, а її статус буде − набувач.

Слід не погодитися з автором, що для того, щоб тварина не успадковувалася спадкоємцями як майно, вона також має бути визначена у договорі, але не як суб'єкт, а як об'єкт, який передається для виконання умов договору. Істотною умовою договорує є умова про предмет та інші умови, які становлять його зміст. Предмет виконання зобов'язання є конкретна річ, робота, послуга, яку боржник (набувач) повинен передати, виконати або надати кредиторові (відчужувачу), а таким предметом за даною позицією є не тільки гроші, які передаються за спадковим договором а й тварина. Така позиція автора вдається помилковою, так як тварина не просто об'єкт для передачі і виконання умов договору, а й річ (майно), яке є предметом даного договору разом із грошима, які передаються для утримання даної речі.

Тварина за класифікацією об’єктів цивільних прав є річчю, власністю відчужувача (заповідача) і набуває режиму власності, який передбачає можливість здійснення власником правомочностей володіння, користування та розпорядження речами. Тому у заповідача є право скласти заповіт і передати тварину, яка належала йому на праві власності у спадщину як майно, що входить до складу спадщини. Незважаючи на те, що і в заповіті із покладенням на спадкоємця обов’язків і в спадковому договорі набувача зобов’язують вчинити дії немайнового характеру, доцільніше складати заповіт про передачу тварини у власність спадкоємців із покладенням обов’язку догляду за нею, так як предметом поладення є дії як майнового так і немайнового характеру. В даному аспекті слід підтримати російського законодавця, який вирішив дану проблему зазначивши в ст. 1139 ЦК РФ, що: “Заповідач має право також покласти на одного або декількох спадкоємців обов'язок утримувати домашніх тварин, що належать заповідачеві, а також здійснювати необхідний нагляд і догляд за ними”.

Така позиція російського законодавця здається досить перспективною для спадкових правовідносин. Розвиток приватної власності, що спонукає фізичних осіб до гоніння за модними тенденціями, які пропонує індустрія у галузі розведення рідкісних порід домашніх тварин призводить до витрачання великих грошових коштів на їх придбабання та утримання, крім того особа до них “прив’язується душею”. Також для деяких заповідачів тварина є єдиним об’єктом, якій віддається вся любов і піклування на протязі життя, що є правом особи на особисте життя. Таким чином заповідач через складання заповіту з покладанням обов’язків утримувати тварину реалізує свої майнові та особисті немайнові права. У зв’язку з вище викладеним, вважається доречним доповнити статтю 1240 ЦК України абзацем другим наступного змісту: “заповідач може зобов’язати спадкоємця до вчинення дій по утриманню та догляду за домашнньою твариною заповідача в межах, що не перевищує розміру прийнятої спадщини. У разі, якщо до спадкоємця за заповітом переходить право власності на житло, тоді утримання та догляд за твариною покладається на спадкоємця довічно”.

Використані джерела:

1. Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд: Науково-практичний посібник / За заг. ред. С.Я. Фурси. - К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2007. - 1216с.

2. Бюлетень законодавства і юридичної практики України. − № 4. − 2008. − Спадкування за законлдавством України. Коментар. Судова практика − 336 с.

3. Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту): Монографія / Відп. ред. Я. М. Шевченко. − Хмельницький: Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2007. − 626 с.

4. Жук Л. Американський досвід з питань спадкування // Юриспруденція. Теорія і практика. − 2008. −№ 10 (48). − 56-62.

Стецюк Леонід Леонідович,
здобувач Хмельницького університету управління та права,
викладач кафедри правознавства Хмельницького інституту соціальних технологій ВНЗ ВМУРоЛ «Україна»

ДО ПИТАННЯ МОЖЛИВОСТІ НЕДІЄЗДАТНОЇ ОСОБИ БУТИ ГЕСТОРОМ – СУБ’ЄКТОМ САМОЗАХИСТУ СПОСОБОМ ВЧИНЕННЯ ЮРИДИЧНИХ ВЧИНКІВ У МАЙНОВИХ ІНТЕРЕСАХ ІНШОЇ ОСОБИ БЕЗ ЇЇ ДОРУЧЕННЯ

Можливість ведення чужих справ без доручення не привертала особливої уваги цивілістів у радянський період. Тому вчинення дій в майнових інтересах іншої особи є новелою Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 р. (далі – ЦКУ). Та обставина, що з моменту їх законодавчого врегулювання минуло порівняно небагато часу, зумовлює

наявність ряду питань, які потребують вирішення. Зокрема це стосується кола фізичних осіб, які можуть бути гестором.

Метою даної доповіді є обґрунтування можливості недієздатної особи бути гестором – суб'єктом самозахисту способом вчинення юридичних вчинків у майнових інтересах іншої особи без її доручення.

В цілому можливість фізичної особи бути гестором сумнівів не викликає. Питання в іншому: яким має бути обсяг дієздатності гестора? Так, із дієздатними фізичними особами все зрозуміло. Водночас питання про можливість вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення фізичною особою, яка є недієздатною, потребує розгляду.

Законодавець, визначаючи обсяг дієздатності фізичної особи, прямо не передбачає обмеження можливості особи, яка визнана судом недієздатною, вчиняти юридичні вчинки (тобто дії, що спеціально не спрямовані на встановлення юридичних наслідків, але породжують їх унаслідок припису закону) [5, с. 285], зокрема в майнових інтересах іншої особи без її доручення (наприклад, дбати про город, худобу домінуса під час його відсутності без його відома). Водночас, зі змісту норм глави 79 ЦКУ випливає обов'язковість спрямованості дій гестора на попередження, усунення або зменшення невигідних майнових наслідків для домінуса. Із вимоги щодо спрямованості дій, логічно випливає, що вони повинні усвідомлюватися особою, яка їх вчиняє.

Для відповіді на дане питання слід спершу звернутися до ст. 41 ЦКУ, де законодавець категорично зазначає, що недієздатна фізична особа не має права вчиняти жодного правочину. Проте щодо вчинення нею юридичних вчинків такої вказівки немає. Опікун недієздатної особи вчиняє від її імені правочини та несе відповідальність за завдану нею шкоду. Але не передбачається участь опікуна у вчиненні підопічним юридичного вчинку. Тобто виходить, що при здійсненні юридичного вчинку недієздатними особами також можуть виникати юридичні наслідки [5, с. 285].

Зазначимо, що стосовно дій недієздатної особи законодавець у сфері недоговірних відносин встановлює правові наслідки у вигляді обов'язку надання відшкодування лише в разі завдання нею шкоди. Водночас випадки вчинення недієздатними корисних дій залишаються поза увагою. Саме таким випадком є вчинення недієздатним юридичних вчинків у майнових інтересах іншої особи. В інституті дій в чужому інтересі без доручення особливо яскраво проявляються моральні засади цивільного права, його виховна функція [2, с. 3 – 4; 3, с. 4]. Тому, на нашу думку, тут слід застосовувати норми глави 79 ЦКУ, оскільки це є справедливим (корисні дії недієздатної особи також заслуговують на правову оцінку), доцільним (усувається можливість неоднозначного вирішення таких справ різними судами), та не суперечить цивільному законодавству.

Запропоноване нами вирішення питання щодо можливості недієздатної особи бути суб'єктом вчинення юридичних вчинків в інтересах іншої особи без її доручення потребує певної деталізації в частині виникнення у гестора прав та обов'язків.

Так, глава 79 ЦКУ встановлює для гестора певні обов'язки - надати домінусу звіт тощо. Очевидно, що на недієздатну особу такі обов'язки не можна покладати, оскільки вона не здатна своїми діями створювати для себе цивільні обов'язки, самостійно їх виконувати та нести відповідальність у разі їх невиконання (ст. 30 ЦКУ). Отже, недієздатна особа не може власними діями набувати обов'язки гестора, передбачені главою 79 ЦКУ. Така ситуація суперечила б самій суті глави 79 ЦКУ, яка не лише передбачає вчинення певних дій, а й має метою узгодження інтересів особи, чиї справи вели без доручення, та особи, яка діяла без доручення [1, с. 100 – 101, 127]. Отже, передбачені для гестора обов'язки повинні виникати навіть у разі його недієздатності. На нашу думку, для вирішення даної ситуації, слід покласти виконання даних обов'язків на опікуна недієздатної особи. Проте слід враховувати, що опікун не завжди може знати про такі дії підопічного. Тому слід передбачити, що ці обов'язки опікун має виконати за першої нагоди після того, як дізнається про дії підопічного. Також опікун повинен подбати про дотримання прав підопічного гестора (ст. 67 ЦКУ).

Отже, недієздатна особа може бути гестором – суб'єктом самозахисту способом вчинення юридичних вчинків у майнових інтересах іншої особи. Такий підхід дозволить більшою мірою дбати про інтереси недієздатної особи. Водночас покладення відповідних

обов'язків гестора на опікунів останнього (в разі його недієздатності) забезпечить належне дотримання прав домінуса.

Використані джерела:

1. Зубар В.М. Зобов'язання, що виникають з ведення чужих справ без доручення: дис. ... кандидата юрид. наук: 12.00.03 / Зубар Володимир Михайлович. – Одеса, 2001. – 178 с.

2. Балыкин Д.А. Действия в чужом интересе без поручения: дис. ...кандидата юридических наук: 12.00.03 / Балыкин Денис Анатольевич. – Рязань, 2002. – 158 с.

3. Егорова Е.Н. Обязательства, возникающие из действий в чужом интересе без поручения: дис. ...кандидата юридических наук: 12.00.03 / Егорова Елена Николаевна. – Рязань, 2004. – 213 с.

4. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003р. №435-IV // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2003. - №№ 40-44. - Ст. 356.

5. Цивільне право України: [В 2-х томах] / [Харитонов Є.О., Дзера О.В., Дудченко В.В. та ін.]; за ред. Є.О.Харитонова. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2008- - Т. 1. – 832с.

Стефанчук Микола Олексійович
старший науковий співробітник Подільської лабораторії з проблем адаптації цивільного законодавства України до законодавства Європейського Союзу Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва Національної Академії правових наук України
кандидат юридичних наук, доцент

Лисюк Олексій Юрійович
юрист

ПЕРСПЕКТИВИ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ КРЕДИТНИХ ІСТОРІЙ В УКРАЇНІ

Загалом під кредитною історією як правовим інститутом розуміється сукупність відомостей, про юридичну чи фізичну особу, щодо виконання нею взятих на себе кредитних зобов'язань. В об'єктивному відображенні це певний носій інформації, що містить дані визначені в національному законодавстві, котрі направлені на ідентифікацію особи та характеристику виконання нею взятих на себе кредитних зобов'язань.

Інститут кредитних історій нині відомий та широко застосовується в більшості країн світу. Зокрема в США та більшості країн Європи наявність кредитної історії є обов'язковою умовою видачі кредиту.

Світовий досвід формування інституту кредитних історій дає змогу класифікувати їх на окремі види, спираючись на певні особливості. Загалом значна різниця існує між системою, що створена в США та системою, загальноприйнятною в Європі.

Основною відмінністю є законодавчо встановлений порядок збирання та отримання відомостей, що становлять кредитну історію користувачами бюро. Так, в світовій практиці узвичаїлись дві системи – «опція-так» і «опція-ні». «Опція-так» використовується в Європі. Для даного виду кредитних історій обов'язковим є отримання письмової згоди від клієнта на операції з кредитною історією. Така згода може отримуватись як шляхом внесення відповідних пунктів до договору, так і окремим додатком. Подібний механізм висвітлено в Директиві Ради Європарламенту № 95/46/ЕС «Про захист громадян в зв'язку з обробкою персональних даних і про вільне переміщення таких даних» від 25 жовтня 1995 року. Це своєрідна гарантія для суб'єкта кредитної історії, що не дає права без його дозволу змінювати кредитну історію чи користуватись нею. Разом з тим, при відмові від надання

згоди на використання кредитної історії, кредитна установа вправі відмовити в укладанні кредитної угоди.

Попри загальну позитивну спрямованість, у даної системи є свої недоліки, що пов'язані з психологічним ставленням особи до використання інформації про нього. На практиці часто виникають ситуації, коли особа взагалі відмовляється від ведення власної кредитної історії, мотивуючи це подібними переконаннями.

На противагу попередній, система «Опція-ні», що передбачена в Федеральному законі США «Акт про точність кредитної звітності» не вимагає отримувати дозвіл на операції з кредитними історіями. Таким чином, як зазначалось вище, кредитна історія є обов'язковою умовою отримання кредиту в країнах з такою системою. «Опція-ні» слугує відображенням принципів функціонування всієї банківської системи США і її використання є повністю виправданим.

Крім того кредитні історії, що ведуться в різних країнах розрізняються також за їх змістом. Загалом у змісті кредитної історії виділяють три складові – «чорна» інформація, «біла» інформація та опосередковані дані.

Під «чорною» інформацією розуміються дані, щодо невиконання боржником своїх зобов'язань – несплати, про строчок, судових рішень з цього приводу. Ця інформація має особливе значення для кредитної установи, оскільки вона свідчить про можливі негативні наслідки укладення договору.

В свою чергу «біла» інформація містить загальні дані про виконані зобов'язання, їх обсяг.

Особливе значення має опосередкована інформація, котра являє собою ідентифікуючу інформацію про особу, а також про сімейний стан особи, наявне майно та інші дані. Така інформація збирається в першу чергу з метою перевірки платоспроможності особи, за допомогою обрахунку її сукупних доходів, майна, на яке може бути звернуто стягнення, сукупних витрат та ін.

Деякі країни виключають з кредитних історій опосередковану інформацію, з метою захисту особистої інформації особи. Однак фактично це призводить до зменшення практичного значення інституту кредитних історій за рахунок зметення інформативності та об'єктивності. Тому найбільш прийнятною моделлю є встановлення на законодавчому рівні обмежень щодо змісту такої інформації, однак не повного обмеження її використання.

В Україні, як і в країнах СНД, інститут кредитних історій знаходиться лише на стадії розвитку. 23 червня 2005 року був прийнятий Закон України «Про організацію формування та обігу кредитних історій», яким вносились зміни до окремих законів, зокрема до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень», Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обмежень» з метою використання даних реєстрів у процесі формування кредитної історії».

Враховуючи поступовість введення інституту кредитних бюро та кредитних історій, варто було б проаналізувати основні норми права, з метою встановлення особливостей формування власних систем кредитних історій.

Особливе значення у визначенні сутності інституту кредитних історій зазначених країн має визначення суб'єктного складу даних правовідносин. Загалом правовідносини носять багатосторонній характер, оскільки до суб'єктів належить суб'єкт, щодо якого ведеться кредитна історія, кредитне бюро, що є держателем кредитних історій та користувачі бюро, котрі поділяються на дві категорії – ті, що вносять певну інформацію про діяльність суб'єкта до кредитного бюро, та ті, хто цю інформацію використовує. Українське законодавство два останніх типи суб'єктів ототожнює під одним поняттям – «користувач Бюро». Так, Закон України «Про порядок формування та обігу кредитних історій» прямо встановлює, що користувачем Бюро може бути також суб'єкт господарської діяльності, що надає послуги з відстроченням платежу або надає майно в кредит. Загалом, користувачами Бюро виступають банки та небанківські фінансові установи.

Суб'єктом кредитної історії визначається фізична чи юридична особа, яка укладає кредитний правочин та на яку ведеться кредитна історія. Варто зазначити, що Україна, як і більшість країн СНД, серед моделей формування кредитної історії обрали охарактеризовану

вище «опцію-так», що вимагає обов'язкової згоди клієнта. Тобто лише за умови, що дана особа уклала кредитний договір на території відповідної країни та у письмовій формі дала згоду на ведення своєї кредитної історії, така особа набуває статусу суб'єкта кредитної історії.

Особливе значення має встановлення системи відповідних Бюро, що здійснюють обіг кредитних історій.

Український нормотворець обрав систему формування кредитних історій, що базується на створенні єдиної ланки приватних бюро кредитних історій. Такі бюро створюються у формі господарського товариства з обов'язковою реєстрацією статуту та його затвердженням Наказом Департаменту легалізації та регулювання діяльності бюро кредитних історій. Така система потребує співпраці між різними бюро кредитних історій на рівні однієї горизонталі.

Основну проблему теоретичного аспекту формування та обігу кредитних історій становить визначення змісту інформації, що входить до їх складу.

В українському законодавстві зміст кредитної історії поділено на ідентифікуючі відомості, аналогічно до описаного вище, які також включають в себе відомості про сімейний стан та трудову діяльність. Другою складовою є відомості про грошове зобов'язання суб'єкта кредитної історії, в тому числі і щодо визнання кредитного правочину недійсним та причин такого рішення. Особливе значення становить категорія даних, що заноситься до кредитних історій в Україні, що формується із сукупності інформації про особу з державних реєстрів, інших баз публічного користування. Це, зокрема, дані реєстрів судових рішень, дані про наявність заборгованості за податками та іншими обов'язковими платежами та інші відомості даної категорії, що можуть бути посвідченням можливості чи неможливості виконання суб'єктом своїх зобов'язань.

Четверту категорію становлять відомості про операції з кредитною історією, тобто як запити так і внесення до неї інформації та змін.

Важливим питанням є також і сукупність прав, що належать суб'єктам кредитної історії, які можна виділити в три основні категорії: право на отримання кредитного звіту, право на оскарження даних кредитної історії та внесення до неї змін, а також право на захист інформації, що передана до кредитного бюро.

Отримання кредитного звіту – це ознайомлення з даними що містяться у власній кредитній історії. Безперечно, враховуючи значення кредитної історії, суб'єкт вправі ознайомлюватись з її змістом, з метою контролю сукупної там інформації, а також перевірки даних щодо користувачів бюро, що здійснювали запити чи вносили певну інформацію до кредитної історії.

До другої категорії відноситься сукупність прав пов'язаних з внесенням змін та оскарження окремих положень кредитної історії. Для суб'єкта це базова гарантія захисту своїх прав а також честі, гідності та ділової репутації. Фактично законодавством створено чіткі механізми реалізації даного права з певними особливостями.

Будь-який суб'єкт кредитної історії ознайомившись зі змістом кредитного звіту вправі подати заяву про оскарження своєї кредитної історії до Бюро. З часу отримання такої заяви Бюро кредитних історій розпочинає перевірку оспорюваної інформації. На час такої перевірки з метою захисту інтересів суб'єкта до кредитної історії заноситься відповідна позначка, що свідчить про перевірку даної інформації, тим самим переводячи її з категорії безумовної в таку, що можливо не відповідає дійсності.

За результатами такої перевірки приймається вмотивоване рішення про визнання інформації достовірною, про що повідомляється заявника, або ж навпаки – визнання її недостовірною та зміну чи доповнення кредитної історії.

В законі України «Про організацію формування та обігу кредитних історій» передбачено право суб'єкта кредитної історії у разі відхилення його скарги на включення до кредитної історії коментарю до оспорюваного пункту загальним обсягом до 100 слів. Загалом, рішення щодо розгляду заяви може бути оскаржено до суду.

Чи не найважливіше значення законодавчого регулювання інституту кредитних історій відіграє питання захисту інформації, що перебуває в Бюро. Варто відзначити, що заінтересованість в захисті такої інформації мають як суб'єкти, так і користувачі (джерела)

кредитних бюро, а також самі бюро. Для кредитних установ витік інформації з бази даних Бюро може означати послаблення власних можливостей в конкурентній боротьбі, оскільки іншим учасниками ринку стануть відомі про маркетингову політику установи, сукупну заборгованість та ін. В той же час, подібна ситуація для кредитного Бюро буде означати зниження довіри до нього та відтік клієнтів.

Таким чином, захист інформації, що становить кредитні історії стає одним із провідних принципів діяльності будь-якого бюро. Окрім загальних вимог щодо захисту інформації, пов'язаних із недопустимістю проведення операцій з базами даних будь-яким іншими суб'єктами, законодавство встановлює рад конкретних гарантій.

В законодавстві України немає обмежень щодо змісту кредитного звіту, в той час як додаткові частини кредитних історій у Російській Федерації, Республіці Білорусь та більшості країн Європи не надаються користувачам.

Варто зазначити, що в Україні встановлюються також і часові межі зберігання конкретних записів кредитної історії з дня отримання останніх відомостей по відповідному кредитному правочину в 10 років. По спливу зазначеного строку анулюється відповідний запис, а після анулювання всіх записів, що входили до кредитної історії, вона також автоматично анулюється.

Виходячи із усього вищенаведеного ми можемо зробити висновок про те, що запровадження інституту кредитних історій в Україні хоча і спрямоване на розвиток української економіки та захист добросовісних позичальників, але містить перед собою цілий ряд дискусійних питань, які ще варто вирішити законодавцю. Зокрема, найбільш гострі питання насьогодні пов'язані із «добровільністю» передачі інформації у відповідне Бюро, з дотриманням усіх гарантій права на таємницю та права на інформацію, з створенням єдиного комплексного підходу до Реєстру кредитних історій.

На нашу думку, Україні доцільно було б вийти до Європейської спільноти із пропозицією прийняти уніфікований нормативно-правовий акт, з метою вдосконалення правового регулювання інституту кредитних історій, яким би регламентувались такі основні питання:

1. Створення Центральних кредитних бюро у кожній країні Європи. Такі Бюро зберігали будь-яку інформацію про кредиторів, яка передбачалась би внутрішнім законодавством окремої країни.
2. Створення Єдиного Європейського Кредитного Бюро в яке б надсилались дані з центральних бюро країн Європи. При цьому основні дані мали ю містити:

відомості, що ідентифікують особу;

наявність чи відсутність існуючого кредиту (так/ні) і його суму;

наявність чи відсутність прострочок платежу (строк/сума);

найменування країни та банку у якому зазначена особа має невиконані чи прострочені зобов'язання.

3. Розробка системи співпраці між Бюро та можливість електронного доступу до Бази Даних для формування кредитних звітів в залежності від опцій та режимів доступу в різних країнах.
4. Розробити механізм надання кредитів особам без кредитних історій, а також сприяти захисту прав тих осіб, які не бажають передавати інформацію про себе у Бюро.

Сподіваємось, що ці заходи будуть ефективними, а загальне погіршення економічного стану України та світова економічна криза не матимуть різкого негативного впливу на адаптацію інституту кредитних історій. Кредитні історії стануть справжнім орієнтиром в кредитуванні в майбутньому, саме тому варто приділяти особливу увагу юридичним засадам впровадження цього інституту.

Список використаних джерел :

1. Про організацію формування та обігу кредитних історій, Закон від 23.06.2005 №2704-IV // Голос України від 29.07.2005 -2005 - № 138.

2. О кредитных историях, Закон Республики Беларусь 10.11.2008 №441-З //Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь11.11.2008 г. – 2008 - № 275.

3. О кредитных историях, Закон Российской Федерации 22.12.2004 №218-ФЗ // Собрание законодательства РФ 03.01.2005 – 2005- N 1 (часть 1) - ст. 44.

4. Бюро долговых и кредитных историй в странах мира // World Debt Corporation // http://www.worlddebt.ru/index.php?name=analytic

5. Обзор основных подходов к созданию системы кредитных бюро в западноевропейских странах и США // Технолоии разведки и бизнеса // http://www.it2b.ru/it2b4.view1.page11.html

Стрішенець Марина Юріївна,
студентка 4 курсу юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРОБЛЕМА НОРМАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ «ОБХОДУ ЗАКОНУ» (FRAUS LEGI FACTA) В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

Питання про «обхід закону» (fraus legi facta) є одним із найактуальніших в науці міжнародного приватного права з огляду на сьогоденну практику правового регулювання приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом.

Аналіз внутрішньодержавного законодавства ряду країн світу та міжнародно-правових договорів дає можливість стверджувати, що дане питання вирішується неоднозначно. Зокрема, в більшості сучасних правових систем має місце тенденція до відмови від регулювання обходу закону на нормативно правовому рівні. Так, положення про «обхід закону» відсутні у відносно нових та визнаних досить прогресивними кодифікаціях міжнародно-приватного права Австрії, Німеччини, Швейцарії, США. Серед міжнародних джерел, які не містять прямого правового регулювання обходу закону, можна назвати Гаазьку конвенцію про право, що договорів про купівлю-продаж товарів 1986 р., Міжамериканську конвенцію про право, що застосовується до міжнародних контрактів та інші.

Існує також група країн, законодавство яких містить положення, що регулюють «обхід закону», однак розглядає його як явище негативне, що є підставою для незастосування до правовідносин сторін того правопорядку, якому вони прагнули підпорядкувати свої відносини шляхом обходу закону. Так, відповідно до п. (1) параграфу 8 Закону Угорської Народної Республіки «Про міжнародне приватне право» 1987 р. (зі змінами 1998 р.) «не може застосовуватися іноземний закон, який прив'язується до іноземного елементу, що створений сторонами штучно або шляхом симуляції, з метою обходу керівної норми права (штучна прив'язка)» [2, 201]. Подібним шляхом пішла і Україна, закріпивши в ст. 10 ЗУ «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 р. положення про те, що «правочини та інші дії учасників приватноправових відносин, спрямовані на підпорядкування цих відносин праву іншому, ніж те, що визначається згідно із цим Законом, в обхід його положень, є нікчемним. У випадку з'ясування обходу закону застосовується право, яке підлягає застосуванню відповідно до норм цього Закону» [1].

Виникає питання: чому законодавець відмовляється від регулювання «обходу закону» на нормативному рівні, в той час як це явище з кожним днем набуває все більшого поширення в практиці міжнародних відносин? Муранов А. І. пояснює це тим, що використання теорії «обходу закону» ще більше ускладнило б і без того непростий механізм колізійного регулювання [3, 6]. Ануфрієва дотримується позиції про те, що в поєднанні зі свободою пересування, свободою поглядів і договірною свободою, що притаманні приватним правовідносинам загалом і тим, які врегульовані нормами міжнародного приватного права зокрема, вимога обов'язкового і жорсткого підпорядкування таких відносин певному правопорядку в сьогоденних умовах видається анахронізмом [4, 155].

З цією точкою зору важко погодитись з огляду на наступне. «Обхід закону» в міжнародному приватному праві являє собою усвідомлене створення хоча б однією

стороною правовідносин підстав для застосування закону тієї правової системи, яка «лояльніше» визначає певний правовий статус [5, 76]. Фактично має місце вибір сторонами того правопорядку, який регулює правовідносини між ними у найвигідніший для них спосіб. При цьому відсутнє будь-яке порушення публічного чи приватного інтересу, забезпеченого законом, який сторони мають намір «обійти», що і відрізняє розуміння поняття «обхід закону» з точки зору міжнародного приватного права і національного права кожної конкретної держави [6, 101].

Також слід брати до уваги, що «обхід закону» не поширюється на сферу дії імперативних норм національної правової системи або застереження про публічний порядок (renvoi). Мова іде виключно про сферу диспозитивного правового регулювання, притаманну приватноправовим відносинам. В цьому аспекті «обхід закону» як юридичний механізм колізійно-правового регулювання приватноправових відносин може виступати одним із способів реалізації автономії волі сторін (lex voluntatis). При цьому угода сторін стосовно підпорядкування відносин між ними правопорядку певної держави (використання колізійної прив'язки lex voluntatis) в більшості сучасних джерел міжнародного приватного права різних країн закріплюється на нормативному рівні і визнається правомірною. З огляду на вище викладене, видається суперечливим підхід до заперечення можливості застосування «обходу закону» сторонами приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом, шляхом штучного підпорядкування останніх юрисдикції певної держави поряд із забезпеченою нормативно можливістю сторін «самостійно здійснювати вибір права що підлягає застосуванню до змісту правових відносин»[1, ч. 1 ст. 5].

Слушною в даному відношенні видається позиція Кисіля В. І., який вважає, що положення ст. 10 ЗУ «Про міжнародне приватне право» у його нинішній редакції на практиці сьогодні фактично зводяться нанівець, оскільки інші положення даного Закону передбачають широкий простір для уникнення невигідного для сторін правопорядку [7, 214]. Таким чином, на практиці «обхід закону» широко застосовується, однак його застосування не отримує офіційного визнання, оскільки має місце його зовнішнє оформлення за допомогою інших, передбачених законом, колізійних засобів.

На основі вище викладеного, вважаю за доцільне внести зміни до ст. 10 ЗУ «Про міжнародне приватне право» і офіційно легалізувати «обхід закону» сторонами приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом, якщо при цьому не порушуються положення імперативних норм національного правопорядку, а також приватноправові інтереси третіх осіб.

Використані джерела:

1. ЗУ «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 р.–Голос України від 29.07.2005 р. - №138.

2. Балдинюк В. В. Наміри сторін правовідносин та питання про обхід закону в міжнародному приватному праві / Київський національний університет імені Тараса Шевченка. Актуальні проблеми міжнародних відносин. – Київ, 2006. – Випуск 61, ч. 2. – ст.ст. 201-205.

3. Муранов А. И. К вопросу об «обходе закона» в проекте раздела VII «Международное частное право» части третьей ГК РФ / Юрист. – М.: 1997 г. - № 5. стр. стр. 3-8.

4. Ануфриева Л. П. Международное частное право. В 3-х т.: Том 1. Общая часть. – М.: Издательство БЕК, 2002. – 171 стр.

5. Фединяк Г. С., Фединяк Л. С. Міжнародне приватне право. – К.: АТІКА, 2009. – 500 ст.

6. Суворов Е. Д. Обход закона. Сделка, оформляющая обход закона. – М.: Издательский дом В. Ема, 2008. – 188 с.

7. Кисіль В. І. Міжнародне приватне право. Питання кодифікації. – К., 2005. – 480 ст.

Тарасенко Леонід Леонідович
асистент кафедри цивільного права та процессу юридичного факультету
Львівського національного університету імені Івана Франка

ПРЕДМЕТ ДОГОВОРУ НАЙМУ МОРСЬКОГО СУДНА

У КТМ України найм (оренда) морського судна називається фрахтуванням. Ці відносини врегульовані главою 1 розділу 6 КТМ України.

Проте в науковій літературі дискутують лише про правову природу договору найму (оренди) морського судна, не зосереджуючи увагу на його особливостях [1, 3; 2, 7; 3, 5; 4, 396].

Предметом договору найму транспортного засобу може бути морське і річкове судно. Хоча це два різних види суден, але вони охоплюються одним поняттям – водний транспорт [5, 167]. Однією з підстав такого об'єднання є подібність транспортних засобів (морського та річкового судна), оскільки і морське, і річкове судно переміщується по воді.

Але в чинному законодавстві України немає поняття водне судно як уніфіковане об'єднуюче поняття для морського та річкового судна. Фактично родовим поняття є судно, яке і відображає певні технічні та інші характеристики цієї плаваючої споруди. Слова «морське» чи «річкове» вказує лише на певний вид судна залежно від можливості використання його у внутрішніх водах (річках) чи у відкритому морі.

Окремі автори зазначають також, що метою використання морського транспортного засобу є здійснення зовнішньоторговельних перевезень, а метою використання річкового транспортного засобу – внутрішні (без перевалочні) перевезення пасажирів та вантажу [5, 168].

Поняття «судно» наводиться у Конвенції про Міжнародні правила запобігання зіткненню суден на морі 1972р. Зокрема, відповідно до п.«а» правила 3 цієї Конвенції "судно" означає всі види плавучих засобів, включаючи неводотоннажні судна і гідролітаки, що використовуються або які можуть бути використані як засоби пересування по воді. Плаваючі судна можуть бути обладнані механічним двигуном, а можуть бути парусними. Ця класифікація плаваючих суден теж є досить важливою, оскільки не кожне плаваюче судно можна вважати транспортним засобом в контексті ст.798 ЦК України. Відповідно незавжди відносини найму таких суден вважатимуться наймом транспортних засобів.

Судно є складним технічним пристроєм. Більше того, однією з істотних умов договору найму морського судна є морехідний стан цього судна, тобто судно повинно бути придатним для використання, укомплектоване екіпажем тощо. Але в міжнародних нормах немає єдиних вимог щодо технічного стану, яким повинно відповідати плаваюче судно (як власне, так і орендоване). Натомість такі вимоги повинні встановлюватися національним законодавством. А відповідно до ч.3 ст.94 Конвенції Організації Об'єднаних Націй з морського права кожна держава щодо суден, які плавають під її прапором, повинна прийняти необхідні міри щодо забезпечення безпеки на морі, зокрема, це стосується: конструкції, обладнання та придатності до плавання, комплектації, умов праці та навчання членів екіпажу, користування сигналами підтримки зв'язку та попередження зіткнення. Більше того, кожне судно перед реєстрацією, а також через певні проміжки часу, повинно інспектуватися кваліфікованим судновим інспектором, та мати морехідні карти і навігаційне обладнання. Також плаваюче судно повинно відповідати і іншим вимогам, що встановлені Конвенцією ООН з морського права (п.п.4-7 ст.94). Такі ж вимоги до судна містяться і в Конвенції про відкрите море (ст.10).

У зв'язку з тим, що, все-таки, основні вимоги до судна повинні мітитися в національному законодавстві (які повинні доповнювати та конкретизувати міжнародно-правові норми), слід проаналізувати чинне законодавство України.

Знову ж таки, у чинному законодавстві України немає визначення поняття морське судно.

У ч.1 ст.15 КТМ України міститься визначення торговельного судна, яким визнається самохідна чи несамохідна плавуча споруда, що використовується для перевезення вантажів,

пасажирів, багажу і пошти, для рибного чи іншого морського промислу, розвідки і добування корисних копалин, рятування людей і суден, що зазнають лиха на морі, буксирування інших суден та плавучих об'єктів, здійснення гідротехнічних робіт чи піднімання майна, що затонуло в морі; для несення спеціальної державної служби (охорона промислів, санітарна і карантинна служби, захист моря від забруднення тощо); для наукових, навчальних і культурних цілей; для спорту; для інших цілей.

Очевидно, що вищезазначене визначення можна вважати визначенням поняття морського судна загалом, а не лише торговельного судна, оскільки за змістом визначення охоплює не лише торговельну діяльність, для здійснення якої використовується судно, а й інші види діяльності.

Шершеневич Г.Ф. зазначає, що морське торгове судно представляє собою споруду, що здатна триматися і пересуватися по воді та призначена для здійснення морського промислу [6, 228]. На нашу думку, можна виділити наступні ознаки морського судна як предмету договору найму. По-перше, це – судно. Під це поняття підходять багато чисельні різновиди суден: парусні, парові тощо незалежно від назви – корабель, пароход, катер, яхта, шхуна і т.д. Проте не будь-яка споруда, яка здатна триматися на воді може вважатися морським судном і відповідно не кожне судно може бути предметом договору найму саме транспортного засобу з поширенням на ці відносини спеціального законодавства. По-друге, морехідний стан судна. Морехідний стан судна слід розуміти у двох значеннях: 1. розмежування морського судна і річкового судна; 2. належний технічний стан. Закон чітко розмежовує морські судна і судна внутрішнього плавання (річкові судна). До речі у ч.1 ст.798 ЦК України як окремі предмети договору найму транспортного засобу зазначаються морські і річкові судна. Варто зазначити, що в англійському законодавстві ці поняття не розмежовуються (Merchant Shipping Act 1894, § 742). Критеріями для розмежування морського і річкового судна є розмір об'єму двигуна, величина судна тощо (п.26-30 Статуту внутрішнього водного транспорту). Щодо технічного стану морського судна, то судно повинно бути допущено до плавання. Зокрема, відповідно до ст.23 КТМ України судно може бути допущене до плавання тільки після того, як буде встановлено, що воно задовольняє вимоги безпеки мореплавства, охорони людського життя і навколишнього природного середовища. Технічний нагляд за морськими суднами, незалежно від форм власності судна і його власника, та їх класифікація здійснюються класифікаційним товариством, обраним судновласником. Варто зазначити, що є вичерпний перелік класифікаційних товариств, який затверджений розпорядженням КМУ від 06.03.1996р. № 172-р. Судновласник має право обрати класифікаційне товариство на свій розсуд. На перший погляд диспозитивність норми, яка допускає право вибору класифікаційного товариства, є позитивом. Але на нормативному рівні не визначено державні вимоги щодо нагляду за технічним станом суден. В зв'язку з цим виникла цікава правова ситуація. Кожне класифікаційне товариство здійснює технічний нагляд за своїми (комерційними) правилами, які відрізняються між собою. Варто погодитися з Горчаковим С., який зазначає, що у такій ситуації за прорахунки класифікаційного товариства в здійсненні технічного нагляду відповідальність несе держава Україна, від імені якої були видані відповідні документи [7, 8]. Таким чином, на законодавчому рівні слід прийняти нормативно-правовий акт, який би встановив вимоги щодо технічного стану морського судна. По-третє, морське судно повинно бути зареєстровано в Державному судновому реєстрі України. Відповідно до ч.1 ст.26 КТМ України українські судна, технічний нагляд за якими здійснюють класифікаційні товариства, підлягають реєстрації у Державному судновому реєстрі України. Українські судна, що не підлягають реєстрації у Державному судновому реєстрі України, реєструються у Судновій книзі України. Варто зазначити, що відповідно до п.14 постанови КМУ «Про затвердження Порядку ведення Державного суднового реєстру України і Суднової книги України» орендоване (зафрахтоване) судно теж може бути за заявою орендаря (фрахтувальника) бути зареєстроване у Державному судновому реєстрі України. Водночас вищезазначена норма не позбавлена недоліку. Зокрема, навряд чи є доцільним наявність диспозитивної норми щодо тимчасової реєстрації змін в Державному судновому реєстрі в разі фрахтування (оренди) судна. Вважаємо, що діяльність, пов'язана з використанням морського судна, є джерелом

підвищеної небезпеки, а саме морське судно – складним технічним пристроєм, і відповідно будь-яка зміна експлуатанта може загрожувати безпеці людей, навколишнього природного середовища тощо. Про особливий правовий статус морського судна неодноразово відзначали науковці і практики, зокрема, Балобанов О., Брильов О., Терзієва Н., Горчаков С. та інші [7, 8; 8, 6; 9, 11]. На нашу думку, реєстрація судна носить публічно-правовий характер і є юридичним фактом – дією, що породжує правові наслідки. Такої ж позиції дотримуються і інші автори [9, 11]. Без офіційної реєстрації в певній країні морське судно являє собою лише плавучий об'єкт. Тільки з моменту офіційної реєстрації і отримання права на плавання під прапором певної країни цей плавучий об'єкт стає транспортним засобом – морським судном, яке має право плавати у відкритому морі та відповідно може бути предметом договору найму транспортного засобу. Фактично держава надає власникові або іншій особі, яка на законних підставах володіє морським судном (в тому числі на праві оренди), право використовувати морське судно і одночасно здійснює контроль за правомірним використанням цього судна. Отже, предметом договору найму морського судна може бути лише те морське судно, яке зареєстроване у відповідному судновому реєстрі. Проте сам факт реєстрації морського судна ще не засвідчує його належний технічний стан. Відтак необхідно внести зміни до постанови КМУ „Про затвердження Порядку ведення Державного суднового реєстру України і Суднової книги України", закріпивши саме обов'язок фрахтувальника (замість права, яке є на даний час) звернутися до Інспекції Головного державного реєстратора флоту одразу після укладення договору фрахтування морського судна для реєстрації морського судна у Державному судновому реєстрі України.

Використані джерела:

1. Клепікова О.В. Правове регулювання перевезень вантажів морським транспортом. Автореф. дис.на здоб.к.ю.н. – Київ, 2003. –20с.

2. Стрельцова Є.Д. Договір морського перевезення вантажу (порівняльний аспект). Автореф. дис.на здоб.к.ю.н. – Одеса, 2002. – 18с.

3. Діковська І.А. Договір повітряного чартеру у міжнародному приватному праві. Автореф. дис.на здоб.к.ю.н. –Київ, 2002. – 22с.

4. 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.

5. Транспортне право України: Навч. посіб. / Демський Е.Ф., Іжевський В.К. та ін.; За заг. ред. В.К.Іжевського, Е.Ф. Демського. – К.: Атіка, 2008. – 292с.

6. Шершеневич Г.Ф. Учебник рускаго гражданскаго права.Т.2. -По изд. 1914 г. - М.: Спарк, 1995. - 336 с.

7. С.Горчаков. Нагляд за технічним станом суден. Актуальні питання вдосконалення морського адміністративного права // Юридичний журнал. – 2003. - № 3. – С.6.

8. Даценко К. Морське право: особливості застосування // Юридична газета. – 2003. – 20 жовтня. – № 7. - С.8.

9. С.Горчаков Правовые аспекты регистрации судов // Юридична практика. – 2007. – 6 лютого. - № 6 (476). – С.12.

Тристан Анна Володимирівна
студентка 2 курсу магістратури юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ОБМЕЖЕННЯ ПРАВА НА ПРОВЕДЕННЯ ФОТОЗЙОМКИ

Практично кожен із нас зустрічався із заборонами на фотографування. Знаходячись в тій або іншій країні ми зтикаємось із різного роду такими заборонами, причому правова природа їх у кожній країні різна – вона може бути зумовлена релігійними, моральними нормами того чи іншого суспільства, або специфікою законодавства окремої країни.

Так, в багатьох мусульманських країнах існує заборона фотографувати людей, здебільшого на фотографування жінок, у деяких країнах – людей в принципі.

В Японії заборонено фотографувати вміст книг і журналів в книжкових магазинах. Причина такої заборони – захист авторських прав. Заборона набрала чинності після того, як в період з 2000 по 2002 рік продажу в книжкових магазинах впали у декілька разів. Розслідування показало – вміст книг і журналів фотографується. Після заборони продажу знов пішли вгору.

Безумовна заборона на фотографування у всіх країнах лежить на військових об'єктах.

В більшості країн Європи заборонено фотографувати промислові будівлі. На самих промислових підприємствах, якщо на них організовуються екскурсії, існують спеціальні зони, де фотографування дозволене. У інших місцях фотографування заборонене. Ця заборона зумовлена боротьбою із спробами промислового шпигунства. Більш того, запобігаючи таким спробам, на деяких підприємствах діє заборона для співробітників користуватись так званими камерафонами – мобільними телефонами із вбудованою камерою.Така заборона для співробітників діє на більшості підприємств в Кореї, Китаї, Японії, Малайзії.

Власті Італії видали пам'ятку про те, як і де можна користуватися телефоном з камерою. У відповідність з пам'яткою – зображення людей, отримані за допомогою телефону можуть використовуватися лише в особистих цілях, але не можуть бути розміщені в Інтернеті або показані ЗМІ. Якщо ви хочете розмістити таке фото, наприклад у себе в щоденнику – необхідно повідомити людину, зафіксовану на знімку.

Більше всього заборон існує в тоталітарних державах або в суспільствах з нерозвиненою демократією. Наприклад, в Північній Кореї не можна фотографувати мавзолей Ким Ір Сена. У Російській Федерації не можна фотографувати в мавзолеї Леніна.

Боротьбою з тероризмом пояснюється заборона, що існує в більшості країн фотографувати в аеропортах, на злітному полі у літаках. Також практично у всіх країнах заборонено фотографувати автостради, тунелі, мости.

Щодо національного законодавства, то у Конституції України (ст. 54) закріплено гарантії свободи літературної, художньої, наукової та технічної творчості. Закріплено це право також і у ст. 309 ЦК. Більш деталізованим є закріплення права особи на інформацію – воно відображено у Конституції України (ст. 34), Цивільному Кодексі України (ст. 302) та навіть врегульовано окремими нормативно-правовими актами – Законом України «Про інформацію», Законом України «Про науково-технічну інформацію» тощо. Відповідно до ст. 45 ЗУ «Про інформацію» ніхто не може обмежити права особи у виборі форм і джерел одержання інформації, за винятком випадкі

передбачених законом.

Щодо заборони фотографії військових, стратегічних об’єктів чинне законодавство визначається досить однозначно і зрозуміло, визначеним є також порядок фотографування та використання зображень фізичної особи, то для певних обмежень проводити зйомку у публічних місцях виникають питання щодо правової природи таких обмежень та їх правомірності, тому вважаю за доцільне більш детально розглянути їх нижче.

Заборона фотографувати на борту літака. Відповідно до Закону України «Про боротьбу з тероризмом» та Правилами повітряних перевезень пасажирів і багажу,

забороняється проведення фото- та відео- зйомки на борту літака. Але така заборона поширюється лише на зйомку частин двигуна, крил, технічного оснащення літака, його внутрішньої будови професійними камерами. На зйомки краєвидів з вікна літака така заборона не поширюється.

Заборона фотографувати залізничні шляхи, залізничні поїзди. Заборона такого роду є неправомірною – Законом України «Про залізничний транспорт» та Правилами перевезення пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти залізничним транспортом України такої заборони не передбачено.

Заборона фотографувати у метрополітені. Закони України «Про транспорт», «Про міський електричний транспорт», а також Правила користування Київським метрополітеном містять заборони лише на проведення кіно- і відео- зйомки на території метрополітену без надання дозволу адміністрації. Однак, на проведення фотозйомки така заборона не поширюється, а відтак, пред'являти вимоги сховати фотокамеру працівники метрополітену права не мають.

Фотозйомка в ресторанах, кафе та інших закладах громадського харчування. Відповідно до Правил роботи закладів (підприємств) ресторанного господарства, заклади ресторанного господарства мають право вводити свої правила щодо фотозйомки на території даного закладу (здебільшого, такі правила передбачають можливість фотографуватись на фоні інтер'єру даного закладу, але не самі елементи інтер'єру – тобто, щоб інтер'єр не був основним елементом зйомки). Але це жодним чином не надає права адміністрації такого закладу вводити заборону на проведення фотозйомки на території закладу, тому такі обмеження є неправомірними.

Магазини, торгівельні зали, торгівельні приміщення. На більшості дверей до магазинів та торгівельних приміщень можна побачити наліпку – «Фотозйомка заборонена». Однак, така заборона також є неправомірною, оскільки вона прямо суперечить вимогам ст. ст. 4, 15 ЗУ «Про захист прав споживачів» - споживач має право отримати інформацію про продукцію. А яким чином він цю інформацію отримає – це вже його справа. Фіксування за допомогою фотографії є також шляхом отримання необхідної інформації, тому заборона є необґрунтованою. Адміністрація деяких закладів посилається на те, що ціни на товар становлять комерційну таємницю, але таке твердження також не є вірним – визначення комерційної таємниці прямо закріплене у ст. 505 ЦК України, і таке визначення не поширюється на ціни на товар. Інше поширене посилання – порушення права власності власника закладу, але таке посилання також не відповідає вимогам законодавства, оскільки відбувається заміщення понять «розпорядження власністю» та «інформація про власність».

Зйомка в музеях, картинних галереях, на територіях історичної та культурної спадщини. Фотозйомка у картинних галереях та музеях дозволена, лише за умови що музейний експонат не є основним елементом зйомки.

Використані джерела:

1. Конституція України

2. Цивільний кодекс України від 16.01.2003р. //Офіційний Вісник України, 2003, № 11, ст. 461.

3. Закон України «Про інформацію» від 02.10.1992р.// Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1992, № 48, ст.650

4. Закон України «Про авторське право та суміжні права» від 23.12.1993р.//Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1994, № 13, ст.64

5. Закон України «Про захист прав споживачів» від 12.05.1991р.// Відомості Верховної Ради УРСР (ВВР), 1991, № 30, ст.379

6. Закон України «Про транспорт» від 10.11.1994р.// Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1994, № 51, ст.446

7. Закон України «Про міський електричний транспорт» від 29.06.2004р.// Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2004, № 51, ст.548

8. Закон України «Про залізничний транспорт» від 04.07.1996р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 40, ст. 183

9. Закон України «Про боротьбу з тероризмом» від 20.03.2003р.// Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2003, № 25, ст.180

10. Правила користування Київським метрополітеном затверджені Київською міською радою 20.01.1995 р.

11. Правила користування Дніпропетровським метрополітеном затверджені Наказом Міністерства транспорту та зв'язку України 22.12.2004 № 1119

12. Правила користування Харківським метрополітеном затверджені Наказом Міністерства транспорту та зв'язку України 10.08.2004 № 712

13. Правила роботи закладів (підприємств) ресторанного господарства затверджені Наказом Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України 24.07.2002 № 219

Туранська Дар'я Олегівна
студентка 2 курсу, юридичного факультету
Київського національного університету ім. Тараса Шевченка

ПРОБЛЕМИ РОЗУМІННЯ ТА ЕВОЛЮЦІЯ ІНСТИТУТ ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ В ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ

За умов розвитку сучасного ринкового суспільства в Україні приватним особам належать значні майнові права, тому актуального значення серед теоретиків та юристів набуває інститут зловживання правом. В Україні це певною мірою пов'язано із включенням ст.. 13 до ЦК України, де в ч.2 вказано на обов'язок осіб утримуватись від реалізації своїх права таким чином, якщо це може зашкодити інтересам інших учасників[10]. Проблемі визначення та кваліфікації інституту зловживання правом в цивільних правовідносинах присвячено ряд праць відомих вчених – Агаркова М.М.[1], Грибанова В.П.[4], Стефанчука М.О.[10], Яценко Т.С.[12], Малиновського О.О[5;6].

Вперше на законодавчому рівні визначення «зловживання правом» було закріплено у 226 параграфі Німецького Цивільного уложення як «використання права не допустиме, якщо воно має своєю виключною метою нанесення шкоди іншим». Теорія зловживання правом відома у мусульманській та англо – американській правовій сімї. Зокрема у ст. 857 Зводу англійського цивільного права «зловживання» розуміється як «використання на зло», тобто така дія або бездіяльність, що створює перешкоду або стурбованість третій особі внаслідок реалізації свого суб'єктивного права.

На даний момент існує у цивілістичній науці якісно два протилежні підходи щодо прийнятності самого терміну «зловживання правом». Відомий цивіліст Агарков Н.Н. вказує на те, що оскільки особа вийшла за межі наданого їй суб'єктивного права, то її не можна вважати особою, що здійснила своє право[1,429]. Основний аргумент прихильників даної позиції (Самойлова М.В. та Братуся С.Н.) – здійснення права не може бути протиправним, а зловживання вже по своїй суті існує поза межами права[8,429; 3,82]. Інша група цивілістів є прихильниками того, що дана правова категорія має бути залишена у чинному законодавстві. Малиновський О.О. навіть пропонує ввести два види зловживання правом; правомірне та протиправне[5, 128]. На мою думку з першим є можливим погодитись, проте з другим – «протиправність» є невід'ємною рисою зловживання правом, її підкреслення є аналогічно абсурдному словосполученню «протиправне правопорушення».

Мною було опрацьовано та визначено основні ознаки інститут зловживання правом, що є спільними для багатьох вчених. Грибанов В.П. першим вірно сформулював основні висхідні ознаки для подальшої розробки теорії зловживання правом в цивільному праві:зловживання правом – це його використання на зло; зловживання може бути допущено, коли особа зловживає своїм правом; зловживання можливе лише при здійсненні права[5,110]. Білих В.С. вказує на дві наступні ознаки: вольовий характер; винна поведінка[2,102-103]. Яценко Т.С. відмічає таку обов'язкову ознаку як нанесення шкоди,

заподіяної неправомірними діями іншій особі[11,86]. Відповідно до позиції Малиновського О.О. під шкодою маємо розуміти не лише моральну (страждання, знищення або пошкодження ділової репутації), а й матеріальну (виконання додаткових робіт або втрата прибутку)[6,72].

Деякі вчені дотримуються підходу, що зловживання цивільним правом – це особливий вид правової поведінки. Проте я не згодна з цією позицію, адже вона є дещо суперечливою. Якщо зловживання правом є здійснення свого суб'єктивного права, то як ми можемо говорити про юридичні наслідки або санкції, які суд має застосовувати в разі зловживання. Так як цивільна доктрина визнає єдиною підставою застосування санкцій лише за умови правопорушення, то, дотримуючись позиції Грибанова В.П., зловживання правом слід визначати як особливий вид правопорушення., пов'язаний з використанням недозволених конкретних форм в межах дозволеної загального типу поведінки законом[4,43].

Стосовно шикани, то цю категорію на мою думку слід розглядати як особливий вид зловживання правом в цивільних правовідносинах, коли реалізація суб'єктивного права особи направлена з єдиним наміром – завдати шкоду іншій третій особі. Область застосування шикани обмежена також сферою ділового обороту з однієї сторони та зловживанням правом – з іншої. За цією причиною не можливо використовувати шикану у цілях зловживання положенням домінуючим на ринку та недобросовісної конкуренції. Для таких випадків, як зазначає Стефанчук М.О., існує відповідна нормативна база, для прикладу в Україні, як Закон «Про захист від недобросовісної конкуренції», «Про захист економічної конкуренції», «Про антимонопольний комітет»[9, 106].

Факт зловживання правом є підставою для відмови в захисті права особи, котрим зловживають – це свого роду санкція присічного характеру. Відповідні юридичні наслідки передбачені в ч.6 ст.13 ЦК України, де суд може забов'язати особу припинити зловживати правом, а також відшкодувати збитки за загальним правилом відповідно до ст.22 ЦК України[7, 32].

На мою думку, необхідним є відмітити той факт, що складність розуміння самого інституту зловживання правом пояснюється в першу чергу тим, що законодавець не дає чіткого визначення цьому поняттю. Така невизначеність призводить до кризи у суспільстві, адже не притягнення до відповідальності осіб, що діють недобросовісно, нерозумно є порушенням самого призначення права. Отже, ст.13 ЦК України має бути розширена визначенням зловживання правом як особливого типу правопорушення, а також більш чіткого та доктринального пояснення категорії шикани, яка так чи інакше вважатимемо закріпленою у ч.3 ст.13 ЦК.

Використані джерела:

1. Агарков М.М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве. «Известия АН СССР», отделение экономики и права, 1946. – № 6.

2. Білих В.С. Категорія зловживання цивільним правом у російському законодавстві і судовій практиці// Інформаційний журнал «Федеральний арбітражний суд Уральського округу. Практика. Коментарі. Огляд.» - 2002. - №1.

3. Братусь С.Н. О пределах осуществления гражданских прав (ст. 5 Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик) // Правоведение. Известия высших учебных заведений. Изд-во Ленинградского у-та. 1967, № 3.

4. Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. // Осуществление и защита гражданских прав. – М.: Статут, 2001.

5. Малиновский А. А.Зловживання правом. – М.: Юр. лит., 2002.

6. Малиновський А.А. Зловживання правом: Теоретичні аспекти//Журнал російського права. – 1998. - №7.

7. Науково – практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2т./ За відподвід. Ред.. О.В. Дзери, В.В. Луця. – К.: Юрінком Інтер., 2005 – Т.1.

8. Самойлов М.В. Право зловживання правом у радянському цивільному праві//Известия АН СССР. Отделение ээкономики и права. – 1946. - №6.

9. Стефанчук М.О. Зловживання правом як новела цивільного законодавства // Еволюція цивільного законодавства: проблеми теорії і практики. Матеріали міжн. наук.-практ. конференції, м. Харків. К.: 2004.

10. Цивільний кодекс України :Офіц. Текст із змінами та допов. Станом на 18 лют. 2010 р. – К.: Паливода А.В., 2010. – 328с. – (Кодекси України)

11. Яценко Т.С. Категория шиканы в гражданском праве: история и современность, – М.: Статут., 2003.

Ульянова Галина Олексіївна
кандидат юридичних наук, доцент кафедри
права інтелектуальної власності та корпоративного права
Національний університет «Одеська юридична академія»

ОБОВ'ЯЗКОВЕ ПРЕДСТАВНИЦТВО У СФЕРІ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Відповідно до законодавства суб'єкти права інтелектуальної власності наділені широким колом майнових та немайнових прав на результати їх творчої діяльності. Разом з тим, реалізація цих прав безпосередньо суб'єктами інтелектуальної діяльності може ускладнюватись у зв'язку з відсутністю спеціальних юридичних знань, необхідних, наприклад, для отримання охоронних документів на об'єкти права інтелектуальної власності, здійснення захисту прав інтелектуальної власності в судовому порядку, або безпосередньо в силу приписів закону (наприклад, це реалізація майнових прав інтелектуальної власності малолітніми особами, отримання охоронних документів на об'єкти права інтелектуальної власності в Україні іноземними суб'єктами інтелектуальної власності). У зв'язку з цим актуального значення для реалізації прав інтелектуальної власності набуває інститут представництва. Дослідження питань представництва має не лише теоретичне, а й важливе практичне значення. Адже здійснення функцій представництва неналежним суб'єктом без відповідних повноважень може завдати шкоди як суб'єктам права інтелектуальної власності, так і користувачам.

До відносин представництва у сфері права інтелектуальної власності застосовуються загальні положення Цивільного кодексу України про представництво з урахуванням особливостей, передбачених чинним законодавством. Визначення повноважень представника залежить від виду представництва та підстав, на яких воно виникає. У цивілістичній літературі традиційно найчастіше виокремлюють два види представництва: добровільне, що ґрунтується на волевиявленні довірителя, яким визначаються повноваження представника, та обов'язкове, яке зумовлено законом і не залежить від волі того, кого представляють [1]. В цілому такий поділ представництва може бути застосований і до відносин інтелектуальної власності. Так, добровільне представництво виникає коли суб'єкт права інтелектуальної власності звертається до представника та доручає йому вчинення певних дій. Наприклад, видача довіреності на представництво інтересів суб'єктів права інтелектуальної власності в судових та інших органах державної влади.

Випадки, в яких виникає обов'язкове представництво у сфері права інтелектуальної власності, передбачені в законодавстві. На нашу думку випадки обов'язкового представництва у сфері права інтелектуальної власності можуть бути поділені на дві категорії.

По-перше, це «звичайне» представництво, яке виникає не лише у правовідносинах інтелектуальної власності, а й в інших правовідносинах. Так, чинне законодавство не встановлює спеціальних критеріїв (вікових, професійних, національних) щодо визнання особи творцем об'єкту інтелектуальної власності. Відповідно, автором може виступати й недієздатна особа, і малолітня особа. Разом з тим, розпорядження майновими правами інтелектуальної власності для таких осіб може бути обмежено законом. Від імені таких

творців здійснювати майнові права відповідно до Цивільного кодексу України мають право їх батьки, опікуни або піклувальники, які діють як представники таких осіб. При цьому вказані представники з метою охорони та захисту прав інтелектуальної власності можуть призначати спеціальних представників, фахівців у сфері права інтелектуальної власності. Але такі відносини між представниками вже не будуть мати характер обов'язкових. Межі здійснення представницькій функцій, повноваження призначеного представника будуть визначатись за домовленістю сторін.

По-друге, це «спеціальне» представництво, яке характеризується тим, що: - виникає лише у сфері права інтелектуальної власності в силу приписів спеціального законодавства;

- представниками, як правило, виступають спеціальні суб'єкти, передбачені законом.

Обов'язкове представництво виникає як в сфері авторського права, так і у сфері права промислової власності. Так, одним із немайнових прав автора є право на заборону використання його справжнього імені як автора твору. При цьому автору надається право використовувати псевдонім – вигадане ім'я, вибране автором чи виконавцем для позначення свого авторства. Відповідно до Закону України «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 [2] якщо твір опубліковано анонімно чи під псевдонімом (за винятком випадку, коли псевдонім однозначно ідентифікує автора), видавець твору (його ім'я чи назва мають бути зазначені на творі) вважається представником автора і має право захищати права останнього. Це положення діє до того часу, поки автор твору не розкриє своє ім'я і не заявить про своє авторство.

У праві промислової власності обов'язкове представництво виникає у відносинах іноземних громадян з Державним департаментом інтелектуальної власності. Так, згідно з ч.2 ст.5 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» від 15.12.1993 р. № 3687-XII іноземні особи та особи без громадянства, які проживають чи мають постійне місцезнаходження поза межами України, у відносинах з Установою реалізують свої права через представників у справах інтелектуальної власності (патентних повірених), зареєстрованих відповідно до закону [3]. Таке ж положення передбачено й в Законі України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15.12.1993 № 3689-XII (ч.2 ст. 4) [4] «Про охорону прав на зазначення походження товарів» від 16.06.1999 № 752-XIV (ч.2 ст.5) [5]тощо. При цьому законодавство не встановлює обмежень щодо призначення іноземними громадянами представників для вирішення інших питань у сфері права інтелектуальної власності. Але таке представництво буде здійснюватись за бажання правовласника.

Таким чином, випадки обов'язково представництва у сфері права інтелектуальної власності передбачені як у Цивільному кодексі, так і у спеціальному законодавстві про інтелектуальну власність. Виникнення обов'язкових відносин представництва у сфері права інтелектуальної власності не обмежує право суб'єкта інтелектуальної власності на призначення представника для здійснення представництва з інших питань охорони та захисту прав на результати творчої діяльності.

Використані джерела:

1. *Добровільне представництво у цивільному праві України: навчальний посібник / Є.О. Харитонов, О.І. Харитонова, А.І. Дришлюк. – Київ. : Істина, 2007. – 176 с.*
2. *Про авторське право і суміжні права : Закон України редакції Закону від 11.07.2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – N 41. – ст. 214.*
3. *Про охорону прав на винаходи і корисні моделі : Закон України від 15.12.1993 р. № 3687-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – N 7. – ст. 32.*
4. *Про охорону прав на знаки для товарів і послуг : Закон України від 15.12.1993 № 3689-XII// Відомості Верховної Ради України. – 1994. – N 7. – ст. 36.*
5. *Про охорону прав на зазначення походження товарів : Закон України від 16.06.1999 № 752-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – N 32. – ст. 267.*

Устименко Аліна Олександрівна
студентка 3 курсу юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ОХОРОНИ ПЕРСОНАЛЬНИХ ДАНИХ

Маркетинг – це мистецтво та наука правильно вибирати цільовий ринок, привертати, зберігати і збільшувати кількість споживачів. Одним із різновидів маркетингу є телефонний маркетинг, який на сьогоднішній день є одним із найбільш популярних та ефективних способів залучення клієнтів суб'єктами господарювання різних сфер діяльності. В Україні телефонний маркетинг з'явився відносно нещодавно, на відміну від країн Західної Європи та США, де він почав функціонувати ще з 60-70 рр. минулого століття. Існує два види телефонного маркетингу: вхідний і вихідний. При вихідному телефонному маркетингу дзвінки потенційним споживачам здійснюють самі представники компанії. Саме цей вид маркетингу і викликає найбільше відторгнення у споживача, оскільки досить часто нам доводиться стикатися з такою неприємною річчю, як небажані та невчасні дзвінки з різних компаній, Інтернет-провайдерів тощо.

Такі дзвінки забирають час, псують настрій, відволікають, порушують наші права. Адже відповідно до ч. 1 ст. 302 ЦК збирання, зберігання, використання і поширення інформації про особисте життя фізичної особи без її згоди не допускаються, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини. Подібне положення міститься і в ст.31 Закону України «Про інформацію», яка забороняє збирання відомостей про особу без її попередньої згоди, за винятком випадків, передбачених законом. Також ст.31 Закону України «Про інформацію» закріплює право громадян знати у період збирання інформації, які відомості про них і з якою метою збираються, як, ким і з якою метою вони використовуються; відповідно до цієї ж статті державні органи та організації, органи місцевого самоврядування, інформаційні системи яких вміщують інформацію про громадян, зобов'язані надавати її безперешкодно і безкоштовно на вимогу осіб, яких вона стосується, крім випадків, передбачених законом, а також вживати заходів щодо запобігання несанкціонованому доступу до неї. У разі порушень цих вимог Закон гарантує захист громадян від завданої їм шкоди використанням такої інформації. Забороняється доступ сторонніх осіб до відомостей про іншу особу, зібраних відповідно до чинного законодавства державними органами, організаціями і посадовими особами.

Охорона персональних даних має місце і на підзаконному рівні, зокрема, відповідно до Правил надання та отримання телекомунікаційних послуг, затверджених постановою Кабміну від 9 серпня 2005 р. № 720 оператор, провайдер повинен забезпечувати і нести відповідальність за схоронність відомостей про споживача, отриманих під час укладення договору, надані телекомунікаційні послуги, у тому числі про їх отримання, тривалість, зміст, маршрути передавання тощо. Споживач має право на безоплатне вилучення повністю або частково відомостей про нього з електронних версій бази даних інформаційно-довідкових служб (п.22 постанови).

Отже, можна дійти висновку, в Україні існує багато нормативно-правових актів, які стосуються захисту інформації, але мало врегульовані питання, пов'язані з розповсюдженням провайдером особистої інформації про клієнта без його згоди. Варто також сказати, що навіть досконалий законодавчий механізм захисту прав фізичних осіб на використання і поширення інформації не буде перешкодою для телефонних маркетологів, адже бази персональних даних можна вільно скачати з Інтернету. Інтернет має транскордонний характер, а сучасне право має територіальний характер, це робить фактично неможливим знайти порушника.

Також досить часто постачальники телекомунікаційних послуг дають номер та адресу на запит, навіть якщо в договір включено положення про виключення особи з довідника, але на практиці дуже важко виявити джерело, яке повідомило інформацію про особу чи

компанію, що теж унеможливлює знайти винну особу. Слід зазначити, що громадяни самі безпечно ставляться до розповсюдження інформації про себе і самі надають її в такі бази.

Для захисту своїх прав у законодавстві передбачені відповідні засоби: ст.47 Закону України «Про інформацію» передбачає, що порушення законодавства України про інформацію тягне за собою дисциплінарну, цивільно-правову, адміністративну або кримінальну відповідальність згідно з законодавством України; ст.280 ЦК зазначає, що у разі, якщо фізичній особі внаслідок порушення її особистого немайнового права завдано майнової та (або) моральної шкоди, ця шкода підлягає відшкодуванню.

Проти деякі юристи вважають, що час, витрачений на пошук доказової бази та підготовки відповідних документів, є абсолютно непропорційним до поставлених цілей, а тим більше досягнутих результатів. І в цьому ми з ними погоджуємося[4, 20].

Як же убезпечити себе від надокучливих телефонних маркетологів? Потрібно обачніше ставитися до того, де розміщувати інформацію про себе, можливо, деякі технічні засоби можуть допомогти у вирішенні даної проблеми.

Наостанок додамо, що в країнах, де телефонний маркетинг функціонує вже давно, наприклад, у США, в цьому плані питання охорони персональних даних врегульовані дуже детально на федеральному рівні. Так, телефонний маркетинг обмежений Telephone Consumer Protection Act of 1991, FTC's Telemarketing Sales Rule. Багато професійних асоціацій телефонного маркетингу мають кодекси етики та стандарти, яких підприємства-учасники мають дотримуватися, щоб збільшувати суспільну довіру. Деякі державні органи приймають так звані «Do Not Call» списки через певні організації або законодавство, що обмежують контакти з відповідними споживачами, які занесені у ці списки[6]. Законодавством часто передбачаються суворі покарання для компаній, які дзвонять особам з цих списків. Федеральна торгова комісія США запровадила Національний «Do Not Call» реєстр, спрямований на зменшення надокучливого телефонного маркетингу по всій країні. Телемаркетингові корпорації і торгові групи оскаржили це, як порушення комерційних прав. Тим не менше, десятий окружний апеляційний суд США залишив у силі національний «Do Not Call» реєстр.

Використані джерела:

1. Цивільний Кодекс України: за станом на 12 жовтня 2010 р.: [Електронний ресурс] / Верховна Рада України // Законодавство України. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=435-15

2. Закон України «Про інформацію»: за станом на 27 липня 2010 р.: [Електронний ресурс] / Верховна Рада України // Законодавство України. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2657-12

3. Постанова Кабінету Міністрів України від 9 серпня 2005 р. № 720 Про затвердження Правил надання та отримання телекомунікаційних послуг: за станом на 2 квітня 2008 р.: [Електронний ресурс] / Верховна Рада України // Законодавство України. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/ laws/ main.cgi?nreg=720-2005-%EF

4. Уласевич А. «Телефонний тероризм» // Юридична газета. – Київ, 2010. – № 20 – С. 1, 20.

5. Стефанчук Р.О. Особисті немайнові права фізичних осіб (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту): Монографія. – К.: КНТ, 2008. – 626 с.

6. List of State Do Not Call Lists: [Електронний ресурс] / режим доступу: http:// www. the-dma.org/government/donotcalllists.shtml

7. Laws Regulating Telemarketers: [Електронний ресурс] / режим доступу: http:// www.ucan.org/telecommunications/landline/laws_regulating_telemarketers

Федоришин Олександр Олександрович
аспірант 2 курсу відділу проблем цивільного, трудового та підприємницького права Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ КОНВЕРТАЦІЇ ОБЛІГАЦІЙ В АКЦІЇ

За загальним правилом, облігація як цінний папір посвідчує відносини позики між її власником та емітентом, підтверджує зобов'язання емітента повернути власникові облігації її номінальну вартість та виплатити доход за облігацією.

Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23 лютого 2006 року № 3480-IV (далі – Закон), яким встановлюються головні засади регулювання ринку цінних паперів, так само як і інші акти законодавства України, не містить визначення конвертованих облігацій. В юридичній енциклопедії зазначається, що конвертовані облігації – це вид облігацій, характерною рисою яких є те, що їх погашення здійснюється не у вигляді сплати доходу у грошовій формі, а у вигляді видачі їх власникам інших цінних паперів, здебільшого акцій або інших облігацій. При настанні строку погашення конвертованих облігацій власники повертають їх емітенту, який натомість здійснює безоплатну видачу їм інших цінних паперів [5, 253].

Єдиною нормою Закону в якій згадується про конвертовані облігації є ч. 4 ст. 8 Закону у відповідності до якої умови розміщення облігацій, що розміщуються акціонерним товариством, можуть передбачати можливість їх конвертації в акції акціонерного товариства (конвертовані облігації) [1].

Наведене положення статті 8 Закону дозволяє виділити декілька особливостей конвертованих облігацій. Так, по-перше, аналізуючи норми Закону присвячені правовому регулюванню конвертованих облігацій, слід відзначити, що можливість їх емісії передбачена виключно для емітентів, якими виступають акціонерні товариства. При цьому здійснення випуску конвертованих облігацій іншими видами юридичних осіб, Автономною Республікою Крим, міськими радами або державою в особі уповноважених нею органів державної влади, не допускається. По-друге, облігації слід визнавати конвертованими виключно у випадку визначення їх такими в умовах розміщення облігацій та реєстрації випуску облігацій у Державній комісії з цінних паперів та фондового ринку (далі – ДКЦПФР). По-третє, нормою, що аналізується встановлюється виключність акції як цінного паперу на який можливо здійснити обмін конвертованих облігацій. При цьому пунктом 12 Розділу 1 Рішення ДКЦПФР «Про затвердження Положення про порядок випуску облігацій підприємств» від 17 липня 2003 року № 322 (далі – Положення) визначено, що умови розміщення облігацій, що випускаються акціонерним товариством, можуть передбачати можливість їх конвертації в акції власного випуску, які акціонерне товариство викупило в акціонерів відповідно до статті 32 Закону України «Про господарські товариства» (1576-12) та які перебувають на балансі товариства (конвертовані облігації) [3]. Тобто можливість обміну конвертованих облігацій на акції іншого емітента або інші цінні папери, не допускається. Більш того, спроможність емітента виконати зобов'язання щодо виконання ним умов випуску конвертованих облігацій повинна підтверджуватися відповідними документами, які емітент зобов'язаний надати ДКЦПФР для реєстрації випуску облігацій (пп. ж), п. 4 глави 1 розділу III Положення) [3]. Тому обсяг випуску конвертованих облігацій повинен відповідати кількості акцій, що знаходяться на балансі емітента (акціонерного товариства), які пропонуватимуться до обміну.

Умови конвертації облігації в просту акцію передбачають її прямий обмін на акцію без здійснення операцій із викупу облігацій і подальшого розміщення. Це означає, що при конвертації облігацій в акції зобов'язання позичальника за такими облігаціями погашаються, а видані замість них акції вважаються такими, що розміщені в обороті [2, 64].

Певна річ, що механізм конвертації повинен бути узгоджений між всіма зацікавленими особами. Волевиявлення емітента на конвертацію облігацій у акції повинне мати форму рішення загальних зборів акціонерів, яким затверджується проспект емісії

облігацій (при відкритому (публічному) розміщенні) або рішення про закрите (приватне) розміщення.

Волевиявлення власника облігацій на конвертацію чинне законодавство не визначає. Беручи до уваги те, що конвертація облігацій своїм наслідком має припинення права власності особи на такі облігації, а для внесення відповідних змін до системи реєстру власників облігацій потрібне вчинення такими власниками певних юридичних дій, то підстави набуття права власності на облігації (цивільно-правові договори, спадкування та ін.) не можна розглядати як безумовну форму волевиявлення особи для конвертації облігацій у акції. Більш того, частина власників облігацій може не висловити бажання здійснити обмін облігацій на акції з різних причин, у результаті чого може бути проведено лише часткову конвертацію.

З огляду на це слушною на наш погляд видається позиція Яроцького В.Л., який відзначає, що узгодження умов конвертації між емітентом і облігаціонерами може здійснюватися на договірних засадах, що є однаковими для всіх учасників правовідносин, підставою виникнення яких є емісія облігацій одного випуску [6, 188]. На нашу думку, для забезпечення проведення конвертації умовами розміщення облігацій повинно бути передбачено подання емітенту власником облігацій заяви на конвертацію. При цьому досягнення згоди щодо усіх істотних умов конвертації облігацій на акції варто закріплювати шляхом укладення цивільно-правового договору, що укладається між емітентом та власником облігацій після подання відповідної заяви. Надалі такий договір слугуватиме правовою підставою для набуття права власності на акції у розумінні статті 334 ЦК України [4] та вчинення певних дій для внесення відповідних змін у системах реєстру власників облігацій (акцій).

Не вирішеним з позиції законодавця залишається питання стосовно подальшої долі облігацій після їх конвертації на акції. Зазначене дозволяє припускати, що у випадку отримання облігацій (строк обігу яких, наприклад, закінчується через рік) на свій баланс акціонере товариство може повторно їх відчужити на вторинному ринку з перспективою повторного їх обміну на акції у майбутньому. Обмежень щодо наведеного чинне законодавство не містить, при чому обов'язковість анулювання випуску облігацій після їх конвертації може визначати лише сам емітент в умовах розміщення облігацій. Тому з метою конкретизації цього аспекту потрібно внести зміни до чинного законодавства України у частині визначення умов та порядку дій емітента після проведення конвертації облігацій на акції.

Використані джерела:

1. Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua.

2. Мілявський М. Аудиторська оцінка вірогідності корпоративного захоплення: аспекти корпоративного захисту / Михайло Мілявський // Економіка. – січень-лютий 2010 р. – №1 (101). С.60–66.

3. Рішення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку «Про затвердження Положення про порядок випуску облігацій підприємств» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua.

4. Цивільний кодекс України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua.

5. Юридична енциклопедія: в 6 т. / голова редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) [та ін.] — К.: "Укр. енцикл.", 2001. – Т.3. – 534 с.

6. Яроцький В.Л. Цінні папери в механізмі правового регулювання майнових відносин (основи інструментальної концепції) / Віталій Леонідович Яроцький. – Харків: Право, 2006. - 544 с. – (Монографія).

Фок Юлія Володимирівна
студентка 4 курсу юридичного факультету
Тернопільського національного економічного університету

АКТУАЛЬНІ АСПЕКТИ ПОРУШЕННЯ АВТОРСЬКИХ ПРАВ НА ФОТОГРАФІЧНІ ТВОРИ

У всіх сферах своєї діяльності ми неодноразово стикаємося з об'єктами авторського права, зокрема і фотографією. Важко уявити засоби масової інформації, репортажі, науково-популярні видання без фотоілюстрування. Саме зовнішнє оформлення найчастіше звертає на себе увагу. Та й не тільки, адже фотографування – це різновид мистецтва. Тільки із прийняттям Закону України „Про авторське і суміжні права" [1] цей об'єкт знайшов свою охорону у незалежній державі .

Наявність у державі сучасної міжнародно визнаної системи охорони інтелектуальної власності є необхідним елементом зрілої державності, однак, залишилось ще чимало практичних питань, які потребують свого вивчення, чим і зумовлене написання даної роботи.

Дослідженням правової охорони фотографічних творів займались такі науковці, як О.К. Афанасьєва, Л. Тимофієнко, О.Б. Вовк, А. Андруник та ін.

На всьому шляху авторського права визнання прав фотографів знаходило величезний опір. Першим нормативно-правовим документом, який ввів охорону прав на фоографічні твори, стала Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів.

Звернемось до окремих аспектів порушення авторських прав фотографів.

Нагадаємо, що обсяг прав на фотографічні твори чітко визначений законодавством. Автор фотографічного твору володіє виключнимм майновими правами на використання свого твору та правом забороняти чи дозволяти іншим особам:

- відтворення фотографічних творів (у періодичній пресі, книгах й іншій поліграфічній продукції) і включення їх до збірників, енциклопедій тощо;
- розповсюдження своїх творів як на території України, так і за її межами;
- публічний показ і демонстрацію фотографічних творів (на телебаченні, спеціалізованих виставках, у галереях тощо);
- переробку й інші подібні зміни творів (фотомонтаж, колаж та ін.).

У зв'язку з вищезазначеним, цікавим залишається питання редагування фотографічних творів, адже різного виду видання часто використовуть на своїх шпальтах колажі чи фотомонтажі. Чи можна визнавати фотороботу або колаж справжньою фотографією? Законодавство України визнає їх об'єктами авторського права, однак їхні права є похідними, а тому не можуть бути виконані без дозволу авторів оригіналу [3].

Не рідкістю є присвоєння чужого результату творчої діяльності без згоди автора. Так, виникнення авторського права на твір літератури, науки, мистецтва не потребує обов'язкової державної реєстрації, адже існує презумпція авторства. Оскільки технологій, що дозволяли масово відтворювати зображення ще не було, до кінця ХХ ст. кожний екземпляр підписувався автором вручну. Таким чином фотографи забезпечували право авторства на свої твори. Проте, законодавство не забороняє отримати свідоцтво на реєстрацію автрорського права на твір.

Для прикладу, у США, без реєстрації фото у Бюро реєстрації авторських прав довести порушення прав дуже важко. Її слід здійснити протягом 3х місяців з дати публікації, і для того, щоб воно претендувала на правову охорону фото має бути оригінальним і матеріалізованим.

Беззахисною залишається ситуація неправомірного використання у періодичній пресі фотографій з мережі Інтернет. Фотограф, який випадково побачив свій знімок у газеті та звернувся до її редакції за поясненнями, у кращому випадку отримає мізерний гонорар, а у гіршому – йому відмовлять навіть у цьому [3]. Боротись із цим масштабним явищем деякі фахівці пропонують за допомогою сучасних технологій, зокрема використанням цифрових, водяних знаків, а також відключенням можливості вебмастером скачування зображення. Водяний знак являє собою візуальний елемент, що додається, який перешкоджає повторному

використанню в ряді напрямків. Проте, немає жодних гарантій, що досвічений дизайнер не зможе видалити його [3].

Проте, на практиці автори фотографічних творів, вважаючи неможливим довести факт порушення їх прав у мережі Інтернет, навіть не звертаються до можливих форм та способів захисту, передбачених законодавством. При цьому, авторам необхідно знати наступне: якщо фотографічний твір розміщується в мережі Інтернет, то і тут можна довести своє авторство на твір. У Всесвітній мережі є так звані «пошукові машини», які регулярно переглядають зміст сайтів в Інтернеті і заносять його у базу даних, у якій потім кожен бажаючий може відшукати потрібну йому інформацію і довідатися адресу сайту, де вона розташована. Є також спеціальні пошукові машини, які індексують зображення і зберігають їх у своїй базі як іконки. Інформація із вказаних баз даних пошукових машин може бути пред'явлена як доказ у суперечках про авторство на фотографічний твір. Таким чином, реально можна довести, що об'єкт спору був зафіксований пошуковими машинами на багатьох сайтах, але на вашому сайті він з'явився раніше, ніж в інших місцях. Однак, ситуація також ускладнюється тим, що на даний час зростає кількість програмних продуктів, які дозволяють значно змінювати код оригінального файлу фотографії, а також тим, що в мережі Інтернет складніше встановити правопорушника авторських прав, оскільки фігурують кілька осіб(власник доменного імені, власник сайту тощо).

З позиції можливого порушення прав авторів на фотографічні твори, досить дискусійним є питання про можливе співавторство на фотографію декількох учасників процесу. Погоджуємось із позицією авторів [5, С. 78], що до кола осіб, які претендують на роль співавторів фотографічного твору, у яких виникать виключні авторські права слід віднести фотографа та автора сценарію.

Отже, можна зробити висновок, що національне законодавство про охорону прав на фотографічні твори відповідає міжнародним стандартам, однак існують ще питання, які потребуть свого вирішення. Вважаємо за потрібне визначити у ЗУ „Про авторське і суміжні права" поняття терміну «фотографія» і «фотографічний твір», продовжити дослідження проблематики вдосконалення охорони прав на фотографічні твори, зокрема практики застосування законодавства в цій сфері, вдосконалення захисту авторських прав фотографів.

Використані джерела:

1. Закон України „Про авторське право і суміжні права" // Відомості ВРУ. – 1994. - №13.– т.64.

2. Афанасьєва К. О. Охорона прав на фотографічні твори: історична ретроспектива: [Електронний ресурс] - pravo-media.at.ua/text/Prava_foto.doc.

3. Комзюк О.Л. Проблеми охорони прав на фотографії у контесті європейської інтеграції України: [Електронний ресурс] - http://s-journal.cdu.edu.ua/base/2008/ v1/v1 pp31-35.pdf.

4. Омельчук К. До питання про авторські права на фотографії// Право України. - №4. – 2003. – С. 75-79.

Хоменко Михайло Михайлович

аспірант юридичного факультету

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

СПІВВІДНОШЕННЯ ДЕЛІКТНОЇ І ДОГОВІРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Проблема співвідношення деліктної та договірної відповідальності завжди викликала інтерес вчених-цивілістів[3,145]. Варто зазначити, що принципового значення подібний поділ видів відповідальності набуває лише в рамках цивільно-правової відповідальності, у якій окрім позадоговірної виділяється також і договірна відповідальність, що виникає внаслідок порушення договірного зобов'язання.

Деліктну відповідальність традиційно відносять до позадоговірної відповідальності, розуміючи її як відповідальність правопорушника, що не перебував з потерпілим у договірних відносинах. Практично деліктна відповідальність є санкцією за порушення абсолютного правовідношення. За своєю природою деліктна відповідальність є відносним зобов'язальним правовідношенням. Таким чином, можна сказати, що порушення абсолютного правовідношення породжує виникнення відносного правовідношення.

В свою чергу, договірна відповідальність є санкцією за порушення договірного зобов'язання. Проте в даному випадку ми не можемо говорити про виникнення нового відносного правовідношення. Тут йдеться про „приєднання" одного відносного правовідношення до іншого, що фактично відображається у виникненні додаткового обов'язку у сторони, що порушила договір.

В даному випадку варто погодитися з точкою зору О.С.Іоффе, який зазначав, що „позадоговірна відповідальність реалізується шляхом встановлення між сторонами особливого зобов'язання – з відшкодування завданої шкоди... Навпаки, договірна відповідальність особливого зобов'язання не породжує і реалізується шляхом „приєднання" до існуючого між сторонами зобов'язання нового обов'язку порушника (з відшкодування збитків, сплати штрафів тощо)"[4,203].

Власне назва – „позадоговірна відповідальність" – має певний відтінок винятку із договірної відповідальності (в іншому випадку варто було б назвати договірну відповідальність „позаделіктною"). Їх взаємозв'язок зазвичай уявляється наступним чином: „Порушення зобов'язання, що виникло не з договору, а з інших підстав, спричиняє настання позадоговірної відповідальності"[1,503].

Проте, винесення на перший план договірної відповідальності вбачається дещо умовним. Якщо провести науковий аналіз природи даних правовідносин відповідальності, можна зробити висновок, що деліктна відповідальність за обсягом прав, які нею захищаються та сферою застосування є безумовно ширшою за договірну відповідальність. З усього переліку порушених суб'єктивних прав договірна відповідальність захищатиме лише ті, які були порушені невиконанням або неналежним виконанням договору.

І деліктна, і договірна відповідальність мають підставою свого виникнення факт порушення чужого суб'єктивного права; для покладення і тієї, і іншої відповідальності є необхідною наявність однакового кола умов (наявність шкоди, протиправність, причинно-наслідковий зв'язок та вина). При цьому з усіх випадків відповідальності за правопорушення (делікт) виділяються випадки порушення договору, які не мають принципової відмінності від інших видів правопорушень, крім їх безпосереднього зв'язку з договірним зобов'язанням.

Тісним взаємозв'язком даних видів відповідальності були обумовлені всі спроби відмовитися від подібного поділу цивільно-правової відповідальності на види. Передумовою цього є історія походження договірних зобов'язань з деліктних в римському праві. В цивілістичній літературі висловлюється слушна точка зору, що невиконання або неналежне виконання договору не протиставляється вчиненню делікту – це юридичні факти, що породжують однорідні наслідки і „стоять на одній лінії". В сучасних правових системах підтримку дана позиція отримала в Австрійському цивільному уложенні 1811 року, що встановлює єдину цивільно-правову відповідальність незалежно від підстав її виникнення[5,285].

Розглядаючи дану точку зору, К.А.Флейшиц наводить позицію французького вченого-цивіліста М.Планіоля, який не вбачав правових причин для принципового розмежування відповідальності на договірну та позадоговірну шкоду, оскільки, на його думку, підстава виникнення зобов'язання не є суттєвою для його юридичної сутності. Різниці ж у порядку відповідальності, як і в розподілі тягаря доказування, не повинно бути[9,134].

Проте, в порядку покладення відповідальності і полягає, на нашу думку, суттєва відмінність двох видів цивільно-правової відповідальності. Норми, що встановлюють деліктну відповідальність, у переважній частині є імперативними, в силу чого вони мають обов'язковий характер і не можуть бути змінені за згодою сторін.

Навпаки, норми, що регулюють покладення відповідальності за порушення договірного зобов'язання, в основному, реалізують основний метод цивільного права, тобто

мають диспозитивний характер. Таким чином, закон дає більший простір для сторін у виборі і встановленні правил поведінки у їх відносному правовідношенні.

В цьому полягає сутнісна відмінність даних видів відповідальності, яка справляє вирішальний вплив на порядок їх покладення та визначає особливості правового регулювання деліктної та договірної відповідальності.

По-перше, в ряді випадків покладення відповідальності відсутня тотожність в суб'єктному складі осіб, що несуть відповідну відповідальність. Деліктна відповідальність в ряді спеціально передбачених законом випадків може покладатися і за випадкове завдання шкоди, незалежно від правової кваліфікації суб'єкта, що завдав шкоди. Зокрема, при завданні шкоди власником джерела підвищеної небезпеки в його ролі може виступати і фізична, і юридична особа, незалежно від її організаційно-правової форми та мети діяльності. В той же час договірну відповідальність за випадок може нести згідно з ч.6 ст.10 Закону України від 12.05.1991р. „Про захист прав споживачів" виконавець робіт. Таким чином, в даному випадку суб'єктом договірної відповідальності може виступати не будь-який суб'єкт, а лише суб'єкт господарювання.

По-друге, різниця двох видів цивільно-правової відповідальності виявляється і у формах вини. Загальна тенденція цивільного права полягає в тому, що відмінність форм вини рідко має юридичне значення. Дана тенденція більшою мірою виявляється у відношенні деліктної відповідальності, де розмір відшкодування шкоди не залежить від форми вини правопорушника, в той час як правила покладення договірної відповідальності передбачають можливість усунення чи обмеження відповідальності за необережне порушення зобов'язання, що випливає зі змісту ч.3 ст.614 ЦК України.

По-третє, покладення деліктної відповідальності передбачає відшкодування завданої шкоди в повному обсязі, що відповідно до вимог статті 22 ЦК України передбачає відшкодування реальних збитків та упущеної вигоди (до того ж, згідно зі ст.23 та ст.1167 ЦК України передбачено право особи на відшкодування моральної шкоди). Зменшення ж обсягу шкоди, що підлягає відшкодуванню можливе лише в силу прямої вказівки закону і за наявності певних умов, наприклад, у випадку грубої необережності потерпілого (ч.2 ст.1193 ЦК України).

Разом з тим, в силу диспозитивності норм договірної відповідальності вона може бути обмежена як законом, так і за згодою сторін, наприклад, розміром реальних збитків.

По-четверте, до деліктної та договірної відповідальності часто по-різному застосовується режим позовної давності: загальний строк позовної давності встановлений законодавством (3 роки) повною мірою враховується при покладенні деліктної відповідальності. Проте, при встановленні договірної відповідальності законом строк позовної давності може бути суттєво зменшений. Зокрема, згідно зі статтею 863 ЦК України до вимог щодо неналежної якості роботи, виконаної за договором підряду, застосовується позовна давність в один рік від дня прийняття роботи замовником; статтею 925 ЦК України передбачено позовну давність в один рік до вимог, що випливають із договору перевезення вантажу та пошти.

По-п'яте, принципова відмінність існує при визначенні розміру відповідальності суб'єктів за спільно вчинене порушення. Деліктна відповідальність осіб, які спільно завдали шкоди, відповідно до закону є солідарною (ст.1190 ЦК України). В даному випадку кредитор має право висунути вимогу відшкодувати завдану шкоду до будь-кого з зобов'язаних осіб. Безумовно, дане положення направлено на переважний захист прав та законних інтересів кредитора. Відносно порушення договірного зобов'язання закон, за загальним правилом, встановлює частковий характер відповідальності боржників (ст.540 ЦК України). Отже, кредитор може висунути вимоги в рівній частці кожному боржнику, що не завжди сприяє повному відновленню його порушеної майнової сфери, оскільки деякі боржники можуть бути, наприклад, неплатоспроможними.

Таким чином, можливість різного порядку застосування відповідальності прямо передбачена законом. Це надає можливість суб'єктам відповідальності передбачити обсяг наслідків порушення права іншої особи. Безумовно, в більшості випадків покладення деліктної відповідальності надає більше можливостей потерпілому для відновлення його

майнової сфери. І це цілком зрозуміло. Вступаючи у договірне зобов'язання, обидві сторони несуть ризик невиконання даного зобов'язання, що передбачає певну готовність до того, що їх законним правам та інтересам може бути завдано шкоди, чого, безумовно, не можна передбачити при порушенні абсолютного права (коли носій права не передбачає можливості завдання йому шкоди конкретним суб'єктом правовідносин).

Така „передбачуваність" суб'єктом зобов'язального правовідношення можливості настання негативних наслідків у зв'язку з порушенням договору надає можливість законодавцю в ряді випадків обмежувати договірну відповідальність, а в ряді випадків розширювати її. Вбачається, що можливість такого обмеження обумовлена в першу чергу особливостями державно-правового регулювання економічного обороту. Зокрема, обмеження обсягу відповідальності перевізника відшкодуванням лише фактичної шкоди (ч.2 ст.924 ЦК України), а також зменшення строку позовної давності до одного року деякі науковці пояснюють державною підтримкою організацій, що виконують перевезення.

Необхідно зазначити, що обмежений обсяг відповідальності перевізника, що встановлюється в межах договірного зобов'язання, розповсюджується на випадки втрати, нестачі, псування або пошкодження вантажу, багажу чи пошти. Разом з тим, відповідальність перевізника за шкоду, завдану каліцтвом, іншим ушкодження здоров'я або смертю пасажира за загальним правилом статті 928 ЦК України визначається правилами покладення деліктної відповідальності.

Чим же обумовлена можливість застосування до договірних зобов'язань положень деліктної відповідальності?

Аналіз положень Цивільного кодексу України виявляє певну тенденцію в наданні захисту порушених абсолютних прав фізичних осіб, особливо права на життя та здоров'я. Встановлення законодавцем певних підвищених гарантій захисту даних прав цілком виправдане, оскільки подібні невідчужувані права мають безумовний пріоритет не лише для фізичної особи, право якої може бути порушено, але і для держави, яка повинна робити все можливе для захисту інтересів людини.

Відповідно до статті 1196 ЦК України шкода, завдана каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи під час виконання нею договірних зобов'язань, підлягає відшкодуванню на підставах, встановлених статтями 1166 та 1187 ЦК України. Таким чином, позадоговірний характер деліктної відповідальності не нівелюється тим, що право може бути порушено особою, з якою потерпілий перебував (чи перебуває) у договірних відносинах. Стаття 1196 ЦК України є загальною нормою, що регулює відносини з відшкодування шкоди, завданої життю та здоров'ю при виконанні договірних зобов'язань. До таких, зокрема, належать зобов'язання, що слідують із трудового договору, договору підряду, доручення та інших зобов'язань, пов'язаних з особистою працею фізичної особи в інтересах іншої особи.

Проблема можливості застосування деліктної відповідальності до договірного зобов'язання завжди викликала інтерес цивілістичної спільноти.

В найзагальнішому вигляді відмінність деліктної та договірної відповідальності В.Т.Смірнов та А.О.Собчак вбачали в тому, що деліктна відповідальність настає у випадку, якщо була завдана шкода особі, що не перебувала із заподіювачем шкоди в договірних відносинах, в той час як договірна відповідальність завжди „слідує" з договірного зобов'язання[8,100]. При цьому деліктна відповідальність може виникати і в тому випадку, якщо потерпілий перебував з делінквентом у договірних відносинах, проте шкода завдана поза порушенням делінквентом своїх договірних зобов'язань.

Тим не менш, в юридичній літературі були спроби розглядати, наприклад, зобов'язання з відшкодування шкоди, завданої працівником в процесі трудової діяльності, як договірні. При цьому були пропозиції кваліфікувати такі зобов'язання як інститут не цивільного, а трудового права. К.А.Флейшиц, зокрема, стверджувала, що зобов'язання з відшкодування шкоди, завданої працівнику при виконанні ним трудових обов'язків, є договірними, оскільки існує договір між працівником та роботодавцем і в ньому повинні бути застережені гарантії адміністрації на забезпечення безпечних умов праці[10,205]. „Трудову" природу таких зобов'язань підтримував також Р.З.Лівшиц[6].

Позиція Р.З.Лівшица була піддана цілком обґрунтованій критиці. Зокрема, В.Т.Смірнов та А.О.Собчак зазначали, що дана позиція на перший погляд може здаватися правильною, адже працівник і підприємство дійсно перебувають у договірних відносинах. Проте, якщо проаналізувати юридичну природу даних відносин, можна зробити висновок, що право працівників на забезпечення їм безпечних умов праці з боку адміністрації визначається не трудовим договором (якого, до речі, може і не бути), а характером охоронюваних благ. Відповідно до статті 3 Конституції України життя і здоров'я людини визнаються найвищою соціальною цінністю. Вони охороняються нормами кримінального, адміністративного, цивільного (а не лише трудового) права. При завданні каліцтва, ушкодженні здоров'я чи смерті працівника порушуються його абсолютні права – життя та здоров'я, а не його права у відносному правовідношенні. Таким чином, можна зробити висновок, що обов'язок адміністрації відшкодувати шкоду, завдану життю чи здоров'ю працівника, витікає не зі змісту трудового договору, а із факту порушення встановленої законом загальної заборони завдавати шкоди життю та здоров'ю людини[8,20].

З положеннями норми статті 1196 ЦК України цілком узгоджуються правила стосовно покладення деліктної відповідальності за завдання шкоди життю, здоров'ю, а в ряді випадків і майну фізичної особи, передбачені ст.711 ЦК України (відповідальність за шкоду, завдану товаром неналежної якості), ст.804 ЦК України (правові наслідки завдання шкоди іншій особі у зв'язку з використанням транспортного засобу за договором найму), ст.928 ЦК України (відповідальність перевізника за договором перевезення), ст.1209 ЦК України (відповідальність продавця чи виготовлювача товару, а також виконавця роботи (послуги) за завдання шкоди внаслідок недоліків товару, робіт (послуг) незалежно від того, чи перебував потерпілий з ними у договірних відносинах чи ні).

Обґрунтовуючи позадоговірний характер відповідальності при завданні шкоди життю та здоров'ю пасажира за договором перевезення, В.Т.Смірнов та А.О.Собчак приходять до висновку, що „природа відповідальності... визначається не сферою завдання шкоди, а характером порушеного відповідачем обов'язку і відповідно порушеного права...". При цьому автори звертають увагу на те, що „при порушенні абсолютних прав, в яких би відносинах не перебували сторони, майнова відповідальність завжди має позадоговірний характер"[8,20].

Погоджуючись в цілому з даною точкою зору, тим не менш необхідно зазначити, що порушення абсолютних прав все ж не завжди має позадоговірний характер, і в першу чергу це стосується права власності (абсолютного права), порушення якого часто є наслідком невиконання чи неналежного виконання договору.

Вбачається, що встановлюючи в ряді випадків можливість застосування норм деліктної відповідальності до договірних зобов'язань, законодавець, в першу чергу, виходить з необхідності надання законодавчого захисту менш захищеній стороні договірного правовідношення. В тих випадках, коли законодавець передбачає покладення деліктної відповідальності в сфері договірних зобов'язань, вона покладається внаслідок порушення прав громадян, частіше за все споживачів, але, в будь-якому випадку, відносини сторін не повинні бути пов'язані з підприємницькою діяльністю потерпілого.

Однак, така позиція законодавця не вирішує проблему конкуренції позовів. Є.О.Суханов, зокрема, зазначає, що „чинне законодавство допускає „конкуренцію позовів" при захисті інтересів громадян-споживачів у випадках завдання їм майнової шкоди, спричиненої недоліками проданого їм товару"[2,435].

Аналізуючи конкуренцію позовів, зазвичай проводять паралель з англо-американською правовою системою, в якій конкуренція деліктного та договірного позову не лише передбачається, але і часто застосовується. Проте, щоб дослідити сутність даного явища в англо-американському праві, необхідно звернутися до історії його виникнення. Ю.Г.Матвєєв, відзначаючи характерний зв'язок між деліктною та договірною відповідальністю в сучасному англо-американському праві, звертає увагу на їх „взаємозаміняючий" та „взаємопроникаючий" характер, що пояснюється усталеною практикою застосування обов'язкових форм позовів. Після ліквідації обов'язкових форм позовів межі між відповідальністю з правопорушення (tort) та з договору (contract) стали

більш виразними. Англійські юристи вбачають цю різницю в тому, що при деліктній відповідальності вона заздалегідь передбачена законом, а в договорі відповідальність повинна бути встановлена сторонами.

Проте, подібний усталений тісний зв'язок деліктної та договірної відповідальності послугував визнанню за позивачем права в ряді випадків пред'являти позов, ґрунтуючись або на порушенні договору, або на деліктному зобов'язанні. Більш того, безпосередньо в договорі можуть бути передбачені підстави обмеження деліктної відповідальності[7,26].

Зосереджуючи увагу на взаємообумовленості двох правовідношень, Ю.Г.Матвєєв наводить показовий приклад із англійської судової практики. Так, у випадку завдання шкоди в результаті аварії потягу право на позов про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом мають лише особи, які знаходилися в цьому потязі на законних підставах (тобто придбали квиток, уклавши таким чином договір з перевізником). Особи ж, що знаходилися в потязі без належних підстав (тобто без квитка) не мають права на деліктний позов, оскільки вони не уклали договір[7,28].

Таким чином, можна зробити висновок про те, що можливість конкуренції деліктного та договірного позовів обумовлена природно-історичними шляхами розвитку англо-американського права, що аж ніяк не стосується української правової системи. На нашу думку, у випадку застосування деліктної відповідальності до договірного зобов'язання відповідно до національного законодавства не можна говорити про „конкуренцію позовів" в силу прямої вказівки закону. Є.О.Суханов визначає „конкуренцію позовів" як можливість пред'явлення декількох відмінних вимог із захисту одного і того ж інтересу, причому задоволення хоча б одного з таких позовів виключає (погашає) можливість пред'явлення інших.

Вбачається, що саме подібна можливість вибору виду вимог і не передбачена українським законодавством. Закон прямо встановлює, що шкода, завдана каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи під час виконання нею договірних зобов'язань підлягає відшкодуванню на підставах, встановлених статтями 1166 та 1187 Цивільного кодексу України, що регулюють порядок покладення деліктної відповідальності.

Імперативність формулювання („підлягає відшкодуванню") не надає в даному випадку потерпілому права вибору виду вимоги. Якщо в результаті виконання договірного зобов'язання було завдано шкоди життю чи здоров'ю фізичної особи, відповідальність повинна наставати за правилами застосування деліктної відповідальності.

Таким чином, суд, застосовуючи до правопорушника міри відповідальності, повинен виходити із категоричного правила, встановленого статтею 1196 ЦК України і чітко кваліфікувати відносини, що виникли між сторонами, пов'язані в першу чергу не з виконанням договору, а із завданням шкоди.

В даному випадку конкретний юридичний факт правопорушення у поєднанні з імперативною нормою закону може бути підставою виникнення лише одного виду цивільно-правової відповідальності (деліктної чи договірної). Отже, не можемо кваліфікувати подібну ситуацію як випадок конкуренції позовів. Аналогічно, на наш погляд, повинна бути вирішена проблема, що виникає у зв'язку із завданням шкоди внаслідок недоліків товарів, робіт чи послуг.

Із наведеного вище можна зробити висновок про те, що „конкуренція позовів" з точки зору можливості вибору потерпілим виду вимоги буде суперечити, в першу чергу, імперативним нормам статей 1196 та 1209 ЦК України, а також статтям 711, 804 та 928 ЦК України.

Використані джерела:

1. *Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. – М., 1997.*

2. Гражданское право: В 2 т. Т.1. Учебник. / Отв. ред. Е.А.Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2004.

3. Єрьоменко Г.В. Еволюція конкуренції норм договірної і деліктної відповідальності. Еволюція цивільного законодавства України: проблеми теорії і практики / Кол. монографія; За ред. Я.М.Шевченко. – К.: Юридична думка, 2007.

4. Иоффе О.С. Избранные труды: В 4 т. Т.1. – СПб., 2003.

5. Кулагин М.И. Предпринимательство и право: опыт Запада // Избранные труды. – М., 1997.

6. Лившиц Р.З. Ответственность за повреждение здоровья рабочих и служащих в советском гражданском праве. // Советское государство и право. 1964. №5.

7. Матвеев Ю.Г. Англо-американское деликтное право. – М., 1973.

8. Смирнов В.Т., Собчак А.А. Общие учения о деликтных обязательствах в советском гражданском праве. – Л., 1983.

9. Флейшиц Е.А. Обязательства из причинения вреда. // Советское право в период Великой Отечественной войны. – М., 1948.

10. Флейшиц Е.А. Обязательства из причинения вреда и из неосновательного обогащения. – М., 1951.

Цегельник Ольга Владимировна
доцент, кандидат юридических наук
Белорусский государственный університет

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ИНВЕСТИЦИОННЫХ ДОГОВОРОВ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

В условиях финансового кризиса особо актуальным становится индивидуальный подход к реализации инвестиционных проектов со стороны всех его участников, включая и государство. За последние годы в Республике Беларусь заметно изменение законодательства, регулирующего порядок использования инвестиционных договоров, стороной которых выступает государство.

Начало правового регулирования названных договоров было заложено в Инвестиционном кодексе Республики Беларусь и постановлении Совета Министров Республики Беларусь от 8 апреля 2002 г. № 444 «Об утверждении Положения о порядке рассмотрения Правительством Республики Беларусь проектов инвестиционных договоров с Республикой Беларусь и особенностях их заключения, а также порядка ведения Государственного реестра инвестиционных договоров с Республикой Беларусь». В законодательстве было сформулировано понятие инвестиционного договора, цель его заключения, стороны: инвестор и Республика Беларусь в лице уполномоченных органов государственного управления, – перечень существенных условий, был установлен минимальный размер инвестиционного проекта. В то же время в литературе высказывались предложения о том, чтобы расширить сферу применения инвестиционных договоров, о возможности заключения инвестиционных договоров не только органами государственного управления республиканского уровня, но и местного – от имени государства [1].

Названные предложения нашли свою реализацию в Декрете Президента Республики Беларусь от 6 августа 2009 года № 10 «О создании дополнительных условий для инвестиционной деятельности в Республике Беларусь» и постановлении Совета Министров Республики Беларусь от 6 ноября 2009 г. № 1449 «О мерах по реализации Декрета Президента Республики Беларусь от 6 августа 2009 г. № 10», утвердившем Положение о порядке заключения (прекращения) инвестиционных договоров с Республикой Беларусь». Согласно п. 2 названного Положения уточнены цели заключения и сферы применения инвестиционного договора с Республикой Беларусь: он может заключаться в целях реализации инвестиционных проектов, включая:

создание и развитие на территории Республики Беларусь организаций с участием инвестора, имеющего стратегическое значение;

приобретение инвестором объектов, находящихся в государственной собственности, в том числе в процессе приватизации.

В пункте 3 Положения о порядке заключения (прекращения) инвестиционных договоров с Республикой Беларусь дано несколько иное понятие инвестиционного договора с Республикой Беларусь по сравнению с тем, которое содержалось в утратившем силу постановлении Совета Министров Республики Беларусь от 8 апреля 2002 г. № 444, согласно которому названный договор понимается как договор, заключаемый с инвестором на основании решения республиканского органа государственного управления, иной государственной организации, подчиненной Правительству Республики Беларусь (далее – государственный орган), областного (Минского городского) исполнительного комитета (далее – исполнительный комитет), Совета Министров Республики Беларусь, в том числе по согласованию с Президентом Республики Беларусь, в соответствии с подпунктом 1.2 пункта 1 Декрета Президента Республики Беларусь от 6 августа 2009 года № 10 «О создании дополнительных условий для инвестиционной деятельности в Республике Беларусь».

В случае заключения инвестиционного договора с иностранным инвестором права и льготы, установленные пунктом 2 Декрета, предоставляются организации, созданной в установленном порядке в Республике Беларусь этим инвестором либо с его участием.

Как видно из определения стороной договора от имени государства может выступать административно-территориальная единица.

В пункте 1.2 Декрета Президента Республики Беларусь от 6 августа 2009 года № 10 введена трехуровневая система заключения инвестиционных договоров.

Вызывают некоторые возражения положения абз. 2 ч. 2 п. 1.2. названного Декрета, согласно которому для заключения инвестиционных договоров, указанных в абзацах втором и третьем части первой данного подпункта, не требуются бизнес-план инвестиционного проекта, реализуемого в рамках инвестиционного договора (далее – инвестиционный проект), и государственная комплексная экспертиза инвестиционного проекта.

Одним из условий успешной реализации инвестиционного договора с участием государства является наличие инвестиционного проекта, в котором определены объем инвестиций, сроки их вложения и реализации, и исходная информация которого закладывается в условия инвестиционного договора. Поэтому, на наш взгляд, наличие инвестиционного проекта необходимо рассматривать как обязательный элемент в стадии заключения договора и гарантию его исполнения в будущем.

Кроме того, в перечне существенных условий инвестиционного договора с Республикой Беларусь, определенных в п. 1.4 названного Декрета условия об объекте, объеме и сроках вложения инвестиций, сроке действия инвестиционного договора, о правах и обязанностях инвестора и Республики Беларусь – сторон инвестиционного договора должны быть, на наш взгляд, сформулированы согласно информации, содержащейся в инвестиционном проекте, что прямо должно быть указано в законодательстве, регулирующем данные вопросы.

Следует отметить, что инвестиционные договоры с государством могут быть заключены при приватизации предприятий, акций, принадлежащих государству, и в новой редакции Закона Республики Беларусь о разгосударствлении и приватизации государственной собственности в Республике Беларусь (которая вступит в силу 2011 года), предусмотрен такой способ приватизации как инвестиционный конкурс. Ввиду этого, выводы автора о правовой природе инвестиционных обязательствах при купле-продаже предприятия, акций, принадлежащих государству, по конкурсу в процессе приватизации могут быть использованы при заключении инвестиционных договоров с государством в данной сфере и исследовании их правовой природы [2].

Использованные источники:

1. Цегельник, О.В. Инвестиционный договор с государством (Республикой Беларусь или административно-территориальной единицей) / О.В. Цегельник // Промышл.-торг. право. − 2006. − № 3. − С. 58−72.

2. Цегельник, О.В. Инвестиционное обязательство при купле-продаже предприятия, акций, принадлежащих государству, по конкурсу в процессе приватизации: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03 / О.В. Цегельник. – Минск, 2008. – 187 л.

Цибульська Ольга Юріївна
асистент кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ПРАВО ВІДКАЗООДЕРЖУВАЧА НА ЗАПОВІДАЛЬНИЙ ВІДКАЗ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ України

Підставою виникнення відносин із заповідального відказу є лише заповіт, оскільки легат – одностороннє розпорядження спадкодавця. Наступництво в праві, яке складає зміст відказу, опосередковується існуванням та волею спадкоємця за заповітом, на якого покладений обов'язок із виконання відказу, оскільки, якщо останній помре раніше спадкодавця або відмовиться від прийняття спадщини і не виявиться інших спадкоємців за заповітом, які б прийняли спадщину, легат втрачає свою силу і виконанню не підлягає (ч. 4 ст. 1275 ЦК України).

Отже, для виникнення у легатарія права вимоги необхідна наявність юридичного складу, до якого входять наступні елементи: юридичні факти, що тягнуть за собою відкриття спадщини – смерть спадкодавця, залишення ним заповіту з розпорядженням відповідного змісту на користь відказоодержувача, прийняття спадщини спадкоємцем за заповітом та наявність волі сингулярного наступника на прийняття легату (ст. 1271 ЦК України) [3, 50-51].

Необхідно також розрізняти час, з якого у відказоодержувача виникає право вимоги до спадкоємця та час, з якого відказоодержувач має право пред'явити до спадкоємця позов із вимогою виконання зобов'язання. Так, ч. 4 ст. 1238 ЦК України встановлено, що відказоодержувач має право вимоги до спадкоємця з часу відкриття спадщини. Проте зазначене положення коментованої статті не дає вичерпної відповіді на це питання. Роз'яснення надається лише в Постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про спадкування» від 30.05.2008 р. №7 [4], де в абз. 3 п. 17 зазначено, що за правилом ч. 4 ст. 1238 ЦК України відказоодержувач має право вимоги до спадкоємця з часу відкриття спадщини, однак право пред'явити до спадкоємця позов із вимогою виконання зобов'язання, що виникає внаслідок заповідального відказу, відказоодержувач набуває лише після того, як спадкоємець прийме спадщину. До цього часу право відказоодержувача не може вважатися порушеним і право на позов не виникає.

Оскільки Постанови Пленуму Верховного Суду України не мають силу закону, а носять лише рекомендаційний характер, слід вважати доречним внести зміни до ч. 4 ст. 1238 ЦК України, доповнивши її абзацом другим, і викласти її в наступній редакції:

«4. Відказоодержувач має право вимоги до спадкоємця з часу відкриття спадщини

Відказоодержувач має право пред'явити до спадкоємця позов із вимогою виконання зобов'язання після прийняття ним спадщини».

Невирішеним досі залишається питання й щодо початку перебігу позовної давності у відказоодержувача. Так, деякі вченні-юристи вважають, що вимоги про виконання заповідального відказу відказоодержувач може пред'явити до спадкоємця протягом строку позовної давності, рахуючи з моменту відкриття спадщини [6, 12; 2, 43; 1, 53]. Але навряд таку позицію можна визнати правильною, тому що відповідно до абз. 2 ч. 5 ст. 261 ЦК України за зобов'язаннями, строк виконання яких невизначений або визначений моментом вимоги, перебіг позовної давності починається від дня, коли у кредитора виникає право пред'явити вимогу про виконання зобов'язання [5]. Оскільки у відказоодержувача право вимоги до спадкоємця виникає з моменту прийняття ним спадщини, то й початком перебігу позовної давності слід вважати даний юридичний факт, а не час відкриття спадщини.

Є доцільним зазначити, що правом такої вимоги відказоодержувач може скористатися протягом встановленого законом трирічного строку позовної давності (ст. 257 ЦК України). Перебіг цього строку обчислюється за загальними правилами початку перебігу строку позовної давності.

Використані джерела:

1. Васильченко В.В. Коментар Книги шостої Цивільного кодексу України «Спадкове право» // Довідник нотаріуса. – 2006. - №1 С.4 -96.

2. Васильченко В.В. Коментар та постатейні матеріали до законодавства України про спадкування. – Х.: «Одіссей». – 2007. – 480 с.

3. Заіка Ю.О. Рябоконь Є.О. Спадкове право: навч. посіб./ Ю.О. Заіка, Є.О. Рябоконь. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – 352 с.

4. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про спадкування» від 30 травня 2008 №7 // Вісник Верховного суду України – 2008 р. – № 6. – Стор. 17.

5. Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40 - 44. – Ст. 356.

6. Шевчук Л.В. Заповіт як підстава виникнення правонаступництва в цивільному праві України. Автореф. Дис. … канд. юрид. наук. – К., 2001. – 17 с.

Цюкало Ю.В.
здобувач

ОСОБЛИВОСТІ ЗАБОРОНИ ШИКАНИ В НІМЕЧЧИНІ

У тому, що зловживання цивільними правами мали місце впродовж багатовікового розвитку цивілістичних інститутів, переконатися не важко. Значно складніше з'ясувати якісні особливості поведінки, що становить зловживання правом, і відповісти на питання, як співвідносяться сучасні і минулі уявлення про це в сучасній правовій доктрині.

Наслідком впливу римського права в Західній Європі, а потім і у інших країнах романо-германської правової системи дістав свого нормативного закріплення принцип недопустимості здійснення суб'єктивних цивільних прав з наміром завдання шкоди чужим інтересам, що в теорії цивільного права дістав назву «шикана».

Включення положення про заборону шикани до Цивільного уложення Німеччини 1896 року пройшло в жорстких дискусіях політиків та науковців. Але перемогло розуміння того, що здійснення права в будь-якому разі не повинно завдавати шкоди іншим суб'єктам. В параграфі 887 було закріплено наступну норму: «Здійснення права власності з єдиним наміром завдати шкоди третій особі є недопустимим.» З розвитком суспільних відносин в подальшому дана норма поширилася на всі суб'єктивні цивільні права і знайшла своє закріплення в параграфі 226 уложення: «Не допускається здійснення права, якщо наміром такого здійснення може бути тільки завдання шкоди іншому» [1, с. 44]. Багато вчених-цивілістів вважають таке формулювання найбільш вдалим, серед існуючих на сьогодні нормативно визначених шикан. Параграф 226 Цивільного уложення Німеччини діє до сьогоднішнього часу. Л. Еннекцерус в своїй праці вказував на те, що недопустимо здійснювати право, коли з обставин справи випливає, що для особи воно не може мати будь-якої іншої мети, ніж завдання шкоди [2, с. 437].

В науковому середовищі Німеччини в подальшому почалося широке тлумачення 226 параграфа. Зокрема, Л. Еннекцерус вважає, що в деяких випадках дозволяється застосування даної норми і у відношення здійснення права, яке крім завдання шкоди, має і іншу мету. Але остання при цьому також повинна суперечити праву чи моральності [2, с. 437-438].

Примітно, що ч. 3 ст. 13 Цивільного кодексу України також не допускає дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах.

З буквального тлумачення 226 параграфа випливає, що заборона зловживання правом стосується лише того випадку, коли особа здійснює право. Якщо ж відповідно особа не має права, то дана норма не застосовується. Це є дуже суттєвим, тому що на сьогодні визнання зловживання правом відбувається тільки у випадку наявності у особи права. Тому що, коли у особи відсутнє таке право відповідно вона не може його використати з наміром завдати шкоди іншим суб'єктам. Л. Еннекцерус у своїх дослідженнях звернув увагу на таку ситуацію, коли зловживання правом відбулося з наміром завдати шкоду, але наслідки не настали [2, с. 438]. При цьому поняття «шкода» розуміється в широкому значенні.

Параграф 826 Цивільного уложення Німеччини містить санкцію за здійснення шикани. Зокрема в ньому зафіксовано наступне: «Особа, яка умисно завдасть шкоди іншій особі шкоду способом, який суперечить добрим намірам, зобов'язана відшкодувати завдану шкоду» [1, с. 240]. В теорії і практиці правозастосування існує дискусія щодо співвідношення між собою 226 і 826 параграфів. Одні вчені вважають, що параграф 826 може бути застосований лише за наявності ознак, що містяться в параграфі 226. Інші наголошують, що 826 параграф має самостійне значення. Примітно, що параграф 1353 Цивільного уложення Німеччини також містить санкцію за зловживання правом, зокрема там вказано, що якщо вимога одного з подружжя про сумісне життя являє собою зловживання правом, то інший з подружжя не зобов'язаний виконувати цю вимогу.

В.І. Ємельянов у своїх наукових дослідженнях з проблем зловживання правом вказує на те, що цивільне право Німеччини встановлюючи заборону на зловживання правом надає суду можливість вирішувати справи на власний розсуд виходячи з конкретної ситуації [3, с. 11].

Таким чином закріплення шикани в Цивільному уложенні Німеччини є позитивним кроком для здійснення суб'єктивних цивільних прав, адже є своєрідною нормативною формою захисту осіб від зловживання правом з боку інших суб'єктів цивільних правовідносин.

Список використаної літератури:

1. *Гражданское уложение Германии. Научн. редакторы. – А.Л. Маковский и др. – 2-е изд., доп. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – 816 с.*
2. *Еннекцерус Л. Курс германського гражданського права. Т. 1. Полутом 2. Введение и общая часть. – М., 1950. – 556 с.*
3. *Ємельянов В. И. Разумность, добросовесность, незлоупотребление гражданскими правами. — М.: Лекс—Книга, 2002. — 160 с.*

Цюра Вадим Васильович

кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ДОКТРИНАЛЬНІ ПІДХОДИ ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОВНОВАЖЕННЯ ПРЕДСТАВНИКА

Повноваження представника є базовим поняттям інституту представництва у цивільному праві. Адже саме на основі повноважень виникають, змінюються і припиняються відносини представництва. Повноваження (лат. Auctoritas; англ. Authority; нім. Befugnis, Voll macht) у теорії держави і права, науці управління, а також у усіх галузях права розглядається як основна частина компетенції і статусу органу, посадової особи, яка виконує управлінські функції в організації, а також деяких інших осіб, які реалізують функції, передбачені для них законодавством або установчими документами юридичної особи (повноваження органу,

посадові повноваження, службові повноваження тощо). У цьому значенні повноваження є право (і одночасно обов'язок) відповідного суб'єкта діяти у спосіб, передбачений нормативно-правовим актом [1].

Разом з тим в цивільному праві повноваження — це засноване на договорі чи законі право однієї особи представляти інтереси (вчиняти правочини та інші юридично значимі дії) від імені іншої створюючи, змінюючи та/або припиняючи цивільні права та обов'язки особи, яку представляють. При цьому найбільш значимим моментом при аналізі повноваження є те, що для того, щоб дії представника зумовили настання юридичних прав і обов'язків в особи, яку представляють, обов'язковою є наявність повноважень у представника.

Варто сказати, що питання повноважень уже були предметом ряду досліджень, авторами яких були В. Грішин, О. Йоффе, С. Крилов, А. Кузьмишин, О. Невзгодіна, К. Скловський, В. Рясенцев та інші дослідники. Разом з тим на разі так і не відпрацьовано єдиного загальноприйнятого підходу до кваліфікації повноваження в цивільному праві.

Потрібно відмітити, що наведене визначення повноваження є найбільш загальним. Однак в доктрині бачення правової природи цієї категорії є далеко неоднозначним. А тому спробуємо проаналізувати існуючі погляди.

Існуючі точки зору можна об'єднати в рамках кількох концепцій. Так, вітчизняний дослідник В. Л. Гранін виділяє доктрину "очевидної категорії", юридичного факту, суб'єктивне право, абсолютне суб'єктивне право [2]. Інший науковець А. В. Грішин виділяє такі: концепцію юридичного фактору, прояву правоздатності, абсолютного права, відносного права, суб'єктивного обов'язку [3]. Ще один автор А. А. Кузьмишин підходи до категорії повноваження зводить до теорії юридичного факту і теорії права [4]. Відомий дослідник відносин представництва О. Л. Невзгодіна, а також Н. Г. Гончарова виділяють концепції прояву правоздатності, юридичних фактів і суб'єктивного права [5]. Вбачається, що з метою дослідження природи повноваження найбільш поширеними є концепції:

1) юридичного факту;
2) прояву правоздатності;
3) права;
4) обов'язку;
5) сукупності прав і обов'язків.

Відповідно до концепції юридичного факту під повноваженням розуміється юридична дія (декілька юридичних дій), яку може вчинити представник від імені, особи яку він представляє [7]. Але саме повноваження визначає таке коло юридичних дій, які є його змістом [5]. Навряд чи можна також погодитися і з О. С. Йоффе, який вказував, що повноваження породжує певні юридичні наслідки, а від так є юридичним фактом [8]. При такому підході до розуміння повноваження неминуче його ототожнення або з підставою його виникнення, або з юридичними діями, вчиненими представником. Крім того, саме повноваження вимагає для свого виникнення юридичних фактів і при розгляді його як юридичний факт відбувається ототожнення двох різних правових категорій: юридико-фактичної підстави повноваження із самим повноваженням. Також неможливо визначити, до якого виду юридичних фактів відноситься повноваження — дій або подій [9]. Такий підхід до розуміння природи повноваження не дає можливості визначити його межі.

Інший вчений, С. Крилов розуміє повноваження як юридичний акт, який зумовлює здатність конкретної особи бути представником іншої [10]. При цьому, він вказує, що існує кілька різновидів таких актів: банківська картка, доручення тощо. Тобто відбувається ототожнення понять повноваження і дій по наданню представнику повноважень, або документу, який засвідчує наявність і обсяг повноважень. Однак у будь-якому варіанті дана концепція охоплюється доктриною за якою повноваження розглядається як юридичний факт.

Прихильники концепції прояву правоздатності визначають повноваження як особливе правове явище, яке не є ні правоздатністю, ні суб'єктивним правом і виступає як прояв правоздатності представника, юридична можливість представника, що передбачає здатність мати права і обов'язки, необхідні для здійснення юридичних дій стосовно третіх осіб в інтересах особи яку представляють [6]. Однак, по-перше, більшість авторів вказують на відсутність юридичних інструментів, які пов'язують правоздатність і суб'єктивне право, а

по-друге, у випадку кваліфікації повноваження як прояву, наслідку правоздатності порушуються межі представництва. Адже з моменту виникнення представництва представник уже має правові можливості, необхідні для здійснення юридичних дій від імені принципала, а наявність останніх уже свідчить про встановлення повноважень і загалом знаходиться за рамками представництва, так як потенційно існує у всіх осіб, які відповідають встановленим до представника вимогам. Разом з тим, важливе значення має той факт, що на рівні правоздатності засвідчується юридична можливість представника набувати і здійснювати права від імені та в інтересах третьої особи. Вбачається, що розширення обсягу правоздатності за рахунок технічного уповноваження на це іншою особою не відповідає сутності правоздатності, яка передбачає здатність мати права та обов'язки (для себе — В. Ц.), а не для інших. Тому очевидно, що говорити про прояв дієздатності в розрізі сутності повноваження можна доволі умовно.

Відповідно до концепції права під повноваженням розуміється право представника вчинити правочини і юридичні дії від імені особу яку він представляє і тим самим створювати для нього правові наслідки [4]. При цьому одні автори не уточнюють юридичну природу такого права, а інші розглядають повноваження як особливе право, яке не є суб'єктивним правом, оскільки йому не відповідає обов'язок — ні принципала, ні третьої особи [9]. Треті висловлюють думку, що повноваження за своєю юридичною природою є суб'єктивним правом (абсолютним або відносним) [11,12]. Визнання повноваження абсолютним суб'єктивним правом вбачається не зовсім коректним, так як існує вичерпний перелік таких прав, у який повноваження не включене. До таких прав відносять речові права, перелік яких визначений Законом України "Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень". Зокрема:

1) право власності на нерухоме майно;

2) право володіння; право користування (сервітут); право користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис); право забудови земельної ділянки (суперфіцій); право господарського відання; право оперативного управління; право постійного користування та право оренди земельної ділянки; право користування (найму, оренди) будівлею або іншими капітальними спорудами, їх окремими частинами; іпотека; довірче управління майном;

3) інші речові права відповідно до закону;

4) податкова застава, предметом якої є нерухоме майно, та інші обтяження.

Як бачимо, відносин з передачі повноваження до них не віднесено.

Повноваження як відносне суб'єктивне право містить у собі правомочність на "свої" позитивні дії як можливість представника діяти певним чином від імені особи яку він представляє і негативну правомочність вимагати від принципала прийняття на себе юридичних наслідків дій, вчинених у межах повноваження [5]. Тобто повноваженню, як відносному суб'єктивному праву, повинен кореспондувати обов'язок особи яка представляється за даним повноваженням прийняти на себе юридичні наслідки його здійснення. Однак перехід юридичних наслідків дій представника відбувається не в силу наявності повноваження як права, а на підставі положень закону, автоматично. При цьому, не має значення зобов'язався принципал чи ні прийняти їх на себе (це особливо очевидно, коли принципал є недієздатною особою), адже порушений такий "обов'язок" бути не може. У випадку ж відмови від обов'язків які виникли з представництва будуть порушені права контрагента за правочином, а не представника. Як правильно зазначив В. А. Рясенцев, "відповідність між повноваженням і названим обов'язком принципала відсутній, оскільки повноваження завжди звернене до третьої особи, а не до особи інтереси якої представляються" [9]. Крім того, будь-яке суб'єктивне право повинне породжувати право на позов. Для представника ж можливості звернення з позовом про захист повноваження чинним законодавством не передбачено. Таким чином, повноваження не може визнаватися правом.

На противагу теорії права К. І. Скловський запропонував розглядати повноваження як обов'язок представника вчинити певні юридичні дії від імені особи яку він представляє. Крім того, автор розрізняє повноваження у вузькому змісті як коло дій, які він вправі вчинити

стосовно третьої особи в рамках покладеного на нього обов'язку, і в широкому змісті — як суб'єктивний обов'язок представника стосовно особи яку він представляє (воно виражається у встановленій законом формі, доступній для сприйняття третіми особами) [13]. Така точка зору також викликає заперечення. По-перше, представник може відмовитися бути представником, а отже, відмовитися від повноваження — покладеного на нього обов'язку. Однак якщо суб'єктивне право є юридично забезпеченою мірою можливої поведінки управомоченої особи і, як наслідок, можливість такої особи вибирати, скористатися таким правом чи ні, а також можливість відмовитися від нього, то суб'єктивний обов'язок є юридично обумовленою мірою необхідної поведінки зобов'язаної особи, забезпечена можливістю державного примусу і, як слідство, відсутність можливості відмовитися від передбачених обов'язком дій [14]. По-друге, трактування повноваження у "вузькому змісті" в рамках цієї концепції практично відповідає концепції юридичного факту і, крім того, вказує не на обов'язок, а на право вчиняти певні дії відносно третіх осіб. Науковець А. В. Грішин поєднує дві останні точки зору в рамках концепції "сукупності повноважень", стверджуючи, що повноваження складається не тільки з низки прав й обов'язків, наданих представникові принципалом (за договором або дорученням), але також з прав і обов'язків, які випливають із закону, звичаїв ділового обороту, в силу того, що особа має статус представника. На думку А. В. Грішина, кожне із цих прав і кожен обов'язок є самостійним повноваженням [3]. На нашу думку, варто погодитися, що повноваження визначає коло прав і обов'язків представника. Однак включення такого великого обсягу у зміст повноваження є дещо необґрунтованим.

Як вірно відмічено представниками концепції прояву правоздатності, повноваження формується під впливом волі принципала [6], якщо мова йде про добровільне представництво. Разом з тим, у випадку, коли йдеться про обов'язкове представництво повноваження визначається законом. Крім того, повноваження є сукупністю таких прав і обов'язків, дії представника в рамках яких, вчинені від імені принципала, неминуче створюють, змінюють або припиняють цивільні права і обов'язки останнього. Причому така сукупність є похідною від правоздатності особи, яку представляють і відображає частину цієї правоздатності. Поряд з цим, усіма правами, визначеними повноваженням, володіє і принципал з тією лише різницею, що він буде здійснювати їх від власного імені. Всі інші права і обов'язки, якими наділений представник в силу свого статусу, не є повноваженнями і мають звичайну правову природу. Так, наприклад, обов'язок представника діяти в інтересах особи яку він представляє не буде повноваженням. На наш погляд, права і обов'язки, делеговані представникові принципалом (або відповідно до закону, органом, який встановлює статус особи, як представника — для обов'язкового представництва), мають певні особливості.

Підсумовуючи проведений аналіз можна виділити основні ознаки повноваження:

— повноваження завжди встановлюється в рамках правоздатності принципала;

— повноваження формується в силу волевиявлення особи яку представляють при добровільному представництві, та в силу положень нормативних актів — у випадку законного представництва;

— знаходить свій прояв у суб'єктивному праві, а тому представник може здійснити дії визначені повноваженнями, а може відмовитися від них;

— на стадії реалізації повноваження воно набуває ознак обов'язку, внаслідок чого не породжує відповідного обов'язку з боку принципала і не може бути порушене як суб'єктивне право і не зумовлює виникнення права на захист.

Таке розуміння повноваження на наш погляд найбільш оптимально вписується в існуючу у ЦК України модель представництва. У ряді статей йдеться про те, що повноваження представникові надаються. Тим самим підкреслюється юридико-технічна природа наділення повноваженнями. Вбачається, що наведене розуміння останніх, дозволить більш глибоко дослідити його природу, підстави виникнення та правові наслідки наділення повноваженнями.

Використані джерела:

1. Тихомирова Л. В. Юридическая энциклопедия / Л. В. Тихомирова, М. Ю. Тихомиров ; Под ред. М. Ю. Тихомирова. — Изд. 5-е, доп. и перераб. — М. : Изд-во Тихомирова М. Ю., 2005. — 654 с.

2. Гранін В. Л. Повноваження представника та його реалізація за цивільним законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Гранін Віталій Львович ; Одеська національна юридична академія. — Одеса, 2005. — 212 с.

3. Гришин А. В. Коммерческое представительство в предпринимательской деятельности и его правовая защита (гражданско-правовой и уголовно-правовой аспекты) : дис. ... канд. юрид. наук / Гришин Андрей Владимирович ; Московская академия внутрених дел РФ. — М., 2001. — 221 с.

4. Кузьмишин А. А. К вопросу о понятии и юридической природе представительства и полномочия в гражданском праве / А. А. Кузьмишин // Юрист. — 1999. — № 12. — С. 2–15.

5. Невзгодина Е. Л. Представительство по советскому гражданскому праву / Е. Л. Невзгодина. — Томск : Изд-во Томск. ун-та, 1980. — 156 с.

6. Гончарова Н. Г. Административно-правовые аспекты добровольного представительства в таможенной сфере : дис. ... канд. юрид. наук / Гончарова Надежда Генадьевна ; Московская государственная юридическая академия. — М., 2002. — 200 с.

7. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права / Г. Ф. Шершеневич. — М. : Спарк, 1995. — 605 с.

8. Иоффе О. С. Советское гражданское право : [курс лекц.]. Общая часть. Право собственности. Учение об обязательствах / О. С. Иоффе. — Л. : Изд-во ЛГУ, 1958. — 494 с.

9. Рясенцев В. А. Советское гражданское право право : [учебн.] / В. А. Рясенцев / Под ред. В. А. Рясенцева. — М. : Юридическая литература, 1965. — Т. 1. — 688 с.

10. Крылов С. Соотношение договора поручения и доверенности / С. Крылов // Российская юстиция. — 1999. — № 9 — С. 15.

11. Андреев В. К. Применение института представительства в деятельности производственного объединения / В. К. Андреев // Советское государство и право. — 1976. — № 8. — С. 59–63.

12. Невзгодина Е. Л. Представительство по гражданскому праву / Е. Л. Невзгодина // Советское гражданское право. — 1978. — № 3. — С. 119–120.

13. Скловский К. И. Представительство в гражданском праве и процессе (Вопросы теории: сущность, содержание, структура) : дис. ... д-ра юрид. наук / Скловский Константин Ильич. — Харьковский юридический институт. — Ростов на Дону, 1981. — 189 с.

14. Гражданское право : [учебн.] / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — Изд. 5-е, перераб. и дополн. — М. : Проспект, 2005. — Часть 1. — 632 с.

Чабан Олена Михайлівна

Викладач кафедри цивільного права та процесу Львівської комерційної академії

ПОНЯТТЯ ІНВЕСТИЦІЙНИХ ДОГОВОРІВ (КОНТРАКТІВ)

Одним із регуляторів інвестиційних правовідносин є договір. Згідно з ст. 9 Закону України "Про інвестиційну діяльність" від 18 вересня 1991 р. основним правовим документом, який регулює взаємовідносини між суб'єктами інвестиційної діяльності, є договір (угода). Ця норма вказує на багатогранне значення договору: договір-документ, договір-правочин, однак не визначає кваліфікуючі ознаки інвестиційного договору (контракту).

Заявлена тема в науковій літературі досліджена в достатній мірі, однак немає погодженої відповіді на питання, які види цивільно-правових договорів мають інвестиційний

характер? Наприклад, в контексті названого питання тривають дискусії щодо договорів лізингу, комерційної концесії, підряду, кредиту, банківського вкладу тощо. Насамперед, це пов'язано з тим, що в інвестиційному законодавстві України відсутня норма, яка б містила визначення інвестиційних договорів (контрактів) як родової категорії. Вважаємо, що така норма необхідна для ідентифікації певного виду договору як інвестиційного, тому що на сторін цих договорів поширюються державні гарантії прав суб'єктів інвестиційної діяльності та захисту інвестицій. Цією нормою можна було б також послуговуватися при визначенні характерних ознак договорів інвестиційного характеру.

В науковій літературі існує низка поглядів на поняття договорів, які опосередковують здійснення інвестицій, в тому числі іноземних. На думку В. М. Коссака, інвестиційний договір (контракт) – угода двох або більше учасників інвестиційної діяльності, змістом якої є взаємні права та обов'язки, спрямовані на реалізацію іноземних інвестицій з метою одержання прибутку або досягнення соціального ефекту [1,50].

В науковій цивілістичній літературі, як зазначає Р. Б. Шишка, умовною назвою значної групи цивільно-правових договорів як організаційної форми реалізації інвестицій є інвестиційний договір [2,93]. На думку вченого, інвестиційним договором є угода двох і більше осіб, спрямована на встановлення, зміну або припинення прав і обов'язків інвестора [2,92]. Істинним є розуміння значення інвестиційних договорів (контрактів) як правочину, однак, інвестиційний договір є підставою виникнення, зміни і припинення прав і обов'язків не тільки інвестора (окрім, договору про спільну інвестиційну діяльність, учасники якого є інвесторами), а й учасника інвестиційної діяльності.

Інвестиційним договором, як вважає О. М. Вінник, слід визнати договір майново-організаційного характеру, що укладається інвестором (уповноваженою ним особою) з іншими учасниками інвестування, які забезпечують виконання практичних дій щодо вкладення інвестицій певного виду у визначений договором об'єкт, із застосуванням певної форми інвестування, що в сукупності мають забезпечити досягнення запланованого інвестором соціально-економічного ефекту [3,180]. Це визначення, на нашу думку, не охоплює всі форми здійснення інвестицій, приміром спільну діяльність.

Як зазначає О. Е. Сімсон, інвестиційний договір – родове поняття й означає договір, хоча б однією стороною якого є інвестор, що регулює відносини з приводу довгострокового і ризикового вкладення майна, майнових прав та інших цінностей, що мають ринкову вартість, в обраний об'єкт підприємницької діяльності з метою одержання прибутку (доходу) від реалізації (використання) цих цінностей [4,11]. Запропоноване визначення інвестиційних договорів (контрактів) має двохзначне розуміння: як родового поняття та правочину.

Як стверджує В. В. Кафарський, інвестиційний договір – це правочин між двома або кількома особами, яким встановлюються на певний строк права і обов'язки у відносинах між сторонами щодо вкладення всіх видів майнових та інтелектуальних цінностей в об'єкти підприємницької та інших видів діяльності для отримання прибутку або досягнення соціального ефекту [5,8].

На думку Г. С. Фединяк, інвестиційний договір становить собою угоду із зазначенням сторін договору, предмета, строків внесення інвестиції, виду інвестиції, її форми, умов реєстрації у приймаючій державі, гарантій, що надаються іноземним інвесторам, порядку вирішення спорів, які можуть виникнути внаслідок невиконання чи неналежного виконання договору [6,232]. Автор визначає інвестиційний договір (контракт) як правочин.

Як зазначає російський вчений Т. В. Щедріна, інвестиційний договір - угода між суб'єктами інвестиційної діяльності про виконання низки визначених дій по реалізації інвестиційного проекту [7].

На думку О. М. Антипової, інвестиційний договір – термін, що називає договір, який належить до цивільно-правових договорів як правової форми відносних інвестиційних відносин [8]. Автор розуміє коментований договір як узагальнююче поняття та правочин.

Враховуючи вище проаналізовані погляди вчених, пропонуємо визначати інвестиційні договори (контракти), по-перше, як узагальнююче поняття, що охоплює цивільно-правові договори, які є підставою виникнення інвестиційних правовідносин; по-друге, як правочин – дії суб'єктів інвестиційної діяльності, спрямовані на набуття, зміну або припинення прав та

обов'язків; по-третє, інвестиційні договори (контракти) як правовідношення – за інвестиційним договором (контрактом) інвестор та учасник інвестиційної діяльності або двоє чи більше інвесторів, що водночас виконують функції учасників інвестиційної діяльності, зобов'язуються вчинити фактичні дії по реалізації інвестицій. Інвестиційні договори (контракти) як правовідношення поділяються на дві групи: договори, інтереси сторін яких мають зустрічний характер; договори з спільно-цільовою спрямованістю зобов'язання.

Правове регулювання інвестиційних договорів (контрактів) доцільно передбачити в Законі України "Про інвестиційну діяльність" окремим розділом "Інвестиційні договори (контракти)". До цього розділу слід включити статті про поняття, форму, сторони, істотні умови інвестиційного договору (контракту).

Використані джерела:

1. *Коссак В. М. Правове регулювання іноземних інвестицій та міжнародної технічної допомоги в Україні : підруч. / Коссак В. М., Михайлів М. О. – К.: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. – 308 с.*
2. *Шишка Р. Б. Инвестиционное право Украины : учеб. пос. / Шишка Р. Б. – Харьков: фирма "Эспада", 2000. – 176 с.*
3. *Вінник О. М. Інвестиційне право : навч. пос. / Вінник О. М. – 2-ге вид., перероб. та доп. – К.: Правова єдність, 2009. – 616 с.*
4. *Сімсон О. Е. Правові особливості договорів інвестиційного характеру : автореф. дис. ... канд. юр. наук : спец. 12.00.03 "Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право" / О. Е. Сімсон. – Харків, 2001. – 20 с.*
5. *Кафарський В. В. Інвестиційні договори в Україні: поняття, види, зміст, правове регулювання : автореф. дис. ... канд. юр. наук : спец. 12.00.03 "Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право" / В. В. Кафарський – Київ, 2006. – 20 с.*
6. *Фединяк Г. С. Цивільно-правова природа транснаціональних корпорацій та їх договорів з приймаючою державою : моногр. / Фединяк Г. С. – К.: Атіка, 2008. – 344 с.*
7. *Щадрина Т. В. Правовое регулирование иностранных инвестиций в Российской Федерации [Електронний ресурс] : автореф. дис. ... канд. юр. наук : 12.00.03 / Т. В. Щадрина. – М., 1999. – 29 с. – Режим доступу: // www.law.edu.ru/book/book.asp?bookID=8433.*
8. *Антипова О. М. Правовое регулирование инвестиционной деятельности (на примере инвестиций в строительстве) [Електронний ресурс]: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Антипова О. М. – М., 2007. – 244 с. – Режим доступу: www.lib.ua-ru.net/diss/cont/190619.html.*

Часнык Дарья Андреевна
студентка 4 курса юридического факультета
Белорусского государственного факультета

К ВОПРОСУ О ПОНЯТИИ ВИНЫ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ (В РАМКАХ ПСИХОЛОГИЧЕСКОГО ПОДХОДА)

Сложность установления вины юридического лица заключается в отсутствии легально закрепленного определения вины, а также наличии продолжающейся дискуссии среди ученых-цивилистов относительно подходов к установлении ее вовне субъективного восприятия с учетом специфики данного коллективного субъекта гражданского права.

Данная дискуссия представлена господством в цивилистике двух подходов к трактовке вины: психологического и объективистского. Ввиду того, что исторически первым в гражданско-правовой науке был разработан психологический подход к трактовке вины,

считаем уместным и оговариваем первоначально остановиться на изучении вопроса о толковании вины в рамках данного направления ученой мысли.

Позиция белорусского законодателя по отношению к вине юридических лиц в договорной ответственности закреплена в ст. 372 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее – ГК Республики Беларусь), согласно которой действия работников должника по исполнению его обязательства считаются действиями должника. Данной позиции законодатель придерживается и в отношении обязательств, возникающих в связи с причинением вреда (ст. 937 ГК Республики Беларусь). Несоблюдение работниками обязанностей, вытекающих из трудовых правоотношений, результатом чего является нарушение условий договора или причинение вреда третьим лицам – есть внешнее проявление вины юридического лица.

Интересна позиция советских цивилистов касательно определения вины юридических лиц. Широкое распространение в научной среде данного периода получила, так называемая, теория «коллективной воли», согласно которой вина юридического лица проявляется через волю и действия его членов, а также органов юридического лица. Так, воля организации есть организованная воля коллектива [1, с. 31]. При этом понятие воли и деятельности юридического не могут быть сведены к простой сумме воль и действий лиц, его составляющих, и лиц им, управляющих [4, с. 217; 6, с. 20]. Следовательно, главная проблема в определении вины юридического лица состоит в решении вопроса о соотношении коллективной и индивидуальной воли юридического лица.

В.А. Ойгензихт суть коллективной воли усматривал в сочетании регуляционного процесса всего коллектива и регуляционного функционального процесса отдельных его членов и групп [5, с. 40]. Индивидуальная воля проявляется в действиях конкретных работников.

Сочетание действий органов управления, в которых проявляется коллективная воля, и иных членов юридического лица, выражающих индивидуальную волю, может проявиться трояко:

во-первых, ситуация, при которой наличествует вина органа, но отсутствует вина членов юридического лица;

во-вторых, ситуация, когда отсутствует вина органа управления, но есть вина членов юридического лица;

в-третьих, ситуация, характеризующаяся совпадением вины органа и членов юридического лица [4, с. 232].

Юридическое лицо будет признано невиновным только в случае доказанности отсутствия вины в действиях органа и его работников.

Отголоски данного подхода к определению вины юридических лиц встречаются и среди представителей современной цивилистики. Так, Т.И. Илларионова, соглашаясь с тем обстоятельством, что вина юридического лица находит свое выражение в вине отдельных людей, делает оговорку, что деятельность юридического лица осуществляется коллективом работников, представляющий нечто большее, чем простую сумму его членов. Поэтому невиновность конкретного исполнителя не влечет автоматически безусловное отсутствие вины юридического лица [2, с. 301].

Вина как юридического за гранью доступного восприятия окружающими. Возникает правомерный вопрос у противников данного подхода, каким образом суд может установить психическое отношение правонарушителя к своему неправомерному поведению и последствиям такого поведения.

Так, О.С. Иоффе указывает на необходимость учета судом ряда факторов в совокупности при установлении психического отношения лица к своим действиям: личные качества правонарушителя; степень его подготовленности к отправлению данной деятельности; конкретную обстановку, в условиях которой имели место соответствующие действия и т.п. [3, с. 20].

Согласно распространенному мнению, сложившемуся среди представителей объективистского подхода, данный вопрос разрешается в рамках психологического подхода на основании субъективных критериев, без учета объективных факторов. Ближайший анализ

способа оценки виновности правонарушителя свидетельствует об ошибочности данного утверждения.

Сами представители психологической концепции ставили перед собой вопрос о возможности ограничения в установлении виновности правонарушителя только субъективным критерием. Ответ на данный вопрос был отрицательным по двум причинам. Во-первых, указывалось на возможность анализа при помощи субъективного подхода только одной стороны психологического содержания неосторожной вины (как наиболее распространенной в сфере гражданско-правовых отношений) – индивидуальные способности данного лица предвидеть и предусмотреть вредный результат. Однако субъективный подход не позволял проанализировать пределы должного предвидения. Во-вторых, по мнению представителей психологической концепции вины субъективный критерий не позволял в полной мере осуществить одну из важнейших задач гражданско-правовой ответственности – воспитательную функцию.

Сторонники психологической трактовки вины осознавали значимость исследования объективных обстоятельств совершения правонарушения для вынесения судебного решения на основе фактов действительности. К числу данных обстоятельств представители психологического подхода относили и вину, существующую согласно их утверждению как реальный психологический процесс, независимо от восприятия его судом. Задача суда сводится к тому, чтобы с помощью всех возможных доказательств достоверно выяснить этот процесс и отразить его в своем решении.

Иное решение вопроса об «оценочном моменте» в гражданском праве таит опасность отождествления вины лица с суждением суда о его виновности, при котором субъективное убеждение суда оказывается единственным критерием определения виновности [4, с. 280].

Таким образом, решение, основанное лишь на учете субъективной составляющей гражданского правонарушения, без анализа всех фактических обстоятельств конкретного случая, неприемлемо.

Использованные источники:

1. Богаева, Н. Определение вины юридических лиц / Н. Богаева // Хозяйство и право. - 2007. - № 7. – С. 30-37.

2. Илларионова, Т. И. Гражданское право. Часть 1 / Т. И. Илларионова. - М.: НОРМА-ИНФА, 1998. – 464 с.

3. Иоффе, О. С. Ответственность по советскому гражданскому праву: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / О. С. Иоффе; Ленинградский орд. Ленина гос. ун-т им. А. А. Жданова. – Ленинград, 1954. - 37 с.

4. Матвеев, Г. К. Основания гражданскоправовой ответственности / Г. К. Матвеев. – М.: Юридическая литература, 1970. – 312 с.

5. Ойгензихт, В. А. Имущественная ответственность в хозяйственных договорах: учеб. пособие / В. А. Ойгензихт. – Душанбе: Таджикский гос. ун-т им. В. И. Ленина, 1980. – 226 с.

6. Рабинович, Ф. Л. Вина как основание договорной ответственности предприятия / Ф. Л. Рабинович. – М.: Юрид. лит-ра, 1975. – 168 с.

Черняк Олена Юріївна
молодший науковий співробітник Подільської лабораторії
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
Академії правових наук України

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОБОВ'ЯЗКУ СПОЖИВАЧА ПІДТВЕРДИТИ НАЯВНІСТЬ ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН ІЗ ВИРОБНИКОМ (ПРОДАВЦЕМ), ВИКОНАВЦЕМ

Для демократичного суспільства характерне поєднання реальних прав і свобод осіб з їх обов'язками і відповідальністю перед суспільством. Так само і в законодавстві у сфері захисту прав споживачів передбачено ряд обов'язків споживача. Серед таких обов'язків є обов'язок підтвердити наявність договірних відносин із виробником (продавцем), виконавцем.

Відповідно до ч. 11 ст. 8 Закону України "Про захист прав споживачів" [1] вимоги споживача розглядаються після пред'явлення споживачем розрахункового документу, а щодо товарів, на які встановлено гарантійний строк, - технічного паспорта чи іншого документа, що його замінює, з позначкою про дату продажу.

Таку вимогу Закону ми можемо обґрунтувати тим фактом, що саме розрахунковий документ є фактом підтвердження укладення договору між продавцем (виконавцем, виробником) та споживачем.

М. І. Брагінський вказує, що договір вважається укладеним в належній формі з моменту видачі продавцем покупцю касового чи товарного чека або іншого документа, що підтверджує оплату товару, якщо інше не встановлено федеральним законом чи договором між продавцем і покупцем [2, с. 80]. Поряд з цим вважаємо за необхідне зауважити стосовно форми договору роздрібної купівлі-продажу. Даний договір укладається в усній формі, в простій письмовій або шляхом вчинення конклюдентних дій. В літературі переважає думка, що договір роздрібної купівлі-продажу, в основному укладається в усній формі, наприклад, Т. Д. Левшина зазначає, що договір роздрібної купівлі-продажу, як правило укладається усно, оскільки його виконання відбувається одночасно з укладенням [2, с. 76]. Але, на думку М. І. Брагінського та В. В. Вітрянського, усна форма договору роздрібної купівлі-продажу швидше є виключенням із загального правила про письмову форму даного договору [3, с. 77]. Свою позицію вони пояснюють обов'язком продавця надати інформацію покупцю про товар, наявністю стандартних форм, бланків, оскільки договір роздрібної купівлі продажу відноситься до договорів приєднання.

На нашу думку, з такою тезою погодитись складно, оскільки за загальним правилом даний договір укладається в усній формі, ні касовий, ні товарний чек чи інший документ, що підтверджує оплату товару покупцем, не є письмовою формою, передбаченою ст. 207 ЦК України, оскільки не відповідають пред'явленим до неї вимогам.

"Касовий чи товарний чек підтверджують факт и момент укладення договору в належній формі – чи усній, чи простій письмовій, а також деякі його умови: ціну, в ряді випадків, предмет договору, особу продавця" [4, с. 46].

Вказані документи необхідні для розгляду вимог споживача незалежно від того, кому вони адресовані. Також це необхідно для встановлення дати реалізації продукції або її виготовлення, найменування продавця (виробника виконавця), наявності і змісту гарантійних зобов'язань.

Одним із важливих обов'язків роздрібних продавців товарів, виконавців робіт та послуг для споживачів є здійснення розрахунків з ними з використанням контрольно-касової техніки. Відповідно до ст. 1 Закону України "Про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг" реєстратори розрахункових операцій застосовуються фізичними особами - суб'єктами підприємницької діяльності або юридичними особами, які здійснюють операції з розрахунків у готівковій та/або в безготівковій формі (із застосуванням платіжних карток, платіжних чеків, жетонів тощо) при продажу товарів (наданні послуг) у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг, а

також уповноваженими банками та суб'єктами підприємницької діяльності, які виконують операції купівлі-продажу іноземної валюти [5].

Відповідно до Правил роздрібної торгівлі непродовольчими товарами [6] розрахунки за продані товари та надані послуги можуть здійснюватися готівкою та/або в безготівковій формі (із застосуванням платіжних карток, платіжних чеків, жетонів тощо) відповідно до законодавства. Разом з товаром споживачеві в обов'язковому порядку видається розрахунковий документ установленої форми на повну суму проведеної операції, який засвідчує факт купівлі товару та/або надання послуги.

У разі реалізації товарів поза торговельними або офісними приміщеннями продавець зобов'язаний надати споживачеві документ, який засвідчує факт укладення договору і є підставою для виникнення взаємних прав та обов'язків. Такий документ повинен містити інформацію про: 1) дату укладення договору; 2) найменування та місцезнаходження продавця; 3) найменування товару; 4) ціну; 5) строк виконання робіт (надання послуг); 6) інші істотні умови договору; 7) права та обов'язки сторін договору. У разі ненадання такої інформації суб'єкт господарювання несе відповідальність згідно із законодавством [7].

Відповідно до Інструкції про порядок оформлення суб'єктами господарювання операцій при здійсненні комісійної торгівлі непродовольчими товарами при прийманні товарів на комісію комісіонер на кожну одиницю товару виписує квитанцію у двох примірниках і товарний ярлик [8]. При продажу товару в порядку комісійної торгівлі непродовольчими товарами продавець виписує товарний чек, де вказується: номер або найменування торговельного підприємства, номер товарного ярлика, назва товару, гарантійний термін, ціна реалізації, дата продажу, прізвище продавця.

Правилами продажу окремих видів продукції серед документів, що передаються споживачу разом із продукцію, крім товарного чи касового чеку, технічного паспорту, інструкції по експлуатації, згадуються інші види документів (документи на право власності на автомототехніку, сертифікати на дорогоцінне каміння [9], ліцензія на придбану зброю, ветеринарне свідоцтво на придбану тварину і т. д.). Ці документи не є фактичним підтвердженням укладення договору і тому не можуть бути предметом вимоги продавця (виконавця, виробника).

Вказане дозволяє визначити, що обов’язок споживача підтвердити наявність договірних відносин із виробником (продавцем), виконавцем є одним із основних, виконання якого дозволяє споживачу скористатись усім арсеналом засобів, передбачених спеціальним законодавством для захисту своїх порушених прав.

Використана література:

1. Про внесення змін до Закону України «Про захист прав споживачів»: Закон України від 01. 12. 2005 р. // ВВР. – 2006. – № 7. – Ст. 84

2. Левшина Т.Л. Основы законодательства о защите прав потребителей: Курс лекций. – М.: Юрид. лит., 1994. – 160 с.

3. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая: Договора о передаче имущества. — М: Статут, 2002. —780с.

4. Письменна О.П. Правовідносини, що виникають у зв’язку з порушенням прав споживачів внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг): Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – К., 2006. – 246с.

5. Про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг: Закон України від 06.07.1995 р. // ВВР. – 1995. — № 28. — Ст. 205.

6. Про затвердження Правил роздрібної торгівлі непродовольчими товарами: Наказ Мінекономіки від 19.04.2007 № 103 // ОВУ. – 2007. - № 86. – Ст. 435

7. Про затвердження Правил продажу товарів на замовлення та поза торговельними або офісними приміщеннями: Наказ Мінекономіки від 19.04.2007 № 104 // ОВУ. – 2007. - № 80. – Ст. 2982

8. Про затвердження Інструкції про порядок оформлення суб'єктами господарювання операцій при здійсненні комісійної торгівлі непродовольчими товарами:

Наказ МЗЕЗторгу від 08.07.1997 № 343 [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=z0324-97

9. Про затвердження Правил комісійної торгівлі ювелірними виробами з дорогоцінних металів, дорогоцінного каміння, дорогоцінного каміння органогенного утворення та напівдорогоцінного каміння: Наказ Мінфіну від від 27.10.2004 №678 // ОВУ. – 2004. - № 47. – Ст. 3119

Чорна Жанна Леонтіївна
доцент кафедри цивільного права та процесу, кандидат юридичних наук, доцент
Хмельницький університет управління та права

ДОГОВІР ДАРУВАННЯ З ОБОВ'ЯЗКОМ ПЕРЕДАТИ ДАРУНОК У МАЙБУТНЬОМУ

Одним із різновидів договорів дарування відповідно до ст. 723 Цивільного кодексу України [1] є договір дарування з обов'язком передати дарунок у майбутньому, відповідно до якого дарувальник зобов'язується передати дарунок обдаровуваному в майбутньому через певний строк (у певний термін) або у разі настання відкладальної обставини. Відкладальною обставиною є така обставина, яка не дає можливості виконати договір дарування і тому його виконання переноситься на майбутнє, при цьому ці обставини не повинні бути вигаданими, а дійсно таким, які не дають можливості виконати договір (наприклад, придбання в майбутньому речі, яка буде дарунком або отримання грошових коштів). Тобто, як зазначає Новикова В.В., такий договір дарування має умовний характер, який характеризується певною відкладальною обставиною. Проте, ми не можемо погодитися із Новіковою В.В., стосовно того, що даний договір слід відносити до договорів, які поєднують одержання дарунка з діями обдаровуваного, що мають майновий характер, і відповідно настання такої відкладальної обставини не можна розцінювати як зустрічне задоволення з боку обдаровуваного на користь дарувальника [2; с.10]. На наш погляд, відкладальна обставина, з якою пов'язане передання дарунка у власність обдаровуваного, відповідно до ч. 2 ст.723 ЦКУ пов'язана із стороною дарувальник.

Характерною особливістю цього договору є те, що обдаровуваний має право вимагати передання йому дарунку або відшкодування його вартості. На наш погляд, такий припис законодавства „вимагати" є дещо грубим, можливо слід замінити термін „вимагати" на „має право на отримання подарунку" або відшкодування його вартості. Крім того, якщо дарувальник при настанні певного строку, передбаченого договором, або відкладальної обставини не передає дарунок обдаровуваному, то для нього настають наслідки, передбачені ст.612 ЦКУ, а саме боржник, який прострочив виконання зобов'язання відповідає перед кредитором за завдані простроченням збитки і за неможливість виконання, що випадково настала після прострочення. Крім того, може скластися ситуація, що строк виконання зобов'язання дарувальником є принципово важливим для обдаровуваного і через його прострочення обдаровуваний може втратити інтерес до дарунку. В такому випадку обдаровуваний, відповідно до ч.3 ст.612 ЦКУ може відмовитися від прийняття виконання і вимагати відшкодування збитків.

Щодо форми договору, то, він укладається у письмовій формі, відповідно до ч.3 ст.719 ЦКУ. Слід зауважити, що така форма договору передбачена і для дарування будь-яких речей, оскільки не уточнюється, які саме предмети повинні передаватися в дарунок у майбутньому, а зазначається, що договір укладається в письмовій формі і в разі її недотримання є нікчемним.

Договір є консенсуальним і це є ще однією особливістю, порівняно із загальними положеннями про договір дарування.

Даний договір є безоплатним, навіть, якщо даруються нерухомі речі, чи речі, які мають особливу цінність. Якщо ж дарувальнику передаються якісь речі за певну зустрічну винагороду, то це не є договором дарування. Але, існують певні звичаї при даруванні. Наприклад, якщо даруються ножі чи тварини, то обдаровуваний повинен передати дарувальнику символічну плату.

Ще однією особливістю є те, що договір має довірчий характер, і з цієї причини він припиняється у випадку смерті дарувальника або обдаровуваного до настання строку (терміну) або відкладальної обставини, встановленої договором дарування. Тобто, в даному випаду є неможливою заміна боржника на боці дарувальника чи кредитора на боці обдаровуваного (як наприклад у спадковому праві).

Що стосується сторін договору, то норми ЦК не встановлюють якихось особливих правил тобто, як і у договорі дарування в цілому, сторонами договору дарування з обов'язком передати дарунок в майбутньому можуть бути як фізичні особи відповідно до обсягу їх дієздатності, так і юридичні особи, держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальна громада. Підприємницькі товариства можуть бути сторонами договору, якщо це прямо передбачено установчими документами дарувальника. Таке положення спрямоване на захист майна підприємницьких товариств від марнотратства (адже метою їх діяльності є одержання та подальший розподіл між учасниками прибутку, а оскільки дарування майна не лише не приносить прибуток, а й взагалі не передбачає зустрічної компенсації за дарунок, то вчинення такого правочину цілком можна віднести до зайвих, невиправданих витрат) [3; с.160].

ЦКУ передбачає можливість для дарувальника в односторонньому порядку відмовитися від договору у випадку, якщо після укладення договору його майновий стан істотно погіршиться. Зазначимо, що відповідно до ст.615 ЦКУ одностороння відмова від зобов'язання можлива у разі порушення зобов'язання однією стороною. У даному випадку, мова не йде про порушення зобов'язання обдаровуваним, а саме про майновий стан дарувальника. Законодавець не визначає критерії, за якими можна було би визначити істотне погіршення стану. Відповідно, такі обставини слід визначати в кожному конкретному випадку. До них слід віднести втрату постійного заробітку, тяжку хворобу дарувальника або членів його родини та інші не передбачувані обставини [4; с. 703]. Таке ж право надається і обдаровуваному, яке він може здійснити в будь-який час до моменту його прийняття. При цьому причини відмови не зазначені в законі, тобто можна зробити висновок, що вони правового значення не мають. Якщо ж обдаровуваний відмовиться від прийняття дарунку після прийняття дарунку, то тут вже буде мати місце розірвання договору.

Використані джерела:

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. [Текст] // ОВУ. — 2003. — № 11. — Ст. 461.

2. Новікова В.В. Правова природа безвідплатних договорів в цивільному праві : 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. Новікова. – Харків , 2007. – с.

3. Договірне право України. Особлива частина: навч. посіб. / Т.В. Бондар, О.В. Дзера,Н.С. Кузнєцова та ін.: за ред.О.В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – 1200 с.

4. Цивільний кодекс України: Наково-практичний коментар. Видання третє перероблене і доповнене. – Х.: ТОВ „Одіссей", 2006. – 1200 с.

Шаркова Ганна Юріївна,
здобувач Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва Національної академії правових наук України

ЕВОЛЮЦІЯ КОНСАЛТИНГОВИХ ВІДНОСИН

Становлення інформаційної (або як її ще називають електронної, цифрової або нової) економіки, яка на відмінну від індустріальної епохи, характеризується пріоритетною роллю знань, перевагою інтелектуальної складової будь-якої сфери підприємницької діяльності. За таких умов функціонування суб'єктів підприємницької діяльності нагадує спринтерські змагання за набуттям конкурентних переваг. Сьогодні перемогу у конкурентній боротьбі важко забезпечити тільки матеріальними ресурсами, основу її стратегічних компетенцій формують передусім нематеріальні активи, тобто інтелектуальна складова підприємницької діяльності. Тому залучення такого інтелектуального ресурсу як консалтинг стає об'єктивною необхідністю для забезпечення довгострокового стратегічного розвитку сучасного товариства.

Останнім часом, особливо у зв'язку із приватизацією, поширюється консалтингова діяльність юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців з проведення оціночних робіт, надання консультацій, рекомендацій, порад із широкого кола питань економіки, фінансів, зовнішньоекономічної діяльності тощо [2, 13-14]. На цьому ринку України сьогодні успішно працюють великі транснаціональні консалтингові фірми. Підставою надання цих послуг є договір консалтингу.

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, особливо 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.

Потреба у консультуванні виникла багато тисяч років тому. Вперше надання консультаційних послуг було виявлено у Древньому Єгипті. Біля шести тисяч років тому єгиптяни визнали необхідність цілеспрямованої організації людей, її планування та забезпечення контролю за її результатами. Декілька пізніше вони ввели у практику таку важливу новизну, як консультування спеціалістами частин господарського життя з широкого кола питань [1, 39-43]

Консультування зародилось у ході промислової революції, з появою сучасних фабрик та пов'язаних з цим інституціональних та суспільних перетворень [2, 13-14]. Воно має спільні корені з управлінням як окремою галуззю діяльності людини та предметом навчання. Консультування стає можливим, коли процес спілкування та структуризації управлінського досвіду досягає відносно розвинутої стадії. При цьому повинні бути виявленні та описані методи та принципи, які застосовуються для різних організацій та ситуацій, а підприємець повинен мати необхідність та бажання вести свої справи найкращим чином та удосконалювати методи управління. Умови для цього були створені тільки у другій половині XIX ст., коли зародився рух наукового управління.

У теорії наукового управління був ряд попередників. Один з них – американський фабрикант Чарлз Т.Семпсон в 1870 році так реорганізував на своїй взуттєвій фабриці виробничий процес, що зміг набрати персонал з числа не кваліфікаційних працівників-китайців. Рік потому, виступаючи у ролі консультанта, він передав свій досвід володільцю прачечної, який прийняв пораду та використав досвід Семпсона [1, 39-43]

Підприємці внесли великий вклад у розвиток консультування. Їх технічні та методологічні підходи до спрощення робочих процесів та підняття ефективності праці і роботи підприємств були різними, а у ряді випадків навіть протистояли один одному. Вони постійно виступали з лекціями, проводили дослідження, писали книги та статті, організовували практичні покази та надавали різного роду поради. Пізніше вони стали

професійними консультантами на платній основі з питань управління, зробивши це своїм основним заняттям. Ці дослідницькі зусилля надали управлінському консультуванню дуже важливу характерну ознаку, сильно вплинувши на розвиток цієї професії та уяву про неї.

Нові області управління та проблеми енергійно захвачувались консультуванням, а тому відповідно зменшувалась робота по організації виробництва та праці. Важливі зміни в області суспільних та трудових відносин відмежовували застосування технічних прийомів, непридатних для працівників: переговори стали незамінним методом вирішення багатьох проблем, які стосуються інтересів працівників та службовців.

В 20-ті та 30-ті роки консультування завоювало визнання не тільки в США та Великобританії, але також у Франції, Німеччині, Чехословакії та інших промислово розвинутих країнах. Існувало лише декілька престижних фірм, та їх послугами, в основному, користувалися лише великі промислові корпорації [1, 39-43]

Консультування для уряду та армії зіграло важливу роль під час другої світової війни. США, вчасності, зрозуміли, що війна – основна загроза управлінню та що для перемоги на полі бою необхідно мобілізувати кращі управлінські сили держави. Крім того, дослідження операцій та інші нові методи, які застосовувалися на початку війни у військових цілях, швидко знайшли шлях у управлінні компаніями та суспільством, що змінило роботу консультантів [1, 39-43]

Післявоєнне будівництво, швидкий зріст ділової активності у сукупності з прискоренням технологічними змінами, швидким розвитком економіки деяких країн, інтернаціоналізація промисловості, торгівлі та фінансів у світі створили особливо сприятливі можливості та попит на управлінське консультування. Це період, коли було засновано більшість консультаційних організацій, які діють до теперішнього часу, коли консультаційний бізнес набув влади та технологічну репутацію, якою користується до сьогоднішніх днів.

За останні 20 років конкуренція в області управлінського консультування різко виросла. Крім збільшення рівня якості послуг, консультанти з питань управління збільшили свою агресивність як у відношенні пошуку клієнтів, так і у спробах вмовити потенційних клієнтів, що можуть запропонувати кращі послуги, ніж інші. Це призвело до розвитку служб реклами та маркетингу у консультаційних фірмах.

Таким чином, становлення консалтингових відносин пройшло певний шлях, постійно змінювалося та розвивалося. На 01.01.2010 року в Україні консалтингові послуги складають 23% [3, 12-13] від загальної сфери підприємницької діяльності. Консалтингові послуги з кожним днем відіграють важливішу роль як у повсякденному житті фізичних та юридичних осіб, 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 Росії, де ці послуги надаються на повсякденному рівні.

Використані джерела:

1. *Посадський А.П. Консультационные услуги в России.- М., 1995 г*
2. *Управленческое консультирование в 2-х т. Под ред. М. Кубра, т.1. – М.. 2004*
3. *Рынок консультационных услуг в Украине. Сущность и виды консультационных услуг//Финансовая консультация. – 2009. - №13.*
4. *Маринко Г.И. Управленческий консалтинг: Учеб. Пособие. – М.: ИНФРА-М, 2005*
5. *Steele F. Consulting for organizational change. – Amherst, MA: University of Massachusetts Press, 1975*
6. *Greiner L.E., Metzger R.O. Consulting to management. – Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall, 1983*

Шевердіна Олена Валентинівна,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри господарського права,
Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого

ПРАВОВІ КРИТЕРІЇ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Економічна ситуація, що склалася в Україні, потребує необхідності розгляду нової сукупності відносин за участю держави у сфері економіки й підприємництва, створення цілісної науково обґрунтованої концепції, яка розкриває правову природу, засоби й форми правового регламентування ринкової економіки й підприємництва.

Незважаючи на доволі значну роботу, яка зроблена законодавцем, на сьогоднішній день нові відносини не знайшли адекватного правового закріплення й регламентації в царині державного впливу на економіку й підприємництво. Дослідженням проблем державного регулювання господарської діяльності займалися й займаються як економісти, так і юристи, серед яких слід назвати В.К. Мамутова, В.В. Лаптєва, Н.О. Саніахметову, Д.В. Задихайла.

Державне регламентування господарської діяльності є напрямком державної політики, спрямованим на вдосконалення правового регулювання господарських, а також адміністративних відносин між регуляторними чи іншими органами державної влади і суб'єктами господарювання, на недопущення прийняття економічно недоцільних і неефективних правових актів, зменшення втручання держави в діяльність цих суб'єктів та усунення перешкод у розвитку господарської діяльності, що здійснюється в межах Конституції й законів України.

У науковій літературі наводиться широке коло думок щодо розуміння суті державного регулювання. В основному вони зводяться до того, що державне регулювання – це (а) система заходів законодавчого, виконавчого й контролюючого характеру, здійснюваних державними структурами і громадськими організаціями; (б) вплив держави на відтворювальні процеси в економіці відповідними засобами; (в) майже всі функції держави, пов'язані з економічною й економіко-соціальною діяльністю і покликані забезпечити умови функціонування ринкової економічної системи; (г) політика, яка через застосування державою спеціальних заходів впливає на поточні ринкові події; (д) система знань про сутність, закономірності дії та правила застосування типових методів і засобів впливу держави на перебіг соціально-економічного розвитку; (е) сфера діяльності держави для цілеспрямованого впливу на поведінку учасників ринкових відносин; (є) одна з форм державного впливу на економіку, що ґрунтується на законодавстві, реалізується встановленням і застосуванням державними органами правил; (ж) одна з функцій державного управління.

Однак, потрібно розмежовувати державне регулювання економіки в цілому і господарської (підприємницької) діяльності, зокрема. Для визначення їх співвідношення необхідно виходити з того, що згідно зі ст. 42 ГК України підприємництво є видом господарської діяльності. Оскільки, у свою чергу, остання є видом діяльності економічної, державне регулювання підприємницькою діяльністю є її складовою частиною.

Що служить підставою державного регулювання підприємництвом? Відповіді на ці запитання полягають у наступному. Ми погоджуємося з думкою тих дослідників, які вважають, що такою підставою є потреба в забезпеченні реалізації й охорони публічних інтересів. Ця точка зору підтверджується нормами Концепції переходу Української РСР до ринкової економіки, яку ще в листопаді 1990 р. схвалила Верховна Рада України. Згідно з нею метою державного регулювання економікою є досягнення ефективного, поступального і стабільного економічного, соціального, наукового й культурного розвитку країни.

Специфіка правового регулювання господарської діяльності, підприємницького законодавства знаходить свій вираз у поєднанні приватноправових і публічно-правових інтересів і засобів. Деякі приватноправові засоби трансформуються у приватно публічні правові й широко використовуються при регулюванні підприємницької діяльності.

Віднесення таких правових засобів, як договір, виключно до інструментів приватного права не відповідає реаліям сучасного регулювання відносин у царині підприємництва.

Змістом державного регулювання в царині господарської діяльності є діяльність з реалізації функцій держави по забезпеченню господарського порядку, виконувана у встановлених формах і відповідних методах. У функціях виявляється й вплив держави на суб'єктів господарювання, за допомогою яких досягаються цілі й завдання державного регулювання, оскільки саме виконання функцій, різних за змістом, але взаємозалежних, становить сутність регламентування економіки. Необхідність такого впливу на суб'єктів реалізується у функціях державної регламентації економіки, що вміщені в зазначеній Концепції. Це (а) формування системи економічних інститутів державного управління; (б) розробка й погодження стратегії економічної, соціальної й науково-технічної політики; (в) зміцнення умов функціонування ринку, активізація ринкових відносин, пом'якшення впливу кризових явищ використанням прав і можливостей, які уряд має у своєму розпорядженні, включаючи матеріально-технічні й фінансові ресурси; (г) перерозподіл доходів населення і суб'єктів господарювання, спрямований на пом'якшення соціальної нерівності; (д) стимулювання виробництв, що створюються на базі нових технологій, розвиток експортного виробництва, економічний захист стратегічно важливих виробництв; (е) розробка й реалізація через бюджетне фінансування регіональної політики; (є) розробка й реалізація системи соціального захисту населення.

На підставі вищенаведеного дослідження робимо наступні висновки.

Державне регулювання підприємницької діяльності є діяльністю держави в особі його органів, спрямованою на забезпечення публічних інтересів шляхом використання засобів взаємодії в регламентації підприємницьких відносин.

Підставою державного регулювання підприємництва є необхідність забезпечення охорони публічних (державних і суспільних), а також державного контролю над процесом підготовки регуляторних актів і чинних законодавчих актів.

Шевченко Олександр Вікторович
студент 3 курсу, юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПОПЕРЕДНЬОГО ДОГОВОРУ У ВІТЧИЗНЯНОМУ ПРАВІ

Ускладнення економічного обороту зумовлює підвищення ролі попередніх договорів. Тому актуальність питань переддоговірних відносин свідчить про затребуваність такого роду наукових досліджень.

Проаналізувавши два визначення попереднього договору, які подані у Цивільному кодексі України (далі – ЦК) та Господарському кодексі (далі - ГК), можна зробити висновок, що визначення викладене в ГК є досить звуженим. По-перше, суб'єктом в таких відносинах вказується лише суб'єкт господарювання . По-друге, ГК встановлює обмеження щодо строку протягом якого потрібно укласти основний договір, а саме 1 рік. Законодавець чітко не розмежовує вплив ЦК і ГК щодо регулювання даних правовідносин. Особливо суперечливою є ч.3 ст.182 ГК,яка передбачає можливість укладення основного договору на підставі попереднього у судовому порядку.

Також важливо розмежовувати попередній договір від інших переддоговірних дій. Прикладом переддоговірних дій може слугувати протокол про наміри, який передбачений ЦК.

Цей протокол фіксує намагання, побажання, плани сторін , але з його формулювань, зазвичай, не випливає намір сторін вважати себе юридично пов'язаними, хоча при волевиявленні сторін щодо надання йому сили попереднього договору, протокол про наміри може набути такий статус. Проте, в основному, такі протоколи не мають юридичної сили і не

тягнуть юридичної відповідальності за їх невиконання. Їх підписання зазвичай регулюється звичаями ділового обороту.

Попередній договір можна розуміти, як особливе договірне зобов'язання, яке опосередковує самостійне коло відносин щодо укладення в майбутньому основних договорів. Популярність попередніх договорів зумовлена такими чинниками :

бажання однієї або обох сторін закріпити проміжні результати, досягнуті в ході переговорів;

необхідність підтвердити серйозність намірів сторін щодо основного договору;

бажання сторін встановити правила ведення подальших переговорів та ін.

Приклад застосування попереднього договору. За допомогою попереднього договору підрядник і замовник регулюють свої відносини з підготовки до укладення в майбутнього договору будівельного підряду, а саме, обумовлюють предмет майбутнього договору, строк його укладення, необхідність надання документації тощо.

Особливої уваги заслуговує питання щодо відповідальності за невиконання умов попереднього договору. Чинне законодавство не дає чіткої відповіді на питання, чи створює попередній договір обов'язок боржника відшкодовувати завдані збитки. Цю думку можна підтвердити тим,що ч.3 ст.182 ГК надає право другій стороні вимагати укладення основного договору в судовому порядку, згідно з попереднім договором . Також проаналізувавши ч2. Ст.635 ЦК, можна зробити висновок, що сторона може вимагати виплати збитків лише в тому разі, якщо був укладений основний договір.

Також законодавець безпосередньо не встановив відповідальність за здійснення переддоговірних дій без мети укладення договору,які здійснюються з метою усунення конкурентів. Такі дії варто розцінювати, як порушення принципу добросовісності, який закріплений у п.6 ч.1 ст. 3 ЦК, а також порушення вимог законодавства щодо заборони недобросовісної конкуренції.

Я вважаю,що для більш ефективного функціонування категорії попереднього договору держава має зробити наступне :

Чітко розмежувати вплив ЦК і ГК на правовідносини, пов'язані з категорією попереднього договору, а саме, усунути колізію шляхом закріплення пріоритетного становища ЦК, а норми ГК мають застосовуватися субсидіарно.

Законодавчо закріпити обов'язок боржника нести відповідальність за невиконання умов попереднього договору.

Встановити та законодавчо закріпити відповідальність щодо осіб, які вступають у переддоговірні відносини не з метою укладення договору, а з метою створення монопольного становища на ринку, при цьому мають бути встановлені критерії визначення мети, з якою суб'єкт вступає в переддоговірні правовідносини.

Використані джерела:

1. Майданик Н. Переддоговірні відносини у цивільному праві України : поняття, природа, реалізація // Підприємництво, господарство і право. – 2008 р. - № 1. – с. 58 – 61.

2. Черешнюк В. Укладення попереднього господарського договору та його правові наслдки. // Підприємництво, господарство і право. – 2006 р. - № 1. – с. 22 - 25.

3. Майданик Н. Вчення про переддоговірну відповідальність у цивільному праві : еволюція, поняття, порівняльна характеристика // Підприємництво, господарство і право. – 2008 р. - № 2. – с.56 – 59.

4. Бервено С. М. Проблеми договірного права України : Монографія. – К. – Юрінком Інтер. – 2006. – 392 с.

5. Цивільний кодекс України від 16.01. 2003 р. // Відомості Верховної Ради. – 2003. - № 40 - 44. – с.356.

6. Господарський кодекс України від 16.01. 2003 р. // Відомості Верховної Ради. – 2003. - №18 - 22. – с.144.

Шкльода Ярослава Антонівна
аспірант Хмельницького університету управління та права

АДІЄЗДАТНІСТЬ ЯК ОСОБЛИВИЙ ПРАВОВИЙ СТАН

У цивілістичній літературі висловлено думку про те, що стан адієздатності є самостійним цивільно-правовим явищем, відмінним від недієздатності [1, 262]. Багато цивілістів погоджуються з таким позначенням аналізованого стану. У той же час ряд вчених піддають критиці сам термін, яким цей стан позначається. Так, Я.Р. Веберс вказує на термінологічну тотожність адієздатності і недієздатності [2, 162], з чим не можна не погодитися. Однак суть аналізованого правового стану полягає не в тому, як його названо (адієздатністю чи будь-яким іншим терміном) , а в тому, що воно досягає своєї мети, а саме - показує специфічність позначуваного ним поняття, його відмінність від подібних правових понять. До того ж воно зручне у науковому обігу. Не випадково, за останні сорок років цивілісти не змогли придумати більш вдалого терміна, ніж той, що був запропонований О.А. Красавчиковим.

Відсутність єдності в розумінні адееспособності вимагає докладного аналізу її критеріїв. У ст. 225 і ст. 1186 ЦК України названо тільки психологічний критерій: нездатність розуміти значення своїх дій або ними керувати в момент вчинення правочину або заподіяння шкоди. У цивілістичній літературі по-різному визначають медичний критерій адієздатності. Так, О.А. Красавчиков пов'язував адієздатність не зі всякими порушеннями психіки, а лише з тими, які викликані тимчасовим функціональним розладом психічної діяльності або іншими хворобливими явищами (тривалим і глибоким виснаженням нервової системи через важку соматичну хворобу; втрату здатності усвідомлювати свої дії в результаті фізичного зовнішнього впливу: удару, поранення, контузії і т.д.). Хронічні психічні розлади виключалися ним з медичного критерію адієздатності. На його думку, стан, обумовлений хронічним розладом або дефектом психіки, «дає підставу для визнання недієздатним», а «вчинення угоди зазначеною особою» тягне за собою застосування відповідних статей законодательства щодо передбачення визнання вчинення правочину недійсним [1, 264].

Такий погляд на медичний критерій адієздатності був обумовлений конструкцією ст. 55 ЦК УРСР 1963 року: угода могла бути визнана недійсною лише за позовом громадянина, який уклав її. Передбачалося, що до моменту пред'явлення позову громадянин вийшов із хворобливого стану і здатний самостійно захищати порушені угодою права і законні інтереси. Але особи з хронічними психічними розладами вважаються дієздатними до тих пір, поки суд не ухвалить рішення про їх недієздатності. Тому до угод цих осіб до визнання їх недієздатними мали застосовуватися правила ст. 55 ЦК УРСР. Проте ця стаття не була розрахована на таких суб'єктів. При визнанні їх недієздатними після здійснення угоди оскаржувати її повинні були б опікуни, яким такого права не надавалося.

У зв'язку з цим у цивільно-правовій літературі пропонувалося змінити редакцію ст. 55 ЦК УРСР, вказавши, що при визнанні в подальшому суб'єкта угоди недієздатною, оспорити правочин вправі його опікун. У п. 2 ст. 177 ЦК України передбачено право опікуна громадянина, згодом визнаного недієздатним, на пред'явлення позову про визнання недійсного укладеного ним правочину. Таке право було надано і іншим особам, чиї права і законні інтереси були порушені правочином психічно хворого.

Звичайно, погляд О.А. Красавчикова на медичні причини адієздатності відповідав реаліям того часу. Проте в даний час не викликає сумніву той факт, що адієздатність обумовлюється розладом психіки, при якому не усвідомлюються юридичні дії. Такі розлади психічної діяльності перераховані в МКХ-10 і, як правило, є психотичними розладами.

Адієздатність відображає специфіку психічного стану суб'єкта угоди або заподіювача шкоди - розлад психіки. Інші обставини, не пов'язані з порушеннями психіки, не можуть привести до адієздатності. Такою підставою є лише нездатність суб'єкта розуміти значення своїх дій або ними керувати в момент здійснення операції.

«Психологічні особливості особистості» можуть свідчити про невинність заподіювача шкоди, про дефект волі суб'єкта правочину (помилка, обман і т.д.), але не про адієздатність. У таких випадках повинні застосовуватися не норми про адієздатність, а інші норми цивільного права: ст. 229, 230, тощо.

Судові психіатри також відзначають, що найчастіше судово-психіатричні експертизи за фактом вчинення угод проводяться стосовно осіб, які страждають на шизофренію, органічним ураженням мозку (атеросклероз, початкові явища атрофічного процесу), а також відносно осіб, що зловживають спиртними напоями або наркотичними речовинами.

Незважаючи на важливість медико-психологічної характеристики адієздатності, вона є юридичною категорією і породжує цивільно-правові наслідки. Визначення її медичного та психологічного критеріїв відноситься до компетенції судових психіатрів. Суд же має встановити юридичний критерій адієздатності. Вважаємо, що він включає в себе два елементи:

1) нездатність особи вчинити конкретний правочин;

2) нездатність особи відповідати за заподіяну шкоду на засадах вини.

Ми є прихильниками існування деліктної відповідальності без вини і вважаємо, що таку відповідальність адієздатний нести може. Адієздатність не можна оцінювати як недієздатність. Позиція судових психіатрів, що визначають нездатність усвідомлювати свої дії в момент здійснення угоди або заподіяння шкоди як недієздатність, суперечить положенням закону і сформованим уявленням про недієздатність в цивільно-правовій науці. Традиційно під недієздатністю розуміється триваючий стан, виникнення якого пов'язують із судовим рішенням про визнання недієздатним, після чого встановлюється опіка. Недієздатність особи призводить до виникнення у нього нового, спеціального правового статусу. Адієздатність особи його правовий статус не змінює. Вона має значення для конкретної дії: правочину або заподіяння шкоди, носить одномоментний характер і не враховується при вчиненні особою в подальшому інших юридично значимих дій.

На жаль у Цивільному кодексі України відсутнє не лише чітке визначення поняття адієздатності, але й загальна норма про неї. Звичайно бажано було б закріпити таку норму і сформулювати її наступним чином:

«Якщо особа внаслідок психічного розладу була не здатна розуміти значення своїх дій або ними керувати в момент вчинення правочину або заподіяння шкоди, застосовуються правила, передбачені ст. 255 і ст. 11186 ЦК України».

Використані джерела:

1. Советское гражданское право: Учебник для юрид. ин-тов и факультетов / Под ред. О.А. Красавчикова. М., 1968. Т. 1. С. 262-264

2. Веберс Я.Р. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве. Рига, 1976. С. 162.

Щербань Ілона Геннадіївна,
студентка 3 курсу, юридичного факультету,
Київського національного університету ім. Тараса Шевченка

ФОРС-МАЖОРНІ ОБСТАВИНИ: ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ ПОНЯТТЯ У СФЕРІ РЕГУЛЮВАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Актуальність обраної мною теми дослідження обумовлена тими якісно новими процесами, які відбуваються у політичному та правовому житті України, і знаходять свій прояв у демократизації всіх сфер суспільного життя, приведенні законодавчої бази у відповідність до стандартів, визнаних на міжнародному рівні, а також врахуванні поточних потреб, що виникають внаслідок договірної практики відносин.

Здійснюючи розгляд зазначеної проблематики, слід звернути увагу на те, що на кодифікованому рівні відсутнє чітке визначення форс-мажорних обставин, що у свою чергу ускладнює практику зобов'язальних правовідносин внаслідок об'єктивно зумовленої неспроможності закріплення у договорі вичерпного і єдиного для всіх переліку обставин, які виключають можливість притягнення до відповідальності особи, яка порушила зобов'язання.

У зв'язку з вищенаведеним твердженням, варто проаналізувати зміст ст. 617 Цивільного кодексу України (далі - ЦК України) та ч. 2 ст. 218 Господарського кодексу України (далі - ГК України) з метою виявлення певних недосконалостей законодавчого врегулювання зазначених питань. Зокрема, у ст. 617 ЦК України міститься наступна норма: «Особа, яка порушила зобов'язання, звільняється від відповідальності за порушення зобов'язання, якщо вона доведе, що це порушення сталося внаслідок випадку або непереборної сили» [2; 154], виходячи з цього, можна зробити висновок, що законодавець оперує такими поняттями як «випадок» та «непереборна сила», встановлення наявності хоча б одного з яких, звільняє особу від відповідальності за невиконання зобов'язання. У ч. 2 ст. 218 ГК України зазначено: «У разі якщо інше не передбачено законом або договором, суб'єкт господарювання за порушення господарського зобов'язання несе господарсько-правову відповідальність, якщо не доведе, що належне виконання зобов'язання виявилося неможливим внаслідок дії непереборної сили» [3; 110], тобто в даному випадку звільнення від господарсько-правової відповідальності обумовлюється можливістю встановлення обставин «непереборної сили» внаслідок дії якої зобов'язана сторона не виконала покладених на неї відповідно до умов договору обов'язків. Внаслідок зазначеного вище, цілком закономірним є питання з приводу необхідності проведення певних критеріїв для розмежування понять «випадок» та «непереборна сила». У ст. 617 ЦК України передбачено: «Не вважається випадком, зокрема, недодержання своїх обов'язків контрагентом боржника, відсутність на ринку товарів, потрібних для виконання зобов'язання, відсутність у боржника необхідних коштів» [2; 154]. Натомість ч. 2 ст. 218 ГК України містить наступну норму: «Не вважаються такими обставинами (обставинами непереборної сили – авт.), зокрема порушення зобов'язань контрагентами правопорушника, відсутність на ринку потрібних для виконання зобов'язання товарів, відсутність у боржника необхідних коштів» [3; 110]. В контексті дослідження змісту зазначених понять доцільно також звернути увагу на норму, що міститься у п. 1 ч. 1 ст. 263 ЦК України: «якщо пред'явленню позову перешкоджала надзвичайна або невідворотна за даних умов подія (непереборна сила)» [2; 72]. Хоча дана норма застосовується як одна із підстав для переривання перебігу позовної давності, але позиція, висловлена законодавцем, стосовно обставин непереборної сили потребує більш детального розгляду. Керуючись наведеним вище формулюванням, можна виділити характерні ознаки, за наявності яких події підлягають кваліфікації саме як обставини непереборної сили. Зокрема, такими ознаками є надзвичайність певної події (тобто її наявність повинна бути незвичною, нехарактерною для певної сфери суспільних відносин); її невідворотність (тобто настання даної події не можна було жодним чином попередити); можливість настання такої події в жодному випадку не може залежати від волі учасників суспільного життя. Варто звернути увагу на те, що порядок засвідчення форс-мажорних обставин здійснюється відповідно до ч. 3 ст. 14 ЗУ «Про торгово-промислові палати в Україні».

Слід навести позицію ВГСУ, висловлену ним у листі від 09.09.2001 № 01-2.2/279. Згідно з п. 30 даного листа, категорія непереборної сили втілює у собі лише стихійні природні явища. Разом з тим, обставини непереборної сили можуть бути підґрунтям для обмеження відповідальності лише у позадоговірних (деліктних) правовідносинах, а також у випадку порушення договірних зобов'язань, якщо на це існує пряма вказівка закону. Натомість категорія форс-мажору охоплює лише виключні події суспільного життя, які самі сторони на диспозитивній основі можуть передбачити у договорі як право на звільнення від подальшого виконання зобов'язань, покладених на особу відповідним правочином, якщо такі події будуть відбуватися протягом строку дії договору. Спільним для обставин непереборної сили та форс-мажору є те, що ці обставини мають перебувати поза контролем учасників правовідносин [5; 7].

Але найбільш повний перелік обставин, які можна об'єднати поняттям форс-мажорні, містить п. 1.2. Правил користування електричною енергією, затверджених Постановою Національної комісії з питань регулювання електроенергетики України від 31.07.96 N 28 [4; 6]. Так

під категорією форс-мажору розуміють як непередбачувані події суспільного життя, так і стихійні природні явища, окрім цього до змісту даного поняття включають умови, що пов'язані з ліквідацією зазначених вище надзвичайних подій та явищ.

На міжнародному рівні врегулювання питання стосовно звільнення сторони від відповідальності за невиконання зобов'язання внаслідок дії форс-мажорних обставин, міститься, зокрема, у ст. 79 Конвенції Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 року: «Сторона не несе відповідальності за невиконання будь-якого із своїх зобов'язань, якщо доведе, що воно було викликане перешкодою поза її контролем і що від неї нерозумно було очікувати прийняття до уваги цієї перешкоди під час укладення договору або уникнення чи подолання цієї перешкоди чи її наслідків» [1; 10].

Актуальною сьогодні є проблема стосовно можливості визнання світової фінансово-економічної кризи форс-мажорною обставиною. Полеміка з приводу цього питання є цілком обґрунтованою внаслідок ряду передумов, про які йтиметься далі. В Україні настання фінансової кризи виявилося досить несподіваним, тому суб'єкти господарювання опинилися у непередбачуваній ситуації. У зв'язку з раптовістю такої ситуації та стрімким перебігом подальших подій, у осіб, що здійснювали господарську діяльність, була відсутня реальна можливість та підстави для того, щоб передбачити наслідки такої кризи і підготуватися до глобального погіршення економічних умов діяльності.

Отже, нагальна потреба нормативного закріплення поняття форс-мажорних обставин на кодифікованому рівні є об'єктивно зумовленою практикою зобов'язальних правовідносин; необхідністю встановлення чіткого і єдиного для всіх учасників суспільного життя переліку подій, які підпадають під визначення форс-мажорних і внаслідок цього уможливлюють звільнення особи від відповідальності за невиконання покладених на неї договором зобов'язань. Слід також враховувати позитивний досвід інших країн для усунення певних колізій, які існують на законодавчому рівні. Таким чином, виконання всіх цих умов сприятиме подальшому розвитку та вдосконаленню регулювання зобов'язальних правовідносин.

Використані джерела:

3. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 р., ратифікована Україною 01.02.1991 р. // Офіційний Вісник України. – 2006. - № 15

4. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року // Голос України. – 2003. - № 47 – 48; з наступними змінами і доповненнями.

5. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року // Відомості Верховної Ради України. – 2003. - № 18; з наступними змінами і доповненнями.

6. Правила користування електричною енергією. Затверджені постановою НКРЕ від 31 липня 1996 р. № 28. Зареєстровано в Міністерстві юстиції України 2 серпня 1996 р. за № 417/ 1442.

7. Зауваження до Господарського кодексу: Лист Вищого господарського суду України № 01-2.2/279 від 09.09.2001 р.// Вісник господарського судочинства 2001.

Щербина Валентин Степанович,
завідувач відділу правових проблем підприємництва,
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
Національної академії правових наук України, доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України

ПОНЯТТЯ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПІДПРИЄМНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

В законодавстві і юридичній літературі відсутнє узагальнене визначення поняття державного регулювання підприємницької (господарської) діяльності, попри те, що в окремих нормативно-правових актах, прийнятих переважно у формі законів, йдеться про державне регулювання діяльності в окремих галузях чи сферах.

Державне регулювання підприємницької діяльності – це здійснення державою в особі її компетентних органів комплексу економіко-правових та організаційних (управлінських) заходів щодо упорядкування діяльності господарських організацій та фізичних осіб-підприємців з метою реалізації економічної політики, виконання цільових економічних та інших програм і програм економічного і соціального розвитку шляхом застосування різноманітних засобів і механізмів такого регулювання.

Враховуючи, що державне регулювання підприємницької діяльності здійснюється в рамках правових відносин, доцільно, виходячи із загальноприйнятих в юридичній літературі елементів правовідносин, до яких відносяться об'єкт, суб'єкти та зміст правовідносин (права і обов'язки суб'єктів), дослідити правовідносини з державного регулювання підприємницької діяльності з урахуванням їх елементів.

Об'єктом державного регулювання у такому разі є підприємницька діяльність (підприємництво), тобто господарська діяльність, що здійснюється для досягнення економічних і соціальних результатів та з метою одержання прибутку (ч. 2 ст. 3 Господарського кодексу України (далі – ГК України). В свою чергу під господарською діяльністю в ч. 1 ст. 3 ГК України 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. Таким чином, оскільки поняття підприємницької діяльності є вужчим від поняття господарської діяльності (підприємницька або комерційна господарська діяльність є одним із видів господарської діяльності), то і державне регулювання підприємницької діяльності є поняттям вужчим, ніж поняття державного регулювання господарської діяльності.

Така діяльність провадиться у різних сферах господарювання і галузях народного господарства, тому в законах щодо державного регулювання окремих видів господарської діяльності йдеться про державне регулювання певної діяльності [1], виробництва та реалізації (обігу) окремих видів продукції [2], ринків [3; 4] тощо.

Суб'єктами державного регулювання підприємницької діяльності є, з одного боку, держава в особі її компетентних органів. При цьому важливо розуміти, що ні сама держава, ні органи державної влади та органи місцевого самоврядування згідно з ч. 1 ст. 8 ГК України не є суб'єктами господарювання, незважаючи на те, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, які наділені господарською компетенцією, є згідно з ст. 2 ГК України учасниками відносин у сфері господарювання (господарських відносин. – В.Щ.).

Аналіз чинного законодавства дає підстави для висновку про те, що державне регулювання підприємницької охоплює:

- власне державне регулювання, здійснюване компетентними органами державної влади;

- державне регулювання, здійснюване органами місцевого самоврядування, виконавчими органами сільських, селищних та міських рад, а також місцевими державними адміністраціями на підставі делегованих повноважень [5; 6];

- державне регулювання, здійснюване саморегулівними організаціями на підставі делегованих повноважень [7; 8].

Органи державної влади і органи місцевого самоврядування, саморегулівні організації для участі в господарських відносинах шляхом здійснення державного регулювання підприємницької (господарської) діяльності наділяються господарською компетенцією (відповідними організаційно-господарськими повноваженнями [9]), що дозволяє кваліфікувати їх як компетентні органи і організації. У тих випадках, коли йдеться про компетентні органи, спеціально утворені для здійснення державного регулювання в певних сферах (галузях) або на певних ринках, вони іменуються в чинному законодавстві уповноваженими (спеціально уповноваженими) органами (міністерства, державні комітети, державні служби, державні комісії тощо).

З іншого боку, суб'єктами державного регулювання підприємницької діяльності є особи, які здійснюють таку діяльність, – господарські організації і громадяни-підприємці.

Права та обов'язки суб'єктів правовідносин, що складаються при здійсненні державного регулювання підприємницької діяльності, визначаються виходячи з різних принципів, залежно від того, до якого виду суб'єктів вони відносяться. Так, права і обов'язки органів державної влади і органів місцевого самоврядування визначаються за принципом «дозволено все, що прямо передбачено законом», тобто ці органи здійснюють державне регулювання лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (ч. 2 ст. 19 Конституції України); права і обов'язки саморегулівних організацій – відповідно до делегованих повноважень.

Натомість права та обов'язки суб'єктів підприємництва, щодо яких здійснюється державне регулювання їх діяльності, визначаються за принципом «дозволено все, що не заборонено законом».

Використані джерела:

1. Закон України від 14 вересня 2006 р. "Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій" // Відомості Верховної Ради України. – 2006. - № 45. – Ст. 434.

2. Закон України від 17 липня 1997 р. "Про державне регулювання імпорту сільськогосподарської продукції" // Відомості Верховної Ради України. – 1997. - № 44. – Ст. 281.

3. Закон України від 30 жовтня 1996 р. "Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні" // Відомості Верховної Ради України. – 1996. - № 51. – Ст. 292.

4. Закон України від 12 липня 2001 р. "Про фінансові послуги та державне регулювання ринку фінансових послуг" // Відомості Верховної Ради України. – 2002. - № 1. – Ст. 1.

5. Закон України від 21 травня 1997 р. «Про місцеве самоврядування в Україні» // Відомості Верховної Ради України. – 1997. - № 24. – Ст. 170

6. Закон України від 9 квітня 1999 р. «Про місцеві державні адміністрації» // Відомості Верховної Ради України. – 1999. - № 20-21. – Ст. 190.

7. Закон України від 9 липня 2003 р. "Про недержавне пенсійне забезпечення" // Відомості Верховної Ради України. – 2003. - № 47-48. – Ст. 372.

8. Положення про делегування саморегулівній організації адміністраторів недержавних пенсійних фондів окремих повноважень. Затверджено розпорядженням Держкомфінпослуг України від 12 квітня 2007 р. № 7153 // Офіційний вісник України. – 2007. - № 44. – Ст. 1816.

9. Щербина В. Органи державної влади та органи місцевого самоврядування як учасники відносин у сфері господарювання // Вісник господарського судочинства. – 2008. - № 1. – С. 111-117.

Щербина Марія Сергіївна
студентка 4 курсу юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ ДОГОВІРНОГО ПРАВА В УКРАЇНІ

Договірне право - це система правових норм, що регулюють договірні відносини (майнові та особисті немайнові), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленню та майновій самостійності їх учасників. В основі договірного права лежить поняття договору. Відповідно до ч. 1 ст. 626 Цивільного кодексу України, договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення прав та обов'язків.

Як видно з наведеного мною визначення, договірне право розглядається з нормативістських позицій як сукупність правових норм. Таке поняття договірного права не відповідає сучасному розумінню права взагалі, яке не обмежується лише законодавством як однією з його форм, але включає й інші елементи, такі як моральні та релігійні норми, звичаї, традиції, а також і наукові доктрини та практику застосування нормативних актів.

Ст. 3 Цивільного кодексу України передбачена свобода договору, яка полягає не лише у вільному укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору сторонами (ст. 627 Цивільного кодексу України), а й у свободі вибору форми договору та у праві на укладення «непоіменованих», чи «змішаних» договорів, можливість встановлювати способи забезпечення договірних зобов'язань, форми відповідальності за їх порушення! А також відповідно до ч. 3 ст.6 Цивільного кодексу України, сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд, крім тих положень, обов'язковість яких для сторін прямо випливає із самого акта законодавства чи його змісту або із суті правовідносин між сторонами.

Та на противагу даному принципу існує також принцип захисту інтересів слабкої сторони договору та забезпечення збалансованого розвитку майнового обороту. З цією метою запроваджується ряд обмежень дії принципу свободи договору, що знаходить сій вияв в інтенсивному розвитку антимонопольного законодавства, державному регулюванню ціноутворення, регулюванні якості товарів, робіт і послуг, законодавства про захист прав споживачів.

Значним напрямком розвитку трудового права є зближення та взаємопроникнення елементів речових, зобов'язальних та інших правовідносин. Прикладом договірної конструкції, в якій поєднуються речові та зобов'язальні елементи правовідносин, є договір управління майном (глава 70 Цивільного кодексу України). За таким договором управитель наділений не лише зобов'язальними правами та обов'язками перед установником управління, а й речовими правами як довірчий власник.

Іншим важливим напрямком розвитку договірного права України є його адаптація до права Європейського Союзу. Так як наша країна економічно орієнтована на Європейський Союз, то і правове забезпечення майнових відносин повинно відповідати праву Європейського Союзу.

Ще одним важливим питанням є уніфікація договірного права. З цією метою в Європі проводиться робота з підготовки Європейського цивільного кодексу. В основу кодексу має лягти «Принципи Європейського договірного права» - уніфікація договірного права Європейського Союзу, здійснена Комісією по Європейському договірному праву. Цей акт є самостійним джерелом правового регулювання в країнах Європейського Союзу.

Розвиток економічних зв'язків у внутрішньому та зовнішньому обороті призводить до трансформації системи договорів, появи нових договірних форм, зокрема, у сферах надання послуг, обробки інформації,міжнародної науково – технічної кооперації тощо. Тож, відповідно, і наше договірне право повинно розвиватись як у внутрішньому, так і в зовнішньому напрямках.

Проте, для входження України в правовий простір Європейського Союзу. Важливим є усунення дублювання та розбіжностей, які існують у регулюванні договірних відносин за

Цивільним та Господарськими кодексами України. При цьому, пріоритет повинен надаватись положенням Цивільного кодексу України, оскільки вони мають для договірного права загальний характер. Також повинна бути проведена робота з оновлення масиву нормативно – правових актів у сфері цивільного та господарського законодавства, а також договірної та судової практики щодо застосування цього законодавства.

ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС

ГОСПОДАРСЬКИЙ ПРОЦЕС

АДМІНІСТРАТИВНИЙ ПРОЦЕС

CIVIL PROCEDURE

COMMERCIAL PROCEDURE

ADMINISTRATIVE PROCEDURE

Бесарабчик Влада Олександрівна,
молодший науковий співробітник відділу юрисдикційних форм
правового захисту суб'єктів приватного права
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва НАПрН України,

НАЛЕЖНІСТЬ ПИСЬМОВИХ ДОКАЗІВ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Відповідно до ч. 1 ст. 58 Цивільного процесуального кодексу України (далі - ЦПК України) належними є докази, які містять інформацію щодо предмета доказування.

Таким чином, належними вважатимуться докази, які обґрунтовують заявлені вимоги чи заперечення сторін або мають інше значення для вирішення справи і підлягають встановленню при ухваленні судового рішення. Вони мають належати до складу підстав позову або підстав заперечень проти нього і характеризуватися значущістю фактів для визначення спірних правовідносин та зумовленістю цих фактів нормами матеріального права [1, 291].

Належність доказів вченими-процесуалістами трактується по-різному. Одні автори вважають, що належність доказів – ознака судових доказів; інші вважають, що належність судових доказів – не більше, ніж умова допущення доказів у процес, оскільки питання належності доказів вирішуються до дослідження їх судом. Треті вважають, що належність доказів – це міра, що визначає залучення в цивільний процес тільки потрібних і достатніх засобів доказування.

У зв'язку з цим виникає необхідність розмежування питань належності доказів і визначення значення доказів у цивільній справі.

При детальному аналізі всіх представлених точок зору вчених-процесуалістів можна зробити висновок про те, що більш послідовні в своїх міркуваннях прихильники концепції визначення належності доказів через їх ознаку. Оскільки така ознака вказує на існування наявності зв'язку між змістом доказів і обставинами, що мають значення для правильного вирішення справи. Дійсно, належність доказу повинно являти собою таку його обов'язкову правову властивість, яка означає зв'язок між змістом доказу (фактичними даними) і обставинами, які мають значення для правильного розгляду і вирішення цивільної справи. Включення ж у визначення належності доказів такої ознаки, як здатність змістом доказів встановлювати значущі для справи обставини і факти, не цілком відповідає з'ясуванню сутності даної процесуальної категорії.

Основна проблема при визначенні належності письмових доказів полягає у встановленні того, які із відомостей, отриманих у встановленому законом порядку, взагалі не матимуть відношення (зв'язку) до певної справи. Таким чином, письмові докази не будуть належними, якщо вони містять відомості не про предмет дослідження, а про інший факт, що не стосується предмету дослідження. За уявною простотою і ясністю нормативних формулювань стоїть велика кількість рішень, скасованих (внаслідок їх необґрунтованості) з причин неправильного визначення юридично значимих обставин, не доведеності обставин, що мають значення для справи, які суд визнав встановленими, невідповідності висновків суду, викладених у рішенні, обставинам справи.

Оцінка належності письмових доказів при провадженні у цивільній справі здійснюється у два етапи. При відкритті провадження у справі суддя, перевіряючи зміст позовної заяви, встановлює, чи викладені в ній обставини, якими позивач обґрунтовує свої вимоги, чи зазначені докази, що підтверджують кожну обставину, чи немає підстав для звільнення від доказування (пункти 5, 6 ч. 2 ст. 119 ЦПК України). Відповідно до ст. 136 ЦПК України особа, яка заявляє клопотання про виклик свідка, зобов'язана вказати обставини, які він може підтвердити. Питання щодо належності доказів вирішується і під час судового розгляду, який суддя спрямовує на забезпечення повного, всебічного та об'єктивного з'ясування обставин справи, усуваючи із нього все, що не має істотного значення для вирішення справи (ч. 2 ст. 160 ЦПК України) [2, 170].

М. К. Треушніков вважає, що належність доказів визначається чотирма групами обставин, що мають значення для справи:

1) фактами предмета доказування;

2) доказуваними фактами;

3) процесуальними фактами, наприклад, які впливають на виникнення права пред'явити позов;

4) фактами, що дають підставу винести окрему ухвалу у справі [3, 28].

У цілому ці положення не викликають заперечень. При визначенні проблеми про те, які докази належні, повинно бути вирішене питання про значимість доказів для правильного вирішення справи. Стаття 58 ЦПК України говорить про докази, які мають значення для справи. Стаття 57 ЦПК України визначає докази і належність до них тих фактичних даних, на підставі яких суд встановлює наявність або відсутність обставин, що обґрунтовують вимоги і заперечення сторін, та інші обставини, які мають значення для справи. Якщо виходити з редакції ст. 58 ЦПК України, то М. К. Треушніков має рацію: належні всі докази, що мають значення, як для вирішення справи, так і для вчинення окремої процесуальної дії. Але якщо відштовхуватися від редакції ст. 57 ЦПК України, то належними є ті докази, за допомогою яких вирішується справа.

Виходячи зі сказаного вище випливає, що належність доказів – це широка правова категорія, яка свідчить про взаємозв'язок доказів з обставинами, що підлягають встановленню, як для вирішення всієї справи, так і для здійснення окремих процесуальних дій.

При визначенні належності письмових доказів, практичну значимість набувають факти предмета доказування. Візьмемо, наприклад, факти, які свідчать про поважність пропуску строку на прийняття спадщини. Вони підлягають встановленню судом і відповідно до даної категорії справ будуть належними всі відомості, подані на підтвердження цих фактів. Однак аналогічні факти, що свідчать про поважність пропуску шестимісячного строку для пред'явлення претензій кредиторами спадкодавця до спадкоємців, не мають значення і суд не вправі залучати, досліджувати, оцінювати докази, які пред'являються на підтвердження цих фактів.

Отже, письмові докази в цивільній справі визнаються судом належними, якщо вони містять відомості про факти, що встановлюються з метою вирішення цивільної справи або вчинення окремих процесуальних дій. У даній дефініції виділені: 1) докази обставин, що входять до предмету доказування у справі, та обставин, необхідних для здійснення окремих процесуальних дій; 2) вирішальна роль суду або судді (в залежності від того, в якому складі розглядається справа) у визначенні належності доказів по конкретних справах.

У зв'язку з цим необхідно зробити висновок про те, що належність або неналежність доказу є результатом співвідношення змісту доказу із зазначеною у законі обставиною, що підлягає доведенню. Таким чином, оцінка належності доказів, насамперед, складається з визначення обставин і фактів, які являють собою предмет доказування у справі і допоміжні, проміжні факти. З усього ж обсягу відомостей, одержуваних в ході провадження у справі, суд повинен виділити фактичні дані, які характеризуються наявністю зв'язку з зазначеними обставинами та фактами об'єктивної дійсності.

Використані джерела:

1. *Штефан М. Й. Цивільне процесуальне право Україниб підручник. – К.: Ін Юре, 2005. – С. 291.*
2. *Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / С.С. бичкова, Ю.В. Білоусов, В.І. Бірюков та ін.; За заг. ред. С. С. Бичкової. – 2-ге вид., доповн. і переробл. – К.: Атака, 2010. – 896 с.*
3. *Треушников М. К. Относимость и допустимость доказательств в гражданском процессе. – Москва, 1981. – С. 28.*

Блошенко Ельбіс Євгенівна,
студентка 3 курсу, Інституту підготовки кадрів для органів прокуратури України, Національної юридичної академії України імені Я. Мудрого

ПОНЯТТЯ АНДЕРАЙТИНГУ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ПРАВОМ УКРАЇНИ

Андерайтинг (англ. Underwriter- підписання) є цікавою новелою в українському законодавстві і заслуговує на всебічне дослідження з боку правників. Андерайтинг як специфічний вид професійної діяльності на фондовому ринку викликає все більший інтерес. Послуги андерайтерів широко розповсюджені на Заході, звідки вони поступово увійшли й до нашої правової системи. В Україні андерайтинг вже довгий час використовується в обігу цінних паперів. На фондовому ринку діють як особи, що мають вільні кошти і бажають їх вигідно вкласти, так і ті, хто потребує інвестування. Тому фондовий ринок будь-якої країни завжди потребує посередницької діяльності, і значення посередників невпинно зростає . Ринок андерайтингових послуг перебуває на стадії розвитку. Саме прагнення України приєднатись до Європейського співтовариства вимагає від нашої держави реальних дій з приведення чинного законодавства до загальноприйнятих європейських стандартів. Прийнятий 23 лютого 2006р. Закон України «Про цінні папери і фондовий ринок» найбільш повно відображає сутність андерайтингу. Але наукових праць у яких досліджувався б андерайтинг, відносно небагато [2, 246].

Щодо історії виникнення «андерайтингу» то цей термін вперше згадується в історії розвитку інвестування банків США. Виникнення нового виду бізнесу – інвестиційної банківської діяльності - під час промислової революції в США. В XVIII – та на початку XIX в.в. американські підприємства традиційно фінансувалися по закритій підписці, тому потреби в посередниках не було. У зв’язку з освоєнням нових територій виникає необхідність розвитку залізничних сітей. А потреба в фінансуванні залізничного будівництва дала імпульс виникненню нового типу посередників, основним видом яких був андерайтинг - гарантоване первинне розміщення цінних паперів. Посередники в умовах жорсткої конкуренції привертали фінансові ресурси для будівництва залізничних шляхів. Потреба в фінансуванні була настільки велика, що посередники зразу вийшли на іноземні ринки. У тому числі гроші збирались у Великобританії. Таким чином андерайтинг розповсюдився в Європі.

Достатньо перспективною діяльністю інвестиційних банків і в наш час є діяльність у якості андерайтера. В країнах з розвиненою економікою, андерайтингові послуги є виключною компетенцією інвестиційних банків (наприклад інвестиційні банки США).

Термін «андерайтингу» розуміють у декількох смислах, а саме як:

процес прийняття страхового ризику;

діяльність професійного учасника ринку цінних паперів;

перевірка банком платоспроможності клієнта, бажаючого взяти кредит.

Наявність цих трьох різних за змістом термінів вносять неясність у всебічному розумінні поняття «андерайтингу», оскільки кожне з них окремо являє собою різні сфери професійної діяльності. В подальшому дослідженні мова буде йти тільки про андерайтинг, як діяльність на ринку цінних паперів, як категорія врегульована Законом України «Про цінні папери і фондовий ринок» від 23 лютого 2006 р.

За браком легального визначення договір андерайтингу тривалий час вважався непойменований, а тому при його укладенні сторони могли керуватись правовими нормами, що регулюють схожі за змістом суміжні види пойменованих договорів – доручення та комісії. Сторони на власний розсуд могли обирати між приписами статей 1000 і 1011 Цивільного кодексу України 2003 р. [5, 48]. Уперше в українському законодавстві термін «андерайтинг» з’явився в Законі України «Про банки та банківську діяльність» від 07.12.2000 р. В ньому «андерайтинг» визначається, як купівля на первинному ринку цінних паперів з наступним їх перепродажем інвесторам; укладання договору про гарантування повного або часткового продажу цінних паперів емітента інвесторам, про повний чи частковий їх викуп за фіксованою ціною з наступним перепродажем або про накладання на

покупця обов'язку робити все можливе, щоб продати якомога більше цінних паперів, не беручи зобов'язання придбати будь-які цінні папери, що не були продані. Але це визначення не розкриває сутнісних ознак андерайтингу, так як стосується названий закон лише діяльності банків, а інші професійні торгівці не зв'язані його нормами. В Законі України «Про цінні папери і фондову біржу» від 18.06.1991 р. андерайтинг не згадувався. І тільки в Законі України «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23.02.2006 р., андерайтинг визначається у ч.4 ст. 17, як розміщення (підписка, продаж) цінних паперів торговцем цінними паперами за дорученням, від імені та за рахунок емітента. Цим законом були внесені зміни до Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» від 30.10.1996 р., згідно з яким ст. 4 цього Закону доповнена дефініцією андерайтингу, як одного з видів діяльності на ринку цінних паперів, що підлягає ліцензуванню та здійснюється за дорученням, від імені та за рахунок емітента [3, 106-107].

Отже, я вважаю, що легальне визначення поняття договору андерайтингу не повною мірою відображає сутність та зміст цього договору. Потрібно більш детальне його законодавче врегулювання. Можливе доповнення Цивільного кодексу України окремими статтями про договір андерайтингу.

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України від 2003 р*
2. *Закон України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» від 30.10.1996 р*
3. *Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23.02.2006 р*
4. *Закон України «Про банки та банківську діяльність» від 07.12.2000р*
5. *Бєліков О. Цінні папери і фондовий ринок в контексті європейських прагнень України // Юридичний журнал. – 2007. - № 1 – С. 98-103.*
6. *Маслова-Юрченко К.О. Предмет договору андерайтингу в доктрині цивільного прав України // ХНУВС вісник ХНУВС. Вип. 42 - Х.: Нац. університет внутр. справ, 2008. – С. 246-252.*
7. *Маслова-Юрченко К.О, Визначення андерайтингу у законодавстві України // Підприємництво, господарство і право. – 2009. - № 10. – С. 106-109.*
8. *Маслова-Юрченко К.О. Договір андерайтингу в системі договорів на надання послуг // Юридична Україна. – 2008. - № 9. – С. 48-53.*
9. *Попова А.В. Особливості правового регулювання андерайтингу// Вісник господарського судочинства. – 2009. - № 1. – С. 124-128.*

Бобрик Володимир Іванович
кандидат юридичних наук,
завідувач відділу Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
Національної академії правових наук України,
Київ, Україна

ОПТИМІЗАЦІЯ ТА УНІФІКАЦІЯ СТРОКІВ АПЕЛЯЦІЙНОГО ОСКАРЖЕННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ, ГОСПОДАРСЬКОМУ І АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРОЦЕСАХ

Аналізуючи зміни, що були внесені до ЦПК України, ГПК України і КАС України Законом України «Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 року, не можна не відзначити істотну зміну строків апеляційного оскарження судових рішень (подання апеляційних скарг на судові рішення).

Наразі законодавець уніфіковано встановив загальне правило, за яким у цивільному, господарському і адміністративному процесах строк на апеляційне оскарження рішення (постанови) суду першої інстанції (місцевого суду) складає 10 днів з дня його (її) проголошення (оголошення), а ухвали – 5 днів з дня її проголошення (оголошення), про що

вказується в ст. 294 ЦПК України, ст. 93 ГПК України, ст. 186 КАС України. Таким чином, значно скоротивши загальний строк апеляційного оскарження в цивільному і адміністративному судочинстві, законодавець оптимізував у цих видах судочинства процедуру апеляційного оскарження.

Внесені Законом України «Про судоустрій і статус суддів» зміни до ЦПК України, ГПК України і КАС України торкнулися багатьох визначених в них процесуальних строків. При цьому автори вищевказаного Закону анонсували скорочення процесуальних строків як один із способів подолання судової тяганини. Разом з тим, скорочення процесуальних строків, зокрема, строку апеляційного оскарження, має і зворотну негативну сторону. Так, як відзначають І. Коліушко і Р. Куйбіда, «в умовах, коли відсутня система доступної та ефективної систем правової допомоги, така новела завдасть сильного удару людям з невисоким рівнем достатку, оскільки протягом цього строку вони не встигнуть навіть визначитися, до якого юриста звернутися, а не те, що скаргу правильно подати» [3].

Окрім того, реалії відправлення правосуддя в Україні свідчать про те, що далеко не завжди суди першої інстанції дотримуються вимог процесуального законодавства щодо своєчасного виготовлення та вручення (надсилання) особам, які беруть участь у справах, повних рішень, постанов та ухвал. В свою чергу, це істотно впливає на можливість таких осіб в установлені процесуальним законом оскаржити відповідні судові рішення, адже підготовка обґрунтованої апеляційної скарги без наявності повного тексту оскаржуваного судового рішення є майже неможливою. При цьому затягування судами виготовлення та видачі повних судових рішень, що за своєю суттю є порушенням з боку судів норм процесуального права, не може потягнути скасування оскаржуваного судового рішення, оскілки таке порушення не призводить до неправильного вирішення справи. Відтак, подолання таких негативних явищ вбачається можливим лише шляхом звернення до Вищої кваліфікаційної комісії суддів України зі скаргою (заявою) щодо поведінки судді, яка може мати наслідком його дисциплінарну відповідальність, що передбачено ст.ст. 83-84 Закону України «Про судоустрій і статус суддів».

Разом з тим, незначні затримки в поданні апеляційної скарги за умови неможливості своєчасного отримання скаржником повного судового рішення майже завжди визнаються апеляційними судами поважними причинами пропуску строку апеляційного оскарження, а відтак в таких випадках апеляційні суди поновлюють (відновлюють) скаржникам строк апеляційного оскарження (подання апеляційної скарги).

Встановлення уніфікованого загального строку апеляційного оскарження судових рішень в ЦПК України, ГПК України і КАС України не означає, що законодавець абсолютним чином уніфікував положення вказаних кодексів щодо строку апеляційного оскарження, адже кожен із вказаних Кодексів містить особливі правила визначення строків апеляційного оскарження. Так, відповідно до ч. 1 ст. 294 ЦПК України особи, які брали учать у справі, але не були присутні у судовому засіданні під час проголошення судового рішення, можуть подати апеляційну скаргу протягом десяти днів з моменту отримання копії цього рішення. Згідно з ч. 2 цієї ж статті у разі якщо ухвалу було постановлено буз участі особи, яка її оскаржує, апеляційна скарга подається протягом п’яти днів з дня отримання копії ухвали.

Стаття 93 ГПК України передбачає, якщо в судовому засіданні було проголошено лише вступну і резолютивну частину рішення, зазначений строк (*строк подання апеляційної скарги – В.Б.*) обчислюється з дня підписання рішення, оформленого відповідно до статті 84 цього Кодексу.

Згідно з ч. 2 ст. 186 КАС України у разі застосування судом частини третьої статті 160 цього Кодексу (*відкладення складення постанови у повному обсязі – В.Б.*), а також прийняття постанови у письмовому провадженні апеляційна скарга подається протягом десяти днів з дня отримання копії постанови. Частиною 3 цієї статті передбачено, якщо ухвалу було постановлено у письмовому провадженні або без виклику особи, яка її оскаржує, апеляційна скарга подається протягом п’яти днів з дня отримання копії ухвали. Вказаними нормами також передбачено, якщо суб’єкта владних повноважень у випадках та порядку, передбачених частиною четвертою статті 167 цього Кодексу, було повідомлено про

можливість отримання копії постанови (ухвали) суду безпосередньо в суді, то десятиденний (п'ятиденний) строк на апеляційне оскарження постанови (ухвали) суду обчислюється з наступного дня після закінчення п'ятиденного строку з моменту отримання суб'єктом владних повноважень повідомлення про можливість отримання копії постанови (ухвали) суду.

Таким чином, уніфікація строку апеляційного оскарження в цивільному, господарському і адміністративному судочинстві є досить умовною і стосується лише загальних правил визначення такого строку. Отже, вносячи Законом України «Про судоустрій і статус суддів» зміни до відповідних процесуальних Кодексів, законодавець не ставив за мету визначити в них єдині правила щодо строків апеляційного оскарження. Разом з тим, в літературі неодноразово наголошувалось на необхідності уніфікації процесуального регулювання [2, с. 9], загальних процедур розгляду різних категорій справ [5, с. 1, 4], процедур розгляду справи в різних видах судочинства [4, с. 93] та процесуального законодавства [1, с. 305] тощо.

На наше переконання, особливості цивільного і господарського процесів не обумовлюють необхідність встановлення у відповідних галузевих процесуальних Кодексах особливих правил щодо строку апеляційного оскарження. Однак особливості визначення в адміністративному процесі строку на апеляційне оскарження ухвали суду, постановленої в письмовому провадженні, є виваженими з огляду на особливості процедури письмового провадження (п. 10 ч. 1 ст. 3, ч. 4 ст. 122, ч. 6 ст. 128 КАС України). Інші ж особливі правила обчислення строку на апеляційне оскарження, що встановлені в частинах 2, 3 ст. 186 КАС України, на наш погляд, вбачаються необґрунтованими. З огляду на це, при подальшому комплексному удосконаленні процесуальних норм вважаємо за потрібне уніфікувати в ЦПК України, ГПК України та КАС України не лише загальні, а й спеціальні строки апеляційного оскарження та порядок їх обрахування, окрім тих, що обумовлені особливими процедурами, що притаманні кожному виду судочинства.

Список використаних джерел:

1. *Бобрик В. І. Щодо доцільності уніфікації законодавства про цивільне, господарське та адміністративне судочинство / В.І. Бобрик // Актуальні питання державотворення в Україні очима молодих учених. Збірник наукових праць міжнародної науково-практичної конференції студентів, аспірантів та молодих учених: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції студентів, аспірантів та молодих учених Київського національного університету імені Тараса Шевченка (23 квітня 2010 року). – К., 2010. – Ч 2. – С. 304-305*
2. *Грошевий Ю. М. Актуальні проблеми судоустрою і судочинства в Україні / Ю.М. Грошевий // Університетські наукові записки. – 2007. – № 1 (21). – С. 6-12*
3. *Коліушко І, Куйбіда Р. Новий закон про судоустрій: швидке і неякісне правосуддя від розумних, але залежних суддів [Електронний ресурс] / І. Коліушко, Р. Куйбіда // Українська правда: http://www.pravda.com.ua/articles/2010/07/15/5222168/*
4. *Куйбіда Р. О. Реформування правосуддя в Україні: стан і перспективи: Монографія / Р. О. Куйбіда.– К.: Атіка, 2004.– 288 с.*
5. *Шадура Д. М. Цивільна юрисдикція: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Д.М. Шадура; Нац. юрид. акад. України ім. Я.Мудрого. — Х., 2008. — 20 с.*

Виговська Євгенія Сергіївна,
студентка 4 курсу, юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ЗАСОБИ ДОКАЗУВАННЯ БЕЗСПІРНОСТІ ВИМОГ КРЕДИТОРІВ ПРИ ПОРУШЕННІ СПРАВИ ПРО БАНКРУТСТВО

Законом України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (далі - Закон) як обов'язковий критерій вимог кредиторів, які можуть бути підставами порушення справи про банкрутство, визнається їх безспірний характер.

Зміст поняття "безспірні вимоги кредиторів" розкривається у ст. 1 Закону, яка визначає їх як вимоги кредиторів, визнані боржником, а також інші вимоги кредиторів, підтверджені виконавчими чи розрахунковими документами, за якими відповідно до законодавства здійснюється списання коштів з рахунків боржника [2].

Що ж до можливих засобів доказування безспірного характеру вимог, то їх перелік у Законі не наводиться, що є істотним недоліком, адже зумовлює неналежне оформлення кредиторами заяв про порушення справи про банкрутство, що є підставою для їх повернення. Тому метою статті є аналіз положень законодавчих актів України, матеріалів судової практики для виокремлення можливих засобів доказування безспірності вимог кредиторів.

До заяви про порушення провадження у справі про банкрутство обов'язково додаються докази обгрунтованості вимог кредитора, в тому числі і щодо їх безспірного характеру. При цьому, необхідно врахувати положення ч. 2 ст. 34 Господарського процесуального кодексу України, яка встановлює, що обставини справи, які відповідно до законодавства повинні підтверджуватись певними засобами доказування, не можуть підтверджуватись іншими засобами доказування [1].

Засобами доказування вимог кредиторів, які визнані боржником можуть бути: акт розрахунків між боржником і кредитором, обмін листами, що підтверджує визнання боржником вимог, відповідь на претензію. Але необхідно констатувати, що відповідно до судової практики самостійне застосування даних засобів доказування не завжди є ефективним. Показовою є постанова ВГСУ від 14 липня 2009 р. №15-51/б, у якій кредитор обґрунтовував безспірність своїх вимог визнаною боржником претензією. У своєму рішенні колегія суддів ВГСУ зазначила, що визнана у встановленому порядку претензія виключена з переліку документів за якими проводиться виконання органами державної виконавчої служби відповідно до Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про виконавче провадження» та деяких інших законодавчих актів щодо виконання судових рішень». Отже, з дати набрання чинності названим законом претензія до боржника та її визнання боржником не приймаються органами виконавчої служби як виконавчі документи. На підставі викладених обставин колегія зазначила, що суд не дослідив обставин безспірності вимог ініціюючого кредитора і скасувала попереднє рішення. Таким чином, бачимо, що на практиці даний засіб не має самостійного характеру і не розуміється як такий, що може підтверджувати безспірні вимоги в розумінні ст. 1 Закону [8;4].

Для доказування вимог кредиторів, підтверджених виконавчими документами відповідно до ст. 3 Закону України «Про виконавче провадження» можуть бути використані: виконавчі листи, що видані судами; судові накази, в тому числі накази господарських судів, видані на підставі рішень третейського суду, Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України та Морської арбітражної комісії при Торгово-промисловій палаті України; ухвали та постанови судів; виконавчі написи нотаріусів; посвідчення комісій по трудових спорах, що видаються на підставі відповідних рішень цих комісій; постанови органів(посадових осіб), уповноважених розглядати справи про адміністративні правопорушення; рішення Європейського суду з прав людини [4].

До розрахункових документів, за якими відповідно до законодавства може здійснюватися списання коштів з рахунків боржника у безспірному порядку належать відповідно до Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» платіжні вимоги. Відповідно до Інструкції про безготівкові розрахунки в Україні в національній

валюті банки, за умови невиконання платіжних вимог, в результаті відсутності або недостатності коштів на кореспондентському рахунку боржника, зобов'язані надіслати письмове повідомлення стягувачу про невиконання його розрахункового документа із зазначенням причини невиконання. На нашу думку, такі повідомлення можуть бути використані як засоби доказуання безспірного характеру вимог кредитора відповідно до вимог частин 1 та 8 статті 7 Закону [5; 6; 2].

Серед розрахункових документів, на нашу думку, можна виділити спеціальну групу засобів доказування, які встановлюються для підтвердження безспірного характеру вимог кредиторів-органів державної податкової служби чи інших державних органів, які здійснюють контроль за правильністю та своєчасністю справляння обов'язкових платежів. А саме, ч. 10 ст. 7 Закону передбачається обов'язок цих органів подати разом з позовною заявою докази вжиття заходів для отримання заборгованості по обов'язкових платежах у встановленому законодавством порядку [2].

У Постанові Пленуму ВСУ визначається, що безспірність вимог щодо стягнення недоїмок зі сплати податків і зборів може підтверджуватися документами про узгодження суми податкового зобов'язання. До таких документів відповідно до Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» можна віднести податкову декларацію (у разі здійснення самостійного узгодження суми податкового зобов'язання) та податкове повідомлення (у разі самостійного нарахування контролюючим органом суми податкового зобов'язання) [7; 3].

Таким чином, необхідним є внесення відповідних змін до законодавства для усунення суперечностей і недоліків у правовому регулюванні засобів доказування безспірного характеру вимог кредиторів. На нашу думку, доцільною є уніфікація відповідних засобів в межах окремої статті Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом».

Використані джерела:

1. *ГПК України від 06.11.1991 № 1798-XII ВВР.- 1992.- N 6.- ст.56.*
2. *Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» від 14 травня 1992 року N 2343-XII // ВВР.- 1992.- N 31.- ст.440.*
3. *Закон України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» від 21 грудня 2000 року N 2181-III // ВВР.- 2001.- N 10.- ст.44.*
4. *Закон України «Про виконавче провадження» від 21 квітня 1999 року N 606-XIV // ВВР.-1999.- N 24.- ст.207.*
5. *Закон України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» // ВВР.- 2001.-N 29.-ст.137.*
6. *Інструкція про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті, затверджена Постановою Національного банку України від 21.01.2004 N 22.*
7. *Постанова Пленуму ВСУ «Про судову практику у справах про банкрутство» від 18.12.2009 №15 // zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v0015700-09.*
8. *Постанова ВГСУ від 14 липня 2009 р. // eyestr.court.gov.ua/Review/5711754.*

Восколович Юлія Василівна,
студентка 4 курсу юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

НАВЧАННЯ СУДДІВ: АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ

Пропонуються до обговорення наступні проблеми: 1) обов'язковість навчання суддів як передумова підвищення їх професійного рівня; 2) обов'язок держави в забезпеченні навчання суддів; 3) співвідношення підвищення професійного рівня судді із принципом незалежності судової влади; 4) проблеми нормативно-правового регулювання навчання суддів.

Обговорення проблеми навчання суддів та законодавчих текстів на тему їх навчання дало висновки, що навчання є обов'язком для кожного судді; фахівці дедалі частіше вважають, що саме держава повинна забезпечувати суддів навчанням; навчання тісно пов'язане з незалежністю судової влади.

Відповідно до Закону України «Про судоустрій і статус суддів», в Україні створиться Національна школа суддів України. Вона є державною установою зі спеціальним статусом, що забезпечує підготовку висококваліфікованих кадрів для судової системи та здійснює науково-дослідну діяльність. Школа утворюється при Вищій кваліфікаційній комісії суддів України і здійснює свою діяльність відповідно до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та статуту, що затверджується Вищою кваліфікаційною комісією суддів України. На Національну школу суддів України не поширюється законодавство про вищу освіту. Вона є юридичною особою, має свою печатку, самостійний баланс і рахунки в органах Державного казначейства України, а також може мати регіональні відділення.

Національна школа суддів України здійснює:

1) практичну підготовку кандидатів на посаду судді;

2) підготовку суддів:

яких призначено на посаду судді вперше;

яких обрано на посаду судді безстроково;

яких призначено на адміністративні посади в судах;

3) періодичне навчання суддів з метою підвищення рівня кваліфікації;

4) підготовку працівників апаратів судів;

5) проведення наукових досліджень з питань удосконалення судочинства;

6) вивчення міжнародного досвіду організації діяльності судів;

7) науково-методичне забезпечення діяльності судів загальної юрисдикції, Вищої кваліфікаційної комісії суддів України та Вищої ради юстиції.

Навчання не обмежується лише передачею теоретичних знань, але полягає також у передачі цілої низки практичних вмінь і подання прикладів поведінки. Якщо з цим погодитися, то незрозуміло чому навчання суддів повинне розглядатися окремо від права на освіту – засади, яка, фактично, визнана конституціями багатьох європейських держав.

Незалежність судової влади і право на освіту – ось два наріжних камені навчання суддів. З цього судження випливає питання, хто повинен відповідати за навчання. Відповідь буде такою: орган, завдання якого полягає у забезпеченні навчання суддів, повинен не тільки бути незалежним від державних органів, але також бути до певної міри автономним у стосунках з органом, що відповідає за адміністрування судовою системою.

Доречним буде погодитися із засадою, що навчання суддів забезпечуватиме структура, яка реально представляє суди і є незалежною від будь-якого іншого органу (зокрема Міністерства Юстиції).

Положення Розділу V цього закону видаються мені занадто «стислими». Школу необхідно створювати відповідно до окремого законодавчого акта. Такий законодавчий акт повинен чітко визначити структуру цього закладу, підтвердивши і зміцнивши його незалежність, а також визначити види діяльності, якими займатиметься заклад. Закон повинен чітко регулювати склад управлінського комітету закладу. Членами такого комітету, на мою думку, повинні бути переважно судді, призначені Вищою радою суддів, а також

представники інших професій, які мають до цього відношення (викладачі університетів, спеціалісти). Управлінський комітет повинен відповідати за складання річних навчальних програм, а також за детальну програму кожного навчального курсу для суддів. Він також призначатиме експертів, які викладатимуть окремі предмети і проводитимуть практичні семінари та обговорення в межах навчального курсу.

Навчання повинно охоплювати суддів усіх видів спеціалізації, які хочуть удосконалити свої професійні вміння. Проходження навчання молодими суддями, а також тими, хто виявив бажання через певний проміжок часу змінити свою спеціалізацію, є обов'язковим. Спеціальним законом необхідно виділити і певні кошти на фінансування такої структури і навчання суддів.

Проходження навчання повинно розглядатись як суддівська діяльність у прямому розумінні цього слова; крім того, проходження навчання необхідно брати до уваги кожного разу, коли суддя звертається з проханням про переведення до іншого суду або підвищення на посаді. Нарешті, самоосвіта повинна вважатися основою навчання кожного судді. Необхідно встановити заохочення (наприклад, звільнення від оподаткування) при закупівлі літератури, електронних та інших носіїв, що містять правову інформацію, а також при одержанні доступу до правової інформації в Інтернеті тощо.

Ще однією пропозицією є створення сучасної системи запису судових рішень, а також створення комп'ютерної бази даних правових текстів (законів, практики судів, законодавчих доктрин). Використання такої бази має надзвичайно важливе значення для суддів у їх щоденній роботі і значною мірою допоможе їм йти в ногу із законодавчими та правовими нововведеннями, дізнаватися про нові постанови органів місцевої влади, доктрини і матеріали у сучасному постійно змінному правовому середовищі, яке оточує нас і ставить перед нами все нові і нові завдання.

Отже, навчання суддів є невід'ємною частиною виконання ними своїх обов'язків, а тому необхідно здійснити належне його законодавче та практичне забезпечення.

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

ПЕРЕДАННЯ СПОРУ НА РОЗГЛЯД ТРЕТЕЙСЬКОГО СУДУ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Передання спору на розгляд третейського суду належить до спеціальних (розпорядчих) прав сторін, оскільки саме їм надається право вибору форми захисту свого права, тобто порядку врегулювання та вирішення спору, який виник. Потрібно зазначити, що у ст. 31 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК) дане процесуальне право не отримало своє безпосереднє нормативне закріплення, але його наявність є проявом принципу диспозитивності у правовому регулюванні цивільних процесуальних правовідносин.

Суб'єктами права на передання спору на розгляд третейського суду є сторони. Сторона може брати участь у цивільному процесі особисто або через представника. Представник сторони може передати спір на розгляд третейського суду за умови відсутності обмежень прав договірного представника у довіреності, виданій стороною. При здійсненні цього процесуального права законним представником суд би мав перевірити, чи не суперечить передання спору на розгляд третейського суду інтересам особи, яку він представляє, а також чи не будуть порушуватися при цьому права, свободи та законні інтереси інших осіб. Незалежно від учасника цивільного процесу, який безпосередньо реалізує право на передання справи на розгляд третейського суду, суд як орган державної влади, який здійснює правосуддя, повинен перевірити, чи не суперечитиме здійснення цього права закону. Органи або особи, яким законом надано право захищати права, свободи та

інтереси інших осіб, не мають права передати спір на розгляд третейського суду, хоча ЦПК України не місить такого застереження. Доцільність закріплення такого обмеження обумовлюється публічною (професійністю) зацікавленістю цих учасників цивільного процесу у розгляді цивільної справи, а також покладеними на них загальнодержавними функціями. Крім цього, передання справи на розгляд третейського суду, як і укладення мирової угоди, є способом розпорядження предметом спору, а ця дія може бути вчинена виключно самою стороною. На противагу, відмова прокурора від пред'явленого ним від позову не позбавляє позивача права вимагати від суду розгляду справи та вирішення вимоги у первісному обсязі. Відповідно до ст. 5 Закону України «Про третейські суди» лише юридичні та/або фізичні особи мають право передати на розгляд третейського суду будь-який спір, який виникає з цивільних чи господарських правовідносин, крім випадків, передбачених законом.

Потрібно зазначити, що сторони повинні дотримуватися умов (меж) здійснення даного процесуального права. Зокрема, сторони повинні укласти третейську угоду згідно з вимогами Закону України «Про третейські суду». Зовнішнім виразом третейської угоди може бути окремий документ або третейське застереження у договорі або контракті. Третейська угода укладається у письмовій формі і повинна містити відомості про найменування сторін та їх місцезнаходження, предмет спору, місце і дату укладання угоди. Ці відомості є істотними умовами третейського договору, за відсутності яких він є недійсним в силу прямої вказівки закону. Третейська угода може містити інші умови, на погодженні яких наполягає хоча б одна із сторін.

Наступною умовою здійснення права на передання спору на розгляд третейського суду є дотримання часових меж реалізації цього процесуального права. Відповідно до п. 6 ч. 1 ст. 207 ЦПК України суд постановляє ухвалу про залишення заяви без розгляду, якщо між сторонами укладено договір про передачу спору на вирішення до третейського суду і від відповідача надійшло до початку з'ясування обставин у справі та перевірки їх доказами заперечення проти вирішення спору в суді. Таким чином, граничною часовою межею здійснення права на розгляд спору третейським судом є підготовча частина стадії судового розгляду. Це суперечить ч. 2 ст. 5 Закону України «Про третейські суди», яка передбачає, що спір може бути переданий на вирішення третейського суду до прийняття компетентним судом рішення у спорі між тими ж сторонами, з того ж предмета і з тих самих підстав. У даному випадку мається на увазі, що рішення суду у справі, яке набрало законної сили і не було оскаржене або було залишене у силі судом вищої інстанції, є остаточним.

Видається доцільним внести зміни до ч. 2 ст. 5 Закону України «Про третейські суди», виклавши її у наступній редакції: «Спір може бути переданий на розгляд третейського суду до початку з'ясування обставин у справі та перевірки їх доказами заперечення проти вирішення спору в суді. Не допускається передання справи на розгляд третейського суду, якщо є таке, що набрало законної сили, рішення чи ухвала суду про закриття провадження у справі у зв'язку з відмовою позивача від позову або укладенням мирової угоди сторін у спорі між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав.».

Сторони можуть передати справу на розгляд третейського суду за умови, що спір підвідомчий розгляду у третейських судах. За загальним правилом, юрисдикція третейських судів поширюється на будь-які справи, які виникають з цивільних та господарських правовідносин за винятками, передбаченими ст. 6 Закону України «Про третейські суди».

Правовим наслідком передання справи на розгляд третейського суду є постановлення судом ухвали про залишення позовної заяви без розгляду, оскільки це не позбавляє можливості позивача звернутися до суду з тотожним позовом. Однак застосування такого правового наслідку можливе лише за умови, коли суд відмовив у видачі виконавчого листа на примусове виконання рішення третейського суду або скасував рішення третейського суду і розгляд справи в тому ж третейському суді виявився неможливим. Інакше суддя зобов'язаний відмовити у відкритті провадження у справі, а якщо провадження у справі відкрите – постановити ухвалу про закриття провадження у справі.

Горяча Діана Леонідівна
студент магістри заочного факультету
Хмельницького університету управління та права

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПІДГОТОВКИ ДО СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ СПРАВ АПЕЛЯЦІЙНИМ СУДОМ

Однією із реальних гарантій здійснення конституційного права на судовий захист і ухвалення судами законних, обґрунтованих і справедливих судових рішень є право на їх оскарження в апеляційному порядку (п. 8 ст. 129 Конституції України).

З моменту відновлення в цивільному процесі України у 2001 році, інститут апеляції був предметом наукових досліджень багатьох науковців. Зокрема серед представників сучасної вітчизняної доктрини різні аспекти цієї проблематики досліджували О. О. Борисова, Д. Д. Луспеник, Ю. А. Тімофєєв П. М. Тимченко, О. М. Трач, А. С. Червоткин, Є. А. Чернушенко, П. І. Шевчук та інші науковці.

Водночас, слід відмітити, що впродовж майже десяти років в Україні застосовувалась змішана форма апеляції, яка допускала як можливість повного перегляду справи судом апеляційної інстанції, так і направлення її на новий розгляд до суду першої інстанції. З прийняттям в серпні 2010 року нового Закону України «Про судоустрій та статус суддів» [2] в чинний ЦПК було внесено зміни, якими змішана форма апеляції в Україні замінена на повну. У зв'язку з вказаним нововведенням постало питання про переосмислення традиційних поглядів на цей інститут та практику його застосування в Україні. В цьому контексті серед інших звертає на себе увагу питання про підготовку цивільної справи до розгляду судом апеляційної інстанції, адже від якості проведення підготовки справи залежить результат усього апеляційного перегляду.

Чинним ЦПК України, на нашу думку, не зовсім вдало регламентовану цю стадію цивільного процесу.

По-перше потребують уточнення строки, впродовж яких повинна здійснюватися підготовка справ до апеляційного розгляду. Наразі кодексом встановлено наступні строки для підготовки розгляду справи апеляційним судом – протягом десяти днів, з дня отримання справи суддею-доповідачем, (ст. 301); для призначення справи до розгляду – не пізніше семи днів після закінчення дій підготовки справи до розгляду, (ч. 2 ст. 302).

Така регламентація строків не дозволяє визначити початок підготовки справи до судового розгляду, адже законодавчо чітко не врегульовано, який саме момент слід вважати моментом отримання суддею-доповідачем апеляційної справи: момент реєстрації скарги канцелярією суду апеляційної інстанції, момент розподілу скарг і передачі справи з канцелярії тощо.

Вбачається, що було б помилковим вважати, що апеляційне провадження починається з моменту реєстрації апеляційної скарги (подання) канцелярією суду апеляційної інстанції чи момент передачі матеріалів судді-доповідачу. Адже тільки суддя може визначити чи належним чином, з процесуальної точки зору, оформлено апеляційну скаргу та чи є або відсутні передумови права на її пред'явлення [3, С. 150].

Більше того, після отримання апеляційної скарги суддею, може виявитись, що остання неналежно оформлена і потребує усунення недоліків в порядку визначеному ст. 121 ЦПК. В такому випадку, між моментом фактичного отримання скарги суддею-доповідачем і початком підготовчих дій буде суттєвий розрив у часі (час, коли скаржник буде виправляти недоліки скарги). Очевидно, що підготовка справи до судового розгляду в суді апеляційної інстанції починається не з моменту отримання справи суддею-доповідачем, а з моменту відкриття провадження у справі.

Після відкриття апеляційного провадження розпочинається підготовка справи до розгляду, яка повинна проводитись з врахуванням особливостей тої чи іншої категорії справ, а також характеру конкретного спору.

Відповідно до ст. 301 ЦПК України під час підготовки суддя-доповідач у десятиденний строк повинен вчинити такі дії: 1) з'ясовує питання про склад осіб, які беруть

участь у справі; 2) визначає характер спірних правовідносин та закон, який їх регулює; 3) з'ясовує обставини, на які посилаються сторони та інші особи, які беруть участь у справі, як на підставу своїх вимог і заперечень; 4) з'ясовує, які обставини визнаються чи заперечуються сторонами та іншими особами; 5) вирішує питання щодо поважності причин неподання доказів до суду першої інстанції; 6) за клопотанням сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, вирішує питання про виклик свідків, призначення експертизи, витребування доказів, судових доручень щодо збирання доказів, залучення до участі у справі спеціаліста, перекладача; 7) за клопотанням осіб, які беруть участь у справі, вирішує питання щодо вжиття заходів забезпечення позову; 8) вчиняє інші дії, пов'язані із забезпеченням апеляційного розгляду справи.

Однак, визначений законодавцем десятиденний строк для підготовки цивільної справи в суді апеляційної інстанції є досить малим, з врахуванням того обсягу процесуальних дій, що покладені на суддю-доповідача в процесі підготовки справи до розгляду.

Як відмічалось вище, у зв’язку із судовою реформою, в Україні на законодавчому рівні закріплено перехід від змішаної до повної апеляції, при якій особам, що беруть участь у справі, дозволяється представляти в апеляційних судах поряд із уже розглянутими і нові докази. Апеляція в цьому випадку має на меті не тільки виправлення судових помилок, внаслідок яких було постановлено незаконне та/або необґрунтоване рішення, але й помилок інших учасників процесу, на підставі яких через ті чи інші причини було прийнято неправильне рішення у справі. Апеляційні суди при розгляді апеляційної скарги не мають права повернути справу на новий розгляд в суд першої інстанції, а повинні самі винести рішення, тобто фактично йдеться про повторний розгляд справи [3, С. 147].

По-друге, постає питання, в якому складі потрібно здійснювати підготовку: одноособово суддею-доповідачем або колегією у складі трьох суддів, оскільки це також безпосередньо впливає на строк підготовки справи до розгляду. Адже проведення підготовки справи до розгляду колегією суддів потребує більше часу, ніж підготовка справи суддею одноособово.

ЦПК не дає однозначної відповіді на це запитання. З однієї сторони, ст. 301 ЦПК "Підготовка розгляду справи апеляційним судом" на суддю-доповідача покладається певне коло процесуальних дій. З іншої сторони, в ст. 302 ЦПК вирішення питання про необхідність проведення додаткових підготовчих дій та призначення справи до розгляду віднесено до компетенції колегії суддів.

На нашу думку, не можна вважати виваженим закріплення ЦПК України окремих процесуальних дій по підготовці справи за однією особою – суддею-доповідачем, а інших за колегією у складі трьох суддів.

Відповідно до принципу безпосередності (ст. 159 ЦПК), лише суд, який досліджував докази може давати їм оцінку і відповідно постановляти рішення у справі. Інакше кажучи, якщо апеляційний розгляд та вирішення справи повинна здійснювати колегія у складі трьох суддів, то і підготовку такої справи, на якій як зазначалось раніше, здійснюється збір та попередній аналіз доказів, також потрібно проводити колегіально [3, С. 157].

Доволі слушними з цього приводу є висловлені в літературі аргументи щодо того, що колегіальне обговорення підготовчих дій дозволить більш виважено і об'єктивно поставитись до підготовки справи до розгляду, а не брати до уваги лише суб'єктивну думку судді-доповідача [4, С. 807]. Тому вбачається вірною точка зору тих науковців, які вказують, що підготовка справи до розгляду в суді апеляційної інстанції повинна здійснюватись колегією суддів, а не суддею-доповідачем одноособово, оскільки це сприятиме реалізації принципу безпосередності та гарантуватиме справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд та вирішення справи.

З огляду на вищевказане, вважаємо за доцільне продовжити строк підготовки справи до розгляду в суді апеляційної інстанції хоча б до п’ятнадцяти днів, у зв’язку із значним обсягом процесуальних дій, які необхідно вчинити суддям для підготовки справи до розгляду.

Згадані пропозиції щодо удосконалення правового регулювання цивільним процесуальним законодавством підготовки справи до розгляду судом апеляційної інстанції пропонуємо викласти у вигляді змін до ст. 301 ЦПК України, а саме:

у ст. 301 ЦПК :

«1. Суд в п’ятнадцятиденний строк з моменту відкриття апеляційного провадження здійснює підготовку справи до розгляду.

2. Попереднє судове засідання проводить колегія у складі трьох суддів. У попередньому судовому засіданні суддя-доповідач доповідає колегії суддів про обставини справи, доводи апеляційної скарги.

3. З метою підготовки справи до апеляційного розгляду суд в ході попереднього судового засідання:

1) з'ясовує питання про склад осіб, які беруть участь у справі;

2) визначає характер спірних правовідносин та закон, який їх регулює;

3) з'ясовує обставини, на які посилаються сторони та інші особи, які беруть участь у справі, як на підставу своїх вимог і заперечень;

4) з'ясовує, які обставини визнаються чи заперечуються сторонами та іншими особами;

5) вирішує питання щодо поважності причин неподання доказів до суду першої інстанції;

6) за клопотанням сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, вирішує питання про виклик свідків, призначення експертизи, витребування доказів, судових доручень щодо збирання доказів, залучення до участі у справі спеціаліста, перекладача;

7) за клопотанням осіб, які беруть участь у справі, вирішує питання щодо вжиття заходів забезпечення позову;

8) вчиняє інші дії, пов'язані із забезпеченням апеляційного розгляду справи».

Використані джерела:

1. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. // ВВРУ. – 2004. – № 40-41, 42. – Ст. 492.

2. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 07.07.2010 р. // Офіційний вісник України. – 2010. – № 55/1. – Ст. 7.

3. Бондаренко-Зелінська Н. Л. Підготовка цивільних справ до судового розгляду як стадія цивільного процесу: Дис… канд.. юрид. наук: 12.00.03. – К., 2007. – 207 с.

4. Фурса С. Я. Окреме провадження у цивільному процесі України. Навчальний посібник. – К., 1999. – 310 с.

5. Чернушенко Є. А. Апеляційне оскарження в цивільному процесі України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.03. — Одеса, 2004. — 22 с.

6. Трач О. М. Порядок розгляду справ судом апеляційної інстанції в цивільному процесі України: Дис… канд.. юрид. наук: 12.00.03. – Л., 2009. – 221 с.

7. Луспеник Д. Особливості підготовки цивільних справ до розгляду в суді апеляційної інстанції: спірні питання // Право України. – 2007. – № 6. – С. 69-74.

8. Ємельянова І. Апеляційний і касаційний перегляд судових рішень в цивільному судочинстві: теоретичні та практичні аспекти // Право України. – 2004. – № 2. – С. 17-21.

Гуменюк Олег Ігорович
аспірант Хмельницького університету управління та права

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗАХИСТУ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ

Кожне право закріплене в законодавстві має реальне значення лише тоді, коли воно може бути захищено як діями самого управомоченого суб'єкта – носія даного права, так і діями державних та інших уповноважених органів. Важливим питанням щодо розуміння захисту особистих немайнових прав є питання суб'єктів, які мають право на такий захист. І хоча, відповідь на це питання на перший погляд очевидна – правом на захист особистого немайнового права володіє особа, яка є носієм відповідного блага, проте, тут є ряд особливостей пов'язаних з такими учасниками цивільних правовідносин як юридичні особи та публічно-правові утворення.

На відміну від питань захисту особистих немайнових прав фізичних осіб та захисту ділової репутації юридичних осіб яким присвячена ціла низка робіт, захист інших немайнових прав юридичних осіб та захист немайнових прав публічно-правових утворень залишились за бортом наукових досліджень. Хоча на практиці зустрічаються справи по захисту таких прав, а тому виникла необхідність в теоретичному обґрунтуванні способів захисту особистих немайнових прав для всіх учасників цивільних правовідносин. Так, проблема суб'єктного складу осіб, які мають право вимагати захисту порушених цивільних прав шляхом компенсації немайнової шкоди виникла ще 6 травня 1993 року коли відповідними змінами до Цивільного Кодексу УРСР 1963 р. [1] встановлювалось, що громадянин або організація, відносно яких поширені відомості, що не відповідають дійсності і завдають шкоди їх інтересам, честі, гідності або діловій репутації, вправі поряд із спростуванням таких відомостей вимагати відшкодування майнової і моральної (немайнової) шкоди, завданої їх поширенням. Тобто, вперше встановлювалась можливість юридичної особи вимагати відшкодування моральної шкоди. Підтримав таку можливість і чинний Цивільний Кодекс України [2], в якому вказано про можливість відшкодування моральної (немайнової) шкоди як фізичним, так і юридичним особам. А що ж до можливості компенсації немайнової шкоди юридичним особам публічного права, а саме: державі Україна, Автономній Республіці Крим, територіальним громадам та іншим суб'єктам публічного права? Нажаль чинне законодавство залишає дане питання не вирішеним. Проте такі особисті немайнові права як право на найменування, право на репутацію належать і публічно-правовим утворенням, а тому вимагають відповідного захисту. Дослідимо це питання більш детально з врахуванням зарубіжного досвіду.

Українським законодавством особливий статус щодо захисту честі і гідності встановлений лише щодо Президента України. Так, ст. 105 Конституції України встановлює, що за посягання на честь і гідність Президента України винні особи притягаються до відповідальності на підставі закону. Проте до сьогодні такого закону не прийнято. У світовій практиці щодо захисту репутації держави, її органів та посадових осіб, можна виділити два підходи:

- перший – це надання такій репутації особливого статусу, де за посягання на неї встановлена більша відповідальність, порівняно з не публічними фізичними та юридичними особами, аж до кримінальної відповідальності.

- другий підхід – щодо надання репутації держави, її органів та посадових осіб меншого захисту, ніж не публічним фізичним та юридичним особам.

Перший підхід застосовується у тих країнах, що відносно недавно стали незалежними або авторитарних. До них можна віднести більшість африканських держав, арабські країни, деякі країни СНД. Законодавці країн СНД сприйняли норми, що історично склалися за кордоном. Дійсно, спеціальний захист репутації глав держав існує в країнах Західної Європи — у Франції, Австрії, Нідерландах, ФРН, Норвегії і Іспанії. Проте, окрім Іспанії, останні десятиліття вона не використовується на практиці і є «мертвою нормою» права. Тобто, у країнах з розвиненими демократіями вищі посадові особи є все більше не символом

суверенітету і єдності країни, а вищими політичними діячами [3]. А тому, тут застосовується другий підхід - встановлення обмеження захисту репутації публічних осіб.

Даний підхід бере свій початок з історичного рішення по справі "The New York Times v. Sullivan", 1964 ("Нью-Йорк Таймс проти Саллівана") [4], згідно якого публічні особи не вправі вимагати відшкодування шкоди, що заподіяна неправдивими та такими, що дискредитують, відомостями, за виключенням випадків, коли вони можуть довести умисел чи грубу необережність заподіювача. Починаючи зі згаданого рішення судами в США була розроблена концепція публічних осіб, яких в американському праві поділяють на офіційних осіб (public officials) та публічних фігур (public figures). Згодом концепція публічних осіб запозичена Європейським судом з прав людини. Так, Європейський суд з прав людини в своєму рішенні від 25 червня 2002 р. [5] визнав, що привілейований статус глави держави в кримінальному праві суперечить сучасним політичним концепціям. Рішення було пов'язане із скаргою на те, що в 1997 р. у Франції засудили журналістів газети «Монд» до грошового штрафу за образу марокканського короля Хасана II. Вирішення Європейського суду означає, що жодна особа, який би високий пост вона не займала, не може бути захищена від суспільної критики. Більш того, згідно з тим же вирішенням Суду, політичні діячі знаходяться під пильним контролем як журналістів, так і суспільства, і тому повинні проявляти терпимість до критики своїх дій і поведінки. Тобто, законодавство країн з розвиненою демократією обмежує захист репутації публічних осіб. А обов'язок доказування наявності завданої шкоди репутації, лежить на особі що вважає власну репутацію порушеною.

На нашу думку, вірним є другий підхід, оскільки для надання певним фізичним чи юридичним особам, чи публічно-правовим утворенням якихось привілеїв щодо захисту власної репутації немає ніяких підстав. Так, наприклад, застосування кримінальної відповідальності щодо захисту репутації глави держави, зазвичай, веде до зловживання такими можливостями, та обмеження демократичних принципів та права на інформацію. Тобто, свободі поширення інформації такі норми протиставляють звання чи престиж положення, якому і віддають перевагу. А тому, захист репутації глав держав, посадових осіб та органів державної влади повинен здійснюватися лише цивільним законодавством. А сам цивільний процес може встановити баланс між свободою висловлювання думки та правом на захист репутації.

Використані джерела:

1. Цивільний кодекс Української РСР. Від 18 липня 1967 року / Бюлетень законодавства і юридичної практики України. - 1999. - №1. – С. 5-109.

2. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р., № 435–IV / ВВРУ. – 2003. – №№ 40–44. – Ст. 356.

3. Рихер А.Защита репутации глав государств и представителей власти в странах СНГ / [Електронний ресурс] // Законодательство и практика масс-медиа. - 2006. - № 9. - Режим доступу до журн. : http://www.medialaw.ru/publications/zip/145/4.htm.

4. Справа «Нью-Йорк Таймс» проти Саллівана [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.medialaw.ru/article10/6/2/a1.htm.

5. Справа "Коломбані та інші проти Франції"Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://lawua.info/jurdata/dir241/dk241255.htm.

Дрейзина Дарья Владимировна,
старший преподаватель кафедры гражданского права и процесса
Донецкого национального университета

ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВО АДВОКАТА И СМЕЖНЫЕ ИНСТИТУТЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА

Одной из научно-прикладных проблем, связанных с реализацией права на судебную защиту является обеспечение доступа заинтересованных лиц к правосудию посредством участия в процессе представителя, а именно адвоката, который на профессиональном уровне оказывает юридическую помощь и представляет интересы таких лиц при рассмотрении гражданского дела.

Практика предоставления правовой помощи дает основания утверждать, что сегодня для суда важно только то, что заинтересованное лицо, которое принимает участие по делу, указывает на конкретное лицо как на своего представителя, а суд проверяет его полномочия. Потому факт заключения договора поручения между клиентом и адвокатом приобретает особое значение, так как выполнение такого поручения является профессией и конституционной обязанностью только для адвоката (среди договорных представителей), а не «специалиста в области права». В этом отношении имеет значение проблема представительства адвоката среди смежных институтов, таких как участие в гражданском процессе прокурора, органов государственной власти и местного самоуправления для защиты интересов других лиц. Разрешение этих проблем прежде всего связано с определением целей и задач процессуального представительства.

В теории гражданского процессуального права не существует единой точки зрения относительно целей процессуального представительства. Отдельные ученые определяют цели процессуального представительства как предоставление помощи лицу, которого представляют, в защите ее прав, а также предоставления помощи суду в осуществлении правосудия. Я. А. Розенберг так определяет задачи процессуального представительства: совершение от имени и в интересах лица, которого представляют, процессуальных действий; предоставление квалифицированной помощи и содействия в осуществлении правосудия [1, 24].

Отдельные ученые возводят цель представительства к предоставлению юридической помощи при рассмотрении гражданского дела. При этом В.Н. Ивакин определяет, что содействие суда является не целью, а желаемым результатом деятельности представителя в процессе. Против такого подхода выступает В. М. Шерстюк, указывая, что автор не учитывает то, что институт представительства существует не только для предоставления помощи гражданам и организациям, но и для того, чтобы суд мог лучше и быстрее разобраться во взаимоотношениях участников процесса [2, 56]. Кроме того, В.М. Шерстюк среди целей процессуального представительства выделяет такие: предоставление помощи доверителю в осуществлении им процессуальных прав и выполнении обязанностей; предупреждение нарушений процессуальных прав личности, которую представляют, и достижения наиболее благоприятного решения для нее.

Несколько иначе определяют цели процессуального представительства М.Й. Штефан, О.Г. Дрижчаная, Е.В. Гусев. Они полагают, что таковыми являются защита прав и интересов лица, которое принимает участие по делу, государственных и общественных интересов, а также содействие суду в выяснении обстоятельств дела, принятии законного и обоснованного решения [3, 3, 139]. Е.Г.Тарло как цель судебного представительства указывает юридическую помощь и защиту прав личности [4, 12], а также правовую помощь представляемому и защиту его интересов в суде, объективно содействующую осуществлению правосудия [4, 47].

Такие ученые как, М.Й. Штефан, Е.Г. Дрижчаная, Е.В. Гусев, Е.Г. Пушкар [5, 231] указывали, что представительство в гражданском процессе является процессуальным средством реализации заинтересованными лицами права на судебную защиту. И.М. Ильинская, Л.Ф.Лесницкая также указывали на «существенное значение судебного

представительства для обеспечения защиты прав и законных интересов граждан, учреждений, предприятий и организаций»[6, 6-7]. А.А. Мельников отмечал, что судебное представительство призвано «содействовать гражданам, предприятиям, учреждениям и организациям в защите их прав и охраняемых законом интересов, способствовать осуществлению лицами, участвующими в деле, субъективных процессуальных прав» [7, 297]. А.Ф. Козлов рассматривает судебное представительство с одной стороны как способ квалифицированной юридической помощи, с другой – как средство защиты отсутствующего в судебном заседании лица, участвующего в деле [8, 102], однако, такая точка зрения представляется односторонней. Большинство авторов, например, Ю.О. Сульженко [9, 78-79], П.Ф. Елисейкин [10,.11], указывают на то, что возможность участия в процессе представителя сторон и третьих лиц является одной из гарантий реализации права на обращение в суд. Определяя цели и задачи участия адвоката в гражданском процессе, нужно учитывать функции, которые выполняет адвокат как представитель института адвокатуры. Это во многом обусловлено тем, что для адвокатов оказание помощи в защите прав и законных интересов других лиц является их профессиональным занятием, они обладают специальными знаниями в области права и практическим опытом ведения дел в суде, в то время как другие лица, имеющие право быть представителями в суде, реализуют его лишь как часть своих трудовых обязанностей или могут выступать представителями в суде только по определенным делам или в определенных случаях.

На фоне рассмотренного очевидно, что участие в процессе прокурора (реализация конституционной представительской функции прокурора), участие представителей органов государственного власти, местного самоуправления и иных лиц в порядке ст.45 ГПК Украины также являются гарантиями реализации права на обращение в суд. Но для указанных субъектов оказание правовой помощи является не приоритетной, одной из нескольких задач. Только для адвоката оказание правовой помощи является главной профессиональной задачей и целью всей его деятельности.

Правовая ценность процессуального представительства адвоката несомненна. Его функционирование в современных правовых системах позволяют участникам процесса, наделенным правом иметь представителя, осуществлять защиту своих прав и интересов более эффективно, с использованием квалифицированных, юридически грамотных лиц. Значимость участия адвоката в гражданском процессе повышается в условиях правовой реформы и ее направленности на обеспечение доступа к правосудию всех лиц, чьи права и интересы нуждаются в судебной защите.

Адвокат, будучи специалистом в области права, может оказать квалифицированную юридическую помощь при рассмотрении гражданского дела в суде. Эффективная защита прав и законных интересов клиента адвокатом обеспечивается многими принципами организации и деятельности адвокатуры как правозащитной организации. Особая ценность института представительства адвоката в гражданском процессе состоит в том, что он служит защите интересов частных лиц, т.е. обеспечивает конституционный принцип приоритета прав и свобод человека, его интересов перед государственными интересами, а также право на правовую помощь обеспечивается надлежащим профессиональным уровнем подготовки и квалификации адвокатов.

Таким образом, участие в деле в качестве представителя адвоката, является наиболее эффективным способом реализации права на обращение в суд, права на юридическую помощь, способствует реализации государственных программ по доступности правосудия населению.

Использованные источники:

1. Розенберг Я.А. Представительство по гражданским делам в суде и арбитраже. – Рига: Зинатне, 1981. – 147 с.

2. Шерстюк В.М. Судебное представительство по гражданским делам. – М.: Юрид.лит., 1984. – 687 с.

3. Штефан М. И., Дрижчаная Е. Г., Гусев Е.В. Представительство граждан в суде: Учеб. пособие для студентов юрид. спец. вузов. – К.: «Лыбидь», 1991. – 231 с.

4. Тарло Е.Г. Профессиональное представительство в суде: Монография. – М.: Издательство «Известия», 2004. – 416 с.

5. Пушкар Е.Г. Конституционное право на судебную защиту (гражданско-процессуальный аспект). – Львов: Издательство при Львовском государственном университете издательского объединения «Вища школа», 1982 . – 216 с.

6. Ильинская И.М., Лесницкая Л.Ф. Судебное представительство в гражданском процессе. – М.: Юрид.лит., 1964. – 163 с.

7. Курс советского гражданского процессуального права: в двух томах. – Т.1: Теоретические основы правосудия по гражданским делам. – М.: «Наука», 1981. – 463 с.

8. Советское гражданское процессуальное право: Учебник для юридических вузов и факультетов под общ. ред. проф. К.С.Юдельсона (глава VII Представительство в гражданском процессе – А.Ф.Козлов). – М.: «Юрид. литература»,1965. – 471 с.

9. Сульженко Ю.О. Цивільне процесуальне представництво, його розвиток та види // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2004. – № 1 (27). – С.73-84.

10. Проблема защиты субъективных прав и советское гражданское судопроизводство: Межвузовский тематический сборник под редакцией доктора юрид.наук, профессора П.Ф.Елисейкина, вып.№ 3 / вступит. статья П.Ф.Елисейкина /. – Ярославль: Ярославский государственный университет, 1978. – 175 с.

Зайцев Алексей Игоревич

Государственное образовательное учреждение высшего профессионального образования «Саратовская государственная академия права», кафедра гражданського процесса, кандидат юридических наук, доцент

ПРЕИМУЩЕСТВА НОРМАТИВНОЙ РЕГЛАМЕНТАЦИИ ТРЕТЕЙСКОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА В УКРАИНЕ

Национальные законодательства различных государств, регламентирующие вопросы создания и деятельности третейских судов, базируются на нормах, одобренного Резолюцией № 31/98 Генеральной Ассамблеи ООН от 15.12.1976 г., Арбитражного Регламента ЮНСИТРАЛ. Государства, созданные на постсоветском пространстве, кроме того, в данном вопросе испытывают закономерное влияние ранее действовавшего в СССР законодательства о третейских судах. Тем не менее, говорить о «слепом» копировании норм ЮНСИТРАЛа или законодательства Советского Союза о третейских судах в современные национальные законы на постсоветском пространстве нет никаких оснований.

В последние годы в рамках Содружества Независимых Государств идет реальное развитие как политических, так и экономических отношений, а также взаимная интеграция экономик, что не может не сопровождаться вполне закономерным ростом количества экономических споров, сторонами в которых являются граждане и организации различных стран СНГ. В связи с этим, как нам представляется, следует проанализировать позитивный опыт нормативной регламентации третейского судопроизводства в странах СНГ, в частности в Украине. [1]

1). Крайне значимым вопросом является нормативная регламентация самой процедуры создания третейского суда (как постоянно действующего, так и ad hoc).

Российское, равно как и большинства других стран СНГ, законодательство для постоянно действующих третейских судов предусматривает при их создании лишь уведомление об этом компетентного государственного суда. Создание сторонами спорного правоотношения третейского суда ad hoc не требует и этого.

В то же время, законодательство Украины предусматривает принципиально иную, и как представляется – крайне позитивную, процедуру создания третейских судов.

Так, ст. 9 Закона Украины «О третейских судах» закрепляет положение об обязательной государственной регистрации третейских судов органами Министерства

юстиции. Регистрации также подлежат изменения и дополнения в их Положения, Регламенты и списки третейских судей. [2]

Следует также отметить, что Положения и Регламенты постоянно действующих в Украине третейских судов подлежат обязательной публикации.

Мы считаем, что подобный подход позволяет сделать более единообразной, прозрачной и легитимной деятельность как организаций по созданию третейских судов, так и самих третейских судов, вследствие чего представляется желательным включение подобной нормы и соответствующие в законодательные акты других стран СНГ.

2). В Украине применен унифицированный подход относительно минимальных сведений о третейских судьях, подлежащих обязательному включению в их список. К ним относятся: дата рождения, образование, полученная специальность, последнее место работы, общий трудовой стаж и стаж работы по специальности потенциального третейского судьи. Это создает реальную предпосылку для оптимального осуществления сторонами спорного правоотношения выбора кандидатуры в третейские судьи.

3). Законодатель Украины довольно позитивно и конкретизировано, в отличие от законодателя Российской Федерации, решил вопрос предметной подведомственности третейских судов. Из содержания ст. 6 Закона Украины «О третейских судах», содержащей развернутый перечень категорий дел, не подведомственных третейскому суду, следует, что в третейском суде могут рассматриваться споры, возникающие из брачных договоров. Данная позитивная норма снимает с повестки дня научную и правоприменительную неопределенность, существующую в Российской Федерации относительно этой категории дел.

4). Третейский суд в любой стране, являясь негосударственным юрисдикционным органом, лишен властных публичных полномочий, одним из которых является оказание сторонам спорного правоотношения помощи в получении доказательств путем их истребования, без которых, зачастую, вообще невозможно вынесение законного и обоснованного решения по делу.

Законодательство Украины, уделив должное внимание этому вопросу, закрепило, что в случае необходимости состав третейского суда своим определением вправе уполномочить стороны или одну из них на получение документов от других организаций, учреждений и предприятий для предоставления в третейский суд.

Подобное нормативное закрепление, при его неукоснительном соблюдении руководством организаций, учреждений и предприятий, фактически наделяет третейский суд полномочиями по истребованию доказательств, сопоставимыми с аналогичными полномочиями государственных судов, что является крайне позитивным.

5). Заслуживает самого пристального внимания положение ч. 2 ст. 46 Закона Украины «О третейских судах» об обязательном нотариальном удостоверении подписей третейских судей на решении третейского суда ad hoc.

Отмеченное, на первый взгляд – незначительное, требование, влечет за собой целый комплекс позитивных последствий: придает решению третейского суда ad hoc внешние признаки документа; отчасти упорядочивает их деятельность; создает определенные преграды для фальсификации подобных решений; снимает проблемы, связанные с последующим предоставлением в государственный суд копий решений третейских судов ad hoc.

6). Крайнюю неопределенность, как правило, содержит законодательство о третейских судах по вопросу о составе третейского суда, которым должно разъясняться решение, выноситься дополнительное решение, а также исправляться в решении описки и арифметические ошибки. В ст.ст. 47-49 Закона Украины «О третейских судах» данный вопрос решен конкретизировано – вынесение дополнительного решения, его разъяснение или исправление в нем описок, опечаток и арифметических ошибок могут осуществляться только составом третейского суда, разрешившим спор.

Подобный подход, на наш взгляд, значительно в большей мере соответствует общей концепции процессуального законодательства о неизменности состава суда при рассмотрении и разрешении дела.

Подводя итог краткому анализу позитивного опыта Украины в нормативной регламентации деятельности третейского суда, считаем необходимым подчеркнуть, что унифицированный подход в национальных законах перечисленных и иных значимых вопросов, связанных с третейским судом, позволит гармонизировать законодательство о третейских судах на большей части постсоветского пространства.

Необходимо отметить, что в рамках одной статьи проанализировать все позитивные отличия законодательства Украины по вопросам деятельности третейских судов от аналогичного российского не представляется возможным. Однако мы постараемся затронуть наиболее значимые и принципиальные, с нашей точки зрения, отличия.

Использованные источники:

1. Закон Украины от 11.05.2004 г. № 1701-IV «О третейских судах» // Ведомости Верховной Рады. 2004. № 35. Ст. 412.

Исаенкова Оксана Владимировна
доктор юридический наук, профессор,
директор ЮИПА СГАП, заведкющий кафедрой гражданского процесса

ЗАКОНОПРОЕКТ «О НОТАРИАТЕ И НОТАРИАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В РФ»: ПРОБЛЕМНЫЕ МОМЕНТЫ.

Нотариат, с одной стороны, это довольно статичный институт и основная целевая установка нотариальных действий состоит в обеспечении стабильности гражданского оборота, а, с другой стороны - отечественная доктрина до настоящего времени не имеет однозначной теории относительно места норм, регулирующих нотариальную деятельность, в системе российского права. Между тем, то, что нотариат нуждается в реформировании, сомнений не вызывает ни у кого из исследователей нотариальных действий, да и у самого законодателя. Главное теперь, чтобы реформирование привело к совершенствованию защиты прав и интересов граждан в направлении ее доступности и эффективности, а не закончилось регрессивным вариантом. Сегодня наличествует опасность превращения реформирования нотариата в перманентный процесс реформ ради реформ, когда уже забыто ради чего реформы замышлялись, какова была их цель и какими средствами она могла была быть достигнута.

С нашей точки зрения основной концептуальный вопрос окончательного постреформенного варианта института нотариата – это планируемое расширение нотариальных функций, прав и обязанностей нотариусов. Записанное в Концепции проекта ФЗ «О нотариате и нотариальной деятельности в РФ» комплексное оказание юридической помощи, включающее в себя консультирование, сбор необходимых документов, передача их на регистрацию прав, медиация, присутствие на заседаниях органов управления юридических лиц и т.п., выходит таким образом за рамки нотариальных действий, так как предполагается наряду с ними. Таким образом, совершение нотариальных действий, при условии принятии закона «О нотариате и нотариальной деятельности в РФ» согласно предложенной концепции окажется лишь одним сектором в системе нотариальных функций.

Вместе с тем и сами нотариальные действия не предполагается делать исключительной прерогативой нотариусов – предусмотренные действующим законодательством РФ полномочия должностных лиц консульских учреждений, дипломатических представительств и местного самоуправления по совершению нотариальных действий также планируется отразить в проекте федерального закона (ст.1, ч.4 ст.7 проекта ФЗ «О нотариате и нотариальной деятельности в РФ»). Получается, на первый взгляд, интересная ситуация – нотариальные действия в определенных случаях могут совершать и не нотариусы (причем не обязательно имеющие высшее или хотя бы среднее профессиональное юридическое образование), а нотариусы смогут совершать и

«ненотариальные» действия (для совершения которых иными лицами не всегда обязательно юридическое образование, но при этом наличие такового у нотариуса и правовой грамотности вообще может лишь повысить качество совершаемых действий).

Следующая проблема – сохранение государственных нотариальных контор. Атавистический характер таковых образований (а вопрос об их организационной правовой форме, насколько мне известно, практически не урегулирован) подтверждают статистические данные – на 1 января 2009 года в РФ зарегистрировано 7 357 нотариусов частной практики и 55 нотариусов, работающих в государственных нотариальных конторах, то есть менее 0, 8 процента от общего числа нотариусов. Таким образом, если бы существовала Красная книга юридических должностей, то государственный нотариус мог бы вполне рассчитывать быть туда занесенным. Но надо ли обществу охранять эту профессию, точнее – ее должностной подвид? Думается, что в данном случае проще полностью перейти на систему частного, небюджетного нотариата, чем решать вопросы об организации деятельности, финансировании государственных нотариальных контор и возникающие в результате такого решения проблемы.

Однако речь не идет о превращении самого нотариата в частноправовой институт, публично-правовой характер нотариальных функций специально оговорен в ст. 7 проекта ФЗ «О нотариате и нотариальной деятельности в РФ» и определяется самим содержанием нотариальных действий и контрольными функциями Министерства юстиции РФ, отчетами Федеральной нотариальной палате, возможностью проверок нотариальной деятельности. Ст. 5 проекта ФЗ «О нотариате и нотариальной деятельности в РФ» в качестве первого основного понятия, используемого в названном проекте, называет «государственное регулирование нотариальной деятельности».

Хотелось бы коснуться еще одного, на первый взгляд, незначительного, вопроса законопроекта – возрастного ценза, планируемого в Концепции как «не менее 30 лет и не более 70 лет», а самом проекте – «не менее тридцати лет» (ст. 43). Конечно, для осуществления медиативных функций жизненный опыт необходим, но почему его приобретение в данном случае связано с 30-летним возрастом? Если учесть, что большинство абитуриентов заканчивает высшие учебные заведения в 22 года, а к 25-27 годам большинство наших сограждан являют собой сформировавшиеся личности, тем более это относится к лицам, имеющим высшее юридическое образование, немало из которых к этому возрасту имеют ученую степень. Думается, что минимальный возрастной предел для нотариуса должен быть снижен до 25 или 27 летнего возрастного ценза, но не исключен вовсе.

Что же касается максимального возраста занятия нотариальной деятельностью, то, возможно, его вообще не стоит предусматривать императивной нормой, достаточно оговорки на «способность осуществлять нотариальные функции». С точки зрения геронтологии старость оказывает существенное влияние на личность, на изменение ценностей, потребностей человека, его поведения и образ жизни. Но, во-первых, это влияние далеко не всегда носит негативный оттенок, подразумевающий неспособность полностью или частично выполнять общественно-полезные функции, и, во-вторых, старость всегда конкретна (причем даже более чем молодость), никаких определённых дат наступления старости нет, а частое несовпадение биологического и календарного возраста человека является аксиомой геронтологии. Действительно, головной мозг старого человека может претерпевать серьёзные структурные изменения, но именно «может», а не обязательно претерпевает и возраст наступления этих изменений индивидуален. Тем более, что всегда остается возможность применить такое предусмотренное ст.65 проекта основание лишение полномочий нотариуса как состояние здоровья, препятствующее осуществлению нотариусом профессиональной деятельности.

Итак, необходимо регулирование нотариальной деятельности как в отдельном законе, так и внесение изменений в действующие нормативные акты, регулирующие связанные с нотариальной деятельностью вопросы, в частности, ГК РФ и ГПК РФ. Хотелось бы, чтобы такое регулирование отвечало правилам внутренней морали права, - «сделайте закон известным, сделайте его последовательным и ясным, следите за тем, чтобы решения…

должностного лица соответствовали закону»[1, с.57]. Первый шаг в данном направлении уже сделан - известности как первой части требования внутренней морали права работа над проектом ФЗ «О нотариате и нотариальной деятельности в РФ» уже отвечает, а в отношении требований последовательности, ясности и последующего исполнения должностными лицами придется еще немало поработать, чтобы новые нормы о нотариате и нотариальной деятельности заняли достойной место в системе российского права.

Использованные источники:

1. *Фуллер Лон Л. Мораль права; пер. с англ. Т. Даниловой. М., 2007.*

Ковальчук Альбіна Миколаївна
аспірант Хмельницького університету управління та права

НЕПОВНОЛІТНІ ОСОБИ ЯК СУБ'ЄКТИ ПРАВА НА ОБОВ'ЯЗКОВУ ЧАСТКУ МАЙНА У СПАДЩИНІ

Одним з найбільш проблематичних питань щодо суб'єктного складу спадкових правовідносин є визначення кола суб'єктів, що мають право на обов'язкову частку у спадщині.

Право на обов'язкову частку мають малолітні, неповнолітні або повнолітні непрацездатні діти спадкодавця (у тому числі усиновлені), непрацездатна вдова (вдовець), й непрацездатні батьки померлого. Коло цих спадкоємців визначається згідно з критеріями, що були використані щодо встановлення осіб, які відносяться до спадкоємців першої черги.

Наведений перелік осіб, які мають право на обов'язкову частку, є вичерпним. Тобто, право на обов'язкову частку не мають ні спадкоємці за законом другої черги, ні спадкоємці, які спадкують за правом представлення цю частку.

Складність визначення даного кола осіб і специфіки їх можливого спадкування не дозволяє стверджувати однозначно, що ЦК України [1] вирішив усі питання у цій сфері. Разом з тим Постанова Пленуму ВСУ від 30.05.2008 р. "Про судову практику у справах про спадкування" [2] не дала однозначних відповідей на це питання, вказавши лише, що перелік осіб, що мають таке право, є вичерпним.

Так, наприклад, якщо говорити про неповнолітніх дітей, то чи враховуватиметься у цьому випадку факт визнання неповнолітньої особи повністю дієздатною, чи все ж таки буде враховано виключно віковий фактор.

Перед тим, як визначити особливості та можливість залишення за емансипованими особами права на обов'язкову частку, необхідно зазначити, що малолітні і неповнолітні особи, як і всі інші громадяни нашої держави, відповідно до ч.1 ст.2 ЦК України є учасниками цивільних відносин, тобто вони наділені цивільною правосуб'єктністю. Цивільна правосуб'єктність як передумова участі малолітніх та неповнолітніх осіб у цивільних правовідносинах і цивільному обороті (активна правосуб'єктність) включає в себе здатність мати цивільні права та обов'язки (правоздатність) (ч.1 ст.25 ЦК України), а також здатність своїми діями набувати для себе цивільних прав і самостійно їх здійснювати, а також здатність своїми діями створювати для себе цивільні обов'язки, самостійно їх виконувати та нести відповідальність у разі їхнього невиконання (дієздатність) (абзац 2 ч.1 ст.30 ЦК України).

Треба мати на увазі, що й усиновлені діти наділені рівними спадковими правами з рідними дітьми спадкодавця.

Право спадкування визнається також і за дітьми спадкодавця, які народилися після його смерті (ст.1261 ЦК України). Мова тут іде не про те, що дитина, яка ще не народилась, наділяється правоздатністю або будь-яким суб'єктивним правом. Закон передбачає лише захист інтересів можливого спадкоємця, до того ж ніяких прав на майно або спадкування ще не народжена дитина не має. Захист її інтересів зводиться до захисту її можливої частки за

умови її народження, якщо ж дитина не народжується, то вона й не буде закликана до спадкування.

Наділення цивільною дієздатністю є однією з основних соціальних і юридичних властивостей, які характеризують особистість у правовому суспільстві. Вона включає в себе наявність у суб'єкта волі та свідомості, достатніх для здійснення розумної, свідомої діяльності, а також здатності усвідомлювати значення і наслідки вчинених ними дій. Можливість нести відповідальність за вчинене правопорушення (деліктоздатність) відноситься до дієздатності, оскільки є здатністю до набуття обов'язків певного виду. Ця дієздатність виникає у особи з досягненням нею 14-річного віку (ч.1 ст.33 ЦК України; ч.1 ст.1179 ЦК України).

В повному обсязі цивільна дієздатність виникає з настанням повноліття, тобто після досягнення 18 років, за винятками, встановленими законом.

Згідно зі ст. 51 Конституції України батьки зобов'язані утримувати дітей до їх повноліття. У державі діє механізм, що гарантує можливість реалізації права на матеріальну підтримку з боку батьків, які не виконують своїх обов'язків.

Обов'язок батьків з утримання дітей виникає з моменту народження дитини та триває до моменту досягнення особою повноліття, незалежно від бажання учасників даних правовідносин. Законодавство зобов'язує батьків надавати кошти для нормального існування дитини. Це кошти, що витрачаються на харчування, одяг, навчання, оздоровлення дитини і т.ін.

У літературі висловлена думка про те, що батьки зобов'язані утримувати неповнолітніх дітей незалежно від свого матеріального становища та умов життя, а також, від того, чи є батьківське утримання єдиним джерелом існування дітей, чи діти мають й інші кошти, у тому числі й особисті заробітки [3, с. 22]. Протилежну думку висловлює О.Й. Пергамент, говорячи про те, що в тих випадках, коли саме аліментне зобов'язання виникає незалежно від наявності достатніх коштів у зобов'язаної особи (наприклад, аліменти на утримання дітей їх батьками), аліментнозобов'язаний все ж таки звільняється від виконання покладеного на нього законом обов'язку по утриманню на той період, протягом якого за незалежних від нього причин не отримує заробітної платні та не має інших доходів [4, с. 15].

З вказаною точкою зору важко погодитись, оскільки законодавством не передбачений порядок звільнення від сплати аліментів за мотивом нужденності самої аліментнозобов'язаної особи. Це цілком закономірно, адже особа, що перебуває у важкому матеріальному становищі, буде вишукувати кошти для свого власного існування в силу того, що є працездатною або володіє певним майном, яке може принести їй прибуток. Цього не можна сказати про дітей, добробут яких нерозривно пов'язаний з матеріальними можливостями батьків.

Відповідно до ч. 1 ст. 193 СК України влаштування дитини до закладу охорони здоров'я, навчального або іншого закладу не припиняє стягнення аліментів на користь того з батьків, з яким до цього проживала дитина, якщо вони витрачаються за цільовим призначенням. Аналізуючи наведену норму, можна дійти висновку, що законодавець не виключає можливості стягнення аліментів навіть у тому випадку, коли дитина знаходиться на повному утриманні держави та у разі, коли один з батьків витрачає на неї певні кошти.

З наведеного можна зробити висновок, що малолітні та неповнолітні особи мають безумовне право на утримання, і навіть позбавлення батьківських прав не позбавляє таку малолітню чи неповнолітню особу від права на утримання відповідно до ст. 166 СК України, а відповідно і від права на обов'язкову частку майна у спадщині.

Складність викликають і ті випадки, коли особі було надано повну цивільну дієздатність. В таких випадках вказана особа могла б позбавлятися права на обов'язкову частку у спадщині, але суд не має таких повноважень, оскільки він вправі лише зменшити розмір цієї частки. На практиці дане положення важко втілюється, оскільки нотаріально процедурою видачі свідоцтва про право на спадщину передбачений порядок встановлення працездатності осіб за свідоцтвом про народження та паспортом, з яких неможливо реально встановити: працює спадкоємець чи ні.

Використані джерела:

2. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003р. //ОВУ. – 2003. – №11. – Ст.461

3. Про судову практику у справах про спадкування: Постанова Пленуму ВСУ від 30.05.2008 р. // Вісник Верховного суду України. – 2008. — № 6. — С. 17.

4. Взаимоотношения родителей и детей по семейному законодательству.- М.: Госюриздат, 1969. – 156 с.

5. Пергамент А.И. Алиментные обязательства.- М.: Юриздат, 1951. – 210 с.

Кот Олександр Васильович,
суддя Вищого господарського суду України

МОВА ТА МОВНА КУЛЬТУРА СУДОВИХ АКТІВ У ГОСПОДАРСЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ

Для того, щоб судові акти господарського суду викликали повагу, вони повинні бути бездоганними з погляду мови і стилю викладення, а також відповідати вимогам правової культури (мовна і правова культура судових актів).

Між тим, як зазначено в Роз'ясненнях Вищого арбітражного суду України від 10 грудня 1996 р. № 02-5/422 «Про судове рішення» [1]: «все ще недостатня професійна культура та загальна грамотність викладення рішення». Цей недолік судових рішень є характерним і для інших процесуальних актів господарських судів – ухвал та постанов.

Культура оформлення будь-якого юридичного документа передбачає логічність і послідовність викладення матеріалу, вмотивованість висновків, дотримання стилю і застосування термінології та мови, яка відповідає жанру документа.

Неточно чи неправильно вжите слово в судовому акті може викликати невизначеність у тлумаченні терміну і призвести до судової помилки.

Мовна культура судового акта передбачає не лише дотримання правил граматики, але і дотримання ділового стилю, використання офіційно прийнятих скорочень, абревіатур, написання назв нормативно-правових актів, дат, чисел тощо.

Так, зокрема, в судовому рішенні не варто вживати скорочення і абревіатури, не прийняті в законодавстві або такі, що не є загальноприйнятими в офіційній діловій мові [2].

Як зазначено в абз. 2 п. 8 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 18 грудня 2009р. № 14 «Про судове рішення у цивільній справі» [3] рішення не повинно містити зайвої деталізації, яка не має правового значення в даній справі, а також незрозумілих словосполучень, занадто довгих речень, через які викладення фактичних обставин важко сприймається.

Зрозуміло, що до актів правосуддя висуваються особливі вимоги, оскільки суддя, який складає документ, виконує функції держави щодо розгляду справ і вирішення господарських спорів, а тому має слідувати прийнятому офіційному стилю їх викладення [4, 55].

Важливим аспектом, який стосується вимог щодо судового акта в господарському процесі, є питання мови судових документів.

Як встановлено ст. 3 ГПК України, мова судочинства визначається ст. 21 Закону України «Про мови в Українській РСР». Насправді, такого закону не існує, а існує Закон Української РСР 28 жовтня 1989 р. «Про мови в Українській РСР», ст. 21 якого під назвою «Мова арбітражного провадження» передбачає, що арбітражне провадження у справах з участю сторін, які знаходяться на території Української РСР, здійснюється українською мовою.

Арбітражне провадження у справах, в яких бере участь сторона, що знаходиться на території іншої союзної республіки, здійснюється російською мовою.

Матеріали справи, оформлені українською мовою, в Державний арбітраж СРСР або державний арбітраж іншої союзної республіки надсилаються в перекладі російською мовою.

З наведених тут положень ст. 21 Закону УРСР «Про мови в Українській РСР» зрозуміло, що норми цієї статті безнадійно застаріли як в частині назви країни їх застосування, так і в частині назви судочинства, яке сьогодні іменується господарським.

Закон України від 7 липня 2010 р. «Про судоустрій і статус суддів» [5] у ч. 4 ст. 12 з посиланням на Закон України від 15 травня 2003 р. «Про ратифікацію Європейської хартії регіональних мов або мов меншин» [6] встановив, що у судах, поряд з державною, можуть використовуватися регіональні мови або мови меншин відповідно до зазначеного Закону в порядку, встановленому процесуальним законом.

Як випливає з ст. 2 та пункту б) ст. 4 Закону України «Про ратифікацію Європейської хартії регіональних мов або мов меншин», до мов таких національних меншин України: білоруської, болгарської, гагаузької, грецької, єврейської, кримськотатарської, молдавської, німецької, польської, російської, румунської, словацької та угорської застосовуються при здійсненні судочинства підпункти "a (iii)", "b (iii)", "c (iii)" пункту 1, підпункт "c" пункту 2 та пункт 3 статті 9 Європейської хартії регіональних мов або мов меншин.

При цьому слід мати на увазі, що:

по-перше, ст. 9 Європейської хартії регіональних мов або мов меншин передбачає можливість застосування зазначених мов лише у кримінальному судочинстві (підпункт «а» ст. 9), цивільному судочинстві (підпункт «б» ст. 9) та під час судового провадження у справах, що стосуються адміністративних питань (підпункт «с» ст. 9). Тобто ст. 9 Європейської хартії регіональних мов або мов меншин не регулює питання застосування мов у господарському судочинстві;

по-друге, зазначені в пункті б) ст. 4 Закону України «Про ратифікацію Європейської хартії регіональних мов або мов меншин» підпункти та пункти Європейської хартії регіональних мов або мов меншин стосується лише можливості подання клопотань, документів і доказів регіональними мовами або мовами меншин, але не визначає мови діловодства і мови відповідного судочинства, які згідно з ч. 1 ст. 12 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» провадяться державною мовою. Як відомо, частиною 1 ст. 10 Конституції України державною мовою в Україні визначено українську мову.

Таким чином, викладене дає підстави для висновку про те, що мовою господарського судочинства є українська мова. Це означає, що і судовий процес, і діловодство в господарських судах (у тому числі підготовка процесуальних документів) мають здійснюватися українською мовою.

З урахуванням цього пропонуємо викласти ст. 3 ГПК України в такій редакції:

«Стаття 3. Мова судочинства і діловодства в господарських судах

Судочинство і діловодство в господарських судах України провадиться державною мовою.

Учасники судового процесу, які не володіють або недостатньо володіють державною мовою, у порядку, встановленому цим Кодексом, мають право робити заяви, давати пояснення і заявляти клопотання рідною мовою або мовою, якою вони володіють, користуючись при цьому послугами перекладача.»

Використані джерела:

1. Збірник рішень та арбітражної практики Вищого арбітражного суду України. – 1997. - № 1.

2. Матеров Н.В., Судаков Г.В. О языке решения арбитражного суда // Вестник Высшего абитражного суда Российской Федерации. – 2000. - № 3, С. 99-105.

3. Вісник Верховного Суду України. – 2010.- № 1.

4. Судебные акты в арбитражном процессе / Под ред. проф. И.В. Решетниковой. – М.: Издательская группа «Закон», 2009. – 352 с.

5. Офіційний вісник України. – 2010. - № 55/1. – Ст. 1900.

6. Офіційний вісник України. – 2003. - № 24. – Ст. 1109.

Кручак Ірина Анатоліївна,
викладач юридичного відділення
Галицького інституту імені Вячеслава Чорновола

ДО ПИТАННЯ ПРО АПЕЛЯЦІЙНЕ ОСКАРЖЕННЯ УХВАЛ ОКРЕМО ВІД РІШЕННЯ СУДУ

Ухвали, які постановляються судами при здійсненні судочинства у цивільних справах, є важливими процесуальними актами і можуть суттєвим чином впливати на права та законні інтереси учасників процесу, а також інших осіб. За таких обставин можливість апеляційного оскарження судових ухвал є дієвою гарантією законності при відправленні правосуддя [8, С. 25].

На жаль, інститут судових ухвал протягом тривалого часу безпідставно перебував «в тіні» рішення суду, якому законодавець та теоретики цивільного процесуального права приділяли основну увагу. Лише окремі аспекти цього питання досліджували в своїх працях З. К. Абдуліна, М. Г. Авдюков, О. О. Борисова, Г. В. Воронков, І. М. Зайцев, В. В. Комаров, Л. Ф. Лесницькая, С. Л. Черв'якова, Д. М.Чечот, М .Й. Штефан, К. С. Юдельсон та деякі інші науковці. Більше того, переважна більшість досліджень з вказаної проблематики мали місце до прийняття чинного Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) і зміни його редакції, яка відбулась у зв’язку з прийняттям Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [2] в серпні 2010 року.

З огляду на вищевказане, особливої актуальності набуло питання про створення ефективного механізму реалізації права на оскарження ухвал та вдосконалення його законодавчої регламентації.

Слід визнати, що прийняття нового ЦПК України і внесення останніх змін до нього не тільки не вирішило, а й ще більше загострило проблему оскарження ухвал і надало процесуальному регулюванню цього питання досить непослідовного та незавершеного характеру.

Наразі чинним цивільним процесуальним законодавством України передбачаються два можливі шляхи оскарження ухвал:

подання апеляційної скарги на ухвалу суду першої інстанції;

подання заперечення на відповідну ухвалу разом із апеляційною скаргою на рішення суду першої інстанції.

Перелік ухвал, які підлягають апеляційному оскарженню окремо від рішення суду, передбачений у частині 1 статті 293 ЦПК України [1], тоді як ухвали, що оскаржуються разом із рішенням суду, визначаються за «залишковим принципом» – усі інші. При цьому в частині 2 вказаної статті чітко вказано, що у разі подання апеляційної скарги на ухвалу, яка не підлягає оскарженню окремо від рішення суду, суд першої інстанції повертає її заявнику, про що постановляє ухвалу, яка не підлягає оскарженню.

Водночас така законодавча регламентація не може бути визнана ефективною з наступних підстав:

По-перше, відповідно до роз’яснень Конституційного Суду України, які містяться в низці його рішень [3; 4; 5]: відмова у реалізації можливості оскаржувати ухвали суду першої інстанції, що не передбачені у частині 1 статті 293 ЦПК України, призводить до порушення конституційних засад судочинства – рівності усіх учасників судового процесу перед законом і судом, забезпечення апеляційного оскарження рішення суду. Тому положення пункту 8 частини 3 статті 129 Конституції України щодо забезпечення апеляційного оскарження судових рішення слід розуміти так, що у цивільному процесі апеляційному оскарженню підлягають усі ухвали за винятком тих випадків, коли таке оскарження заборонено законом.

Тобто суд не може не реагувати, якщо мають місце порушення прав і свобод громадян, інакше це було обмеженням гарантованого статтею 64 Конституції України права на судовий захист. Логіка Конституції України чітка: громадянин має право на все, що не заборонено законом.

По-друге, існуючий порядок оскарження ухвал не дозволяє однозначно визначити, як сторони мають діяти у випадках, коли результатом дій суду, об'єднаних єдиною метою, є постановлення кількох ухвал. Одна з таких ухвал є самостійним об'єктом оскарження, інша – ні. Наприклад, взаємопов'язаними процесуальними діями є призначення судової експертизи й зупинення у зв'язку з цим провадження у справі до отримання висновку експерта. За нормами ЦПК України ухвала про призначення судової експертизи не оскаржується окремо від рішення суду, в той час як ухвала про зупинення провадження у справі, яка приймається внаслідок призначення експертизи, може бути оскаржена.

Логічно, що в такій ситуації заперечення на ухвалу про призначення експертизи повинні міститись в апеляційній скарзі на ухвалу про зупинення провадження, а не апеляційній скарзі на рішення суду.

По-третє, із змісту чинного ЦПК України не зрозуміло як має чинити суд апеляційної інстанції у разі, якщо така ухвала в порушення вимог ст. 296 ЦПК України надійшла до нього безпосередньо, а не через суд першої інстанції. Адже кодекс не передбачає окремої підстави для відмови в прийнятті такої апеляційної скарги.

В сучасних умовах, суди, у разі надходження апеляційної скарги на ухвалу суду першої інстанції, що не підлягає оскарженню окремо від рішення суду, фактично мають наступні варіанти поведінки:

суд першої інстанції може повернути особі апеляційну скаргу, на підставі ч.2 ст.293 ЦПК України;

суд же апеляційної інстанції повинен розглянути апеляційну скаргу на відповідну ухвалу з певним кінцевим результатом такого розгляду, оскільки з однієї сторони, в нього немає правових підстав для відмови у прийнятті такої скарги, а з другої – це буде відповідатиме положенням Основного Закону нашої держави, який гарантує конституційне право на судовий захист.

Така неоднозначність у регулюванні порядку оскарження ухвал на практиці призводить до численних порушень конституційного права громадян на судовий захист та/або вимог процесуальної процедури.

Аналіз судової практики та напрацювань юридичної доктрини з вказаної проблематики дозволяє зробити висновок, що вказаний недолік законодавчого регулювання може бути усунуто наступними шляхами:

Частину 1 статті 293 ЦПК України можна доповнити абзацом другим наступного змісту: «В апеляційному порядку окремо від рішення суду першої інстанції можуть бути оскаржені й інші ухвали суду першої інстанції, якщо стосовно них немає прямої вказівки закону про заборону такого оскарження».

Частину 1 статті 293 ЦПК України можливо викласти в такій редакції:

«Окремо від рішення суду першої інстанції в апеляційному порядку можуть бути оскаржені лише ухвали суду першої інстанції, що перешкоджають подальшому провадженню справи».

Тоді в частині 2 цієї ж статті необхідно передбачити критерії віднесення ухвал до таких, що перешкоджають подальшому провадженню справи. Думки процесуалістів з приводу таких критеріїв різняться: неможливість подачі апеляції або подача апеляції не усуне шкідливих наслідків такої ухвали [6, С. 329]; припинення подальшого ходу процесу, внаслідок несвоєчасного оскарження постраждають інтереси сторони, така ухвала перешкоджає подальшому руху справи або стосується майнових прав учасників процесу, істотний вплив на матеріальні права сторін, заборона оскарження може призвести до порушення права на судовий захист [7, С. 24-25].

І, останній, найбільш вдалий спосіб подолання прогалини – замість наявного у частині 1 статті 293 ЦПК України списку передбачити вичерпний перелік ухвал, які не підлягатимуть апеляційному оскарженню. Таке законодавче положення найбільше відповідатиме пункту 8 частини 3 статті 129 Конституції України.

Підсумовуючи вищезазначене, можна зробити висновок, що формування об'єкта апеляційного перегляду вимагає максимальної повноти та термінологічної коректності, а положення статті 293 ЦПК України не відповідають цим вимогам. Формування кола ухвал,

які підлягають апеляційному оскарженню, не може бути довільним і повинно відповідати певним критеріям. Практика Конституційного Суду України повинна стати підставою для зміни правозастосування в межах цивільного процесу та сприяти виникненню передумов для реформування інституту апеляційного оскарження в цивільному процесі. Адже, допоки не буде внесено відповідних змін до ЦПК України, суди загальної юрисдикції при вирішенні питання про порядок апеляційного оскарження ухвал позиції Конституційного Суду України братимуть лише до відома, а не до виконання.

Використані джерела:

1. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. // ВВРУ. – 2004. – № 40-41, 42. – Ст. 492.

2. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 07.07.2010 р. // Офіційний вісник України. – 2010. – № 55/1. – Ст. 7.

3. Рішення Конституційного Суду України від 27.01.2010 року № 3-рп/2010 у справі за конституційним зверненням громадянина Заїченка Володимира Георгійовича щодо офіційного тлумачення положення пункту 18 частини 1 статті 293 Цивільного процесуального кодексу України у взаємозв'язку зі статтею 129 Конституції України (про апеляційне оскарження ухвал суду) // Вісник Конституційного Суду України. – 2010. – № 2. – С. 21.

4. Рішення Конституційного Суду України від 28.04.2010 року № 12-рп/2010 у справі за конституційним зверненням громадянина Суботи Артема Анатолійовича щодо офіційного тлумачення положення пункту 2 частини 1 статті 293 Цивільного процесуального кодексу України у взаємозв'язку зі статтею 129 Конституції України (справа про забезпечення апеляційного оскарження ухвал суду) // Офіційний вісник України. – 2010. – № 34. – С.12.

5. Рішення Конституційного Суду України від 08.07.2010 року № 18-рп/2010 у справі за конституційним зверненням громадянина Слободянюка Івана Івановича щодо офіційного тлумачення положення пункту 12 частини 1 статті 293 Цивільного процесуального кодексу України у взаємозв'язку з положеннями пунктів 2, 8 частини 3 статті 129 Конституції України // Офіційний вісник України. – 2010. – № 54. – С. 155.

6. Васьковский Е. В. Учебник гражданского процесса / Под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. – М.: Зерцало, 2003. – С. 329-330.

7. Дем'янова О.В. Ухвала як об'єкт апеляційного оскарження / О. В. Дем'янова // Судова апеляція. – 2006. – № 3. – С. 22–27.

8. Лобода Ю. Про обмеження конституційного права на оскарження судових ухвал у цивільному та господарському процесі / Ю. Лобода // Юридичний журнал «Юстініан». - 2006. – № 2. – С. 25.

Нуриев Анас Гаптрауфович

старший преподаватель, кандидат юридических наук

Казанский (Приволжский) федеральный университет

КОНСТИТУЦИОННЫЕ ГАРАНТИИ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВА НА СУДЕБНУЮ ЗАЩИТУ В АРАБСКОЙ РЕСПУБЛИКЕ ЕГИПЕТ И КОРОЛЕВСТВЕ САУДОВСКАЯ АРАВИЯ

Отсутствие исследований в области гражданского судопроизводства стран Арабского Востока является серьезным пробелом современной российской юридической доктрины. Взгляд на страны Арабского Востока, как на страны с архаичной правовой системой, построенной под жестким диктатом веры не соответствует действительности. Развитие правовых систем стран Арабского Востока в XX веке, характеризуется отходом от

доктринальных источников, основанных на Коране и Сунне в сторону законодательных актов.

Вместе с тем, необходимо осознавать, что страны Арабского Востока представляют собой особый тип правовой системы со своими принципами, порой не совпадающими с представлениями «западной» правовой системы, основанной на рецепции римского права. Особенность правовой системы, обусловлена тем, что любые законодательные акты стран Арабского Востока, затрагивающие те или иные стороны общественной жизни, в том числе отправление правосудия, должны быть основаны на шариате. «Шариат – весьма разнообразный, неоднозначный феномен, своего рода пункт встречи религии, нравственности и права [1, с. 17]. При этом шариат иногда трактуется исключительно как правовой феномен, в частности «конституционные суды ряда исламских стран подчеркивают, что под шариатом подразумеваются прежде всего принципы мусульманского права» [1, с. 17].

Законодательное закрепление роли шариата можно проследить в Основных законах стран Арабского Востока. Так, согласно ст. 2 Конституции Арабской Республики Египет Основой законодательства являются положения мусульманского права – шариата. Статья 2 Конституции Султаната Оман имеет аналогичное указание на основу правовой системы – мусульманский шариат.

Право на судебную защиту как основа гарантии прав личности, в странах Арабского Востока имеет конституционное закрепление. Так, в соответствии со ст. 44 Основного Низама (Положения) Королевства Саудовская Аравия государственную власть королевства образуют:- судебная власть; - исполнительная власть; - законодательная власть. Высшей инстанцией всех видов власти является король. При этом судопроизводство является независимым. При выполнении своих полномочий суд руководствуется исключительно исламским шариатом. Назначение судей, освобождение их от обязанностей производится по указу короля на основании предложений Высшего судебного совета на основе соответствующего положения.

Согласно ст. 47 Основного Низама право обращения в суд гарантировано подданным королевства и другим лицам, проживающим в нем, на равных основаниях. При решении поставленных перед судами вопросов они действуют в соответствии с исламским шариатом, Кораном и сунной, а также основанными на соответствующих положениях постановлениями представителя власти, если они не противоречат Корану и сунне.

Исполнение судебных решений, как важная компонента права на судебную защиту, обеспечивается, согласно ст. 50 Основного Низама лично Королем или лицом, его замещающим.

В соответствии со ст. 40 Конституции Арабской Республики Египет все граждане равны перед законом. Они имеют равные права и обязанности независимо от пола, происхождения, языка, вероисповедания и убеждений. Ст. 68 Конституции принцип равенство всех перед законом, дополняет положением равенства всех перед судом, в частности прямо определяет, что право на судебное разбирательство гарантируется всем без исключения, и каждый имеет право на обращение в компетентный суд. Государство гарантирует доступность судебных органов и срочность рассмотрения судебных дел. Закон не может освобождать административные акты или постановления от судебного надзора.

На конституционном уровне определяется независимость судебной системы, а также гарантируется независимость судей. Так согласно ст. 166 Конституции, при отправлении правосудия судьи не подчиняются никакой иной власти, помимо закона. Никакие власти не могут вмешиваться в судопроизводство или в отправление правосудия.

В качестве правовых гарантий независимости судей, в Конституции прямо предписывается несменяемость судей, устанавливаются условия и порядок назначения судей и их перемещения по службе, особый порядок привлечения их к ответственности,

Таким образом, в Основных законах Арабской Республики Египет и Королевства Саудовская Аравия конституционное право на судебную защиту, находит свое отражение в следующих положениях, отражающих основные принципы судопроизводства:

- гарантируется наличие независимой судебной системы (принцип осуществления правосудия только судом);

- устанавливается особая процедура назначения на должность судьи (принцип независимости судей);

- устанавливается несменяемость судей (принцип несменяемости судей);

- определяется особый порядок привлечения судьи к ответственности (принцип независимости судей);

- определяется, что право на обращения в суд гарантировано на равных основаниях (принцип равенства всех перед законом и судом);

- при разрешении и рассмотрении дела в суде, устанавливается приоритет шариата над остальными источниками права;

- возможность применения источников права ставится в зависимость от соответствия их шариату;

- право на исполнение судебного решения, признается компонентой права на судебную защиту.

Таким образом, на примере двух стран Арабского Востока можно отметить, что имеющиеся основные законы, гарантируют возможность реализации права на судебную защиту независимой судебной системой. На самом высоком законодательном уровне гарантируются основные судоустройственные принципы гражданского процесса.

Вместе с тем, в отличие от современной российской модели отсутствует дифференциация возможных форм отправления правосудия. Кроме того, принцип законности являющейся основным принципом российского гражданского процесса, в странах Арабского Востока подменяется принципом верховенства шариата, над остальными источниками права.

Использованные источники:

1. Сюкияйнен Л.Р. Шариат и мусульманско-правовая культура \ Л.Р. Сюкияйнен. – М.: Институт государства и права Российской Академии наук, 1997. – 45 с.

Падюкова Юлія Володимирівна,
студентка 4 курсу, юридичного факультету,
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ІНСТИТУТ МИРОВИХ СУДДІВ: ПОШУК ОПТИМАЛЬНОЇ МОДЕЛІ?

Багато кому ідея мировых суддів в Україні може видатись неактуальною або й нереальною. Адже вона вимагає багато праці з погляду як конституційної системи правосуддя, так і організаційно-процесуального закріплення цього інституту. Але, якщо ми хочемо, щоб народ повірив у справедливість українського суспільства, держава та громадськість мають подбати про наближення до нього судової влади.

Інститут мировых суддів був включений до проекту Конституції України 1992 року, але потім від нього відмовились. Питання про відродження даного інституту було поставлено тільки на сучасному етапі судово-правової реформи[1,88]. Тим не менше, інститут мировых суддів аналізували багато вітчизняних науковців, розглядаючи історичний та зарубіжний досвід[2,37].

Необхідність впровадження інституту мировых суддів зумовлена, зокрема, з погляду на такий критерій, як доступ до правосуддя[3]. Введення інституту мировых суддів – це реальний шанс зменшити навантаження на місцеві загальні суди, оскільки відносно нескладні (малозначимі) справи та вимоги за невеликою ціною позову можуть бути передані на розгляд мирового суду.

На думку деяких авторів, відсутність, наприклад, відповідальності суддів перед територіальними громадами, є головною причиною неефективності діючих місцевих судів[4,4]. Ця відповідальність - не що інше, як один з елементів інституту мирових суддів.

Найпоширеніша точка зору на природу мирових суддів полягає в тому, що мирові судді є засобом позасудового вирішення спорів, автономним, незалежним від держави інститутом – на зразок третейських судів або медіаторів. Доступність до правосуддя не виключає можливості для особи вирішити свій спір у досудовому або позасудовому порядку. Держава, з огляду на національні правові традиції, конституційно-правові засади, міжнародно-правові договори, повинна сприяти розвитку таких недержавних інституцій, як третейські суди, мирові судді, посередники (медіатори)[5,33] тощо, які допомагають залагодити спір, не доводячи його до суду.

Вільний доступ до правосуддя є конституційним правом особи й основою справедливого судочинства. Важливими принципами вільного доступу до правосуддя здійснюваного мировими суддями мають бути, насамперед, територіально зручне місцезнаходження мирових суддів (рухомість, виїзд судді до зручного для сторін місця вирішення спору тощо), а також невідкладність вирішення спору (уникнення затягування розгляду справи) та інші.

Введення інституту мирових суддів або громадських мирових суддів – це реальний шанс зменшити навантаження на місцеві загальні суди, оскільки відносно нескладні (малозначимі) справи та вимоги за невеликою ціною позову можуть бути передані на розгляд мирового суду.

Запровадження інституту мирових суддів в Україні відповідає тенденціям розвитку суспільства в напрямі побудови правової держави, знаходиться в гармонії з традиціями і світоглядом нашого народу, стало б прогресивним явищем у сфері правосуддя.

Позитив такої моделі мирових суддів – в тому, що її запровадження не вимагає зусиль держави, витрачання державних коштів. При цьому зберігається плюс для тих, хто втратив довіру до державних органів, зокрема, до судів. Проте при запровадженні цієї моделі ускладнюється перевірка діяльності мирових суддів, кваліфікованості вирішення ними справ.

Згідно з другою моделлю – державницькою – мирові судді є складовими системи державних судів зі збереженням всіх вимог, їх прав та обов'язків (яскравий приклад – Російська Федерація). Ця модель видається більш ефективною, оскільки забезпечує якісніший розгляд справ (адже висуваються певні вимоги до кандидатів у мирові судді), юридичну відповідальність судді за неправильне рішення або ухвалу.

При цьому головним недоліком цієї моделі на сьогоднішній день є те, що запровадження такої моделі не можливе, зважаючи на норми чинної Конституції України щодо судоустрою в державі.

Є ще одна правова позиція, яка по суті є модифікацією перших двох. Йдеться про громадську (від слова «громада» як базового суб'єкта місцевого самоврядування) модель мирових суддів.

В рамках такого підходу можна виділити також два напрямки. Перший –мирові судді – елемент державної судової системи, який, втім, обирається органами місцевого самоврядування. В цьому випадку мирові судді є найнижчою ланкою судової системи, при цьому вони не є членами професійного суддівського корпусу (магістрату) і виконують судові функції тимчасово. Такий підхід поширений в Іспанії, Італії тощо. Хоча формально мирові судді у цих країнах призначаються вищими судовими органами або іншими органами, фактично акти цих органів базуються на відповідних поданнях органів місцевого самоврядування – тобто фактично особу, яка стане мировим суддею в даній адміністративно-територіальній одиниці обирає орган місцевої влади цієї одиниці (муніципальна рада або мер).

Дана модель видається найдоцільнішою, зважаючи на те, що мирові судді, обрані відповідним органом адміністративно-територіальної одиниці, користуються вищим авторитетом та зможуть забезпечити якісніше здійснення функцій. При цьому реально встановити відповідальність мирових суддів перед громадою в особі органів місцевого самоврядування.

Другий підхід – громадські мирові судді – відокремлені від державної системи судів органи в структурі місцевого самоврядування. Відповідно до цієї точки зору, це довірені особи територіальної громади, які обираються сільською, селищною, міською, районною в місті радою за їх згодою, працюють безкоштовно і діють відповідно до чинного законодавства, інших нормативно-правових актів, норм народної моралі з метою позасудового вирішення спорів (конфліктів) та примирення їх сторін. Однозначним плюсом цього підходу є те, що для його практичної реалізації не потрібне внесення змін або прийняття нових законів – це можливо зробити на рівні локальних нормативних актів. Проте компетенція таких мирових суддів буде обмеженою, а тому даний підхід не може вважатися оптимальним.

На сьогоднішній день, зважаючи на чинне законодавство і норми Конституції з питань судоустрою, найбільш реальними для запровадження є модель позасудового розгляду або другий варіант громадської моделі (мирові судді як елемент місцевого самоврядування), оскільки вони не потребують внесення змін до Конституції. Якщо ж відповідні зміни до Конституції будуть внесені, то доцільніше було б запровадити громадську модель у першому варіанті (за зразком іспанської або італійської моделі).

Таким чином, впровадження закону про мирових суддів повинно мати на меті інституціоналізацію мирових суддів, як досудового засобу вирішення спорів або інституту в структурі органів місцевого самоврядування.

Використані джерела:

1. *Кампо В. Чи потрібні нам мирові судді? // Український юрист, 2004, № 11 (23). – С. 88.*
2. *Шигаль Д.А. Мировий суд і реформування сучасної судової системи України // Сучасні проблеми юридичної науки: стан і перспективи розвитку: Тези доповідей та наукових повідомлень учасників наукової конференції молодих учених та здобувачів. – Х., 2005. – с.37-39; Шишкін В.І. Судові системи країн світу. Навч. посібник. Частина 1. – К.: Юрінком Інтер, 2001;*
3. *Доступ до правосуддя / Право на справедливий судовий процес/ Права людини в Україні – 2006. Доповідь правозахисних організацій. За ред. Є.Захарова. – Харків: Права людини, 2007. – 528 с.*
4. *Гриневецький С. Парадокси місцевого самоврядування // Дзеркало тижня, № 38 (617), 7 жовтня 2006 р. – С. 4.*
5. *Кольченко Ю. Досудове врегулювання спорів та досягнення мирової угоди/ Ю.Кольченко // Інтелектуальна власність. - 2005. - №: 10. - С. 33-36. .*

Постоялко Тетяна Олександрівна,
студентка 4 курсу, економіко-правового факультету,
Одеського національного університету імені І.І. Мечникова

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ЛОМБАРДІВ В УКРАЇНІ: АНАЛІЗ ЧИННОГО ТА ПЕРСПЕКТИВНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

У зв’язку з фінансовою кризою в Україні та неспроможністю банківської системи оперативно видавати споживчі кредити, постає нагальна потреба в кредитуванні населення шляхом забезпечення незначних кредитів майном громадян. Одним із можливих варіантів кредитування населення є ломбардні операції, де в якості застави використовується майно громадян.

Перший аспект, на який варто звернути увагу, - нормативне визначення поняття «ломбарду».

Сьогодні відсутня єдність у розумінні сутності ломбардів. Так, відповідно до п.2 Постанови Кабінету Міністрів України від 04.06.1998 № 802 «Про Правила торгівлі

дорогоцінними металами (крім банківських металів) і дорогоцінним камінням, дорогоцінним камінням органогенного утворення та напівдорогоцінним камінням у сирому та обробленому вигляді і виробами з них, що належать суб'єктам підприємницької діяльності на праві власності», ломбард - фінансова установа, яка відповідно до законодавства приймає від населення на зберігання ювелірні та побутові вироби з дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння та надає позички під заставу таких виробів.

У той же час чинне законодавство містить й інше розуміння ломбардів - як фінансових установ, 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 [1, п. 1.2.].

Для правового забезпечення регулювання діяльності ломбардів в Україні 3 серпня 2008 року Кабінетом Мінстрів України було запропоновано законопроект «Про ломбарди і ломбардну діяльність», який успішно був прийнятий у першому читанні 19 травня 2009 року [4] (далі – Законопроект). Стаття 1 Законопроекту визначає ломбард як небанківську фінансову установу, що провадить діяльність з надання фізичним особам фінансових кредитів під заклад, із зберігання речей та супутню діяльність (ломбардна діяльність).

Другий проблемний аспект – визначення змісту ломбардної діяльності та супутніх послуг, що надаються ломбардами.

Поділ послуг ломбарду на фінансові та супутні сьогодні проводить Положення про порядок надання фінансових послуг ломбардами, затверджене розпорядженням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг від 26.04.2005 № 3981 [1, п. 3]. Зокрема, до безпосередньо «ломбардних послуг» належать надання фінансових кредитів за рахунок власних коштів або за рахунок залучених коштів. Законопроект, у свою чергу, пропонує надати право ломбардам надавати будь-які фінансові послуги, що передбачають пряме або опосередковане залучення фінансових активів від фізичних осіб (ломбардна діяльність). Це положення спотворює сутність ломбарду та може призвести до порушень та зловживань на ринку фінансових послуг.

Відповідно до п. 3.2. Положення №3981, коло супутніх послуг ломбарду складають: оцінка заставленого майна, посередницькі послуги зі страхування предмета застави на підставі агентського договору зі страховою компанією, реалізація заставленого майна. Згідно Законопроекту, до супутніх послуг відноситься лише оцінка майна (майнових прав), які ломбард бере у заставу або на відповідальне зберігання. Вважається, що це майно (майнові права) маэ бути оціненим за допомогою інституту оцінювачів, а після цього здаватися до ломбарду як застава або на відповідальне зберігання.

Третій дискусійний аспект - вимоги до ломбардів як юридичних осіб.

За чинним законодавством можливе створення ломбардів у такій організаційно-правовій формі як повне товариство. Також залишаються діючими ломбарди з державною формою власності [2, п.2.1].

Законопроект пропонує створення ломбардів у формі державних підприємств (що, безперечно, викличе наукову дискусію навколо неможливості зрівняння понять «державне підприємство» та «фінансова установа» через їх категоричну відмінність), повного та командитного товариств та товариства з додатковою відповідальністю.

На сьогодні у Верховній Раді постає питання щодо розгляду Законопроекту у другому читанні. У разі прийняття Законопроекту у поданій до другого читання редакції, це призведе до колізії відповідних норм та неповноти правового регулювання, оскільки проект не містить достатніх і завершених правових механізмів реалізації окремих його положень, як того вимагає принцип правової держави. Крім того, окремі положення цього проекту мають суперечливий характер та не узгоджуються між собою.

З іншого боку, з прийняттям спеціального закону усунеться неузгодженість нормативних актів, що регулюють правовий статус ломбардів (а їх сьогодні налічується чимала кількість), з’явиться контроль з боку держави за діяльністю ломбардів, будуть створені умови для усунення зловживань у сфері надання фінансових послуг, у т.ч. незаконної скупки дорогоцінних металів та ювелірних виробів у населення.

Використані джерела:

1. Про затвердження Положення про порядок надання фінансових послуг ломбардами : Розпорядження Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 26.04.2005. №3981.− Електрон.дан. (1 файл). − Режим доступу: http://www.zakon1.rada.gov.ua.− Назва з екрана.

2. Про затвердження Положення про порядок внесення інформації про ломбарди до Державного реєстру фінансових установ : Розпорядження Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг від 18.12.2003 №170.− Електрон.дан. (1 файл).− Режим доступу: http://www.zakon1.rada.gov.ua.− Назва з екрана.

3. Про Правила торгівлі дорогоцінними металам (крім банківських металів) і дорогоцінним камінням,дорогоцінним камінням органогенного утворення та напівдорогоцінним камінням у сирому та обробленому вигляді і виробами з них, що належать суб'єктам підприємницької діяльності на праві власності: Постанова Кабінету Міністрів України від 04.061998. №802 .− Електрон.дан.(1 файл). − Режим доступу: http://www.zakon1.rada.gov.ua.− Назва з екрана.

4. Про ломбарди і ломбардну діяльність: проект закону Кабінету Міністрів України, від 03.08.2008 №3433.− Електрон.дан. (1 файл). − Режим доступу: http://www.zakon1.rada.gov.ua.− Назва з екрана.

Романовская Ольга Валентиновна
доцент кафедры частного права, кандидат юридических наук
Пензенского государственного университета

ПУБЛИЧНЫЕ КОРПОРАЦИИ В РОССИЙСКОМ СОВРЕМЕННОМ ПРАВЕ: ПРОБЛЕМЫ ОПРЕДЕЛЕНИЯ И КЛАССИФИКАЦИИ

Российская конституционная практика свидетельствует о существовании негосударственных организаций, основанных на членстве, имеющих публично-правовое предназначение, которое, в свою очередь, предопределяет наличие особого статуса организации и вида юридического лица. Предлагается данную группу субъектов конституционно-правовых отношений объединить термином «публичная корпорация», который позволяет отделить эти особые объединения граждан и юридических лиц от общественных объединений и иных объединений, созданных по канонам частного права. Несмотря на то, что данный термин используется в правовой науке достаточно давно, имеются некоторые трудности в его определении. Так, присутствует неоднозначность понятия «корпорация», которая приводит к различным толкованиям. Считается, что под ним обозначаются:

– объединения лиц на началах членства (общественные организации);

– объединения как лиц, так и капиталов (кооперативы);

– объединения только капиталов (хозяйственные общества).

В дореволюционной российской юридической науке термин «корпорация» употреблялся чаще. Однако и тогда в зависимости от того, какую отрасль права представлял ученый-исследователь, различалось понимание указанного термина. Цивилисты воспринимали корпорации как общественные союзы, произошедшие из средневекового общества и основанные на солидарности. К таковым относились также коммерческие организации. Подчеркивалось, что зарубежная наука воспринимала также понятие корпорации как синоним юридическому лицу. Воззрения ученых в области государственного права отличались от воззрений ученых-цивилистов. Нередко под понятие корпорации подводилось понятие государства, выделялись сословные и территориальные корпорации, понимая под последними современные муниципальные образования. В каждом случае корпорация первично (в широком смысле) представлялась как союз граждан.

Само слово «корпорация» образовалось от позднелатинского «corporatio» (от латинского «corpus» – объединение, союз) – объединение и подразумевает «союз», «общество», «объединение лиц, соединившихся для достижения какой-либо цели».

Термин «публичный», как и термин «корпорация, также имеет различное понимание. Слово «публичный» происходит от латинского «publicus» – общественный, гласный, открытый. Отметим, что при всем многообразии трактовок понятия «публичный», оно активно используется в зарубежной и отечественной юриспруденции при характеристике государственно-властной деятельности. Впервые в конституционной практике о понятии публичных функций, передаче их негосударственным организациям было высказано в Постановлении Конституционного Суда РФ от 19 мая 1998 года, посвященного Основам законодательства РФ о нотариате. Именно Конституционным Судом РФ термин «публичная власть» воспринимается как научный термин в мотивировочной части своих решений. Например, в Постановлении Конституционного Суда РФ № 1-П от 24 января 1997 г. «По делу о проверке конституционности Закона Удмуртской Республики от 17 апреля 1996 года «О системе органов государственной власти в Удмуртской Республике» территориальное устройство государства определено как способ организации публичной власти. В Определении Конституционного Суда РФ от 20 декабря 2005 г. № 487-О публично-правовая сфера определена как основанная на административном или ином властном подчинении одной стороны другой. В Определении Конституционного Суда РФ от 14 января 2003 г. № 20-О используется категория «публичные функции», в рамках которой (применительно к конкретному делу) государственный орган в сфере исполнительной власти оказывает по поручению государства специализированные административные услуги. В Постановлении Конституционного Суда РФ от 17 декабря 1996 г. № 20-П «По делу о проверке конституционности пунктов 2 и 3 части первой статьи 11 Закона Российской Федерации от 24 июня 1993 года “О федеральных органах налоговой полиции”» выявлен публично-правовой характер обязанностей граждан, обусловленный публично-правовой природой государства. В Постановлении Конституционного Суда РФ от 20 февраля 2001 г. № 3-П «По делу о проверке конституционности абзацев второго и третьего пункта 2 статьи 7 Федерального закона “О налоге на добавленную стоимость” в связи с жалобой закрытого акционерного общества “Востокнефтересурс”» публично-правовой метод регулирования обозначен как основанный на властном подчинении одной стороны другой. Конституционный Суд России последовательно использует термин «публично-властные полномочия» при характеристике правового статуса органов государственной власти. В некоторых решениях орган конституционного контроля использует формулу «публично-правовые (властные) обязанности», тем самым определяя как равнозначные термины «публично-правовые» и «властные».

Анализ российского законодательства и доктринальных источников показал, что наименование «публичная корпорация» возможно применительно к объединениям, основанным на членстве граждан и юридических лиц, которым государство делегировало часть своих государственно-властных полномочий. Прежде чем выделить перечень таких особых субъектов конституционно-правовых отношений, следует отметить, что к публичным корпорациям не будут относиться общественные объединения, религиозные объединения, профессиональные союзы, политические партии. Бесспорно, что вышеприведенные объединения граждан, так или иначе, в своей деятельности связаны с носителями государственной власти, что также неоднократно подчеркивалось в решениях Конституционного Суда РФ. Однако различные объединения – неправительственные организации – являясь, прежде всего, институтами гражданского общества, находятся в некоем противовесе государственной власти, выступают гарантом недопущения определенных злоупотреблений, осуществляя гражданский контроль за деятельностью публичной власти. Институты гражданского общества никак не могут отождествляться с государственной властью. Предназначение публичных корпораций заключается в том, что они являются носителями публичной власти.

Следует систематизировать круг субъектов, подпадающих под понятие публичной корпорации. К таковым следует отнести: органы судейского сообщества, нотариальные

палаты, адвокатские палаты, саморегулируемые организации, торгово-промышленные палаты, объединения работодателей. Кроме того, в силу сложившейся законодательной практики к публичным корпорациям относятся государственные академии наук, казачьи общества, национально-культурные автономии, общины коренных малочисленных народов. Приведенные субъекты можно классифицировать на профессиональные публичные корпорации, в числе которых можно соответственно выделить профессиональные публичные корпорации юристов (органы судейского сообщества, нотариальные и адвокатские палаты) и профессиональные публичные корпорации предпринимателей (торгово-промышленные палаты, саморегулируемые организации, объединения работодателей), а также публичные корпорации *sui generis* (государственные академии наук, казачьи общества, национально-культурные автономии, общины коренных малочисленных народов). Относительно публичных корпораций *sui generis* укажем, что установленный публичный статус во многом является искусственным. Последний довод подтверждается противоречивым законодательством в отношении указанных субъектов. Устранение противоречий происходит по настоящее время хаотическим путем. По статусу каждой публичной корпорации *sui generis* принимались неоднозначные уточнения, вносимые в законодательные акты, что в большинстве случаев заканчивалось утверждением новой организационно-правовой формы некоммерческой организации, что, в свою очередь, не решало принципиальной проблемы участия негосударственной организации в процессе осуществления государственной власти. Публично-правовой статус публичных корпораций *sui generis* всегда нуждался в дополнительном подтверждении, что происходило либо путем принятия решений Конституционным Судом России, либо путем нагромождения законодательных конструкций в специальных законах. Такая политика обречена на провал, она не отталкивается от общего понятия юридического лица, используемого в гражданском праве, и в конечном итоге дезавуирует систему субъектов публично-правовых отношений.

Соловьева Татьяна Владимировна
ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права»
доцент кафедры гражданского процесса кандидат юридических наук

ОБ ОТСУТСТВИИ ЕДИНЫХ ТРЕБОВАНИЙ, ПРЕДЪЯВЛЯЕМЫХ К ФОРМЕ ПОСТАНОВЛЕНИЙ ПЛЕНУМА ВЕРХОВНОГО СУДА РФ

В соответствии со ст.126 Конституции РФ Верховный Суд Российской Федерации является высшим судебным органом по гражданским, уголовным, административным и иным делам, подсудным судам общей юрисдикции, осуществляет в предусмотренных федеральным законом процессуальных формах судебный надзор за их деятельностью и дает разъяснения по вопросам судебной практики.

Одним из направлений деятельности Верховного Суда РФ является анализ и обобщение судебной практики, результаты которых фиксируются в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ. Постановления Пленума Верховного суда РФ всегда оказывали и оказывают влияние на гражданское процессуальное законодательство, и такое влияние приобретает значительный масштаб. При этом, отсутствие закрепленных форм и требований, предъявляемых к данным актам оказывает неоднозначное влияние на правоприменительную практику.

Законодательство Российской Федерации, регулирующее порядок осуществления деятельности Верховного Суда РФ, не содержит каких-либо четких указаний по порядку оформления и изложению содержания постановлений Пленума Верховного Суда РФ. Например, статья 19 Федерального конституционного закона «О судебной системе РФ» [1] не содержит каких-либо указаний по порядку оформления результатов деятельности Пленума Верховного Суда РФ; статья 13 ГПК РФ [2] закрепляет, что суды принимают судебные постановления в форме судебных приказов, решений суда, определений суда,

постановлений президиума суда надзорной инстанции. Кроме того, нет подобных рекомендаций и в Регламенте Верховного Суда РФ.

Относительно формы постановлений Пленума Верховного Суда РФ нет единого мнения и в науке, кроме того, отнесение этих актов к судебным решениям не является оправданным.

Так, О.А. Савельева полагает, что постановление Пленума Верховного Суда - один из видов судебных решений, которое является комплексным, основывается на совокупности казуальных судебных решений. В постановлениях Пленума, как правило, обобщаются толкования, высказанные в судебных решениях по конкретным делам. [3]

По мнению Л.А. Грось, к судебным решениям в равной степени относятся разъяснения Пленума Верховного Суда РФ в Постановлении «О судебном решении» [4]. Однако если мы обратимся к буквальному содержанию п.1 постановления верховного суда «О судебном решении», то увидим следующую формулировку: «решением является постановление суда первой инстанции, которым дело разрешается по существу», т.е. полное дублирование статьи 194 ГПК РФ.

Однако отметим, что в соответствии со статьей 194 ГПК РФ судебным решением именуется постановление суда первой инстанции, которым дело разрешается по существу. Постановления Пленума Верховного Суда РФ не подпадают под это определение поскольку:

принятие их осуществляется Пленумом Верховного Суда РФ (это не первая инстанция);

они являются результатом анализа и обобщения судебной практики, а не рассмотрения и разрешения дела по существу.

Вследствие чего, постановления Пленума Верховного Суда РФ не могут являться судебными решениями.

Что касается судебной практики, то отметим, что при принятии Постановления Пленума Верховного Суда РФ невозможно соблюсти требования ст. 198 ГПК РФ о содержании судебного решения. Структура постановления Пленума может меняться в зависимости от его направленности. Например, Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 02.07.2009 № 14 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при применении Жилищного кодекса Российской Федерации» [5] является выражением набора рекомендаций по применению Жилищного Кодекса судами общей юрисдикции. В Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 11.11.2008 № 23 «О внесении изменений в некоторые Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации» [6] перечисляются необходимые вносимые изменения в отдельные постановления Пленума Верховного Суда РФ. В приведенных постановлениях мы не можем говорить о тех частях документа, которые закреплены в ст.198. У постановлений Пленума Верховного Суда РФ особая структура.

Отсутствие требований, предъявляемых к форме постановлений Пленума Верховного Суда РФ в нормативных и поднормативных актах, является негативным моментом, который может оказывать влияние на качество названных постановлений. Думается, необходимо закрепить саму форму и требования, предъявляемые к форме и содержанию постановлений Пленума Верховного Суда РФ для более совершенного правового регулирования. Кроме того, в зависимости от сущности вопросов, которые разрешает Пленум Верховного Суда РФ, должны различаться и требования, предъявляемые к ним.

Использованные источники:

1. Федеральный конституционный закон от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» // Российская газета — 1997. — №3.

2. Гражданский процессуальный кодекс РФ от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ // Российская газета — 2002. — №220.

3. Савельева О.А. Судебное токование в применении уголовного закона // СПС «Гарант»

4. Грось Л.А. О постановлении пленума Верховного Суда РФ «О судебном решении» / Л.А. Грось // Арбитражный и гражданский процесс. — 2004. — №10 — С.37—43.

5. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 02.07.2009 № 14 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при применении Жилищного кодекса Российской Федерации» // Российская газета —2009.— №123.

6. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 11.11.2008 № 23 «О внесении изменений в некоторые Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации» // Российская газета —2008. — №237.

Трач Оксана Михайлівна,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права та процессу Хмельницького університету управління та права

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВА ПОДАННЯ ЗАПЕРЕЧЕНЬ НА АПЕЛЯЦІЙНУ СКАРГУ

На докази, які були подані до суду першої інстанції, а також нові докази, за умов визначених ч. 2 ст. 303 ЦПК України [5], може посилатися не лише особа, яка подала апеляційну скаргу, а й інші особи, які беруть участь у справі та подали свої заперечення на апеляційну скаргу. Такий підхід до вказаного питання випливає з таких основних принципів судочинства, як змагальність, рівність сторін. ЦПК України не вказує на можливість подання нових доказів особами, які подали заперечення, не визначає вимог, що ставляться до форми та змісту заперечень. Це є суттєвим недоліком чинного ЦПК України і потребує внесення відповідних змін. Проте слід зазначити, що у п. 14 постанови Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2008 року № 12 "Про судову практику розгляду цивільних справ в апеляційному порядку", регламентовано право вказаних суб'єктів висловлювати у запереченні на апеляційну скаргу свою думку щодо нових доказів [3, с. 12]. Законодавче закріплення змісту заперечень є необхідним. Надання такої можливості іншим особам, які беруть участь у справі, є очевидним. Інша позиція суперечила б принципу змагальності цивільного процесу, який забезпечує широкі можливості особам, які беруть участь у справі, відстоювати свої права та інтереси в справі, визначати і використовувати у доказовій діяльності встановлені ЦПК України процесуальні засоби.

На нашу думку в запереченні на апеляційну скаргу мають бути зазначені: 1) найменування суду, до якого подається скарга; 2) ім'я (найменування) особи, яка подає заперечення на скаргу, її місце проживання (місцезнаходження); 3) ім'я (найменування) осіб, які беруть участь у справі, їх місце проживання (місцезнаходження); 4) зміст заперечень на апеляційну скаргу; 5) обставини, які спростовують доводи апеляційної скарги щодо незаконності та (або) необґрунтованості судового рішення; 6) обставини, які підтверджують наявність перешкод для відкриття провадження у справі в суді першої інстанції, для продовження розгляду справи у суді першої інстанції, для прийняття апеляційної скарги до розгляду; 6) докази, нові докази, що підтверджують обставини; 7) нові обставини, які підлягають встановленню, докази, які підлягають дослідженню чи оцінці, обґрунтування поважності причин неподання нових доказів до суду першої інстанції; 8) клопотання особи, яка подала заперечення; 9) перелік документів та інших матеріалів, що додаються.

Незважаючи на недоліки правового регулювання цього інституту, позитивним є те, що у новому ЦПК України право на подання заперечень пов'язано із правом на зміну, доповнення апеляційної скарги. Хоча у науковій літературі висловлюються й протилежні судження, згідно з якими заперечення не пов'язані з подальшою зміною апеляційної скарги [4, с. 800]. Однак з ними не можна погодитись з тієї підстави, що відповідно до ст.ст. 296, 298, 300 ЦПК України право на подання заперечень реалізується після спливу строку на зміну, доповнення апеляційної скарги, тобто строку апеляційного оскарження.

Здійснення права на подання заперечення вказаними особами також обмежене у часі. Відповідно до ст. 298 ЦПК України строк подання заперечень (і, у свою чергу, зазначення у них нових доказів) встановлює суд. У літературі вказується на необхідність обчислення

цього строку із дати отримання особою апеляційної скарги, яка має засвідчуватись поверненням до суду зворотного повідомлення про вручення скарги [4, с. 798]. Вказується деякими науковцями й на те, що суд не вправі відмовити у прийнятті заперечень навіть у випадку пропуску встановленого строку [2, с. 749]. З цією позицією неможна погодитися. Оскільки як вірно відзначають М. І. Балюк, Д. Д. Луспеник цей строк є процесуальним [1, с. 478], а його пропущення без поважних причин має своїм наслідком втрату можливості реалізації певних процесуальних дій.

Слід зазначити, що на законодавчому рівні необхідно встановити конкретний строк подання заперечень. На нашу думку, правом подання заперечень особи повинні бути наділені до початку підготовки розгляду справи апеляційним судом. Оскільки під час останньої суд повинен з'ясувати відповідно до п. 3, 5 ч. 1 ст. 301 ЦПК обставини, на які посилаються особи, які беруть участь у справі, на підставу своїх заперечень, вирішує питання щодо поважності причин неподання доказів до суду першої інстанції. При встановленні цього строку слід також враховувати, що із запереченнями повинен ознайомитись не лише суд, а й інші особи, які беруть участь у справі. З метою забезпечення повного ознайомлення із новими доказами інших осіб, які беруть участь у справі, доцільно закріпити норму, в якій встановити конкретний строк, що гарантуватиме ознайомлення з ними (новими доказами) до початку розгляду апеляційної скарги в судовому засіданні.

З врахуванням вищенаведеного ЦПК України необхідно доповнити статтею 298[1], яка б регламентувала вимоги, що ставляться до заперечень на апеляційну скаргу, порядок здійснення вказаного права.

Використані джерела:

1. Балюк М. І. Практика застосування цивільного процесуального кодексу України (цивільний процес у питаннях і відповідях). Коментарі, рекомендації, пропозиції / М. І. Балюк, Д. Д. Луспеник. — Х: Харків юридичний, 2008. — 708 с. - (Серія «Судова практика).

2. Кравчук В. М. Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України / В. М. Кравчук, О. І. Угриновська. — К. : Істина, 2006. — 944 с.

3. 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 (99). — С. 7-15.

4. 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.

5. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року // Офіційний вісник України. — 2004. — № 16. — Ст. 1088.

Ференц Ольга Ігорівна,
аспірантка кафедри цивільного права та процесу,
Львівського національного університету імені І. Франка

РЕАЛІЗАЦІЯ ЦИВІЛЬНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ В ПОЗОВНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Згідно ч.3 ст.15 Цивільного процесуального кодексу України (далі - ЦПК України) суди розглядають справи цивільної юрисдикції в порядку позовного, наказного та окремого провадження. Безперечно, позовне є найбільш поширеним видом провадження, відображає в собі усі принципи цивільного судочинства і лише йому притаманний такий принцип як змагальність.

За загальним правилом в позовному провадженні підлягають розгляду усі справи, якщо їх розгляд не передбачений за правилами іншого виду провадження. У випадку, якщо позовна заява подана на підставі вимог, розгляд яких передбачається за правилами наказного

провадження, така позовна заява повертається позивачеві із роз'ясненням права звернутися в суд в порядку наказного провадження.

Таке правило є новелою ЦПК України, оскільки до внесення змін в кодекс 07 липня 2010р. право вибору виду провадження належало позивачу і суд був позбавлений можливості у випадку подання заяви, вимога за якою підлягала розгляду в порядку наказного провадження, повернути таку заяву, тим самим обходячи спрощений порядок розгляду такої, що негативно позначалося як на формуванні однакової судової практики, так і на строках розгляду справ.

Подібна ситуація склалася також із справами, які підлягають розгляду за правилами окремого провадження. Відповідно до ч.6 ст.235 ЦПК України якщо під час розгляду справи у порядку окремого провадження виникає спір про право, який вирішується в порядку позовного провадження, суд залишає заяву без розгляду і роз'яснює заінтересованим особам, що вони мають право подати позов на загальних підставах. Виникає запитання про те, як повинен діяти суд, якщо надходить заява, подана в порядку позовного провадження, з підстав, які передбачені ст.234 ЦПК України, тобто яка за своїми ознаками належить до категорії справ, що розглядаються в порядку окремого провадження, і суддя не вбачає в ній спору про право?

ЦПК України на сьогодні не передбачає можливості повернення такої позовної заяви, з огляду на що судді зобов'язані приймати такі заяви до розгляду всупереч загальним принципам цивільного судочинства. В окремих випадках суди вдаються до інституту залишення позовної заяви без руху, вказуючи в ухвалах як на недолік оформлення позовної заяви подання її в порядку позовного провадження, а не окремого, що не є правильним, адже вимоги до змісту та форми позовної заяви чітко викладені у ст.119 ЦПК України і мають виключний характер, а тому залишення позовної заяви без руху з інших підстав можна розцінювати як вихід суддею за межі своїх повноважень.

Також неправильною є практика тих суддів, які відмовляють у відкритті провадження у справі з тих мотивів, що заява подана за правилами не окремого, а позовного провадження, посилаючись при цьому на п.1 ч.1 ст.122 ЦПК України, який стосується випадків, коли до суду в порядку цивільного судочинства подають заяви, які підлягають розгляду за правилами іншого виду судочинства (адміністративного, господарського, кримінального тощо), оскільки вказана норма не може застосовуватися до випадків подання справи належної юрисдикції до суду з порушенням правил щодо вибору виду провадження.

Доцільним в даній ситуації було б також передбачити право суду повертати позовну заяву позивачеві, якщо він вбачає відсутність спору про право у поданій заяві, яку слід розглядати в порядку окремого провадження, з метою уникнення невмотивованого та безпідставного розгляду справи в порядку позовного провадження. Адже позовне провадження є загальним видом провадження по відношенню до наказного та окремого, в силу чого останні мають свої особливості, дотримання яких є гарантією належного та справедливого судового розгляду.

З огляду на наведене, на законодавчому рівні доцільно було б врегулювати дані проблеми та створити належні умови суддям для можливості впливати на вибір виду провадження особою, яка бажає звернутися із заявою в суд, проте в силу своєї необізнаності позбавлена можливості належним чином обрати вид провадження.

Фортуна Т.Я
аспірант кафедри цивільного права та процесу
Львівського національного університету імені Івана Франка

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВИЗНАННЯ ТА ВИКОНАННЯ ІНОЗЕМНИХ РІШЕНЬ ПРО СТЯГНЕННЯ АЛІМЕНТІВ

З розвитком відносини та численною міграцією збільшується кількість спорів, які розглядаються іноземними судами та, які в майбутньому потребують визнання та викання державою громадянства. Зокрема, до таких спорів відносяться спори в сфері аліментних зобов'язань. Передумовою стає збільшення кількості шлюбів з іноземцями, поява нових форм існування шлюбів, зокрема транзитних або гостьових шлюбів (коло жінка і чоловік офіційно реєструють свій шлюб, однак проживають окремо, на території різних держав), збільшення кількості дітей, які народжуються у таких шлюбах, поширення ситуації, коли один із членів сім'ї залишаються в Україні, а інший від'їжджає за кордон на заробітки або на навчання.

Вивчення судової практики у справах про визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні, вказує на той факт, що юридичні і фізичні особи все частіше звертаються до судів з питань визнання та виконання іноземних рішень про стягнення аліментів в Україні. Разом із цим, важливість завершальної стадії судового процесу для осіб, які звертаються до судів з питань визнання та виконання рішень іноземних судів, полягає у потребі, як правило, стягнути заборгованість по аліментах, якщо рішення підлягає виконанню на території України чи за її межами.

Джерелами правового регулювання питання визнання та виконання іноземних рішень про стягнення аліментів є внутрішньо національне законодавство до якого відносяться наступні нормативні правові акти: Закон України від 23.06.2005 року «Про міжнародне приватне права»; Цивільно процесуальний кодекс України від 18.03.2004 року(ЦПК України). Статті 390-398 ЦПК України регулюють визнання та звернення до виконання рішень іноземного суду, що підлягає примусовому виконанню, а статті 399-401 ЦПК України регулюють визнання рішення, що не підлягає примусовому виконанню.

Джерелами правового регулювання, крім внутрішнього національного законодавства є також і міжнародні договори, які ратифіковані Україною в сфері аліментних зобов'язань, а саме двосторонні, багатосторонні та регіональні договори в сфері правової допомоги.

Для співробітництва України з європейськими державами важливе значення мають багатосторонні міжнародні конвенції, які регламентують різноманітні аспекти такої співпраці, в тому числі договори, що стосуються визнання виконання рішень судів про стягнення аліментів.

Проте сьогодні, завдяки ратифікації Україною багатосторонніх міжнародних конвенцій, що стосуються рішень про аліментні зобов'язання, у громадян України з'явилася реальна можливість стягнути аліменти з особи, яка перебуває за кордоном. Так, 19 жовтня 2006 року для України набула чинності Конвенція про стягнення аліментів за кордоном, укладена 1956 року у Нью-Йорку.

Положення названої конвенцій стосуються усіх рішень судів країн-учасниць. Виконання рішення іноземного суду не потребує якоїсь особливої процедури для визнання на території країни, де воно виконується. Необхідно лише, щоб рішення було винесене компетентним судовим органом країни-учасниці.

З урахуванням курсу нашої країни на інтеграцію до ЄС треба визнати актуальним аналіз загальноєвропейських конвенцій і врахування їх положень у вітчизняному нормотворчому процесі. Це стосується, зокрема, Гаазької конвенції про визнання і виконання рішень стосовно зобов'язань про утримання 1973 року (з 1 серпня 2008 року діє в Україні). Вона встановлює уніфіковані правила взаємного визнання і виконання рішень стосовно аліментних зобов'язань, надає змогу визнавати і виконувати судові рішення про стягнення аліментів, постановлені українськими судами, на території держав-учасниць Конвенції, а також визнавати та виконувати в Україні іноземні рішення про стягнення аліментів. На

відміну від Нью-Йоркської конвенції 1956 року про стягнення аліментів за кордоном, Гаазька конвенція 1973 року закріплює умови визнання і виконання іноземних рішень, які стосуються утримання.

Крім цього, важливу увагу слід приділити тому, що Нью-Йоркська конвенція 1956 року про стягнення аліментів за кордоном на відміну від Гаазької конвенції про визнання і виконання рішень стосовно зобов'язань про утримання 1973 року регулює порядок надання правової допомоги і співробітництва між центральними органами держав-учасниць.

Особливістю на даний час, у правовому регулюванні аліментних зобов'язань є те, що учасники цих відносин можуть самостійно, на свій розсуд, визначати у договорі умови, розмір, порядок та строк виплати аліментів.

Аліментні відносини відзначаються динамічністю, оскільки розмір аліментів, зафіксований у рішенні чи в договорі, може зменшуватися або збільшуватися залежно від того, яким чином змінилося сімейне та (або) матеріальне становище платника чи одержувача аліментів.

Умови визнання і виконання рішень, передбачені Гаазькою конвенцією 1973 року, можна поділити на позитивні і негативні. Правове значення має сукупність цих умов для визнання і виконання рішення є необхідною наявність позитивних умов: остаточність рішення і ухвалення його тим органом, який мав на те юрисдикцію, відповідно до конвенції, та відсутність негативних умов – перешкод до визнання і виконання рішення, передбачені ст. 5 Гаазької Конвенції 1973 року.

Умова про остаточність судового рішення означає, що рішення набрало законної сили і не може бути переглянуто у державі його походження. Умова про юрисдикцію передбачає, що рішення про утримання особи постановив орган, юрисдикцію якого визначено ст. 7 чи ст. 8 Гаазької Конвенції 1973 року.

Гаазька конвенція 1973 року передбачає такі самі підстави для відмови у визнанні і виконанні іноземного судового рішення, як і двосторонні договори України про правову допомогу. Перешкоди до визнання і виконання іноземного судового рішення про утримання можуть бути поділені на дві групи. До першої групи належать ті, які спрямовані на захист приватного інтересу особи-учасника спору: 1) рішення було прийнято в результаті ведення оману у зв'язку з процесуальними питаннями; 2) якщо провадження у спорі між тими самими сторонами стосовно того самого предмета здійснюється органом Держави, яка подала запит і це провадження було відкрите раніше; 3) якщо рішення є несумісним з рішенням, постановленим між тими самими сторонами й стосовно того самого предмета в Державі, яка подала запит. Метою другої групи підстав відмови у визнанні і виконанні іноземного судового рішення є захист публічного інтересу держави.

Гаазька конвенція 1973 року спрямована на забезпечення своєчасного і повного виконання рішень про стягнення аліментів. Вона має важливе практичне значення, оскільки гарантує здійснення прав, визнаних судовим рішенням, і виконання обов'язків, підтверджених цим рішенням.

Неврегульовані Гаазькою конвенцією 1973 року аспекти стягнення аліментів є предметом регулювання інших багатосторонніх міжнародних договорів. Це стосується, зокрема, угоди про гарантії прав громадян у сфері виплати соціальних допомог, компенсаційних виплат сім'ям із дітьми і аліментів від 1994 року, що укладена у межах СНД, гарантують визнання та виконання судових рішень у аліментних справах.

У сфері визнання та виконання рішень іноземних судів важливе місце посідають і двосторонні міжнародні договори. Правові норми щодо обов'язковості положень міжнародних договорів на території нашої держави містяться в Конституції України та в Законі України «Про міжнародні договори України». Серед двосторонніх міжнародних договорів, учасницею яких є наша держава, необхідно виділити договори про правову допомогу в цивільних, сімейних та кримінальних справах. Такі договори Україна уклала з КНР, Естонією, Молдовою, Грузією, Болгарією, Латвією, Монголією, Польщею та деякими іншими країнами.

З деякими державами не укладено міжнародні угоди з питань визнання та виконання судових рішень. Проте у суди України звертаються громадяни таких держав з проханням визнати та визнати рішення про стягнення аліментів, винесене на території цих держав. Тому

єдиною правовою підставою для визнання та виконання таких рішень в Україні є законодавчо закріплений принцип взаємності. Якщо ж на підставі принципу взаємності з іноземною державою, якої має визнаватись та виконуватись в Україні, не буде досягнуто домовленості ad hoc, то іноземці чи інші заінтересовані особи, для захисту своїх прав та інтересів, змушені будуть звернутися до суду України для вирішення справи по суті, незважаючи на наявність рішення іноземного суду.

Хочу навести приклад із практики застосування виконання рішення Франківського районного суду м. Львова від 03.01.1995 року по справі за позовом Михайлової Л.М. в інтересах неповнолітньої дитини Михайлової І.В. до Михайлова В.Б. про стягнення аліментів. Після набрання рішення законного сили, Франківський районний суд м.Львова звернувся через Мінюст РФ в Чітінський обласний суд з клопотанням про визнання і примусове виконання на території Російської Федерації рішення вищевказаного суду від 03.01.1995 року про стягнення з Михайлова В.Б. аліментів в сумі 28000 руб., так як він проживає в Читинській області. В задоволенні клопотання було задоволено відповідно до ст. 437 ГПК РФ та ст. 51 Конвенції про правову допомогу і правовим відносинам по цивільних, сімейних та кримінальних справах від 22.01.1993 року.

Отже, враховуючи вище зазначене питання визнання та виконання рішень іноземних судів про стягнення аліментів регулюються належним чином внутрішнім національним законодавством та чинними міжнародними договорами, які у національних відносинах з «іноземним елементом» мають примат перед внутрішнім національним законодавством.

Хіміч Світлана Павлівна
молодший науковий співробітник відділу юрисдикційних форм правового захисту суб'єктів приватного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва Національної академії правових наук України

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА НА ПРАВОВУ ДОПОМОГУ ЯК КОНСТИТУЦІЙНИЙ ПРИНЦИП ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ

Актуальність теми зумовлена визначенням юридичної природи адвокатури в системі забезпечення та захисту прав і свобод людини та громадянина, забезпечення права щодо надання правової допомоги.

Утвердження прав і свобод людини та громадянина, всебічне їх забезпечення та захист, є основоположною цінністю правової демократичної соціальної держави. Надійною юридичною гарантією прав людини є закріплення в Конституції України 1996 р. права кожного на правову допомогу. Відповідно до неї, для забезпечення права щодо надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура (ч. 2 ст. 59 Конституції України).

У цивільному судочинстві, як свідчить судова практика, від загального числа справ, у яких беруть участь представники сторін, більшість їх розглядається за участю адвокатів. Його участь в суді дає можливість особі, права та законні інтереси якої порушено, отримати кваліфіковану юридичну допомогу та повною мірою захистити свої права та законні інтереси. Конституційне право кожного на кваліфіковану юридичну допомогу за своєю природою є суб'єктивним правом, юридичною межею можливої поведінки особи. Така можливість передбачає знання не лише своїх прав і текстів законів для їх використання у досягненні власної мети, а й право на роз'яснення змісту нормативних настанов. Це право спрямоване на адекватне тлумачення закону і прийняття правильних у правовому розумінні, тобто законних, рішень. Такі рішення особам, які беруть участь у цивільній справі – учасникам цивільного процесу, може роз'яснити професійний юрист – адвокат.

Правосуддя з цивільних справ певною мірою відбиває професіоналізм юридичної практики в цілому та ступінь захищеності суб'єктивних прав і охоронюваних законом інтересів громадян. Згідно із ст. 55 Конституції України права і свободи людини та громадянина захищаються судом.

Кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. Механізм правового регулювання правосуддя з цивільних справ не лише визначає порядок реалізації конституційного права громадян на судовий захист відповідно до норм внутрішнього національного законодавства, а й є передумовою використання міжнародних судових інститутів захисту прав людини. Особливо важливо це у зв'язку зі вступом України до Ради Європи та ратифікацією Європейської конвенції прав людини.

Проте, на нашу думку, сформульоване у Конституції України загальне положення про право кожного на отримання кваліфікованої правової допомоги стосовно цивільного судочинства має розглядатись як самостійний принцип. Для цього є всі передумови, оскільки це конституційне положення відповідає всім основним, сутнісним ознакам поняття «принцип».

Адвокатура вважається інститутом громадянського суспільства, що є не лише об'єднанням професіоналів-юристів, а й правозахисною інституцією. Отже, за сутністю своїх завдань, характером форм та видів діяльності, особливостями правового та етичного регулювання, взаємовідносин з громадянами та державними органами, зокрема з органами юстиції, судом і прокуратурою, адвокатура є специфічним професійним громадським об'єднанням, яке покликане виконувати важливе соціальне призначення щодо забезпечення права громадян на захист та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах й інших державних органах. Хоча адвокатура не є державним органом, але її діяльність тісно пов'язана з діяльністю органів судової влади, прокуратури, органів виконавчої влади, місцевого самоврядування, оскільки певною мірою сприяє і забезпечує реалізацію функцій держави, передусім правоохоронної. Отже, функції адвокатури – це основні напрямки практичної, соціально корисної, професійної діяльності стосовно організації діяльності щодо надання фізичним та юридичним особам правових послуг з приводу захисту їх прав, свобод та інтересів.

При здійсненні професійної діяльності адвокату надано право представляти і захищати права й інтереси громадян та юридичних осіб за їх дорученням в усіх судових органах і на всіх стадіях цивільного судочинства.

Правові відносини між адвокатом і судом у цивільному судочинстві врегульовані нормами процесуального права (ст. 110–117 ЦПК України) і є цивільно-правовими. Процесуальне представництво є найпоширенішим у судочинстві України.

У той самий час, право на надання необхідної юридичної допомоги у цивільному процесі необхідно розглядати більш широко. Такий висновок випливає з аналізу конституційного положення про право кожного на отримання кваліфікованої правової допомоги, а також з тієї мети, що визначена для адвоката в його діяльності в ч. 1 Закону України «Про адвокатуру» від 19.12.1992 р. Ця мета – сприяння захисту прав, свобод і представництво законних інтересів громадян України, іноземних громадян, осіб без громадянства, юридичних осіб, надання їм іншої юридичної допомоги.

Необхідно звернути увагу й на те, що ні Конституція України, ні Закон України «Про адвокатуру» не обмежують коло осіб – суб'єктів отримання правової допомоги. Таким чином, правовий статус адвоката щодо надання ним кваліфікованої правової допомоги має охоплювати всю сукупність дій, що виконуються ним на захист та в інтересах будь-яких осіб, які залучаються до сфери цивільного судочинства.

Конституція України 1996 р. не лише проголосила основні права і свободи громадян, а й закріпила в загальних рисах механізм реалізації цих прав. Основний Закон проголошує, що права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави (ст. 3). Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. З цього випливає, що права і свободи людини є змістом діяльності всіх органів державної влади і, насамперед, судової влади, виключною функцією якої є правосуддя, забезпечення дотримання прав і свобод людини у чіткій відповідності до закону.

Принцип безпосередньої дії конституційних прав і свобод не виключає, а навпаки передбачає те, що більшість з них для своєї безперешкодної реалізації потребують

конкретизації в законі, встановлення правил і процедур, які упорядковують їх існування і дотримання.

З метою забезпечення права особи на кваліфіковану правову допомогу Конституція України передбачає:

- у ч. 1 ст. 59: «Кожен має право на правову допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав»;

- у ч. 2 ст. 59: «Для забезпечення права захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура».

Тлумачення цих норм доводить, що вони є гарантіями надання правової допомоги кожному в захисті його прав і законних інтересів у всіх органах публічної влади.

Таким чином, є всі підстави розглядати закріплене у ст. 59 Конституції України положення як конституційний принцип забезпечення права кожного на кваліфіковану правову допомогу.

Отже, за сутністю своїх завдань, характером форм та видів діяльності, особливостями правового й етичного регулювання, взаємовідносин з громадянами державою, зокрема з органами юстиції, судом і прокуратурою, адвокатура є специфічним професійним громадським об'єднанням, яке покликана виконувати важливе соціальне призначення по забезпеченню права громадян на захист від обвинувачень та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах.

Процесуальною формою участі адвоката у цивільному судочинстві є інститут судового представництва, через який виконуються функції адвоката у суді. Процесуальне представництво надає адвокатові можливість виконувати три функції – правозахисну (правозаступницьку), представницьку і функцію сприяння здійсненню правосуддя. Представництво адвоката в цивільному судочинстві є виконанням представницької і правозахисної функції. Функція адвоката щодо сприяння суду в здійсненні правосуддя проявляється у наступному: по-перше, у деяких випадках його діяльність допомагає правильному вирішенню судом правових питань; по-друге, у своїй професійній діяльності адвокати зобов'язані дотримуватися чинного законодавства України, застосовувати свої знання і професіональну майстерність для належного представництва прав і законних інтересів громадян та юридичних осіб з метою сприяння суду у встановлені дійсних обставини справи і в ухваленні законного й обґрунтованого рішення.

Тому, на нашу думку, здійснювати дослідження діяльності адвоката в цивільному процесі варто і доцільно через призму конституційного права кожного на отримання кваліфікованої правової допомоги.

Література

1. *Фурса С. Я., Фурса Є. І. Адвокат у цивільному процесі: Науково-практичний посібник. – К.: Видавець Фурса С. Я., 2006. – 448 с.*
2. *Комаров В. В. Участь адвоката у цивільному судочинстві // Правозахисник. – 2003. – № 2. – С. 23–26.*
3. *Штефан М. Й. Представництво у цивільному процесі // Адвокатський вісник. – 2003. – № 4. – С. 11–15.*
4. *Варфоломеєва Т. В., Гончаренко С. В. Науково-практичний коментар до Закону України «Про адвокатуру». Законодавство про адвокатуру та адвокатську діяльність: Зб. нормат. актів; Коментар / Академія адвокатури України. – К.: Юрінком Інтер. – 2003. – 432 с.*

Царик Роман Юрійович
студент 3 курсу юридичного факультету,
Київського Національного університету імені Т.Шевченка

СПОСОБИ ТА ОСОБЛИВОСТІ КАЛЬКУЛЯЦІЇ МОРАЛЬНОЇ ШКОДИ

Інститут моральної шкоди, на відміну від добре знайомого кожному цивілісту проблеми матеріальної шкоди, має в собі елемент юридичної фіктивності .Суди (не тільки в Україні) доволі консервативно відносяться до позовів про відшкодування моральної шкоди. Саме тому дана сфера права потребує від юриста визначення інтелектуальної витонченості, вміння перевести невловимі категорії моральної шкоди в реальні факти і переконливі докази
.

Встановлення розміру компенсації завданої моральної шкоди являється, найбільш цікавим, але в той же час складним з теоретичної і практичної точки зору .Часто судді просто не знають, як вирішити питання про розмір відшкодування моральної шкоди , вони відчувають себе ніяково, безглуздо , так як повинні чи пасивно і невмотивовано слідувати вимогам позивачів чи так же вмотивовано відмовлятися від цих вимог . Ця невизначеність дійсно існує .Чи існує об'єктивний спосіб визначення величини відшкодування моральної шкоди, завданого батькам смертю в СІЗО їх єдиного сина по провині працівників правоохоронних органів ? Чи існує об'єктивний метод оцінки моральних переживань науковця, який обвинувачується в плагіаті ?Чи має вирішальне значення для визначення розміру компенсації моральної шкоди величина матеріальної шкоди?

Те ,що монетизувати душевні страждання, моральну шкоду можливо , уже не викликає особливих спорів в наш час .В суспільстві набирає обертів тенденція щодо саме цього інституту відшкодування шкоди. Залишається , все-таки , питання про можливість і необхідність «обрахування » цього різновиду шкоди в правовому аспекті.

Це питання було предметом дослідження багатьох науковців, юристів. Зокрема варто виділити методику розроблену відомим російським юристом , професором А.М.Єрделєвським, який розробив коефіцієнти для розрахунку розміру відшкодування моральної шкоди в залежності від виду правопорушення .Автор запропонував спеціальну формулу ,в зв'язку з якою кінцевий результат завданої моральної шкоди обчислюється на основі мінімальний розмір заробітної плати, ступінь вини заподіювача шкоди і потерпілого, коефіцієнт індивідуальних особливостей потерпілого і коефіцієнта необхідних уваги фактичних обставин справи.

Іншої думки дотримувався В. Кашин, спосіб обґрунтування і розрахунку моральної шкоди , полягає в тому ,що оцінюється «фактичні втрати ресурсів здоров'я і людського капіталу» .Спеціально для цих цілей вводиться поняття « ресурси здоров'я ».В основі такого підходу лежить усвідомлення залежності доходів від використання ресурсів здоров'я з цінністю цього ресурсу .Таким чином створюється можливість переводу майбутніх «доходів від здоров'я » в поточну їх вартість . В .Кашинин пропонує метод, який включає в себе: здоров'я людини, його стиль життя , інвестиції в здоров'я (розраховують ресурси здоров'я, тривалість життя, освіта, професія тощо.) Розробник методу вважає можливим докладати результати розрахунку моральної шкоди у виді «Звіт про оцінку втрат ресурсів здоров'я і визначення моральної шкоди» до позовної заяви. Хоча ця методика розрахунку « привертає своєю незвичайністю і орієнтуванням на західні стандарти ,….поки що важко собі уявити, яким чином реалізувати вказаний метод на практиці, наприклад в Україні».

Варто зазначити позицію радянських правників .Вони дотримувались позиції ,що довершеної експертизи не існує. Інакше логічно було узаконити обов'язок визначення моральної шкоди для суду. Між цим, тільки суду з його суб'єктивними «внутрішніми переконаннями» які завжди не ідеальні(як і будь-який суд)» вирішує справу ,а не експертиза.

В тому, що відсутнє законодавче регулювання розміру відшкодування моральної шкоди ,можливо є і позитивна сторона. Це дозволяє побачити як високо в даному суспільстві оцінюють моральні, душевні страждання людини .введення формалізованих розробок у цій сфері може стати перепоною повільній , але звичайній процедурі встановлення судовою

практикою традицій пред'явлення справедливих і розумних сум відшкодування .Саме тому «судова думка» в аспекті розміру моральної шкоди є непереборним фактором .

Досліджуючи питання ,яке ставиться у роботі ,дозволяє нам логічно зробити висновок, що «вирахувати» ,розмір завданої моральної шкоди можливо тільки приблизно, орієнтовно – на відміну від матеріальної шкоди , яка подається в точному розмірі. Ця неминуча умовність визнається авторами-розробниками різних формул для обрахування моральної шкоди .

В Україні не встановленні нормативні орієнтири ,верхня і нижня межа розміру компенсації .На практиці таке положення означає достатню свободу як для позивачів при пред'явленні ними позовів ,так і для суду при винесенні ними рішень по справі .З моєї точки зору ,я вважаю, що питання про відшкодування все ж таки може набути рис якогось цифрового значення, як це зараз існує в країнах англосаксонського права .На мою думку, механізм вирахування розміру відшкодування моральної шкоди повинен в себе включати такі орієнтири, елементи ,а саме :

- слід врахувати розмір заробітної плати як позивача так відповідача у справі , тобто платоспроможність суб'єктів. Якщо котрась чи обидві сторони не працюють ,за орієнтир потрібно взяти прожитковий мінімум громадян , на момент виникнення спору;

- при визначенні розміру слід врахувати характер реакції особи в конкретному випадку ,адже всі люди різні і кожен по своєму переживає душевні страждання(холерик ,прагматик) тобто глибину страждань фізичної особи ;

- характер правопорушення(об'єкт) ,оскільки моральна шкода завдана від того, що наприклад затопило квартиру і від того, що загинув пес який 10 років був частиною сім'ї багато в чому різниться ;

- ступінь вини ,особи яка заподіяла моральну шкоду ,адже саме вина проявляється у формі прямого і не прямого умислу ,що має суттєве значення;

- погіршення здібностей потерпілого, адже правопорушення дало свій відбиток на психіці, і у багатьох випадках психічний фактор є перепоною здійснення нормальної діяльності особою ;

- позбавлення можливості реалізації цих здібностей та інші обставини ;

Ці обставини є важливими і суд при вирішенні справ повинен керуватися цими і багатьма іншими орієнтирами і здійснювати правосуддя на засадах розумності і справедливості.

Варто звернути увагу на поняття «повного» відшкодування моральної шкоди ,яке викликає багато питань. «Повне » відшкодування моральної шкоди ,означає точні знання розміру цієї шкоди : неможливо відшкодувати шкоду в повному обсязі ,не знаючи її точну, а не приблизну величину .Отже , вимоги «повного» відшкодування моральної шкоди принципово неможливо . Виходячи з цього , говорити про повну компенсацію – логічне протиріччя в терміні . Існує й інша думка щодо поняття «повноти» компенсації моральної шкоди ,а саме це можна зрозуміти з теоретичного положення про те,що компенсація не повинна «збагачувати» позивача, ставити його в більш вигідне положення ,ніж було до завдання шкоди .

Отже , проаналізувавши інститут моральної шкоди , можна дійти висновку , що розрахунок моральної шкоди при всій її умовності , є необхідним .Особливого протиставлення тут не має , а є розуміння того , що «теорія пропонує ,а суд розпоряджається».Суд любить ясність в доказах позивача , адже розрахунок завданої моральної шкоди краще , ніж відсутність такого розрахунку.

Шевчук Володимир Іванович
Аспірант Хмельницького університету управління та права

РОЛЬ ПРОКУРОРА У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Підписавши 16 червня 1994 р. Угоду про партнерство та співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами (Європейським Союзом) та їх державами-членами Україна взяла на себе зобов'язання вжити заходів для поступового приведення національного законодавства у відповідність до законодавства ЄС. При чому гармонізація українського законодавства до європейського стала питанням загальнодержавного рівня. У цьому контексті особливої актуальності набуло питання про правовий статус органів прокуратури в Україні та їх роль у забезпеченні захисту прав, свобод й охоронюваних законом інтересів громадянина та держави.

Конституція України по-новому сформулювала функції та основні принципи взаємовідносин прокуратури з органами судової та інших гілок державної влади. У зв'язку з цим намагаючись посилити вплив прокуратури на здійснення позитивних змін у нашому суспільстві, а отже, й зміцненням законності та правопорядку законодавцем було прийнято 8 грудня 2004 року Закон України № 2222-IV про внесення змін до Конституції України «Про внесення змін до Конституції України», якими доповнено ст. 121 Основного закону нашої держави новим (п'ятим) пунктом про покладання на прокуратуру нагляду за додержанням прав та свобод людини і громадянина, додержанням законів з цих питань органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими і службовими особами. Водночас означені зміни призвели до подвійного ефекту, оскільки були сприйняті багатьма правниками[1] як повернення до інституту „загального нагляду". При цьому було майже проігноровано точку зору тих науковців, які зазначали що існування в Конституції зазначеної функції прокуратури значною мірою сприятиме збереженню її ролі в суспільстві як одного з найважливіших гарантів законності.[2] Це в свою чергу викликало тривалі дискусії як в наукових колах, так і серед практикуючих юристів та стало поштовхом для нових реформ спрямованих на недопущення «безпідставного» розширення повноважень прокуратури.

Додала масла в огонь й міжнародна спільнота. Так, в світлі практики Європейського суду з прав людини[3] наявність у прокурора права вступати у господарський процес на будь-якій його стадії стало сприйматись як таке, що суперечить принципу рівності процесуальних можливостей всіх учасників процесу. З огляду на це Департамент Секретаріату Урядового уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини почав розробляти відповідні зміни до ГПК та ЗУ "Про прокуратуру", які б дозволили урівняти процесуальні можливості сторін у господарських спорах та уникнути констатації порушень з боку України п. 1 ст. 6 Конвенції[4]. А враховуючи, що подібні повноваження прокурор має і в цивільному процесі, очевидно, що наступними на черзі й зміни в чинний ЦПК.

На додаток урядом держави на засіданні 16 січня 2008 року прийнято Програму діяльності Кабінету Міністрів України "Український прорив: для людей, а не політиків", у якій, зокрема, передбачено реформування органів прокуратури і скасування функції

[1] Шестопалов К. Надзорные мечты осуществляются? Щедрый новогодний подарок: парламент добавил прокуратуре еще одну функцию // Юридическая практика. – 2004. – № 51(365). – 21 декабря

[2] Руденко М. Роль прокуратури у захисті прав та свобод людини і громадянина. – Електронний ресурс. – http://www.justinian.com.ua/article.php?id=1312

[3] В справі Європейського суду з прав людини "Совтрансавто-Холдинг проти України"постало питання про правомірність положень чинного ГПК України, які все ще надають повноваження прокурору втручатись у справу на будь-якій стадії судового розгляду, з метою захисту інтересів осіб або держави, а також дозволяють вимагати скасування остаточного судового рішення у справі.

[4] Коваль І. Обмеження участі прокурора у господарському процесі в контексті дотримання державою положень Європейської конвенції з прав людини / Юр.газета. – 2006. – №23 (83) 21 грудня. – Електронний ресурс. – http://www.yur-gazeta.com/issue/83/

“загального“ нагляду з подальшим їх підпорядкуванням Міністерству юстиції України[1]. А в серпні 2008 р., серед заходів щодо виконання Плану дій Україна – ЄС, Кабінет Міністрів України прямо передбачив внесення до Конституції України змін щодо реформування системи органів прокуратури, а саме «реформування та обмеження надмірних повноважень органів прокуратури» (п. 4 розділ ІІ), а також розроблення нової редакції Закону України «Про прокуратуру» (п. 5 розділ ІІ)[2]. Очевидно, що зміна положень Конституції України в частині регулювання повноважень прокуратури обумовить необхідність приведення чинного ЦПК у відповідність до Основного закону нашої держави.

Все це привернуло увагу науковців до питання про роль прокурора, мету та завдання його участі в цивільному процесі, обсяг та межі здійснення повноважень на захист прав свобод та інтересів особи та держави в суді. Якими їм бути в умовах оновленого цивільного процесуального законодавства?

На нашу думку применшення ролі та звуження процесуального статусу прокурора в цивільному процесі в умовах тих реформ, що відбуваються в нашій країні не можна визнати вірним. Зазначимо, що у питанні співвідношення судової влади і нагляду прокуратури дійсно існує багато протиріч, але як вірно вказують окремі науковці їх коріння слід шукати в дослідженні прокурорського нагляду та прокурорської діяльності [[3]], а не в пошуку фактів можливих зловживань з боку прокуратури. Багато науковців, як в принципі і юристів-практиків просто не усвідомлюють, що здійснюючи прокурорський нагляд прокурор сам діє в підставі закону і підпорядковується закону, тому як і суд прокуратура у своїй діяльності не залежить не від яких органів влади.

Якщо прокурор у своїй діяльності щодо захисту прав свобод та законних інтересів інших осіб та держави в суді починає втручатись у діяльність суду, він тим самим порушує закон і діє неправомірно. Але можливість такої ситуації носить суб’єктивний характер і залежить від конкретних осіб, які представляють прокуратуру в судах. На нашу думку безпідставним було б звинувачувати весь орган в порушенні принципів здійснення правосуддя тільки на підставі порушень допущенних окремими його працівниками. Адже з таки самим успіхом можна звинувачувати і суд в невиконанні своєї функції щодо здійснення правосуддя тільки на підставі того, що окремі судді постановляли у справах незаконні рішення, про що яскраво свідчать дані судової статистики.

Для сучасної України необхідний саме такий тип прокуратури, організація і напрями діяльності якого об'єктивно залежать від соціальних, економічних, політичних і інших умов життєдіяльності суспільства. На перехідному етапі потрібна прокуратура перехідного періоду з розгалуженими функціями, сильними наглядовими повноваженнями, що дозволяють їй грати роль "компенсатора" недоробок і недоліків перш за все контролюючих органів в державному механізмі. Звичайно, таке положення багато в чому обертається і проти самої прокуратури. Роль пожежної команди і "компенсатора" слабкості всієї системи контролю і нагляду за станом законності наводить до того, що прокуратура незрідка виглядає в очах громадськості єдиним відповідальним за всі біди і пороки нинішньої законності.

Прибічники негайного звуження компетенції прокуратури стверджують, що єдиним способом захисту прав громадян і суспільства має бути судова влада. Безумовно, судовий порядок захисту прав і свобод, що поступово розширюється, є найбільш надійним і ефективним. Проте це не дає підстав стверджувати, що правозахисна діяльність прокуратури підміняє "право громадян на суддю", обмежує їх можливість оскарження до суду порушень законності. По-перше, в демократичному суспільстві має бути "багатоканальна" система охорони і захисту прав людини. По-друге, отримавши право йти за захистом від свавілля посадових осіб до суду, громадяни все ще мало ним користуються. Люди більш охоче зі

---

[1] Прокуратура проти її реформування. – Права людини на шляху євроінтеграції України http://www.helsinki.org.ua/index.php?id=1200667577

[2] Про затвердження Заходів щодо виконання у 2008 році Плану дій Україна - ЄС: Розпорядження Кабінету Міністрів України № 1072-р від 6 серпня 2008 р. //

[3] Буянский С. Г. Прокуратура и судебная власть: статус и соотношение компетенции: статус и соотношение компетенции // Российский судья. -2005. - № 5. - С. 25 - 29.

своїми бідами йдуть до прокурора. Чому? Їх бентежить тривалість судового розгляду. Не та його відносна дороговизна. Інша справа - прокуратура. Сюди громадяни звертаються як в найбільш доступний для них орган, який в змозі оперативно і кваліфіковано розібратися, безкоштовно прийняти заходи до захисту порушених прав [1].Так тільки за останні п'ять років органами прокуратури розглянуто майже 2,3 млн. звернень громадян, поновлено права 123 тис. громадян[2].

Тому вважаємо, що взаємодія суду і прокуратури повинна визначатись не формальним обмеженням прав та обов'язків прокурорів в цивільному процесі, що тільки обмежить можливість останніх здійснювати ефективний захист, вона повинна грунтуватися на правових гарантіях серед яких можна виділити:

1) чітко сформульовані та законодавчо закріплені мета та завдання участі прокурора в цивільному процесі

2) ефективні способи ініціювання прокурором судового провадження чи вступу останнього в процес;

3)якісно врегульований нормами цивільного процесуального права порядок участі прокурора в цивільному процесі;

4) взаємний контроль прокурора і суду за законністю процесуальних дій та рішень.

З огляду на це питання про мету та завдання участі прокурора при розгляді та вирішенні цивільних справ, його процесуальні права та обов'язки в цивільному процесі потребує переосмислення, а конкретний їх зміст вимагає суттєвого корегування з боку законодавця

Якимчук Світлана Олексіївна

здобувач кафедри цивільного процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, асистент кафедри цивільного права та процесу Хмельницького університету управління та права

ПИТАННЯ ТРАНСНАЦІОНАЛЬНОГО ВИКОНАННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ.

Розширення та інтенсифікація контактів України з іншими державами приводять до виникнення різноманітних правовідносин, в які вступають громадяни чи юридичні особи України з громадянами або юридичними особами інших держав і навпаки.

Зрозуміло, що в усіх випадках права та інтереси громадян і юридичних осіб повинні належним чином захищатись. І для цього потрібна сильна та незалежна судова влада.

Повної довіри до суду можна досягти не тільки законністю прийнятих ним рішень, а й, насамперед, - необхідністю їх обов'язкового виконання. Без перебільшення можна сказати, що головну роль у підвищенні авторитету суду і зміцненні законності відіграє правильне і своєчасне виконання судових рішень, оскільки виконавче провадження - це завершальна стадія судочинства.

Відповідно до статті 124 Конституції України судові рішення ухвалюються судами іменем України і є обов'язковими до виконання на території України.[1,с.71] Особливої уваги заслуговує питання виконання рішень на територіях іноземних держав, яке регулюється укладеними і належним чином ратифікованими міжнародними договорами України, що становлять невід'ємну частину національного законодавства України і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства (стаття 17 Закону України "Про міжнародні договори України").[2]

Громадяни однієї Договірної Сторони користуються на території другої Договірної Сторони стосовно своїх особистих та майнових прав таким самим правовим захистом, як і громадяни цієї Договірної Сторони.

---

[1] Скуратов Ю. Полномочия прокуратуры во взаимоотношениях с судебной системой http://jurqa.hut.ru/all.docs/g/a/fb23vpsu.html

[2] Прокуратура проти її реформування. – Права людини на шляху євроінтеграції України http://www.helsinki.org.ua/index.php?id=1200667577

У тексті будь-якого міжнародного договору (двостороннього або багатостороннього) передбачається обсяг правової допомоги. Як правило, вона охоплює виконання процесуальних дій, що передбачені законодавством запитуваної Договірної Сторони, зокрема, визнання та виконання судових рішень другої Договірної Сторони. На сьогодні більшість країн законодавчо закріплюють взаємність як одну з найважливіших передумов визнання і виконання рішень іноземних судів. Під взаємністю слід розуміти відомі дії чи відносини в одній державі, що ставляться в залежність від таких само дій і відносин в іншій державі. У ст.11 Закону України «Про міжнародне приватне право» зазначено, якщо застосування права іноземної держави залежить від взаємності, вважається, що вона існує, оскільки не доведено інше.[3,229]

Загальновідомо, наскільки гостро сьогодні постало питання виконання рішень судів. Рішення, що виносяться від імені України, повинні виконуватися, інакше підривається довіра навіть не до судів і органів юстиції, а до держави в цілому, втрачається весь сенс діяльності судової влади, як гаранта реального відновлення порушених прав людини.

Організація виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб) є одним із основних напрямків роботи Міністерства юстиції України. Для реалізації цього завдання Мін'юст докладає багато зусиль та вживає заходів щодо створення умов для належної діяльності працівників Департаменту державної виконавчої служби, одним з напрямків роботи якого, на рівні з організацією виконання рішень судів на території України, є виконання міжнародних угод з питання надання правової допомоги у цивільних справах, а саме звернення з проханням про визнання та виконання рішень судів України на територіях іноземних держав та здійснення контролю за подальшим їх виконанням.

Прохання про визнання та виконання рішення суду України на території іноземної держави подається заінтересованою особою до суду, що постановив таке рішення.

Оформлений у відповідності до вимог конкретного міжнародного договору пакет документів разом з клопотанням надсилається судом першої інстанції на адресу відповідного управління юстиції, а після перевірки вірності його оформлення посадовою особою управління - надсилається на адресу Міністерства юстиції України.

Міністерство юстиції України, як центральний орган, визначений державою для виконання умов міжнародних угод, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, звертається до аналогічного центрального органу іноземної держави з проханням передати клопотання та додані до нього документи на розгляд компетентного суду.

Визнання і виконання судового рішення здійснюється компетентним судом відповідної держави, до якої звернене клопотання, згідно з порядком, який встановлений її законодавством.

Компетентний суд, до якого звернене клопотання, розглядає зазначене рішення щодо відповідності його вимогам конкретного міжнародного договору, однак не може перевіряти його по суті справи.

Порядок та умови виконання рішення регулюються законодавством Договірної Сторони, на території якої рішення повинно бути приведене до виконання.

Виконання рішень іноземних державних судів. Не виключено, що рішення, винесене судом, повинен виконувати суд іншої країни. В міжнародній практиці склалося два механізми виконання іноземних судових рішень:

1) безпосереднє застосування іноземних судових рішень. У рамках такої процедури суд країни А приймає рішення про те, що рішення суду країни Б підлягає обов'язковому виконанню в країні А, так ніби воно було винесено судом країни А. Цей механізм зустрічається нечасто;

2) визнання іноземних судових рішень. У рамках такої процедури відбувається наступне:

а) суд країни А вирішує, що, оскільки справа вже розглянута судом країни Б, її не потрібно розглядати знову;

б) таке рішення суду є підставою для початку нового судового розгляду в країні А;

в) суд країни А на основі поданого документа про визнання рішення суду країни Б приймає рішення в справі;

г) рішення суду виконується в країні А.

Цей механізм зустрічається частіше, ніж попередній. Варто мати на увазі, що в деяких країнах іноземні судові рішення взагалі не визнаються, а розглядаються тільки як факт, що має відношення до справи і може бути використано сторонами як доказ у спірній справі.

Питання щодо виконання рішень Європейського суду з прав людини регулюється Законом України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 року. На жаль, в нашій державі на сто відсотків виконуються рішення лише Європейського суду з прав людини.

Виконання та визнання іноземних судових рішень з цивільних справ, а також виконання та визнання рішень національних судів закордоном залежить не тільки від того чи є міжнародна угода між державами, а й від того авторитету який має держава на міжнародній арені.

Використані джерела:

1. Конституція України від 28 червня 1996 року №254к/96-ВР//Відомості Верховної Ради України.-1996.-Ст.141.

2. Про міжнародні договори України: Закон України від 22 грудня 1993 року.//ВВРУ.-1994.-№10.-Ст.45.

3. Теорія та практика судової діяльності: Науково-практичний посібник.-К.: Атіка, 2007.-Ст.624.

4. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23 лютого 2006 року.//ВВРУ.-2006.-№30.-Ст.260.

Гралински Войцех,
кандидат юридических наук,
Университет Марии Склодовской-Кюри в Люблине,
Люблин, Польша

НОВОЕ ПОЛЬСКОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО О ПРИЗНАНИИ РЕШЕНИЙ ИНОСТРАННЫХ СУДОВ ПО ГРАЖДАНСКИМ ДЕЛАМ

Законом об изменении закона Гражданско-процессуальный кодекс и некоторых других законов от 5 декабря 2008 г. (В.З. № 234, поз. 1571) изменено большинство положений четвертой части этого кодекса, касающейся т.н. международного гражданского процесса. В настоящей работе будут рассматриваться основные принципы нового правового регулирования признания решений иностранных судов, которое ныне является признанием в силу закона (ex lege), если только не выступает одно из препятствий, перечисленных в ст. 1146 Закона «Гражданско-процессуальный кодекс» от 17 ноября 1964 г. (В.З. № 43, поз. 296 с изм., в сокращении: ГПК).

Принимая вышеупомянутую новеллу в отношении признания решений иностранных судов, польский законодатель руководствовался теми же предпосылками, как и законодатель европейских сообществ, а даже государства-члены тогдашнего Европейского экономического сообщества, которые, заключая Конвенцию о юрисдикции и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам, составленную в Брюсселе 27 сентября 1968 г. (именуемую «Брюссельской конвенцией"), ввели принцип автоматического признания судебных решений, оставляя при том условие проведения специального делибационного производства для установления исполнения решения иностранного суда. Причины такой дифференциации следует усматривать, прежде всего, в разных целях обоих правовых институтах, а также в разном их генезисе [1, с. 53-58]. Признание решения иностранных судов касается последствий такого решения, вызванных им в стране своего происхождения, а целью признания является расширение этих последствий на территорию

признающей страны. Возможный отказ признания не в состоянии аннулировать последствия решения в стране происхождения или в странах, в которых оно признано, но только исключает возможность выступления этих последствий в государстве, которое отказалось в признании. Зато из цели института установления исполнительности иностранного решения следует, что решение в стране своего происхождения не вызвало самого важного последствия, т.е. не привело к взысканию, в котором кредитор был удовлетворен, и поэтому кредитор ищет возможности его исполнения в другом государстве, т.е. хочет, чтобы это важнейшее последствие присуждающего решения произошло на территории государства другого, чем государство происхождения. Не может быть здесь речи о расширении всех последствий решения, но только о желании вызова последствий, которых данное решение еще не вызвало.

Однако, если судебное решение, предназначенное к исполнению, заключает также другие решения, то в объеме, не подлежащем исполнению такое решение признается автоматически, ex lege, в силу ст. 1145 ГПК. Ибо в противоположность предыдущему правовому состоянию, законодатель отказался в этом законоположении от ограничения его предметных рамок к «не подлежащим исполнению путем принудительного взыскания решениям иностранных судов по гражданским делам" (ст. 1145 в редакции до новеллы) [2, ст. 490]. Предметные рамки ст. 1145 ГПК в актуальной редакции охватывают "решения судов чужих государств, выданные по гражданским делам», а также «решения других органов чужих государств, выданные по гражданским делам» (ср. ст. 1149[1] ГПК).

Изменение законодательства о признании, заключающееся во введении принципа автоматизма признания, не изменила существа признания, содержащегося в расширении последствий решения на территорию государства, в котором оно признается. Можно даже сказать, что не изменилось требование получения разрешения государственной власти страны, в котором имеет место признание, на такое расширение. Изменение законодательства привело только к тому, что это разрешение не выдается in concreto – в отношении конкретных решений - органом польской судебной власти, а выражается in abstracto - в отношении всех решений - органами законодательной власти [3, с. 57]. Это разрешение, однако, условно: при условии, что нет препятствий перечисленных в ст. 1146 ГПК. Об этих препятствиях можно говорить in concreto.

Лицо, ссылающееся на признание решения иностранного государства независимо от того, где, т.е. перед каким органом или субъектом на это признание ссылается, должно только представить документы, перечисленные в ст.1147 ГПК. 1146 Это означает, что в ситуации, когда ссылающееся на признание лицо перед каждым польским государственным органом представит все документы, этот орган будет вынужден уважать последствия представленного решения, разве что в его оценке имеет место одна из отрицательных предпосылок признания, перечисленных в ст. 1146 ГПК.

То, что каждый суд или другой орган государственной власти самостоятельно оценивает, выступает ли или нет препятствие в признании, может привести к разным оценкам, подвергается ли данное решение признанию или нет. [2, с. 539] Поэтому законодатель предусмотрел возможность проведения факультативного производства о установление, подвергается ли или не подвергается дано решение признанию (ст. 1148-1148[1] ГПК). Оценка суда, выраженная после проведения такого производства в постановлении хотя декларативном, но по существу, будет связывать другие органы.

Источники:

[1] K.Weitz, Pojęcie uznania orzeczenia zagranicznego, Przegląd Sądowy 1998, nr 7-8.

[2] T. Ereciński (в:) T. Ereciński (red.), J. Ciszewski, K. Weitz, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, tom 5, wyd. 3, LexisNexis, Warszawa 2009.

[3] K. Flaga-Gieruszyńska, Jurysdykcja krajowa i uznanie orzeczeń sądów zagranicznych. Polska i standardy europejskie, Zakamycze, Kraków 1999.

Демендецки Томаш
кандидат юридических наук,
кафедра гражданского процесса и международного торгового права,
факультет права и управления,
Университет Марии Склодовской-Кюри в Люблине,
Люблин, Польша

СОВРЕМЕННЫЕ ИЗМЕНЕНИЯ СИСТЕМЫ И ОРГАНИЗАЦИИ ПОЛЬСКОЙ ПРОКУРАТУРЫ

Конституция Республики Польши от 2 апреля 1997 г. (В.З. № 78, поз. 483 с изм.) не определяет системно-организационной модели прокуратуры и способа назначения прокуроров, что предоставляет законодателю значительную свободу выбора конкретной модели, определяющей место в системе права и организационную структуру прокуратуры. Законодатель до сих пор не сформировал формальной дефиниции прокуратуры как органа в системе государственной власти; как правило, прокуратура им характеризуется через указание на ее целевые установки и структуру (см. Закон о прокуратуре от 20 июня 1985 г., единый текст В.З. от 2008 г., № 7, поз. 39 с изм.). Кроме того, Конституция Республики Польши не определяет системно-организационной позиции Генерального Прокурора, указывая лишь в ст. 191, абз. 1, п. 1, что он обладает компетенцией выступать с запросом в Конституционный Суд по делам, подсудным этому суду. [1, passim]

Произведенные Законом об изменении Закона о прокуратуре и некоторых других законов от 9 октября 2009 г. (В.З. № 178, поз. 1375 с изм.) изменения - разделение функций Генерального Прокурора и Министра Юстиции, введение принципа созывного характера функций Генерального Прокурора и его заместителей, апелляционных и окружных прокуроров и их заместителей, а также районных прокуроров, военных окружных и гарнизонных прокуроров, введение ясных критериев повышения по службе, новые функции и значение Общепольского совета прокуратуры, усовершенствование дисциплинарного производства, введение института ассистента прокурора – направлены на освобождение прокуратуры от упреков в подверженности политическому влиянию исполнительной власти и предоставление прокурорам большей по сравнению с предыдущим периодом независимости в рассмотрении конкретных дел и укрепление их аполитичности. Результатом этих изменений является основоположительная эволюция правовой позиции прокуратуры, заключающаяся в определении места прокуратуры как правоохранительного органа вне правительственной администрации. Ср. Решение Конституционного Суда от 6 марта 2007 г. № Sk 54/06, OTk-A от 2007 г. № 3, поз. 23.

В частности, разделение функций Министра Юстиции и Генерального Прокурора означает, что институт Генерального Прокурора как верховного органа прокуратуры стал самостоятельным институтом. Результатом разделения функций Генерального Прокурора и Министра Юстиции является также устранение должности Национального Прокурора, так как управление всей прокуратурой относится к компетенции Генерального Прокурора. Генеральный Прокурор, управляя деятельностью прокуратуры, в отношении выполнения своих задач руководствуется только законом. Такое решение ограничивает связь прокуратуры с исполнительной властью, но не разрывает ее (полномочие Президента Республики Польши назначать Генерального Прокурора, обязанность Генерального Прокурора представлять Председателю Совета Министров годовой отчет деятельности прокуратуры). Этот институт характеризуется стабильностью, поэтому отозвание с должности Генерального Прокурора до истечения срока полномочий ограничено исключительно к строго перечисленным в законе случаям.

Повышению независимости прокуроров способствует также введение принципа созывного характера не только должности Генерального Прокурора и его заместителей, но и должности апелляционного и окружного прокуроров и их заместителей, а также районного прокурора, военного окружного и гарнизонного прокуроров. В отношении апелляционных и

окружных прокуроров и их заместителей, а также военных окружных прокуроров, подобно решениям, принятым в Законе об устройстве общих судов от 27 июля 2001 г. (В.З. № 98, поз. 1070 с изм.) введен запрет исполнять эти функции в течение двух следующих друг за другом сроков полномочий. Так как шестилетний срок полномочий предположительно позволит провести долгосрочные действия и увеличить чувство независимости по отношению к начальству. Ограничение количества (четырехлетних) сроков полномочий не относится к должности районного прокурора и военного гарнизонного прокурора. Апелляционный и окружной прокуроры и их заместители, а также районный прокурор, военный окружной и гарнизонный прокуроры могут быть отозваны с должности до истечения срока полномочий строго по перечисленным в законе обстоятельствам.

Следующим заметным направлением изменений в Законе о прокуратуре является введение ясных критериев повышения по службе. По образцу решений, принятых Законом о судебном устройстве (В.З. № 240, поз. 2052 с изм.), предусматривается требование необходимого профессионального стажа как условия повышения по службе.

Закон предусматривает также прием заданий предыдущего Совета Прокуроров при Генеральном Прокуроре Общепольским Советом Прокуратуры с расширенной автономией.

Обновленный закон о прокуратуре предусматривает кроме того, по образцу решений принятых Законом об устройстве общих судов, введение института ассистента прокурора. Новый институт должен усовершенствовать деятельность прокуратуры, что в свою очередь позитивно повлияет на понижение издержек по производствам, осуществляемым с участием прокуратуры.

Современные изменения системы и организации польской прокуратуры следует в основном оценивать положительно. Они исполняют, по крайней мере в основном объеме, требования и ожидания, связанные с определением принципиальных вопросов, касающихся организации и функционирования прокуратуры. [3, с. 120 и посл.] [4, passim]

Источники:

1. *Zięba-Załucka H., Instytucja prokuratury w Polsce, Warszawa 2003;*
2. *Demendecki T., [в:] Bodio J., Borkowski G., Demendecki T., Ustrój organów ochrony prawnej. Część szczegółowa, Wolters Kluwer, 2007;*
3. *Stankowski A., Zmiany w ustawie o prokuraturze, Prokuratura i Prawo, 2007, Nr 7-8;*
4. *Waltoś S., Prokuratura – jej miejsce wśród organów władzy, struktura i funkcje, Państwo i Prawo, 2002, Z. 4.*

Романюк Христина Ярославівна,
студентка 3-го курсу юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА З УЧАСТЮ НЕПОВНОЛІТНІХ ОСІБ

У цілій низці відносин, що регулюються нормами цивільного, сімейного, трудового права та інших галузей матеріального права неповнолітні особи (ними згідно зі ст. 6 СК України та ст. 32 ЦК України є особи у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років) наділяються відповідною дієздатністю, тобто вони можуть вступати у такі правовідносини особисто. Наприклад, згідно із ст. 32 ЦК України ці особи мають право самостійно розпоряджатися своїм заробітком, стипендією або іншими доходами, самостійно укладати договір банківського вкладу та розпоряджатися вкладом, внесеним ними на своє ім'я (грошовими коштами на рахунку). Тому у неповнолітніх осіб може виникнути потреба у захисті своїх суб'єктивних прав, свобод та інтересів. На підставі ст. 18 СК України неповнолітня особа має право звернутися за захистом своїх прав та інтересів безпосередньо до суду.

У зв'язку з цим законодавець у ч. 2 ст. 29 ЦПК України визначив, що неповнолітні особи наділяються цивільною процесуальною дієздатністю (мають право особисто здійснювати цивільні процесуальні права та виконувати свої обов'язки в суді), проте лише за наявності двох умов у сукупності:

1) справа виникла з відносин, у яких вони особисто беруть участь (наприклад, при вирішенні спору за позовом неповнолітньої особи про позбавлення батьківських прав (ст. 165 СК України));
2) інше не встановлено законом.

Однак неповнолітні особи не завжди можуть повною мірою оцінити ситуацію, яка склалася при розгляді цивільної справи, у якій вони беруть участь. Разом з тим, залучення до участі у таких справах їх законних представників для надання їм допомоги залежить від розсуду суду. Зважаючи на це, за судом доцільно було б законодавчо закріпити обов'язок залучати до участі в таких справах законних представників зазначених осіб, внісши відповідні зміни до ст. 39 ЦПК України. Таку ж думку обстоюють і автори науково-практичного коментара ЦПК України Кравчук В.М. та Угриновська О.І. [1, 109]. Автори іншого науково-практичного коментара ЦПК України Фурса С.І., Фурса Є.І. та Щербак С.В. не погоджуються з такою пропозицією через те, що суду в такому разі надаватиметься активна позиція у справі, хоча принцип змагальності не повинен стимулювати активної позиції суду [4, 133]. На нашу думку, такі зміни є виправданими, оскільки будуть спрямовані на захист прав та інтересів дітей та відповідатимуть змісту Конвенції про права дитини від 20 листопада 1989 р.

Таким чином, в усіх інших справах неповнолітні особи не можуть бути наділені правами і на них не можуть бути покладені обов'язки, визначені у ст. 27 ЦПК України. Професор М.Й.Штефан лише слушно вказував, що суд зобов'язаний залучити представників неповнолітньої особи до участі у справі, що виникла з правочину, на укладення якого неповнолітнім потрібна згода батьків, опікунів і піклувальників [5, 90].

Однак, як випливає із аналізу ст. 27-1 ЦПК України, якою ЦПК України доповнено згідно із Законом України № 1397-VI від 21 травня 2009 р., неповнолітні особи (навіть якщо вони беруть участь у справах, які виникли з відносин, в яких вони особисто участі не брали) наділяються деякими процесуальними правами та обов'язками.

Тому слід погодитися з пропозицією професора С.С.Бичкової про необхідність узгодження між собою двох зазначених правових норм шляхом внесення відповідних змін до ст. 27-1 ЦПК України [3, 62, 68].

Також на практиці можуть трапитися випадки, коли сам законний представник може бути порушником прав неповнолітньої особи. Наприклад, сама правова природа принаймні двох категорій справ вже сама по собі свідчить про наявність таких протиріч. Це справи про обмеження або позбавлення права неповнолітньої особи самостійно розпоряджатися своїм заробітком, стипендією, іншими доходами, і справи про надання неповнолітній особі повної цивільної дієздатності. В останньому випадку протиріччя інтересам неповнолітньої особи може мати місце як у випадку згоди батьків на емансипацію, так і при їх запереченні проти цього. У зв'язку з цим варто було б перейняти досвід російського законодавця, який встановив в Сімейному кодексі РФ можливість призначення органом опіки і піклування представника, коли інтереси неповнолітньої особи і його законного представника суперечать один одному [2, 89].

Названі вище проблеми дозволяють дійти висновку про те, що назріла потреба у внесенні доповнень до чинного ЦПК України з метою більших гарантій прав та охоронюваних законом інтересів неповнолітніх осіб як слабшої сторони в спорі з їх участю.

Список використаної літератури:

1. *Кравчук В.М., Угриновська О.І. Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України. – К.: Істина, 2006. – 944 с.*
2. *Л.В.Туманова. Некоторые проблемы гражданского судопроизводства с участием несовершеннолетних. – Тенденции развития гражданского процессуального права России: Сб. науч. статей. – СПб.: Изд-во «Юридический центр пресс», 2008. – 664 с.*
3. *Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / За заг. ред. С.С.Бичкової – К.: Атіка, 2010.- 896 с.*
4. *Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2 т. Т. 1 / За заг. ред. С.Я.Фурси. – К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2007. – 916 с.*
5. *Штефан М.Й. Цивільне процесуальне право України: Академічний курс. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2005. – 624 с.*

ЗМІСТ

Цивільне право. Сімейне право. Міжнародне приватне право. Комерційне право

Авдєєва М.К. Проблемні питання дематеріалізації 4
Авсієвич А.В. Поняття та види форм захисту суб'єктивних цивільних прав 5
Амбросімов С.А. До питання про проблеми правового регулювання процесу адаптації цивільного законодавства України до законодавства ЄС у сфері договірного права 7
Анікіна Г.В. Проблеми танатології: цивільно-правовий аспект 10
Банасевич І.І. Міри оперативного впливу у договорі будівельного підряду 11
Барахтян Н.В. Деякі аспекти правового забезпечення державного регулювання економіки 13
Бедюк Н.А. Евтаназія - добровільний смертельний вирок 15
Белогуб А.А. Брачный договор и его особенности 16
Бернацький А.В. Особливості ліквідації банків 19
Бернацький М.В. Кімната як об'єкт права власності 20
Білоус О.С. Принципи міжнародних комерційних договорів Унідруа як джерело права міжнародної торгівлі 22
Бітюк П.О. Конкурентне право як інститут господарського права 24
Богданюк Я.А. До питання про переведення працівника на іншу роботу 26
Боднар Т.В. Органи державної влади і органи місцевого самоврядування як учасники орендних відносин 28
Бойченко М.В. Проблемні питання укладення договору купівлі-продажу житла з неповнолітнім 30
Бойчук Д.В. Деякі загальні питання свободи договору 32
Браіловська Т.Г. Презумпція вини в цивільному праві 34
Бурданова Н.А. Права и обязанности родителей по выбору, изменению имени, отчества и фамилии ребенка 36
Ватрас В.А. Окремі аспекти регулювання сімейних відносин конституцією України 38
Ватрас О.М. До питання про поняття правового статусу дитини 40
Видолоб Д.В. Особливості правового регулювання державного контролю за якістю дорогоцінних металів, дорогоцінного каміння та виробів з них 42
Видолоб Ю.Л. Поняття та обсяг правосуб'єктності суб'єктів господарювання 47
Виговський О.І. Колізійні питання випуску та обігу єврооблігацій в міжнародному приватному праві 49
Вінник О.М. Деякі проблеми застосування корпоративно-управлінських технологій у відносинах державно-приватного партнерства 50
Воєводін Б.В. Обмеження та заборони в сфері правового регулювання реклами: алкогольні вироби 56
Волощук О.Т. Проблема автономності арбітражного застереження 58
Гаврилов Е.В. О компенсации морального (неимущественного) вреда, причиненного умалением деловой репутации юридического лица в Республике Бєларусь 60
Гаспаревич И.Ю. Коллизионно-правовое регулирование отношений супругов по проекту регламента европейского союза Рим III 62
Гейнц Р.М. Співвідношення понять комунальна послуга та житлово–комунальна послуга 63
Голова О.Г. Загальні питання юридичної природи інституту влаштування дітей позбавлених батьківського піклування 65
Головатий П.О. Особливості обчислення строків усиновлення 67
Гончар Т.М. Понятие интеллектуальной и промышленной собственности в национальном и международном праве 69
Горда Ю.І. Окремі аспекти правових наслідків розірвання договору довічного утримання 71
Горобець Н.О. Щодо питання здійснення права на недоторканність житлового простору 72

Грибанов А.А. Последние тенденции в сфере защиты прав на акции 74
Григораш Л.В. Оборотоздатність цілісних майнових комплексів 76
Гринько С.Д. Шкода як обов'язкова умова виникнення деліктних зобовязань за Цивільним кодексом України 78
Гуцул С.І. Проблеми становлення акціонерного товариства 80
Довженко М.О. Окремі аспекти поновлення батьківських прав: аналіз судової практики 82
Елисеев С.В. Условия восстановления срока исковой давности: сравнительно-правовой аналіз 84
Еннан Р.Є. Правова охорона інтернет-сайту як об'єкта авторського права 86
*Ерехинская Е.А. «*Объект незавершенного строительства»: плюрализм интерпретаций дефиниции и его значение для развития гражданско-правовых отношений в современной России 89
Желіховська Ю.В. Нотаріат як інститут превентивного захисту 91
Жилінкова О.В. Застосування принципу свободи договору в авторських правовідносинах за умов становлення інформаційного суспільства 92
Житкевич Ю.І. Договір між кредиторами: іноземний досвід та українські реалії 94
Заверуха Т.М. Нові підходи до визначення поняття цивільно-правового договору 95
Задоя В.И. Проект конвенции об удалении и подъеме находящегося на плаву, затонувшего в море имущества: общие вопросы 97
Зайцева-Калаур І.В. Окремі аспекти виникнення авторських прав у редактора ЗМІ в процесі виконання ним службових обов'язків 99
Зайцева Т.В. Деякі питання відповідальності опікуна за невиконання або неналежне виконання ним своїх обов`язків 102
Зеліско А.В. Організаційно-правова форма садівницьких, городницьких та дачних товариств 104
Зозуляк О.И. Правоспособность юридического лица: сравнительно-правовой анализ по законодательству Украины, России и Беларуси 106
Зубар В.М. Проблемні питання щодо юридичних осіб публічного права 109
Іліка Н.І. Особливості посвідчення заповіту черговим лікарем 111
Калаур І.Р. До питання про предмет договору найму (оренди) 113
Карнаух Т.П. Поняття та ознаки особистих немайнових прав юридичних осіб 114
Карпов Р.В. Перехід прав за іпотечним договором і заставною 117
Кирилюк А.В. Організації колективного управління як суб'єкти посередницьких відносин в сфері авторського права та суміжних прав 119
Клюєва Є.М. Відповідальність сторін за договором дарування 121
Коваль В.М. Встановлення особливостей правового регулювання майнових відносин у сфері господарювання 122
Козак А.С. Правове регулювання обігу цінних паперів в Україні: проблеми нормативного регулювання 123
Козачук М.О. Класифікація обмежень свободи підприємницької діяльності 125
Козлитина М.Г. Обеспечение жильем молодых семей в России: программы и их правовое обеспечение 127
Корнієнко Ю.І. До питання про правову природу застави 128
Король А.О. Концептуально-правові підходи до співвідношення понять «електронна торгівля» та «електронна комерція» 130
Косенко В.М. Правова охорона комерційних позначень в умовах євроінтеграції 132
Кравець І.Л. Особисті немайнові права інших членів сім'ї та родичів 135
Кравчук П.С. Проблеми вдосконалення правового регулювання посередницької діяльності при працевлаштуванні громадян України за кордоном в умовах сучасної світової економічної глобалізації 136
Кривошеїна І.В. Комерційна концесія і ліцензійний договір: правовий аналіз 138
Кузьмич С.О. Актуальні проблеми застосування режиму окремого проживання подружжя 140

Кулініч О.О. Характеристика окремих випадків порушення права на ім'я та права на зображення у соціальних мережах Інтернету 143
Кульчій О.О. Цивільно-правові засоби протидії правопорушенням у сфері обов'язкового страхування відповідальності автовласників 145
Куреза Т.В. Стандарти аудиту та етапи запровадження в Україні міжнародних стандартів аудиту 147
Ловцевич И.Н. Обмен жилых помещений и мена жилыми помещениями 149
Логвінова М.В. Про питання, що виникають при порушенні прав дітей після їх усиновлення іноземними громадянами 151
Лоза Н.Г. До питання про юридичну природу псевдоніму 153
Лукомська О.В. Іпотечні цінні папери в системі іпотечного кредитування 154
Мальський М.М. Суб'єктний склад арбітражної угоди 157
Мамченко Ю.А. Особливості умов договору купівлі-продажу підприємства 159
Мандибура В.О. Загальні аспекти поділу, виділу спадщини 160
Марчук К.В. Критерии разграничения ничтожных и оспоримых сделок 163
Мельник Л.С. Нотаріальна таємниця як вид інформації з обмеженим доступом 165
Мельник О.Г. Визнання правочинів неукладеними як спосіб захисту цивільного права в суді 167
Міхно О.І. Договір як підстава виникнення, зміни чи припинення цивільних правовідносин 169
Москаленко Д.В. Проблемні правові аспекти трансплантації органів від померлого донора 171
Музика Л.А. Про цивільно-правову політику як новий науковий напрям 173
Музиченко Є.С. Деякі питання реалізації права на таємницю телефонної розмови 174
Нагнибіда В.І. Зміст сервітутних прав у цивільному законодавстві України та зарубіжних країн 176
Нестеренко П.В. Правовий статус юридичних осіб публічного права: проблеми законодавчого регулювання 179
Нечипоренко В.В. Окремі проблемні питання правового інституту перестрахування в Україні 181
Ніколенко М.Б. Актуальні питання державної реєстрації набуття права власності на новостворене нерухоме майно 183
Нижний А.В. Заборона посилатись на свідчення свідків як наслідок недотримання обов'язкової письмової форми договору 184
Нижник Н.С., Бурданова Н.А. Организационно-правовые основания приобретения лицом статуса родителя в условиях использования современных биомедицинских технологий 187
Омел'яненко Ю.М. Правовий due diligence: поняття, класифікація, особливості проведення 191
Опанасик В.В. Інтерпретаційна характеристика поняття «добросовісність» в аспекті набуття права власності 193
Панова Л.В. Позасудовий порядок задоволення забезпечення вимог кредиторів як новий спосіб забезпечення зобов'язань 195
Панькова О.Ю. Особливості правового регулювання договорів про передачу майна у власність 197
Пасічник К.Ю. Про звичай міжнародної торгівлі як основне джерело lex mercatoria 199
Пастернак О.В. Приватизація земельних ділянок 201
Пацурія Н.Б. Місце господарських страхових правовідносин в системі господарських правовідносин 204
Писарєва Е.А. Грамма С.Г. Щодо надання згоди на донорство органів та інших анатомічних матеріалів фізичної особи після її смерті 206
Піляй А.О. Реквізит як системний елемент юридичного документа 208
Плохотская Н.А. Право учреждения на самостоятельное распоряжение имуществом 210
Повар П.О. Деякі проблеми правового статусу асоційованого члена кооперативу 212

Поєдинок В.В. Моделі інвестиційної політики держави 214
Польщикова А.Е. Классификация договоров о приобретении и создании недвижимой вещи в российском гражданском праве 216
Посикалюк О.О. Право на зображення за цивільним правом Франції 218
Прищепа Д.В. Інформація як об'єкт цивільних правовідносин 219
Радзивілюк В.В. Деякі питання щодо визначення кола окремо визначених боржників, які підпадають під дію законодавства про банкрутство (неспроможність) 221
Рєзнікова В.В. Правове регулювання посередництва на ринку цінних паперів 222
Руденко А.В. Призначення виконавця заповіту 226
Салей И.В. Правовое обеспечение игорного бизнеса в Республике Бєларусь 228
Самойлова І.А. Про форми безготівкових розрахунків 230
Свіжа О.О. Правовий статус дітей-вихованців дитячого будинку сімейного типу 232
Свірська О.А. Момент виникнення права на життя 234
Сергійко О.В. Співвідношення державного і правового регулювання господарської діяльності 236
Сірук Ю.С. Видавничий договір та договір про дипонування рукопису твору 237
Слободян О.М. Застосування сучасних біомедичних технологій: міжнародно-правовий аспект 239
Солтис Н.Б. Право заповідача на покладення на спадкоємця обов'язку по утриманню його домашньої тварини 242
Стецюк Л.Л. До питання можливості недієздатної особи бути гестором – суб'єктом самозахисту способом вчинення юридичних вчинків у майнових інтересах іншої особи без її доручення 243
Стефанчук М.О., Лисюк О.Ю. Перспективи становлення та розвитку кредитних історій в Україні 245
Стрішенець М.Ю. Проблема нормативно-правового регулювання «обходу закону» (fraus legi facta) в міжнародному приватному праві 249
Тарасенко Л.Л. Предмет договору найму морського судна 251
Тристан А.В. Цивільно-правові аспекти обмеження права на проведення фотозйомки ... 254
Туранська Д.О. Проблеми розуміння та еволюція інститут зловживання правом в цивільних правовідносинах 256
Ульянова Г.О. Обов'язкове представництво у сфері права інтелектуальної власності 258
Устименко А.О. Деякі аспекти охорони персональних даних 260
Федоришин О.О. Цивільно-правові проблеми конвертації облігацій в акції 262
Фок Ю.В. Актуальні аспекти порушення авторських прав на фотографічні твори 264
Хоменко М.М. Співвідношення деліктної і договірної відповідальності 265
Цегельник О.В. Правовое регулирование инвестиционных договоров в Республике Бєларусь 271
Цибульська О.Ю. Право відказоодержувача на заповідальний відказ за цивільним законодавством України 273
Цюкало Ю.В. Особливості заборони шикани в Німеччині 274
Цюра В.В. Доктринальні підходи щодо визначення повноваження представника 275
Чабан О.М. Поняття інвестиційних договорів (контрактів) 279
Часнык Д.А. К вопросу о понятии вины юридических лиц (в рамках психологического подхода) 281
Черняк О.Ю. Правове регулювання обов'язку споживача підтвердити наявність договірних відносин із виробником (продавцем), виконавцем 284
Чорна Ж.Л. Договір дарування з обов'язком передати дарунок у майбутньому 286
Шаркова Г.Ю. Еволюція консалтингових відносин 287
Шевердіна О.В. Правові критерії державного регулювання господарської діяльності 290
Шевченко О.В. Проблеми правового регулювання попереднього договору у вітчизняному праві 291
Шкльода Я.А. Адієздатність як особливий правовий стан 293

Щербань І.Г. Форс-мажорні обставини: теоретичні та практичні аспекти поняття у сфері регулювання зобов'язальних правовідносин 294
Щербина В.С. Поняття державного регулювання підприємницької діяльності 297
Щербина М.С. Тенденції розвитку договірного права в Україні 299

Цивільний, господарський та адміністративний процес

Бесарабчик В.О. Належність письмових доказів в цивільному процесі 302
Блошенко Е.Є. Поняття андерайтингу за цивільним правом України 304
Бобрик В.І. Оптимізація та уніфікація строків апеляційного оскарження в цивільному, господарському і адміністративному процесах 305
Виговська Є.С. Засоби доказування безспірності вимог кредиторів при порушенні справи про банкрутство 308
Восколович Ю.В. Навчання суддів: актуальні питання 310
Гнатів О.М. Передання спору на розгляд третейського суду у цивільному процесі України 311
Горяча Д.Л. Проблеми правового регулювання підготовки до судового розгляду справ апеляційним судом 313
Гуменюк О.І. Проблемні питання захисту особистих немайнових прав 316
Дрейзина Д.В. Представительство адвоката и смежные институты гражданского процессуального права 318
Зайцев А.И. Преимущества нормативной регламентации третейского судопроизводства в Украине 320
Исаенкова О.В. Законопроект «о нотариате и нотариальной деятельности в РФ»: проблемные моменты 322
Ковальчук А.М. Неповнолітні особи як суб'єкти права на обов'язкову частку майна у спадщині 324
Кот О.В. Мова та мовна культура судових актів у господарському судочинстві 326
Кручак І.А. До питання про апеляційне оскарження ухвал окремо від рішення суду 328
Нуриев А.Г. Конституционные гарантии реализации права на судебную защиту в арабской Республике Египет и Королевстве Саудовская Аравия 330
Падюкова Ю.В. Інститут мирових суддів: пошук оптимальної моделі? 332
Постоялко Т.О. Правове регулювання діяльності ломбардів в Україні: аналіз чинного та перспективного законодавства 334
Романовская О.В. Публичные корпорации в российском современном праве: проблемы определения и классификации 336
Соловьева Т.В. Об отсутствии единых требований, предъявляемых к форме постановлений пленума верховного суда РФ 338
Трач О.М. Окремі аспекти здійснення права подання заперечень на апеляційну скаргу .. 340
Ференц О.І. Реалізація цивільної юрисдикції в позовному провадженні 341
Фортуна Т.Я. Особливості правового регулювання визнання та виконання іноземних рішень про стягнення аліментів 343
Хіміч С.П. Забезпечення права на правову допомогу як конституційний принцип цивільного процесу 345
Царик Р.Ю. Способи та особливості калькуляції моральної шкоди 348
Шевчук В.І. Роль прокурора у цивільному процесі 350
Якимчук С.О. Питання транснаціонального виконання судових рішень 352
Гралински В. Новое польское законодательство о признании решений иностранных судов по гражданским делам …… 354
Дементдецки Т. Современные изменения системы и организации польской прокуратуры 356
Романюк Х. Я. Деякі проблеми цивільного судочинства з участю неповнолітніх осіб …. 358

Наукове видання

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ:
Збірник тез міжнародної наукової конференції
«Дев'яті осінні юридичні читання»
(м. Хмельницький, 12-13 листопада 2010 року):
у 4-х частинах

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

Підписано до друку 02.11.2010 року. Формат 60х90 1/16.
Гарнітура Times New Roman. Друк різографічний. Папір офсетний.
Облік. друк арк. 22,81 Умовн. друк. арк. 33,47
Наклад 225 прим. Зам. № 482

Комп'ютерне складання — *Сапотніцький Д.О.*

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) 71-80-80
Ел. адреса: nauka@univer.km.ua
www.univer.km.ua