**МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ,
МОЛОДІ ТА СПОРТУ УКРАЇНИ**
ХМЕЛЬНИЦЬКИЙ УНІВЕРСИТЕТ УПРАВЛІННЯ ТА ПРАВА

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

***збірник тез міжнародної наукової конференції
«Десяті осінні юридичні читання»
(м. Хмельницький, 18–19 листопада 2011 року)***

ЧАСТИНА ТРЕТЯ:

Цивільне право

Сімейне право

Міжнародне приватне право

Комерційне право

Цивільний та господарський процес

**ХМЕЛЬНИЦЬКИЙ
2011**

УДК 34
ББК 67.0
А 43

А 43 **Актуальні проблеми юридичної науки**: Збірник тез міжнародної наукової конференції «Десяті осінні юридичні читання» (м. Хмельницький, 18–19 листопада 2011 року) : у 4–х частинах. – Частина третя. – Хмельницький : Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2011. – 470 с.

ISBN 978-966-8823-50-3 (повне зібрання)
ISBN 978-966-8823-53-4 (частина 3)

У збірнику представлені кращі тези доповідей, які були оприлюднені на Міжнародній науковій конференції «Десяті осінні юридичні читання», що відбулась у Хмельницькому університеті управління та права 18–19 листопада 2011 року.

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

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

УДК 34
ББК 67.0
А 43

ISBN 978-966-8823-50-3
ISBN 978-966-8823-53-4

© Колектив авторів, 2011
© Хмельницький університет управління та права, 2011

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО

СІМЕЙНЕ ПРАВО

МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

КОМЕРЦІЙНЕ ПРАВО

ЦИВІЛЬНИЙ ТА ГОСПОДАРСЬКИЙ ПРОЦЕС

CIVIL LAW

FAMILI LAW

INTERNATIONAL PRIVATE LAW

COMMERCIAL LAW

CIVIL AND COMMERCIAL PROCESS

С. А. Абросімов
аспірант Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ДО ПИТАННЯ ПРО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ЕЛЕКТРОННОЇ КОМЕРЦІЇ

У останнє десятиріччя XX ст. інформаційно-комунікаційні технології стали одним з факторів, який істотно впливає на розвиток суспільства. Багато країн повною мірою усвідомили ті переваги, які несе розвиток та поширення інформаційно-комунікаційних технологій.

Використання електронних систем у підприємницькій діяльності призвело до виникнення та закріплення таких понять, як «електронна торгівля» («*electronic trade*»), «електронна комерція» («*electronic commerce*»), «електронний бізнес» («*electronic business*»). Проте законодавче забезпечення цих відносин значно відстає від реальних темпів їх розвитку.

Ці технології не змогли обійти такої сфери суспільного життя як торговельна діяльність. Особливого впливу торговельна діяльність зазнала з появою глобальної інформаційної мережі Інтернет. Поступово у діловій та правовій практиці з'являється та закріплюється нове поняття «електронна комерція» (e-commerce). Дослідження специфіки електронної комерції та проблем її правового регулювання в Україні почали проводитися тільки в останні декілька років.

Науковці по-різному підходять до розуміння поняття електронної комерції. Деякі вчені розуміють під останньою торгівлю через мережу Інтернет за допомогою комп'ютерів покупця та продавця. Інші пропонують розглядати електронну комерцію як торгову діяльність, яка має основною метою отримання прибутку, та ґрунтується на комплексній автоматизації комерційного циклу за рахунок використання засобів обчислювальної техніки.

Поширеним також є розуміння електронної комерції як укладення шляхом обміну електронними документами наступних угод (але не обмежуючись ними): купівля-продаж, поставка, угода про розподіл продукції, агентські відносини, факторинг, лізинг, проектування, консалтинг, інженірінг, інвестиційні контракти, страхування, угоди про експлуатацію та концесії, банківські послуги, спільна діяльність та інші форми ділового співробітництва, транспортні послуги. Окремі автори відносять до сфери електронної комерції також й біржові угоди.

Деякі фахівці розуміють під електронною торгівлею комерційну діяльність в сфері реклами та поширення товарів і послуг за допомогою використання мережі Інтернет.

Також існує думка, що в найзагальнішому розумінні електронну комерцію можна визначити як здійснення купівлі-продажу товарів та послуг через електронні мережі, в тому числі через Інтернет.

«Електронна комерція» є комплексним правовим поняттям, яке спирається на такі категорії як електронний підпис, електронний обмін документами, електронний договір, електронні документи, електронні розрахунки. Ці категорії мають свій зв'язок, на який багато авторів не звертають уваги. В основі

електронної комерції, як правового явища, лежить електронний документ, який набирає силу такого завдяки застосуванню електронного підпису. Процес формування, оброблення, зберігання, відправлення, одержання, перевірки та використання електронних документів становить електронний документообіг, який лежить в основі укладення будь-якого договору в електронній формі. На виконання такого договору здійснюються електронні розрахунки за укладеним договором.

Дослідивши сучасні наукові праці у сфері електронної комерції, можна зробити висновки про відсутність єдності авторів у розумінні поняття «електронна комерція», а також про часто-густо синонімічне вживання термінів «електронна комерція» та «електронна торгівля» і їх довільне тлумачення. Наприклад, у запропонованому М. Швецом та В. Брижком проекті структури Кодексу України про інформацію один з підрозділів має назву «Електронна торгівля (комерція)» [1]. Проект Закону України «Про електронну комерцію» № 6086 від 18.02.2010 р., внесений Ю. В. Полунєвим, паралельно оперує поняттями «електронна комерція» та «електронна торгівля» [2].

На нашу думку, ключовим у понятті електронної комерції є використання у цьому виді діяльності засобів дистанційного зв'язку, тому можемо назвати купівлю-продаж на відстані одним із видів електронної комерції. А купівля-продаж поза торговельними або офісними приміщеннями до даного виду діяльності не відноситься, оскільки договір, укладений поза торговельними або офісними приміщеннями, – договір, укладений із споживачем особисто в місці іншому, ніж торговельні або офісні приміщення продавця.

Разом із тим, існує інша підстава для виокремлення видів договорів, що укладаються за допомогою засобів дистанційного зв'язку. Так, якщо притримуватися вже зазначеного поняття електронної комерції, то йдеться про поширення електронної форми на різноманітні угоди, передусім на угоди купівлі-продажу товарів[5]. Але тут треба дещо розрізняти угоди купівлі-продажу товарів через Інтернет. Мається на увазі, що, коли мова йде про електронну комерції, слід окремо розглядати укладання угод купівлі-продажу товарів через Інтернет-магазини та укладання договору міжнародної купівлі-продажу товарів через мережу Інтернет, а саме, шляхом обміну листами через електронну пошту, адже тут існує своя специфіка.

Таким чином, доцільно буде розглядати електронну комерцію в двох аспектах:

1. Електронна торгівля через віртуальний магазин, так звана, роздрібна купівля-продаж;

2. Віртуальна торгівля шляхом укладення міжнародного договору купівлі-продажу товарів.

Що стосується першого випадку, а саме, про електронну комерцію (торгівлю) через Інтернет-магазини, що є роздрібною купівлею-продажем, то тут суттєвою відмінністю, у порівнянні з укладанням договору міжнародної купівлі-продажу товарів, є те, що пропозиція товарів через мережу Інтернет не може розглядатися як договірна пропозиція (оферта), а виступає лише в якості інформації для споживача, щоб зробити йому відповідну договірну пропозицію. А безпосереднє укладання контракту можливе лише в тому випадку, якщо

споживач отримає чітку інформацію про те, що замовлення прийнято, або ж якщо відразу після замовлення дійсно було доставлено товар.

Але, на противагу укладанню угод купівлі-продажу товарів через віртуальні магазини, як вже було вище зазначено, укладання договору купівлі-продажу товарів між сторонами, комерційні підприємства яких перебувають у різних державах є відмінним. І на цьому хотілося б зупинитися більш детально в силу важливості вирішення цього питання для договірного права.

Так, згідно Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 року (далі – Віденська Конвенція 1980 р.) (для України набула чинність з 1 лютого 1991 року), ст. 15 передбачає, що «оферта (пропозиція про укладання договору) набуває чинність, коли одержана адресатом оферти». З цього видно, що різниця між укладанням вищезазначених угод та договорів полягає у визначенні, коли пропозиція є договірною, тобто офертою, а коли просто має розцінюватись як пропозиція товару (інформування про товар), але не офертою.

Отже, можна зробити висновок, що електронна комерція є безсумнівним прогресом нашого сьогодення, але задля її ефективного правового регулювання необхідно виробити певні уніфіковані матеріально-правові норми, які б встановлювали єдині стандарти регулювання міжнародної електронної комерції. Але в силу того, що технології не стоять на місці, а постійно вдосконалюються, буде важко виробити правові норми, які б могли завжди «реагувати» на технологічні зміни. Саме тому існує думка, що попри необхідність чіткої регламентації та встановлення конкретних термінів для уникнення полеміки у застосуванні понять, все ж не слід вичерпно прописувати певні категорії, які б не підлягали гнучкій зміні та тлумаченню у майбутньому.

Використані джерела:

1. Швець М. *До питання систематизації інформаційного законодавства України / М. Швець, В. Брижко // Правова інформатика. – 2007. – № 4 (16). – С. 5–7.*
2. *Про електронну комерцію : Проект Закону України від 18.02.2010 р. № 6086 [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=37033.*

В. В. Андрейцев

викладач кафедри цивільного та трудового права
Київського університету права НАН України,
Київ, Україна

ПОРЯДОК УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРІВ НА ВИКОНАННЯ НАУКОВО-ДОСЛІДНИХ РОБІТ

Згідно із ст. 641 ЦК України, пропозицію укласти договір (оферту) може зробити кожна із сторін майбутнього договору, яка має містити істотні умови договору і відображати намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов’язаною у

разі її прийняття, що випливає із змісту ст. 627 ЦК України про свободу договору, відповідно до якої, сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості.

Порядок укладення договору на виконання науково-дослідних робіт за певних юридичних обставин, а саме у разі його виконання за рахунок коштів державного, або місцевого бюджету складає виконання певних процедур, обумовлених специфікою та характером відповідних наукових досліджень, що включають сукупність дій замовника та виконавця по підготовці вище наведених документів. Це у свою чергу, являється складовою частиною вказаного договору, які мають важливе юридичне значення для легального опосередкування правових зв'язків між зазначеними суб'єктами. В той же час, їм належать не тільки права щодо вільного волевиявлення на їх юридичне оформлення, але й певні зобов'язання для замовника та майбутнього виконавця, обумовлених результатами проведення тендерної закупівлі або конкурсу і оформлення **низки організаційно-правових документів** (*технічного завдання, календарного плану, протоколу погодження договірної ціни, планової калькуляції виконання науково-дослідних робіт*). Завдяки яким, опосередковуються правові зв'язки сторін договору, оскільки кожен із зазначених документів є не лише складовою договору, але й має важливе юридичне значення для легалізації правовідносин, що складаються між ними.

Підготовка **технічного завдання** є прямим обов'язком замовника науково-дослідних робіт, що прямо передбачено законом (статтею 892, п.1. статті 898 ЦК України). До того ж технічне завдання за своїми реквізитами затверджується замовником та погоджується з виконавцем у складі підготовленої договірної документації.

Технічне завдання, можна визнати організаційно-правовим та технічним договірним документом, який визначає підстави для підготовки, вказує на мету наукового дослідження, розкриває узагальнено зміст виконуваної роботи, очікуваний кінцевий науковий результат, етапи виконання робіт та їх характеристика зі вказівкою на форми оформлення наукового результату та умови виконання науково-дослідних робіт і використання отриманих результатів у відповідній формі (звіт, анотований, аналітичний звіти, текст підготовленої науково-технічної продукції, проект наукової концепції, доктрини, законопроекту, тощо).

Зокрема, у технічному завданні визначається підстава для проведення науково-дослідної роботи: назва, дата та номер наказу або плану, рішення постанови, договору, яким передбачено фінансування роботи; термін виконання роботи, її початок із вказівкою на число, місяць і рік закінчення.

Обов'язково зазначається мета роботи та відображається об'єкт дослідження, його предмет, а також основні вихідні дані про проведення роботи: перелік правових та нормативно-правових документів, які можуть бути підставою для її виконання (законів, постанов, положень, стандартів, класифікаторів); перелік виконаних раніше (якщо такі мали місце) науково-

дослідних робіт, монографій, статей, іншої наукової документації, на підставі яких планується виконання науково-дослідної роботи.

Технічне завдання має містити розділ про основні наукові та нормативні вимоги до виконання науково-дослідної роботи, зокрема, щодо рівня проведення наукового дослідження, якості наукової продукції, що створюється в процесі науково-дослідної роботи, форми надання результатів дослідження, декларування створюваної наукової продукції, відповідність її чинним нормативним документам України, інші можливі умови в залежності від різновиду та характеру виконання зазначених робіт.

Наступним компонентом технічного завдання є етапи науково-дослідної роботи, у яких зазначається їх порядковий номер, назва та зміст робіт, терміни виконання кожного із них, кількість працівників, що залучаються на їх виконання, обсяг фінансування етапів, звітні документи та наукова продукція, що підлягають передачі замовнику по завершенню етапу виконання робіт.

Важливим є розділ про проведення експериментальних досліджень з вказівкою на вимоги, щодо матеріально-технічної бази, якої вони потребують, їх відповідність нормативно-правовим документам України, наявність необхідних засобів вимірювань, проведення їх калібрування або метрологічної атестації, засобів моделювання об’єктів дослідження, складу документації для їх виготовлення та атестації, методи дослідження та використовувана апаратура і обладнання, основні технічні вимоги, що мають виконуватися у процесі виконання науково-дослідної роботи.

Технічним завданням також обґрунтовується кількісний склад наукових, науково-педагогічних працівників, які залучаються до виконання науково-дослідної роботи відповідної спеціальності та кваліфікації, перелік звітної документації та наукової продукції (розробок), які мають бути надані замовнику після завершення наукового дослідження, очікувані результати науково-дослідної роботи, засоби їх реалізації та можливий (передбачуваний) економічний ефект та патентоздатність, порядок розгляду та приймання виконання науково-дослідної роботи. Передбачено також, що до технічного завдання можуть готуватися відповідні додатки.

Отже, технічне завдання з точки зору формування договірних правовідносин з виконання науково-дослідних робіт виступає тим організаційним, координаційним та договірно-формулюючим документом, який визначає істотні ознаки договору на виконання науково-дослідних робіт та основні умови його виконання, відповідно до встановлених етапів проведення наукових досліджень, що конкретизує відповідний договір та договірні зобов’язання сторін щодо досягнення результатів наукових досліджень.

Звісно, що технічне завдання може розроблятися і до підписання цього договору, але його легалізація може мати місце під час підписання договору, або на його виконання після підписання договору на виконання науково-дослідних робіт.

Конкретизація договору щодо виконання у часі конкретних науково-дослідних робіт відбивається у календарному плані виконання цих робіт по розробці відповідної наукової теми.

Календарний план, на наш погляд, є важливим організаційно-правовим документом, який визначає найменування науково-дослідної роботи, перелік та зміст основних етапів її виконання, терміни виконання кожного із етапів, їх початок та завершення за місяцями та роками, напрями та види досліджуваних робіт, їх короткий зміст, результати на які спрямовується наукове дослідження, розрахункова вартість виконуваних робіт на кожному із етапів, форма та різновиди звітних документів.

Календарний план візується сторонами договірних правовідносин з виконання науково-дослідних робіт в якому вказується їх основні розрахункові та поштові реквізити та скріплюється підписами керівників і печатками сторін за цим договором.

Календарний план, як правило готується виконавцем, що не виключає внесення до нього певних коректив замовником, погоджується та підписується уповноваженими особами, як правило наукових керівників зазначеного проекту і є обов'язковим складовим елементом договору на виконання науково-дослідних робіт, який дисциплінує їх дії у процесі виконання умов цього договору.

У процесі укладення договору на виконання науково-дослідних робіт, особливо на стадії його підписання та подальшої легалізації сторонами, або однією із сторін готується і такий юридично-фінансовий документ, як **Протокол погодження договірної ціни на розробку відповідної наукової теми**, у якому зазначається, що сторони дійшли згоди на те, що загальна вартість наукової розробки за відповідною темою складає відповідну грошову суму у зазначених величинах, визначених у національній валюті.

Інколи протоколом погодження договірної ціни фіксується також запис про те, що виконавець, який став переможцем тендерної закупівлі виконання науково-дослідних робіт, або за конкурсним відбором, що фінансується з державного або місцевого бюджету, звільняється від оподаткування (податку на додану вартість), відповідно до Закону України «Про податок на додану вартість» від 3 квітня 1997 року № 168 (із змінами та доповненнями згідно Законів України від 15 липня 1999 року № 947 та від 25 березня 2005 року №21-05 та ін. [3]

Зазначений протокол готується сторонами договору у разі, якщо вони не зафіксували цю істотну умову у тексті самого договору на виконання відповідних науково-дослідних робіт з посиланням на конкретний протокол погодження такої узгодженої ціни.

Якщо вартість виконуваних науково-дослідних робіт обумовлюється особливостями фінансових витрат на окремі складові елементи їх виконання і в договорі не відбивається конкретна сума договору, сторони вправі готувати протокол про договірну ціну, в якому фіксують фінансово-юридичні підстави для виконання цих робіт, або їх окремих тематичних етапів з урахуванням складнощів проведення цього наукового дослідження.

Плановий кошторис витрат затверджується керівником, основним виконавцем цієї науково-дослідної роботи, який включає в абсолютних величинах витрати на оплату праці працівників, залучених до виконання у складі тимчасового творчого колективу на відповідних засадах або в силу виконання службового завдання, нарахування на заробітну плату, придбання необхідної

матеріально-технічної бази, обладнання, інвентарю, відрахування на накладні витрати, на спеціальне устаткування, видатки на відрядження, страхування від нещасних випадків, в окремих випадках (ініціативних) проектах, також виплату податку на додану вартість.

Для уточнення вищезазначених витрат за договором додається **розрахунок кошторисної вартості з розшифровкою окремих статей витрат**, зокрема по фонду заробітної плати (оплати праці) з урахуванням залучених безпосередніх виконавців, рівня їх фахової кваліфікації (доктор, кандидат наук, магістр тощо), фахового навантаження щодо організації, координації наукових досліджень, контролю за їх виконанням (науковий керівник, відповідальний виконавець, виконавець із науковим ступенем та без такого), тривалості виконання науково-дослідних робіт, на який вони залучаються, особливостей кількості та тривалості службових відряджень у межах України та за кордоном, пов'язаних з їх виконанням, специфіки придбання необхідних предметів постачання та матеріалів, накладних витрат, що спрямовуються на управління та забезпечення науково-технічних працівників у відповідних пропорціях та придбання спеціальної іноземної та вітчизняної літератури, довідкових, інформаційних видань, які забезпечують повноту та об'єктивність цього наукового дослідження [4] та складають в цілому собівартість виконання вказаних науково-дослідних робіт.

Вказані документи, як нами вже зазначалося раніше, суттєво доповнюють договір на виконання науково-дослідних робіт та є обов'язковими при їх укладанні на виконання науково-дослідних робіт, що фінансуються з державного та місцевого бюджетів. [1, С. 215] При цьому, *чинний ЦК України у своїх статтях не відображає необхідності їх наявності і природно слабо скоординований із законодавством про наукову і науково-технічну діяльність*, яке більш конкретно в регулюванні процедур і дій щодо укладення вказаних договорів, а відтак ЦК України в цій частині потребує вдосконалення з урахуванням вище відзначених особливостей. [2, С. 215-216]

Використані джерела:

1. Андрейцев В.В. Развитие договорных правоотношений в сфере исполнения научно-исследовательских работ в условиях европейских интеграционных процессов // Национальная государственность и европейские интеграционные процессы (В двух томах. Том.2. Сборник научных трудов. Минск. «Издат. центр БГУ». – 2008. – С.215.

2. Андрейцев В.В. Вказ. робота. – С.215-216.

3. Відомості Верховної Ради України. – 1997. – №21. – Ст.156; Офіційний вісник України – 2010. – № 56. Ст. – 1902.

4. Див.: Методичні поради та витяги з основних нормативних вимог з питань планування, проведення та оформлення результатів науково-дослідних робіт. – К., КУ. – 2000. – С.29-30.

Г. В. Анікіна
старший викладач кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ДО ПИТАННЯ ПРО СОМАТИЧНІ ПРАВА ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ

Серед численних природних і невід'ємних прав людини можна виділити групу таких, які базуються на впевненості і праві людини розпоряджатися своїм тілом, удосконалювати, змінювати його. Окремі з цих прав були відомі з найдавніших часів, а деякі актуалізувалися останнім часом і викликають шок в свідомості сучасної людини. В науковій літературі їх прийнято називати «соматичними».

Термін «сома» (від грец. soma – тіло) введено в обіг німецьким зоологом А. Вейсманом в XIX ст. для позначення тіла організму, а саме його «смертної частини». Прикметник від слова «сома» – «соматичний» досить широко застосовується і сьогодні і у загальному вигляді визначається, як такий що пов'язаний з тілом, тілесний.

Історія свідчить про те, що закон у різних його проявах на всіх історичних етапах врегульовував відносини пов'язані з людським тілом. Ще в законах XII Таблиць передбачалися покарання за тілесні ушкодження та каліцтво: «Якщо хто причинить членоушкодження і не помириться, з (потерпілим), то нехай і йому самому буде причинено те ж саме» і «якщо рукою або палицею переломить кістку вільній людині, нехай і йому самому буде причинено те ж саме» [1, с. 28]. В «Законах ранніх англійських королів» початку XYI ст. визначалася ціна за тіло і його органи. У зводі древньоруського права епохи Київської держави – Руській Правді велика увага приділялась злочинам проти особи, серед яких виділялись вбивства і каліцтва.

У наш час увага до людського тіла з боку закону лише підсилилась. Це пояснюється, не в останню чергу, бурхливим розвитком біології та медицини, які поряд з наданням великих позитивних можливостей стали джерелом серйозних етичних і правових проблем, багато з яких не мають однозначного вирішення. До них належать проблеми пов'язані з визначенням меж початку людського життя і його завершення, з юридичним статусом коматозних хворих, зі зміною статі, трансплантацією органів, правом на аборт, штучне запліднення, евтаназію, самогубство, тощо.

Проте, слід зауважити, що в науковій літературі висловлюються сумніви щодо того чи варто визнавати та виокремлювати права які пов'язані з тілом людини взагалі. Одні науковці вважають, що визнання права на тіло може призвести до кримінальної комерціалізації, інші говорять про те, що визнання соматичних прав є ще одною приреченою на провал спробою поєднати право і мораль.

Прихильники протилежної позиції, вважають за необхідне визнати право власності людини як на своє тіло, так і на будь-який орган окремо. На думку Б. Лисаченко і Е. Степанової право на володіння, користування та розпорядження власним тілом є самостійним і дане нам у силу природи.

В 1996 р. А. П. Семітко висловив пропозицію, що права людини, пов'язані із здійсненням абортів, евтаназії та інші подібні правомочності утворюють четверте покоління прав людини [2]. М. П. Авдєєнкова і Ю. А. Дмитрієв обґрунтовують дану категорію як «право на фізичну свободу» [3, с. 15]. О. Е. Старовойтова висловлює думку щодо того, що весь комплекс проблем пов'язаних з правовою регламентацією соматичних прав людини у повному обсязі, може бути представлений як новий напрямок в юридичній науці під новою «правова соматологія» [4, с. 6].

Слід відзначити і таку новаційну категорію Хартії Європейського Союзу про основні права, як «право на цілісність особи». П. 1 ст. 3 встановлює, що кожна людина має право на власну фізичну і душевну цілісність, а п. 2 конкретизує: при застосуванні медицини і біології повинні особливо дотримуватися [5].

Варто визнати що на сьогодні і снує велике коло питань безпосередньо пов'язаних з можливістю людиною розпоряджатися власним тілом і з кожним вони стають актуальнішими. Варто також зазначити, що деякі з даних прав вже знайшли закріплення в нормативно-правових актах України, наприклад ЗУ «Про трансплантацію органів та інших анатомічних тканин людині» [6], та більшість з них залишаються поза увагою законодавця, або є врегульованими в недостатній мірі.

На наш погляд, думки науковців, які стосуються виокремлення прав що базуються на можливості людини розпоряджатися своїм тілом заслуговують на увагу. Вважаємо, що будь-які маніпуляції з тілом людини чи його окремими органами потребують детального правового регулювання. На наш погляд соматичні права повинні увійти до системи особистих немайнових прав фізичної особи, що дало б змогу привернути увагу науковців до проблем пов'язаних розпоряджатися с тілом які існують сьогодні і потребують нагального правового вирішення.

Використані джерела:

1. *Вовк В.М. Смерть та мертве тіло як елементи римського права / В.М. Вовк // Часопис Київського університету права. – 2009. – №4. – С. 26-32.*
2. *Семитко А. П. Развитие правовой культуры как правовой прогресс (проблемы теории и методологии) : автореф. дис…. д-ра юрид. наук.: спец. 12.00.01 «теория и история права и государства; история правовых учений»/ А. П. Семітко. – Єкатеринбург. – 1996. – 36 с.*
3. *Авдеенкова, М. П. Право на физическую свободу / М. П. Авдеенкова, Ю. А. Дмитриев // Государство и право. – 2005. – N 3. – С. 13-22.*
4. *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. – Москва, 2007. – 376 с.*
5. *Хартія Європейського Союзу про основні права від 07.12.2000 // http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_524*
6. *Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині: Закон України від 17 листопада 2010 року// Відомості Верховної Ради України від. – 1999 – № 41. – Ст. 377.*

К. А. Антонюк
курсант Академії митної служби України,
Дніпропетровськ, Україна

ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ ІНСТИТУТУ ШЛЮБНОГО ДОГОВОРУ В ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

У більшості цивілізованих країн шлюбні договори вже давно стали нормою і це зовсім не заважає людям бути щасливими у шлюбі, разом з тим позбавляючи їх багатьох неприємних моментів при розлученні. Сьогодні така можливість є і в українських пар. Чи користуватись нею – особиста справа кожної сім'ї. Шлюбний контракт – не розкіш, а спосіб захисту, інструмент стабілізації шлюбу та гарантія цивілізованого розлучення.

Дана тема досліджена такими науковцями: М.В. Антокольською, О. С. Іоффе, З.В. Ромовською, Я.М. Шевченко та іншими вітчизняними і зарубіжними дослідниками [1].

В законодавство України поняття шлюбного договору увійшло у 1992 р, коли Кодекс Законів про сім'ю та шлюб було доповнено ст. 27-1, яка передбачала можливість за власним бажанням укладати угоду про вирішення питань життя сім'ї і передбачити майнові права й обов'язки членів подружжя. А 16 червня 1993 р. була затверджена постанова Кабінету міністрів України «Про порядок укладення шлюбного контракту», яка регулювала основні питання, пов'язані зі складанням даного документу. 1 січня 2004 року вступив в силу новий Сімейний Кодекс України, який по-новому розглядає та регулює питання сімейних відносин, ніж раніше діючий Кодекс. Взагалі, підходів до визначення шлюбного договору є безліч, найчастіше воно зустрічається як документований правочин, що укладається його учасниками (подружжям, або нареченими, що подали заяву до ДОРАЦСу) з приводу регулювання майнових прав та обов'язків. Шлюбний договір не регулює особисті відносини сторін, а також особисті відносини між ними і дітьми.

Порівнюючи українське законодавство, з законодавством Російської Федерації виявила певні аспекти. А саме, у шлюбному договорі може бути встановлена чинність цього документа або окремих його умов і після припинення шлюбу. У разі розірвання шлюбу умови шлюбного договору, не пов'язані з існуванням шлюбу, зберігають свою силу, наприклад, зобов'язання одного з подружжя щодо додаткового утримання дитини, зобов'язання одного з подружжя щодо виплати аліментів другому з подружжя, а також щодо умов користування житловим приміщенням, яке належить одному з подружжя. Умови ж шлюбного договору, безпосередньо пов'язані з існуванням шлюбу, припиняються. Це положення закріплене в ч. 3 ст. 43 Сімейного кодексу Російської Федерації. *(Действие брачного договора прекращается с момента прекращения брака, за исключением тех, которые предусмотрены брачным договором на период после прекращения брака).* Сімейний кодекс України цього не передбачає. Вважається, що положення про збереження окремих умов шлюбного договору після припинення шлюбу може бути застосоване лише тоді, коли про це безпосередньо йдеться у договорі. На мою думку, дана прогалина

повинна бути заповнена новою нормою. Тобто уточнення дії шлюбного договору у тій частині, яка стосується відносин після розірвання шлюбу.

Іншою пропозицією удосконалення законодавства є внесення ще ряду норм. На даний момент набули поширення фактичні шлюби. Тобто стосунки чоловіка та жінки, які проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою. Сьогодні відносини між чоловіком і жінкою можна називати фактичним шлюбом, коли, по-перше, пара проживає на одній території, по-друге, веде спільне господарство і, по-третє, не реєструє свої відносини в органах державної влади. Такі особи не мають права укладати шлюбний договір. Адже, це можуть зробити особи, які подали заяву в ДОРАЦСу, або перебувають у зареєстрованому шлюбі.

Для упорядкування відносин між фактичним подружжям, потрібно надати їм права для укладання контракту, який би захистив їх права та інтереси. Так, чоловік і жінка можуть укладати між собою угоду про поділ майна, яке знаходиться в їхній спільній власності, а також угоди про порядок володіння, користування, розпорядження таким майном та про поділ плодів і доходів від використання спільного майна**.** Тобто, я запропонувала б надати особам, що перебувають в фактичних шлюбних відносинах, не зареєстрованих в ДОРАЦСі, право укладати шлюбний контракт. Зокрема, в договорі може бути визначене право одного з учасників фактичних шлюбних відносин користуватися речами другого без заміни використаних речей; визначатися рівна участь фактичного чоловіка або дружини у витратах на оренду житлового приміщення для спільного проживання; зазначатися обов'язок учасника фактичного подружжя, який розірвав фактичні шлюбні відносини, виселитися з такого приміщення та обов'язок іншого звільнити першого від витрат з оплати житла. В договорі можна передбачити спільну часткову власність на придбання під час спільного проживання предметів домашнього вжитку та порядок їх поділу в разі припинення фактичного шлюбу [2].

Запропоновані зміни можуть привернути увагу українців, до укладання шлюбних договорів, а також удосконалити сімейне законодавство. Адже, шлюбний договір є специфічним порівняно з іншими цивільними правочинами, адже його сімейно-правовий аспект, полягає у його особливому суб'єктному складі та змісті.

Використані джерела:

1. *Антокольская М. В. Семейное право: учеб. – 2-е изд. перераб. и доп. / М. В. Антокольская М. В. – М.: Юристъ. – 2002. – С. 163-164*
2. *Жилинкова И. В. Брачный договор: монография / И. В. Жилинкова. – Х. : Ксилон, – 2005.*
3. *Жилінкова І.В. Шлюбний контракт та перспективи його розвитку // Право України. – 2000.– № 6. – С 108-112*
4. *Конституція України № 254к/96-вр від 28.06.1996// Відомості Верховної Ради. – 1996. – № 30.*

О. В. Бабій
здобувач кафедри міжнародного приватного права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ОСОБЛИВОСТІ РЕГУЛЮВАННЯ ОХОРОНИ КОНФІДЕНЦІЙНОЇ ІНФОРМАЦІЇ В КОРОЛІВСТВІ ІСПАНІЯ

З огляду на той факт, що конфіденційна інформація (нерозголошувана інформація, нерозкрита інформація) все частіше стає вагомим інструментом в конкурентній боротьбі, в той час як законодавство про конфіденційну інформацію, зокрема, комерційну таємницю досі не позбавлено ряду суперечностей, зростає інтерес до цього питання як з боку вітчизняних науковців, так і зарубіжних правників. Переважна більшість вітчизняних фахівців пов'язує подальший розвиток національного законодавства з процесами гармонізації та адаптації останнього до норм міжнародного права та європейських стандартів [2, 365; 1]

У рамках ЄС відсутній єдиний акт, який би забезпечував правову охорону конфіденційної інформації. Основою законодавства ЄС з охорони комерційної таємниці є Регламенти та Директиви ЄС, Угода про торгівельні аспекти права інтелектуальної власності (ТРІПС). Саме з приєднання до угоди ТРІПС розпочалася гармонізація законодавства держав-членів ЄС [3, 16]. Модельні положення про захист проти недобросовісної конкуренції, розроблені Всесвітньою організацією інтелектуальної власності в 1996 р. передбачають захист секретної інформації, яка тотожна поняттю «нерозкрита інформація» за Угодою ТРІПС. Окремі питання регулюються Регламентами ЄС (Регламент № 2321/2002 Європейського Парламенту та Ради від 16 грудня 2002 року про правила участі підприємств, дослідницьких центрів та університетів в реалізації Шостої рамкової програми (2002-2006) Європейської спільноти та розповсюдження результатів досліджень), Директиви ЄС (Директива 95/46/ЄС Європейського Парламенту і Ради від 24.10.1995 р. «Про захист фізичних осіб при обробці персональних даних і про вільне переміщення таких даних»; Директива 2000/31/ЄС Європейського парламенту та Ради від 8.06.200 р. «Про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема, електронної комерції, на внутрішньому ринку») та 89/196/ЄЕС, Євратом, ЄСБС: Рішення Комісії від 3 березня 1989 року, що визначає детальні правила з розсекречування документів, які охороняються професійною або бізнесовою таємницею [3, 370; 1].

У законодавстві Королівства Іспанія безпосередньо не знаходимо однозначного визначення поняття «конфіденційної інформації». Рішення Верховного Суду Королівства Іспанії від 12 травня 2008 року визначає комерційну таємницю як інформацію, розголошення якої негативно впливатиме на конкурентоздатність підприємства. Згідно зі статтею 39 Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності нерозголошуваною інформацією є така, що:

(a) є секретною у тому розумінні, що вона як єдине ціле або у точній сукупності та поєднанні її компонентів не є загальновідомою або доступною для осіб у колах, що звичайно мають справу з інформацією, про яку йдеться;

(b) має комерційну цінність через те, що вона є секретною;

(c) зберігається у секреті внаслідок вжиття за відповідних обставин певних заходів особою, яка законно здійснює контроль за цією інформацією.

Фізичні та юридичні особи повинні мати можливість перешкоджати тому, щоб інформація, яка законно знаходиться під їх контролем, розголошувалась, збиралась або використовувалась іншими особами без їхньої згоди у такий спосіб, який суперечить чесній комерційній практиці [4].

Угодою ТРІПС вимагається існування процедури захисту прав в порядку цивільного судочинства для припинення правопорушення права на комерційну таємницю, проте в законодавствами багатьох країн членів СОТ, і Королівство Іспанії не є виключенням, передбачено кримінальну відповідальність.

Іспанія ратифікувала Угоду ТРІПС (ісп. ADPIC) 30 грудня 1995 р.

На законодавство Іспанії справило значний влив законодавство Німеччини та Швейцарії. Прийняття Закону про недобросовісну конкуренцію відіграло значний вплив на іспанське законодавство, оскільки вперше була здійснена спроба комплексного врегулювання питань, пов’язаних з ефективним захистом від недобросовісної конкуренції, хоча досі не стихає полеміка серед науковців з приводу окремих питань.

Правовою системою Іспанії не передбачено єдиного акту для захисту комерційної таємниці. Подібно до Німеччини, захист комерційної таємниці в Іспанії здійснюється за Законом про недобросовісну конкуренцію, Кримінальним кодексом та трудовим законодавством.

Порушення комерційної таємниці розглядається іспанськими нормами права як факт недобросовісної конкуренції. Зокрема, відповідно до ст. 13 та 14 *Закону про недобросовісну конкуренцію* вважається незаконним розповсюдження та використання виробничої таємниці (ісп. secretos industriales) або комерційної таємниці (ісп. secretos empresariales), до якої особа, на яку покладений обов’язок охороняти зазначену інформацію, мала доступ на законних підставах [5]. Звичайно, є неправомірним розповсюдження та використання конфіденційної інформації, отриманої незаконно (шляхом шпіонажу чи підбурювання працівників, постачальників, клієнтів та інших осіб до порушення зобов’язань, взятих на себе за контрактом). Закон розділяє незаконне розголошення інформації задля отримання власної вигоди, на користь іншої особи чи з метою завдати шкоду особі, якій належить конфіденційна інформація. Слід зазначити, що не несуть відповідальність особи, які правомірно отримали інформацію та зберігають її конфіденційність.

Вважаються незаконними дії особи, яка у власних інтересах чи в інтересах третьої особи (шляхом обману або з наміром витіснити з ринку конкурента) скористалася порушенням іншою особою обов’язку не розголошувати інформацію.

Як вже зазначалося, за неправомірні дії щодо охоронюваної конфіденційної інформації передбачена кримінальна відповідальність. Так, за заволодіння будь-яким способом даними, електронними чи письмовими

документами, інформаційним забезпеченням чи іншою інформацією, яка становить комерційну таємницю, ст. 278 *Кримінального кодексу Іспанії* передбачене покарання у вигляді позбавлення волі від двох до чотирьох років та штрафу в розмірі від дванадцяти до двадцяти чотирьох місячних зарплат. Так само забороняється розповсюдження, видача або передача розкритої інформації третім особам. Під «видачею» розуміють повідомлення інформації визначеному колу осіб, на відміну від «розповсюдження». В ст. 279 зазначається, що особа, яка відповідно до закону чи на підставі договору зобов'язана охороняти комерційну таємницю, несе відповідальність за вищезазначені дії, якщо інформація була використана у власних інтересах. За ст. 280 є неправомірною поведінка особи, яка знала про незаконний характер розкриття інформації, навіть якщо вона сама безпосередньо не брала участі у її розкритті [6].

Трудовим законодавством встановлюється обов'язок працівника не сприяти неправомірній діяльності підприємця [7].

Аналізуючи опубліковану судову практику, можна сказати, що основними вимогами, що висуваються позивачами є вимоги щодо визнання права на конфіденційну інформацію, вимоги виплати компенсації за нанесені збитки та припинення неправомірних дій щодо комерційної таємниці.

Висновки. Взявши за основу європейські стандарти та спираючись на світовий досвід щодо встановлення режиму конфіденційної інформації, визначення складу відомостей, що охоплюються цим поняттям, та способів захисту охоронюваних інтересів, в Іспанії було прийнято ряд законів, покликаних надати комерційній таємниці належного та ефективного захисту та забезпечити розвиток цивілізованих комерційних відносин. Захист комерційної таємниці (конфіденційної інформації) за законодавством Іспанії є невід'ємною частиною захисту від недобросовісної конкуренції.

Використані джерела:

1. *Дідук А.Г. Європейські стандарти у сфері охорони конфіденційної інформації: комерційної таємниці і ноу-хау// Матеріали міжнародної науково-практичної конференції 23 травня 2009 р. [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.cip.in.ua/r16106/*
2. *Капіца Ю.М. Захист комерційної таємниці в Європейських країнах та Україні// Підприємство, господарство і право. – 2006 – № 11 – с. 16-19*
3. *Капіца Ю.М. Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавство України/ Ю.М. Капіца, С.К. Ступак, В.П. Воробйов та ін. Державний департамент адаптації законодавства, Центр інтелектуальної власності та передачі технологій НАН України. – К.: Слово, 2006 – с. 363-374*
4. *Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності від в редакції від 15.04.1994 [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=981_018*
5. *Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal // Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado/ http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-1991-628*
6. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal // Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado/ http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-1995-25444*

7. *Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores// Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado/http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/act.php?id=BOE-A-1995-7730*

А. А. Барікова
студентка юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПЕРЕРИВАННЯ ПОЗОВНОЇ ДАВНОСТІ НА ПІДСТАВІ ЧАСТИНИ 2 СТАТТІ 264 ЦК УКРАЇНИ

Актуальність теми дослідження обумовлена тим, що в контексті євроінтеграції питанню розуміння дискусійних аспектів переривання позовної давності у разі пред'явлення особою позову до одного із кількох боржників, а також якщо предметом позову є лише частина вимоги, право на яку має позивач, не присвячено достатньої уваги вченими-цивілістами.

О.С. Іоффе у своєму підручнику з радянського цивільного права визначав: «...Давність переривається в день пред'явлення позову, а відновлює свій перебіг з моменту завершення судово-арбітражного провадження у справі, непов'язаного з вирішенням порушеного спору... Отже, при поданні позову переривання позовної давності настає відразу ж у момент його пред'явлення, але чи відновиться перебіг строку давності в той же момент чи пізніше, це залежить від того, співпаде чи не співпаде день пред'явлення позову з днем завершення провадження у справі в суді або арбітражі» [3, с. 338–339]. І. Б. Новицький у 1954 р. у своїй праці «Угоди. Позовна давність» стверджував таке: «У переважній більшості випадків, коли процес проходить нормально і закінчується судовим рішенням, не доводиться у пред'явленні позову вбачати переривання давності, тому що до цих випадків не застосовується положення ст. 51 ЦК про те, що після переривання позовна давність починається знову. Судове рішення дає певну відповідь на вимогу позивача, внаслідок чого для позивача відпадає і потреба, і можливість пред'явлення знову позову, а разом з тим відпадає і питання про позовну давність взагалі» [4, с. 90].

Так, згідно з ч. 2 ст. 264 ЦК України, позовна давність переривається у разі пред'явлення особою позову до одного із кількох боржників, а також якщо предметом позову є лише частина вимоги, право на яку має позивач. Ця норма не містить загального правила про те, що пред'явлення позову у встановленому порядку перериває позовну давність. Тому цілком закономірно виникає питання: а чи буде перериватися позовна давність у випадку пред'явлення позову не до «одного з кількох», а тільки до «одного» боржника, а також у випадку, якщо позов пред'являється на повну суму вимоги, а не тільки на її частину? Зрозуміло, що здоровий глузд разом з телеологічним тлумаченням дають усі підстави

відповісти на поставлені питання ствердно, однак очевидним при цьому залишається той факт, що норма, яка існувала в ч. 1 ст. 79 ЦК УРСР і яка була абсолютно необхідною, виявилася незастосованою розробниками нового ЦК України. Водночас багато авторів, які написали останнім часом коментарі до норми ч. 2 ст. 264 ЦК України, за інерцією пишуть спочатку про те, що переривання позовної давності має місце у випадках пред'явлення позову з вимогою про погашення боргу або виконання іншого обов'язку, після чого додають, що якщо боржників за вимогою, пред'явленою в суді, декілька, позовна давність переривається пред'явленням позову хоча б до одного з них [1, с. 641].

До речі, доказом того, що проблема дійсно має місце, є стаття Дмитра Михайленка «Позовна давність у чинному ЦК. Проблеми переривання позовної давності при поданні позовної заяви» («ЮП» – №46 (360) від 16.11.2004 р.). У ній автор робить висновок про те, що за новим ЦК України «подання позову до суду у найпростішому випадку – до одного-єдиного боржника на весь обсяг вимог – більше не тягне за собою переривання строку позовної давності». При цьому така «зміна» законодавцем регулювання переривання позовної давності, на думку пана Михайленка, «дуже правильна, що розкривається в аспекті призначення строку позовної давності». Але ж формулювання відповідної норми є не «зміною», а очевидним недоглядом законодавця, який з вищеназваних міркувань складно назвати правильним.

Для розв'язання подібних суперечностей можна було б звернутися, наприклад, до Конвенції про позовну давність в міжнародній купівлі-продажі товарів, ратифікованої постановою Верховної Ради України від І4 липня 1993 р. № 3382-XII, то в нормі п. 1 ст. 18 наведено таке правило: «Якщо провадження з розгляду спору порушено щодо одного боржника, перебіг строку позовної давності, передбаченого цією Конвенцією, переривається стосовно будь-якої іншої сторони, яка несе солідарну відповідальність з боржником, за умови, що кредитор у межах зазначеного строку в письмовій формі повідомить цю сторону про порушення провадження» [2, с. 520]. Подібне правило можна знайти також у нормі ст. 2900 ЦК Квебеку (розділ 3 «Про переривання давності», титул 1, книга 8), відповідно до якої переривання стосовно одного з кредиторів або боржників солідарного або неподільного зобов'язання має силу й щодо інших з них.

Водночас, на підставі ч. 2 ст. 264 ЦК України, позовна давність переривається у випадку пред'явлення кредитором позову до одного з кількох боржників, що несуть солідарну відповідальність. У даному випадку переривання позовної давності відбувається в момент пред'явлення позову, водночас нова давність починає свій перебіг наступного дня після такого пред'явлення. Для усунення недоліків цієї норми необхідно передбачити як умову переривання позовної давності необхідність письмового повідомлення солідарних боржників, що не беруть участь у справі, про факт пред'явлення позову до одного з них. Відповідно до ч. 2 ст. 264 ЦК України позовна давність переривається на повну суму вимоги, яку має кредитор до боржника, навіть якщо предметом позову виступає тільки частина такої вимоги. Так, у разі пред'явлення «часткового» позову позовна давність перериватиметься у такий самий спосіб, як і у випадку, коли б кредитор заявив у позові до стягнення повну

суму своєї вимоги. При цьому дане правило не означає, що позовна давність переривається при поданні позову тільки на ту частину вимоги, щодо стягнення якої поставлено вимогу в такому частковому позові – спеціальний, уточнюючий характер, спрямований захистити інтереси кредитора при поетапному стягненні боргу. Окрім цього, переривання позовної давності за фактом пред'явлення так званого «часткового позову» може бути застосоване тільки до вимог, що випливають з подільних зобов'язань. Так, зараз у якості застосовного до аналізованої норми варіанта можна назвати пред'явлення позовів про стягнення коштів з тих або інших підстав. Тому поза сферою дії даної норми виявляються численні різновиди позовів немайнового характеру (наприклад, про «часткове» виселення).

Отже, це питання знайшло деяке відображення в сучасних наукових концепціях, на законодавчому рівні, але проблема досі залишається не до кінця розкритою, що й зумовлює необхідність проведення подальших досліджень з даної тематики.

Використані джерела:

1. *Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: [у 4 т.] / А.Г. Ярема, В.Я. Карабань, В.В. Кривенко, В.Г. Ротань. – Т. 1. – К. : А.С.К.; Севастополь: Ін-т юрид. дослідж., 2004.*
2. *Конвенція про позовну давність в міжнародній купівлі-продажі товарів / Зібрання чинних міжнародних договорів України. – 2004. – № 4. – Книга 1. – Ст. 872.*
3. *О.С. Иоффе. Советское гражданское право. – М., 1967.*
4. *И.Б. Новицкий. Сделки. Исковая давность. – М., 1954.*

М. Б. Бейлик

асистент кафедри трудового, земельного та господарського права
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ СТ. 35 ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ІПОТЕКУ» ПРИ ЗВЕРНЕННІ СТЯГНЕННЯ НА ПРЕДМЕТ ІПОТЕКИ В СУДОВОМУ ПОРЯДКУ

Відповідно до ч. 1 ст. 35 Закону України «Про іпотеку» [2] (далі – ЗУ «Про іпотеку») зазначається, що разі порушення основного зобов'язання та/або умов іпотечного договору іпотекодержатель надсилає іпотекодавцю та боржнику, якщо він є відмінним від іпотекодавця, письмову вимогу про усунення порушення. В цьому документі зазначається стислий зміст порушених зобов'язань, вимога про виконання порушеного зобов'язання у не менш ніж тридцятиденний строк та попередження про звернення стягнення на предмет іпотеки у разі невиконання цієї вимоги. Якщо протягом встановленого строку вимога іпотекодержателя залишається без задоволення, іпотекодержатель вправі

прийняти рішення про звернення стягнення на предмет іпотеки відповідно до цього Закону (ч. 1 ст. 35 в редакції від 07.07.2011 р.).

В ч. 2 ст. 35 ЗУ «Про іпотеку» вказується, що положення частини першої цієї статті не є перешкодою для реалізації права іпотекодержателя звернутись у будь-який час за захистом своїх порушених прав до суду у встановленому законом порядку.

Таким чином, з вищевказаних норм випливає, що право на звернення стягнення на предмет іпотеки у іпотекодержателя виникає після того, як його письмова вимога до іпотекодавця та боржника залишається без задоволення. Не дотримавшись процедури передбаченої ч. 1 ст. 35 ЗУ «Про іпотеку» іпотеко держатель не вправі приймати рішення про звернення стягнення на предмет іпотеки в судовому чи позасудовому порядку, а має право звернутися до суду лише щодо стягнення заборгованості з боржника, що виникла за кредитним договором, що забезпечений іпотекою.

Щодо права іпотекодержателя на звернення стягнення на предмет іпотеки в судовому порядку без дотримання процедури передбаченої ч. 1 ст. 35 ЗУ «Про іпотеку» у науковців та практиків існують різні думки.

Одні вважають, що відповідно до ч. 2 ст. 35 ЗУ «Про іпотеку» іпотекодержатель має право без дотримання вимог передбачених ч. 1 ст. 35 ЗУ «Про іпотеку» вимагати звернення стягнення на предмет іпотеки в судовому порядку в будь-який час без повідомлення про це боржника (іпотекодавця) лише за наявності самого факту порушення забезпеченого іпотекою зобов’язання [6, с. 98]. Даної позиції також притримуються представники банківських установ.

Інші вважають, що дотримання процедури передбаченої ч. 1 ст. 35 ЗУ «Про іпотеку» є обов’язковою, а звернення до суду з вимогою про звернення стягнення на предмет іпотеки без дотримання вищевказаної процедури є передчасним. Даної позиції також притримується Верховний Суд України, який в своїх узагальненнях судової практики розгляду цивільних справ, що виникають з кредитних правовідносин зазначив, що: «Вирішуючи спори цієї категорії, суду принципово необхідно встановити факт невиконання або неналежного виконання основного зобов’язання, лише за цієї умови суд й має право звернути стягнення на предмет іпотеки/застави. Відповідно до положень статей 33, 35 Закону № 898-IV, згідно з якими у разі порушення основного зобов’язання та/або умов іпотечного договору іпотекодержатель надсилає іпотекодавцю та боржнику, якщо він є відмінним від іпотекодавця, письмову вимогу про усунення порушення у не менш ніж тридцятиденний строк. У такому документі зазначається стислий зміст порушених зобов’язань та попередження про звернення стягнення на предмет іпотеки у разі невиконання цієї вимоги. Якщо протягом встановленого строку вимога іпотекодержателя залишається без задоволення, іпотекодержатель вправі розпочати звернення стягнення на предмет іпотеки відповідно до цього Закону. Недотримання зазначених правил є перешкодою для звернення стягнення на предмет іпотеки, але не перешкоджає зверненню з позовом до боржника про виконання забезпеченого іпотекою зобов’язання відповідно до ч. 2 ст. 35 Закону № 898-IV. Отже, у випадках, коли з матеріалів справи вбачається, що письмова вимога, передбачена ст. 35 Закону № 898-IV банком іпотекодавцю та/або боржнику не направлялася, то позов про

звернення стягнення на предмет іпотеки є передчасним, в його задоволенні може бути відмовлено. Тобто недотримання іпотекодержателем процедури звернення стягнення на предмет іпотеки є однією з підстав для відмови в позові» [5].

16.10.2011 р. набули чинності зімни, що були внесені в ч.1 ст. 35 ЗУ «Про іпотеку» на підставі Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг» від 22.09.2011 р. [3].

З урахуванням змін ч. 1 ст. 35 ЗУ «Про іпотеку» викладена в наступній редакції: «У разі порушення основного зобов'язання та/або умов іпотечного договору іпотекодержатель надсилає іпотекодавцю та боржнику, якщо він є відмінним від іпотекодавця, письмову вимогу про усунення порушення. В цьому документі зазначається стислий зміст порушених зобов'язань, вимога про виконання порушеного зобов'язання у не менш ніж тридцятиденний строк та попередження про звернення стягнення на предмет іпотеки у разі невиконання цієї вимоги. Якщо протягом встановленого строку вимога іпотекодержателя залишається без задоволення, іпотекодержатель вправі прийняти рішення про звернення стягнення на предмет іпотеки шляхом позасудового врегулювання на підставі договору».

Отже, законодавець чітко встановив, що до правовідносин, що будуть виникати при зверненні стягнення на предмет іпотеки в судовому порядку за договорами укладеними після 16.10.2011 р., не потрібно іпотекодержателю дотримуватись процедури передбаченої ч. 1 ст. 35 ЗУ «Про іпотеку», оскільки її дотримання є обов'язковим при зверненні стягнення на предмет іпотеки в позасудовому порядку.

Підсумовуючи вищевикладене, керуючись ст. 58 Конституції України [1] можна зробити висновок, що до правовідносин, що виникли за договорами іпотеки укладеними до 16.10.2011 р. додержання процедури передбаченої ч. 1 ст. 35 ЗУ «Про іпотеку» (в редакції від 07.07.2011 р.) є обов'язковою для іпотекодержателя для прийняття рішення про звернення стягнення на предмет іпотеки в судовому порядку. Недотримання цієї процедури може бути однією з підстав для відмови в задоволенні відповідного позову, оскільки такий позов буде вважатися передчасним. Щодо звернення стягнення на предмет іпотеки в судовому порядку за договорами укладеними після 16.10.2011 р., з урахуванням змін до ч. 1 ст. 35 ЗУ «Про іпотеку», то іпотекодержатель вправі вимагати звернення стягнення на предмет іпотеки в судовому порядку в будь-який час без повідомлення про це боржника (іпотекодавця) лише за наявності самого факту порушення забезпеченого іпотекою зобов'язання.

Використані джерела:

1. *Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, N 30, ст. 141.*
2. *Закон України «Про іпотеку» 5 червня 2003 року N 898-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2003, N 38, ст.313.*
3. *Закон України Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг» від 22.09.2011 р.*

4. *Рішення Конституційного Суду України в справі N 1-7/99 від 09.02.1999 р. за конституційним зверненням Національного банку України щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 58 Конституції України (справа про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів).*
5. *Судова практика розгляду цивільних справ, що виникають з кредитних правовідносин. Узагальнення підготовлене суддею Верховного Суду України Д.Д. ЛУСПЕНИКОМ та головним консультантом відділу узагальнення судової практики управління вивчення та узагальнення судової практики З.П. МЕЛЬНИК, к.ю.н., затверджене суддями Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України.//www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf /0/F7B77DDB0B200007C22577F200512993.*
6. *В.І. Кухар, В.В. Афанасьєв, С.В. Томчишен Застава об'єктів нерухомого майна (іпотека): звернення стягнення на предмет іпотеки і способи захисту прав та інтересів іпотеко держателя (проблеми теорії та практики) // Актуальні питання цивільного та господарського права. 2010. № 1 (20).*

К. І. Березовська
аспірантка економіко-правового факультету
Одеського національного університету імені І. І. Мечникова,
Одеса, Україна

ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ У СФЕРІ МІЖДЕРЖАВНОГО УСИНОВЛЕННЯ

Відповідно до Сімейного кодексу України до загальних засад регулювання сімейних відносин належать, зокрема такі: забезпечення дитини можливістю здійснення її прав, установлених Конституцією України, Конвенцією про права дитини, іншими міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Вже декілька разів суб'єктами законодавчої ініціативи робилися спроби прийняти законопроекти щодо приєднання України до Конвенції ООН про захист дітей та співробітництво в галузі міждержавного усиновлення від 29 травня 1993 р. (далі – Конвенція) [1]. За останні три роки було зареєстровано два Проекти Закону про приєднання України до Конвенції про захист дітей та співробітництво з питань міждержавного усиновлення і три Проекти Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з приєднанням України до Конвенції про захист дітей та співробітництво з питань міждержавного усиновлення. Однак положення Конвенції викликають зауваження і недаремно зазначені проекти законів було повернуто на доопрацювання [2].

Головним зауваженням є те, що ст. 10-13 та інші статті Конвенції передбачає діяльність організацій-посередників, які займаються усиновленням на території держав-учасниць Конвенції. Це суперечить ст. 216 СК України, яка

встановлює заборону посередницької, комерційної діяльності щодо усиновлення дітей.

На нашу думку, зарано допускати ратифікацію цієї Конвенції Україною, оскільки не розроблено механізму її дії. Наприклад, існуючі законопроекти не містять будь-яких пропозицій щодо встановлення правил діяльності посередницьких організацій, щодо перегляду норм, що визначають відповідальність за здійснення посередницької діяльності у сфері усиновлення (удочеріння) дитини.

Натомість Конвенція про захист дітей та співробітництво в галузі міждержавного усиновлення передбачає діяльність організацій-посередників, які займаються усиновленням на території держав-учасниць Конвенції, що створить ще більше умов для зловживань в сфері усиновлення, перетворивши дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, на товар.

У разі ж ратифікації Україною Конвенції про захист дітей та співробітництво в галузі міждержавного усиновлення, маємо сміливість рекомендувати законодавцю ратифікувати водночас Міжнародну конвенцію ООН про захист усіх осіб від насильницьких зникнень від 20 грудня 2006 р.[3], ч.4 ст. 25 якої з метою найліпшого забезпечення інтересів дітей, а також їхнього права на збереження та відновлення їхньої особистості, зокрема громадянства, прізвища та сімейних зв'язків, що визнаються законом, у тих державах-учасницях, які визнають систему всиновлення чи іншу форму передачі дітей під опіку, передбачають необхідність існування правових процедур, що дозволяють переглядати процедуру всиновлення або передачі дітей під опіку, та, за необхідності, визнавати недійсним будь-який акт усиновлення чи передачі під опіку, що мав місце в результаті насильницького зникнення.

Крім цього, вважаємо, що незалежно від ратифікації Україною Конвенції про захист дітей та співробітництво в галузі міждержавного усиновлення, необхідно укладати міжнародні договори про співробітництво в сфері усиновлення. Так, наприклад, чинить Росія, яка уклала і ратифікувала такий договір з Італією, уклала такий договір з США, який зараз проходить процес ратифікації.

І наостанок. Неважко спрогнозувати, що ігнорування наведених нами проблемних питань ратифікації Конвенції ООН про захист дітей та співробітництво в галузі міждержавного усиновлення від 29 травня 1993 р. зумовить багато зловживань у сфері усиновлення, перетворивши дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, на товар.

Використані джерела:

1. *Конвенція про захист дітей та співробітництво в галузі міждержавного усиновлення від 29.05.1993 р. [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховної Ради України. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_365*
2. *Результати пошуку законопроектів, зареєстрованих Верховною Радою України [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховної Ради України. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc2_5_1_J ?ses=10007&num_s=2&num=&date1=&date2=&name_zp=%EC%B3%E6%E4%E*

5%F0%E6%E0%E2%ED%EE%E3%EE+%F3%F1%E8%ED%EE%E2%EB%E5%ED%ED%FF+&out_type=&id=)

3. *Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень : ООН; Конвенція, Міжнародний документ від 20.12.2006 р. [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховної Ради України. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_h91*

Ю. В. Білоусов
кандидат юридичних наук, доцент,
професор кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління та права
Хмельницький, Україна

ЗАЛИШЕННЯ ПОЗОВУ БЕЗ РОЗГЛЯДУ У СУДІ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ЧИ КАСАЦІЙНОЇ ІНСТАНЦІЙ ЗА ЗАЯВОЮ ПОЗИВАЧА

Нова редакція ЦПК України розширила перелік підстав для залишення заяви без розгляду шляхом додавання такої підстави, як подання заяви про залишення позову без розгляду (п. 5 ч. 1 ст. 207). Водночас при визначенні правового статусу позивача (ст.ст. 27, 31 ЦПК України) не згадується про таке повноваження позивача, обмежуючись таким розпорядчим правом, як відмова від позову. Таким чином позивача фактично наділено додатковими спеціальними правами, яких не передбачено відповідними нормами загальної частини ЦПК України.

Із самого запровадження цієї норми науковцями й практиками прогнозувалась можливість використання такого права позивача, у тому числі усупереч інтересам завдань цивільного судочинства. В. М. Кравчук та О. І. Угриновська справедливо відзначають, що «подання заяви про залишення заяви без розгляду є розумною альтернативою програму справи» [1, с. 579], Г. В. Чурпіта – «це право може бути використано стороною як процесуальний засіб впливу на відповідача» [2, с. 452].

Залишення заяви без розгляду застосовується у ряді статей ЦПК України: ч. 3 ст. 46 – у разі небажання особи, яка має цивільну дієздатність та в інтересах якої подано заяву до суду, підтримувати заявлені вимоги; ст. 82 – у разі несплати судових витрат; ч. 2 ст. 72, ч. 2 ст. 105-1, ч. 3 ст. 199 – у разі подання документів після закінчення встановлених строків; ст. 130 – у разі укладення сторонами договору про передачу спору на вирішення третейського суду; ч. 6 ст. 235, ч. 4 ст. 256 – у разі виявлення спору про право у справах окремого провадження; ч. 6 ст. 255 – у разі відкликання заяви про усиновлення після ухвалення рішення про усиновлення та ін. Однак основний перелік підстав передбачено у ст. 207 ЦПК України.

Отож, залишення заяви без розгляду розглядається як форма завершення цивільного процесу по справі без ухвалення рішення, зважаючи на наявність обставин, які здебільшого свідчать про порушення процесуального порядку

звернення до суду або є наслідком поведінки позивача, яка може мати ознаки неправомірної та/або недобросовісної.

Зальним наслідком залишення заяви без розгляду – припинення провадження у справі без позбавлення заінтересованої особи (позивача) подати тотожний позов (до тієї ж особи, з того ж самого предмета, з тих же самих підстав) у загальному порядку (умовно сформулювати «почати все спочатку»).

У ст.ст. 310, 340 ЦПК України щодо апеляційного та касаційного провадження відповідно встановлено, що судове рішення підлягає скасуванню із закриттям провадження у справі або залишенням заяви без розгляду з підстав, визначених ст.ст. 205 і 207 ЦПК України. Відтак виникає питання, чи вправі позивач подати заяву про залишення позову без розгляду під час розгляду справи у суді апеляційної чи касаційної інстанцій.

З буквального тлумачення цих норм однозначно не можна зробити висновок, чи мова йде лише про випадки подання заяви про залишення позову без розгляду у суді першої інстанції, чи ця норма передбачає можливість подання заяви про залишення заяви без розгляду у суді апеляційної або касаційної інстанцій. Однозначної відповіді процесуальний закон не дає ще й тому, що ЦПК України не закріплює цього права при визначенні цивільного процесуального статусу позивача. Не визначено законом й процесуального порядку здійснення такого права (строки, умови, порядок, межі й обмеження).

До того ж ЦПК України не встановлює порядку здійснення цього права ні у суді першої, ні у суді апеляційної чи касаційної інстанцій. Спеціальний порядок здійснення розпорядчих прав сторін визначено лише щодо права на відмову від позову та укладення мирової угоди в судах апеляційної та касаційної інстанції (ст.ст. 306, 334 ЦПК України).

Для того, щоб зробити відповідь на це питання необхідно проаналізувати положення процесуального законодавства у своєму взаємозв’язку, із визначенням цільових установок, враховуючи положення інших актів законодавства, у тому числі Конституції України.

Цивільний процесуальний кодекс містить багато способів використання та пояснення категорії «**розгляд**», водночас щодо розгляду справи доцільно звернути увагу на те, що відповідно до ч. 8 ст. 193 ЦПК України «Судові дебати» вказується на те, що під час судових дебатів не можна подавати нові докази, заяву про залишення **позову без розгляду**, збільшувати або зменшувати розмір позовних вимог. Це може свідчити про те, що розгляд позову вже завершено. Додатково відповідно до ч. 4 ст. 195 ЦПК України «Вихід суду для ухвалення рішення» після закінчення **поновленого розгляду** справи суд залежно від його результатів відкриває судові дебати з приводу додатково досліджених обставин і виходить до нарадчої кімнати для ухвалення рішення або, якщо вчинення необхідних процесуальних дій у даному судовому засіданні виявилося неможливим, постановляє ухвалу про відкладення розгляду справи чи оголошує перерву. Відтак момент переходу до судових дебатів є правоприпиняючим фактом, з наявністю якого припиняється можливість здійснення права на подання заяви про залишення позову без розгляду.

Застосовуючи буквальне тлумачення положень ЦПК України про апеляційне та касаційне провадження, можна припустити, що у суді апеляційної

та касаційної інстанції не здійснюється розгляд позову, а здійснюється розгляд апеляційної чи касаційної скарги відповідно. Про це свідчать ст. 297 «Порядок прийняття **апеляційної скарги до розгляду**», ст. 303-1 «Строк **розгляду апеляційної скарги**», ст. 318 «Порядок **розгляду апеляційної скарги**, що надійшла до апеляційного суду після закінчення апеляційного розгляду справи», ст. 330-1 «Строки **розгляду касаційної скарги**». Відповідно до ч. 1 ст. 307 ЦПК апеляційний суд наділяється відповідними повноваженнями за наслідками **розгляду апеляційної скарги** на рішення суду першої інстанції. Відповідно до ч. 1 ст. 336 ЦПК України суд касаційної інстанції наділяється відповідними повноваженнями за наслідками **розгляду касаційної скарги** на рішення.

Суд апеляційної інстанції може використати повноваження щодо залишення позову без розгляду у тому випадку, коли судом скасовано рішення суду першої інстанції і суд приступив до нового розгляду справи («як суд першої інстанції»).

Додаткового слід враховувати положення, що відповідно до ч. 5 ст. 124 Конституції України судові рішення ухвалюються судами іменем України і є обов'язковими до виконання на всій території України. Розуміння та застосування цієї норми уточнено у законодавстві про судоустрій та процесуальному законодавстві. Так, згідно із ст. 13 Закону України «Про судоустрій та статус суддів», ст. 14 ЦПК України судові рішення, що набрали законної сили, є обов'язковими до виконання усіма органами державної влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими та службовими особами, фізичними і юридичними особами та їх об'єднаннями на всій території України, а у випадках, встановлених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, – і за її межами.

З цього слідує, що рішення суду, які набрали законної сили, є обов'язковими у тому числі й для самого позивача, відтак підставою для касаційного оскарження та, відповідно, скасування судового рішення є лише неправильне застосування судом норм матеріального права та/або порушення норм процесуального права, яке мало місце у суді першої чи апеляційної інстанцій.

Відтак розуміти залишення позову без розгляду як диспозитивне право позивача, яке дозволяє переглянути ухвалене рішення по справі, зокрема таке, що набрало законної сили, не має належних обґрунтованих підстав.

Суду слід враховувати положення ч. 3 ст. 27 ЦПК України, згідно з якими особи, які беруть участь у справі, зобов'язані добросовісно здійснювати свої процесуальні права і виконувати процесуальні обов'язки. Відтак у разі виявлення того, що позивач подав «удавану» апеляційну чи касаційну скаргу, приховуючи бажання скасувати судове рішення, зміст якого не відповідає його процесуальній заінтересованості, суд повинен на це належним чином реагувати. Зважаючи на відсутність загальних чи конкретних норм щодо запобігання зловживанням процесуальними правами, доцільним є використання аналогії права, а саме ч. 3 ст. 16 Цивільного кодексу України, відповідно до якої суд може відмовити у захисті цивільного права та інтересу особи в разі порушення нею положень ч.ч. 2–5 ст. 13 «Межі здійснення цивільних прав» Цивільного кодексу України.

Скасування суду першої інстанції судом апеляційної чи касаційної інстанцій з підстав, які не оспорюють його законність та обґрунтованість, можуть мати лише екстраординарний характер, оскільки можуть призводити до скасування законного та обґрунтованого рішення. Це, у свою чергу, може негативно впливати на утвердження авторитету суду та правозастосовну практику.

Нормативно завдання апеляційного чи касаційного оскарження не визначено, відтак його тлумачення здійснюється виключно доктринально, що наразі не виступає джерелом права в Україні. Відповідно до ст. 1 ЦПК України завданнями цивільного судочинства в цілому є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Відтак виходячи із телеологічного значення цивільного судочинства скасування законного та обґрунтованого рішення суду за заявою позивача, який прагне лише скасування судового рішення та припинення цивільного процесу по справі є таким, що суперечить завданням цивільного судочинства

Застосування положень ст.ст. 310, 340 ЦПК України про повноваження судів апеляційної чи касаційної інстанцій щодо закриття провадження у справі чи залишення заяви без розгляду у суді апеляційної чи касаційної інстанцій є виправданим у тих випадках, коли підстави для залишення заяви без розгляду чи закриття провадження у справі існували на момент ухвалення рішення суду, яке переглядається. Відтак незастосування відповідної підстави вплинуло на саме рішення, яке може бути незаконним та/або необґрунтованим.

Подання заяви про залишення позову без розгляду свідчить про нову обставину, яка не може вплинути на законне та обґрунтоване рішення, оскільки не тільки не свідчить про розпорядження своїми матеріальними правами, а свідчить лише про відмову особи від розгляду справи судом у даному судовому провадженні. Такі дії позивача можуть мати ознаки зловживання правом з метою скасування судового рішення, яке не відповідає процесуальному інтересу позивача.

У цьому відношенні достатньо ілюстративним є слова С. Я. Фурси, Є. І. Фурси при коментуванні ст. 207 ЦПК України щодо права на подання заяви про залишення позову без розгляду: «це вільне волевиявлення позивача, та, оскільки позов **фактично не розглядався** (виділено нами – *Ю. Б.*) судом, тому можливе повторне звернення до суду» [3, с. 545].

Загалом інститут залишення заяви без розгляду за заявою позивача про залишення позову без розгляду, на наш погляд, є неприйнятним і таким, що шкодить інтересам становленням ефективного та своєчасного судового захисту, авторитету суду, теорії цивільного процесу.

Найкращим виходом із ситуації є вилучення із ст. 207 ЦПК України п. 5 ч. 1 для унеможливлення зловживанням процесуальними правами на звернення до суду. Виключення відповідної підстави з тексту ст. 207 ЦПК України не свідчитиме про обмеження прав учасників цивільного процесу, оскільки існує можливість позивача звернутися до суду із заявою про відмову від позову.

Використані джерела:

1. *Кравчук, В. М. Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України / В. М. Кравчук, О. І. Угриновська. – К. : Істина, 2006. – 944 с.*
2. *Цивільний процесуальний кодекс України : Науково-практичний коментар / [С. С. Бичкова, Ю. В. Білоусов та ін.] ; за заг. ред. С. С. Бичкової. – К. : Атіка, 2008. – 840 с.*
3. *Цивільний процесуальний кодекс України : Науково-практичний коментар : [у 2 т.] / за заг. ред. С. Я. Фурси. – К. : Видавець Фурса С. Я. : КНТ, 2006. – Том 1. – 912 с.*

В. В. Боднар
помічник судді Вищого господарського суду України,
Київ, Україна

ПЕРЕВАЖНІ ПРАВА АКЦІОНЕРІВ-ВЛАСНИКІВ ПРИВІЛЕЙОВАНИХ АКЦІЙ

Серед переважних прав суб’єктів цивільних правовідносин особливе місце посідають переважні права акціонерів-власників привілейованих акцій, правовому регулюванню реалізації яких присвячені, зокрема, ст.ст. 26, 27, 31 Закону України від 17 вересня 2008 р. «Про акціонерні товариства» (далі – Закон про АТ).

Головна відмінність цих переважних прав від інших переважних прав у цивільному праві полягає в тому, що переважні права акціонерів-власників привілейованих акцій є похідними від корпоративних прав.

У Законі про АТ відсутня спеціальна стаття, яка б чітко визначала перелік *переважних прав* акціонерів-власників привілейованих акцій. В ст. 26 Закону про АТ йдеться про права акціонерів-власників привілейованих акцій, які включають як переважні, так і інші права зазначених акціонерів.

Оскільки сукупність прав, які надаються акціонеру-власнику привілейованих акцій, залежить від класу акцій, обсяг таких прав визначається у статуті акціонерного товариства (далі – АТ). Зокрема, до переважних прав акціонерів-власників привілейованих акцій, що визначаються у статуті товариства, слід віднести:

а) *визначення розміру дивідендів*, виплата яких здійснюється з чистого прибутку звітного року та/або нерозподіленого прибутку відповідно до статуту акціонерного товариства у строк, що не перевищує шість місяців після закінчення звітного року.

У разі відсутності або недостатності чистого прибутку звітного року та/або нерозподіленого прибутку минулих років виплата дивідендів за привілейованими акціями здійснюється за рахунок резервного капіталу товариства або спеціального фонду для виплати дивідендів за привілейованими акціями (ч. 2 ст. 30 Закону про АТ).

Випадки, коли АТ не має права приймати рішення про виплату дивідендів та здійснювати виплату дивідендів за привілейованими акціями, встановлені ч. 3 ст. 31 Закону про АТ (у ч. 3 ст. 26 зроблено помилкове посилання на ч. 2 ст. 31 Закону про АТ, що викликає потребу у внесенні відповідних змін до ч. 3 ст. 26 Закону про АТ. – В.Б.).

Особливістю реалізації переважного права акціонерів-власників привілейованих акцій на отримання дивідендів обумовлено спосіб і форму визначення дивідендів. Так, згідно з ч. 3 ст. 30 Закону про АТ рішення про виплату дивідендів та їх розмір за простими акціями приймається загальними зборами акціонерного товариства, тоді як розмір дивідендів за привілейованими акціями всіх класів визначається у статуті акціонерного товариства (п. 6 ч. 2 ст. 13 Закону про АТ);

б) *встановлення черговості виплати дивідендів* у разі розміщення кількох класів привілейованих акцій;

в) *визначення розміру ліквідаційної вартості*. Ліквідаційна вартість привілейованої акції певного класу – це сума коштів, яка належатиме власнику такої акції під час ліквідації акціонерного товариства;

г) *встановлення черговості виплат у разі ліквідації товариства*.

Встановлення у статуті товариства черговості виплати дивідендів і черговості виплат у разі ліквідації товариства свідчить про те, що переважні права акціонерів-власників привілейованих акцій існують не лише у відносинах між ними і акціонерами-власниками простих акцій, але і у відносинах між самими акціонерами-власниками привілейованих акцій різного класу.

Такий висновок підтверджується:

- нормою абз. 2 ч. 3 ст. 31 Закону про АТ, згідно з якою товариство не має права здійснювати виплату дивідендів за привілейованими акціями певного класу до виплати поточних дивідендів за привілейованими акціями, власники яких мають перевагу щодо черговості отримання дивідендів;

- нормою абз. 2 ч. 2 ст. 89 Закону про АТ, згідно з якою у разі розміщення товариством кількох класів привілейованих акцій черговість розподілу майна між акціонерами-власниками кожного класу привілейованих акцій визначається статутом товариства;

д) *можливість конвертації привілейованих акцій* одного класу у привілейовані акції іншого класу, прості акції або інші цінні папери (наприклад, облігації підприємства). Прості акції згідно з ч. 4 ст. 20 Закону про АТ не підлягають конвертації у привілейовані акції або інші цінні папери акціонерного товариства.

Відомості про умови та порядок конвертації привілейованих акцій певного класу у прості акції товариства чи у привілейовані акції іншого класу у разі розміщення привілейованих акцій мають міститися у статуті товариства (п. 7 ч. 2 ст. 13 Закону про АТ).

Ще одним переважним правом акціонерів-власників привілейованих акції є встановлене ст. 27 Закону про АТ *право при додатковій емісії акцій*. Воно полягає у праві придбавати розміщувані товариством привілейовані акції цього або іншого класу, якщо акції такого класу надають їх власникам перевагу щодо черговості отримання дивідендів чи виплат у разі ліквідації товариства,

пропорційно частці належних акціонеру привілейованих акцій певного класу у загальній кількості привілейованих акцій цього класу.

Переважне право надається акціонеру – власнику привілейованих акцій у процесі приватного розміщення товариством привілейованих акцій, якщо це передбачено статутом акціонерного товариства.

Відповідно до п. 4 ч. 2 ст. 26 Закону про АТ у статуті акціонерного товариства, зокрема, визначається *порядок отримання інформації* акціонерами-власниками привілейованих акцій, проте в інших статтях цього закону жодних привілеїв зазначених акціонерів щодо отримання інформації про господарську діяльність акціонерного товариства чи особливостей реалізації ними права на отримання інформації не встановлено. Тому вважаємо, що визначення порядку отримання інформації не можна вважати переважним правом акціонерів-власників привілейованих акцій.

Таким чином, Закон про АТ більш чітко у порівнянні із Законом України «Про господарські товариства» визначив переважні права акціонерів-власників привілейованих акцій і встановив механізми та закріпив певні гарантії їх здійснення.

Проведене дослідження дає підстави для висновку про те, що залежно від суб'єктного складу відносин, у яких реалізується переважне право акціонера-власника привілейованих акцій, можна виділити три види переважних прав:

- переважні права акціонера-власника привілейованих акцій перед особами, які не є акціонерами цього товариства (право придбавати розміщувані товариством привілейовані акції цього або іншого класу);
- переважні права акціонера-власника привілейованих акцій перед акціонерами-власниками простих акцій товариства (гарантоване право на отримання дивідендів у встановленому статутом розмірі, право на отримання ліквідаційної вартості, можливість конвертації привілейованих акцій, право придбавати розміщувані товариством привілейовані акції цього або іншого класу);
- переважні права акціонера-власника привілейованих акцій одного класу перед акціонерами-власниками привілейованих акцій іншого класу (встановлення черговості виплати дивідендів і черговості виплат у разі ліквідації товариства).

Н. Л. Бондаренко-Зелінська
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРИМИРЕННЯ СТОРІН В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Завданнями цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави [1, ст. 1]. Тобто для забезпечення ефективної охорони прав особи має бути створено таку процесуальну процедуру провадження у справах, яка б не тільки здійснювалась на вищевказаних засадах, але й дозволяла досягти вирішення правового конфлікту (спору про право, спору про факт), який став предметом судового розгляду.

У юридичній літературі висловлюється багато різних пропозицій щодо шляхів досягнення цієї мети, але в більшості вони зводяться до загального висновку про необхідність так чи інакше реформувати порядок здійснення цивільного судочинства. Звісно, всі ці пропозиції достатньо обґрунтовані і їх реалізація матиме позитивний ефект, проте всім їм притаманна певна однобічність, яка полягає в прагненні вплинути на ситуацію переважно шляхом впливу на суд. Водночас в умовах змагального процесу, коли суд обмежений в можливості збору доказів за власною ініціативою і може досліджувати та оцінювати тільки ту інформацію, що її надали сторони, об’єктивна істина у справі залишається для нього недосяжною. Не має можливості суд і посприяти сторонам у здійсненні їх процесуальних прав. Тому в більшості випадків він так і не отримує уявлення про те, що стало причиною конфлікту, і за таких обставин – не може сприяти його ліквідації. А в деяких випадках саме право не може запропонувати учасникам спірних правовідносин прийнятного виходу із конфліктної ситуації (наприклад у зв’язку з прогалинами в праві чи дуалізмом правових норм). У зв’язку з цим непоодинокими стали ситуації, коли по суті законні рішення не влаштовують обидві сторони спору, або одна сторона активно перешкоджає виконанню прийнятого по справі судового рішення.

За таких обставин слід визнати, що покращити ситуацію в односторонньому порядку (удосконалюючи тільки судову систему та процесуальну форму) дуже важко. Очевидною є необхідність активізації потенціалу самих сторін спірних правовідносин, спонукання їх до самостійного пошуку можливостей ліквідації спору на взаємовигідних умовах, шляхом **сприяння їх примиренню.**

Невипадково Законом України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» [2, ст. 17], передбачено обов’язок національних судів застосовувати при розгляді справ Конвенцію про захист прав і основоположних свобод людини від 04.11.1950, яка регламентуючи діяльність Європейського Суду з прав людини, спонукає суд до забезпечення дружнього

врегулювання спору на основі поваги до прав людини, як їх визначає Конвенція та протоколи до неї. [6, п. b ч. 1 ст. 38]. З огляду на це в умовах загальної тенденції до наближення національного законодавства до європейський стандартів законодавець при розробці чинного ЦПК врахував позитивний досвід європейського судочинства, яке характеризується поширеною практикою вирішення справ без повного судового розгляду, шляхом примирення суб'єктів спірних правовідносин. І в 2004 році нарешті знайшла своє формальне закріплення можливість врегулювання спору шляхом примирення вже на стадії підготовки справи до судового розгляду в попередньому судовому засіданні (ст. 130 ЦПК).

Водночас, відповідно до положень чинного ЦПК на стадії підготовки суд, лише з'ясовує, чи бажають сторони примиритися. Можливо саме тому за ті роки, що діє оновлене цивільне процесуальне законодавство ми так і не побачили значного позитивного ефекту від застосування норми ст. 130 ЦПК.

Очевидно, що ефективного сприяння сторонам у примиренні однієї цікавості суду недостатньо, потрібно щоб останні знали про можливі способи альтернативного вирішення правових спорів використання яких може дозволити не просто вирішити, а взагалі ліквідувати правовий спір. А найголовніше – їм потрібен час і право, щоб скористатись одним із згаданих способів. Проте ні першого ні другого кодекс для них пере передбачає.

З огляду на це вважаємо, що для найбільш ефективного сприяння примиренню сторін існуючий процесуальний порядок провадженням потребує відповідних змін. Зокрема нагальною є *необхідність законодавчого оформлення права сторін на зупинення судового провадження на час необхідний для використання способів альтернативного вирішення правових спорів (АВС)*.

Серед усіх способів альтернативного вирішення правових спорів привертає увагу медіація (від лат. *mediatio*) – переговорний процес, що здійснюється за допомогою незалежного нейтрального кваліфікованого посередника – медіатора, який допомагає сторонам спору проаналізувати конфліктну ситуацію таким чином, щоб вони змогли самостійно обрати той спосіб вирішення спору, що відповідатиме інтересам обох сторін.

При проведенні цієї процедури медіатор не приймає рішення за сторін конфлікту, а лише сприяє останнім у пошуку взаємовигідного рішення та оформленні його документально (медіаційною угодою). Основними принципами медіації є: добровільність (сторони спору повинні дату згоду на застосування цього пособу АВС добровільно і усвідомлено), конфіденційність (отримані у процесі медіації відомості не підлягають розголошенню, за виключенням певних виняткових ситуацій), нейтральність медіатора (медіатор повинен професійно і неупереджено виконувати свої обов'язки) тощо.

Як вірно відмічається науковцями, основною відмінністю медіації від інших способів вирішення конфліктів є те, що вона не зосереджується на пошуку та доведенні правоти тієї чи іншої сторони. Метою медіації є досягнення консенсусу, спільного рішення, що буде прийнятним і бажаним для обох сторін, а обставини, за яких сторони можуть знайти спільні інтереси, невичерпні.

Така специфіка медіації робить її дуже привабливим способом вирішення цивільно-правових спорів особливо тих.

З огляду на це Спільною програмою Європейського Союзу та Ради Європи «Прозорість та ефективність судової системи України» проводиться ряд заходів щодо впровадження в системі судочинства України саме даного способу альтернативного вирішення правових спорів. Так, зокрема, з цією метою, у квітні 2009 року експерти Ради Європи визначили 4 пілотних суди: Вінницький окружний адміністративний суд, Донецький апеляційний адміністративний суд, Івано-Франківський міський суд, Білоцерківський міськрайонний суд Київської області, для проведення експерименту щодо застосування медіації при розгляді адміністративних, господарських та цивільних справ в судах України [4].

Водночас, на нашу думку, намагання перетворити медіацію на елемент судового процесу навряд чи буде успішним, адже підпорядкування її вимогам процесуальної форми знищить весь позитивний потенціал цього способу АВС. Але це не означає, що медіація не може слугувати способом примирення сторін і застосовуватись паралельно із судовим провадженням. Більше того цінними є медіативні технології використання яких дозволило б професійним суддям допомагати сторонам правового спору знаходити вихід із конфліктної ситуації. При цьому в жодному випадку не постане питання про порушення принципів диспозитивності чи змагальності, оскільки саме сторони, а не суд прийматимуть рішення щодо примирення. Це, доречи, могло б стати додатковою гарантією того, що сторони не будуть оскаржувати судове рішення по справі і не будуть створювати численних перешкод його виконанню.

Тобто, на стадії підготовки справи до судового розгляду суддям, на виконання вимог ч. 1 ст. 130 ЦПК щодо сприяння примиренню сторін є доцільним, а головне – можливим, використання потенціалу медіації.

Підсумовуючи, слід констатувати, що запровадити в Україні ефективну систему захисту прав та охоронюваних законом інтересів особи надзвичайно складно і витратно. На нашу думку саме в співпраці усіх учасників судового процесу криється ключ до успішного досягнення цієї мети.

Використані джерела:

1. *Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року / Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 40, / 40-42 /. – Ст. 492. (станом на 01 листопада 2011 р.)*
2. *Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23.02.2006 р. № 3477–IV // ОВУ. – 2006. – № 12. – Ст. 792.*
3. *Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів : указ Президента України від 10.05.2006 р. № 361/2006 // ОВУ. – 2006. – № 19. – Ст. 1376.*
4. *Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. // ОВУ. – 1998. – № 13. – Ст. 270.*
5. *Кільдюшкіна, О. Медіація у виконавчому провадженні. Як її застосовувати? / О. Кільдюшкіна // Правовий тиждень. – 2011. – № 12–13. – 5 квітня.*
6. *Матеріали Семінару з питань передання справ для проведення медіації для суддів пілотних судів України 8-9 квітня 2010 року. – К., 2010. – 36 с.*

М. В. Бориславська
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ЩОДО ДОГОВІРНОГО РЕГУЛЮВАННЯ СІМЕЙНИХ ВІДНОСИН

До набрання чинності СК України врегулювання сімейних правовідносин здійснювалося переважно у законодавчому порядку. Одним з нечисленних випадків, коли подібні відносини, а саме відносини між подружжям, могли врегульовуватись на підставі договору – це укладення шлюбного контракту. Інститут шлюбного контракту був введений у КпШСУ у 1992 році, йому була присвячена єдина стаття. Пізніше на виконання даної норми закону була прийнята Постанова Кабінету Міністрів України від 16 червня 1993 року «Про порядок укладення шлюбного контракту», яка передбачала в якості додатка зразок шлюбного контракту.

І хоча законодавство дозволяло укладення й інших правочинів між подружжям, ст. 27 КпШСУ зазначала, що «угоди між ними, спрямовані на обмеження майнових прав жінки, чоловіка або дітей, недійсні і не обов'язкові ні для подружжя, ні для третіх осіб», а під формулювання «обмеження майнових прав» можна було підвести будь-який правочин, який встановлював правила, відмінні від нормативно-правових. Так, КпШСУ не передбачав можливість договірного регулювання відносин по утриманню одного з подружжя. Якщо такий договір і укладався, не було засобів його примусового виконання. Розмір аліментів, визначений у договорі, часто не брався судом до уваги при вирішенні спору [4, с. 18]. Отже, можливість укладення різноманітних правочинів у сімейно-правовій сфері до набрання чинності СК України була досить примарною.

На сьогоднішній день ЦК та СК України є набагато ліберальнішими порівняно з попереднім законодавством і дозволяють на диспозитивних засадах врегулювання навіть тих відносини, де раніше подібне було просто неприпустимим. Сімейні відносини можуть бути врегульовані за домовленістю (договором) між їх учасниками (ч. 2 ст. 7 СКУ).

Легалізація договірного регулювання сімейних правовідносин є відповіддю на реалії сьогодення. Це зумовлене й тим, що сімейне право, безперечно, є складовою частиною приватного права нашої держави. Недарма існують достатньо вагомі та аргументовані позиції провідних науковців України щодо невиправданості та нелогічності врегулювання однакових за своє суттю відносин – цивільних та сімейних – окремими кодексами (Цивільним та Сімейним). І. Жилінкова зазначає, що протягом десятиліть ми мали окреме цивільне та сімейне законодавство. Воно віддзеркалювало реалії радянських часів, коли сім'я визнавалася сферою безпосереднього втручання держави. Сімейні відносини саме тому і розглядалися окремо, щоб на них навіть тіні не впало від цивільних – «торгово-менових відносин». Сім'я, сімейне виховання, відносини подружжя – все складало інтерес для радянської держави. Тому навіть

думки не можна було допускати про можливість застосування цивільно-правових норм до регулювання відносин у сім'ї [3, с. 7]. На сьогоднішній день ніхто не заперечує субсидіарність положень цивільного законодавства при врегульовані сімейних відносин.

Відповідно, що й один із провідних принципів цивільного права – принцип свободи договору має бути дотриманий при договірному регулюванні сімейних правовідносин. Свобода договору полягає у визнанні за суб'єктом цивільного права можливості укладати договори (або утримуватися від укладення договорів) та визначати їх зміст на власний розсуд відповідно до досягнутої з контрагентом домовленості [2, с.19]. Особливістю застосування цього принципу у сімейному праві є також обмеження у багатьох випадках права вибору контрагента чітко визначеними суб'єктами сімейних відносин. Отже, укладення договору учасниками сімейних відносин – їх особиста справа, і лише у певних випадках, враховуючи насамперед інтереси неповнолітніх дітей, закон визнає це їх обов'язком (наприклад, стаття 109 СКУ).

Безперечно, що такі договори володіють своєю специфікою. Зокрема, зазначається, що багато сімейно-правових договорів являють собою не протилежні по спрямованості погоджені волевиявлення громадян, як це має місце у більшості цивільно-правових договорів, а спрямовані на досягнення однієї мети домовленості учасників сімейних відносин (вибір подружжям місця проживання, погодження імені дитини, здійснення більшості батьківських прав тощо) [1, с. 291-292].

Усі договори у сфері сімейного права, зокрема й ті, сторонами яких є подружжя, можна поділити на три групи: а) ті, що опосередковують правовідносини з приводу майна (про встановлення режиму майна; про встановлення порядку користування майном); б) договори, що опосередковують правовідносини з приводу надання або припинення права на утримання; в) договори, які врегульовують як відносини щодо майна, так і щодо матеріального утримання.

Разом з тим, деякі договори у сфері сімейного права залежно від їх мети та виду можуть регулювати окрім майнових, ще й особисті відносини. Зокрема, договір дружини і чоловіка, передбачений ст. 109 СКУ (договір про розірвання шлюбу) за прямою вказівкою закону повинен врегульовувати обидва види відносин: 1) майнові відносини (яку участь у забезпеченні умов життя дітей братиме той з батьків, хто буде проживати окремо); 2) особисті відносини (з ким із батьків будуть проживати діти; умови здійснення права на виховання дітей тим з батьків, хто проживатиме окремо). Зрозуміло, що цей мінімальний зміст правовідносин, передбачений ст. 109 СКУ, потребує подальшої деталізації у договорі.

Таким чином, можна дійти висновку, що договірне регулювання сімейних правовідносин хоча і є достатньо новим для нашої держави, має відповідне підґрунтя (насамперед ст. 9 СКУ та цивільне законодавство), попит у наших громадян та значні перспективи щодо подальшого розвитку. Важливим у цьому сенсі є відповідна роз'яснювальна робота (насамперед з боку нотаріусів, адвокатів) та серйозний підхід до визначення змісту відповідних договорів,

тобто, врахування власних потреб та інтересів, а не використання запропонованих шаблонів.

Використані джерела:

1. *Гражданское право. Том 3. Учебник / Под ред. А.П.Сергеева, Ю.К.Толстого. – М.: ПБОЮЛ Л.В.Рожников, 2001. – 632 с.*
2. *Гражданський кодекс Украины: комментарий. Т.І. / Под общ. ред. Е.О.Харитонова, О.М.Калитенко. – Х.: ООО «Одиссей», 2004. – 832 с.*
3. *Жилінкова І. Сімейний кодекс України: чергова «агресія» чи кроки щодо подальшого удосконалення? // Юридичний вісник України. – 2007. – 24-30 березня. – С. 6-7.*
4. *Ромовська З. В. Коментар до глави 9 «Права та обов'язки подружжя по утриманню» Сімейного кодексу України // Законодавство України. Науково-практичні коментарі. – 2005. – № 5. – С. 12-35.*

В. В. Буга

здобувач кафедри цивільно-правових дисциплін
Навчально-наукового інституту права та масових комунікацій
Харківського національного університету внутрішніх справ,
Харків, Україна

ОПЕРАТИВНІСТЬ РОЗГЛЯДУ ЦИВІЛЬНИХ СПРАВ В СУДАХ УКРАЇНИ

Вивчаючи історію світового судочинства, досвід українського та Європейського суду з прав людини, неможливо не помітити того, що вся історія судочинства в світі постійно зустрічалась і зустрічається сьогодні з проблемою оперативності розгляду цивільних справ. Законодавці всіх країн намагаються усунути дану проблему з однієї сторони за рахунок введення в судочинство спрощених процедур, а з іншої введенням в кожну ключову складову цивільного процесу конкретних строків її виконання. Розглянемо останню проблему цивільного процесу, бо саме процесуальні строки, які вводяться законодавцем в процесуальний закон чи кодекс сприяють руху судового процесу, а в зв'язку з цим і оперативності розгляду цивільних справ. Відсутність чіткості в цьому складовому елементі судочинства в цілому і цивільному процесі зокрема помножена на людський фактор робить судовий процес настільки повільним, що особа фактично позбавляється права на правосуддя. Сьогодні, в нашому цивільному судочинстві, нажаль, існує така проблема. Такі проблеми виникли не лише з підстав недосконалості процесуального законодавства, але і перевантаженості судів все більшою і більшою кількістю справ різних категорій. В.В. Онопенко зазначає, що проблема розгляду судами справ у встановлений законом строк залишається не розв'язаною. У багатьох випадках справи не розглядаються роками.

Така ситуація має місце сьогодні. Судді не приучені до дотримання процесуальних строків і цьому сприяло само процесуальне законодавство та

теоретичні розділення процесуальних строків на «чисті» процесуальні строки, які стосуються сторін, 3-х осіб, їх представників і строки судової діяльності, які ще називають службовими [1, с. 112]. Судді розуміють, що строки розгляду попереднього чи безпосереднього розгляду справ є службовими тобто вони не пов'язуються із суворим їх дотриманням, як це має місце наприклад при поданні зустрічної позовної заяви, апеляційної скарги на рішення чи ухвалу суду, подання касаційної скарги тощо. Все це призводить до того, що суддя дуже вільно користуються службовими строками і, як наслідок, строки розгляду цивільних справ іноді обраховуються не одним роком.

Відповідно до ст. 69 ЦПК України процесуальні строки, встановлені законом або судом, обчислюються роками, місяцями і днями, а також можуть визначатися вказівкою на подію, яка неминуче повинна настати [2].

Як бачимо питання процесуальних строків не дивлячись на те, що здавалося б що дане питання є простим насправді воно є дискусійним. Така дискусія науково є необхідною, бо вона викристалізовує істинність як в цьому так і в інших дискусійних питаннях. Аналізуючи думки вчених з питань процесуальних строків можна зазначити, що їх об'єднує загальний підхід до даного поняття. Так за чіткістю визначення процесуальних строків береться відрізок природного часу, який нівелюється на всі процесуальні дії розділяючи, їх за тривалістю.

Якщо говорити про види процесуальних строків, то законодавець їх розділив на строки, які встановлені законом і строки які встановлені судом (ст. 68 ЦПК України). При цьому строки, які встановлені законом можливо поділити на: а) загальні; і б) спеціальні. Загальні процесуальні строки регулюють основні самостійні процесуальні частини судового процесу з їх зовні. До спеціальних строків відносяться процесуальні строки, які входять в кожну самостійну частину судового процесу регулюючи даний процес в їх середині.

Якщо загальні строки регулюють діяльність суду щодо меж розгляду цивільних справ, то спеціальні строки регулюють межі окремих процесуальних дій, які повинні бути здійснені судом і учасниками судового процесу в межах загальних строків. Таким чином спеціальні строки, які встановлені законом не можуть бути більшими чим загальні.

Іншим же видом процесуальних строків є строки, які встановлені судом. Такі строки не є встановленими законом і адресовані вони судом лише учасникам цивільного процесу. Разом з тим такі строки є завжди похідними від строків, які встановлені законом.

Підбиваючи підсумки слід відзначити, що проблема оперативності розгляду цивільних справ є багатоаспектною, яка залежить не тільки від діяльності судді, а й самих учасників процесу. Вирішення цієї проблеми можливо не лише завдяки внесенню відповідних змін до законодавства, а й завдяки добросовісному виконанню сторонами своїх процесуальних обов'язків, які, безумовно, повинні забезпечуватись дієвим механізмом впливу. Частину цієї проблеми можливо вирішити в процесі вдосконалення законодавства щодо подолання завантаженості суддів, шляхом створення спеціалізованих мирових судів, спеціалізації суддів, збільшення штату суддів пропорційно збільшенню навантаження, належного матеріально-технічного забезпечення, встановлення

реальних строків розгляду цивільних справ, тощо. Проблеми ж добросовісного виконання сторонами своїх процесуальних обов'язків є більше соціальними, ніж правовими, вирішення яких можливо в контексті підвищення загальної правосвідомості та в процесі розвитку самого суспільства [3].

Разом з тим, слід мати на увазі, що критерієм оцінки ефективності здійснення правосуддя є не кількість судових розглядів і рішень, а те, наскільки реально забезпечено конституційне право осіб на судовий захист і їхня оцінка ступеня такої захищеності. Зайві витрати на час звісно певною мірою порушують права учасників провадження, але з нашої точки зору, таке порушення є незначним порівняно з тією шкодою, яку може заподіяти особі постановляння незаконного та необґрунтованого рішення по справі, у передбачені законодавством строки, або скасування вірного по суті рішення по формальним підставам. Наведене не означає, що справа може перебувати в провадженні невизначений час, проте час від відкриття провадження по справі до прийняття рішення повинен бути розумним в сенсі існуючого навантаження кількості справ на одного суддю [3].

Таким чином, можна зробити такі висновки що недотримання строків розгляду справ не тільки порушує права особи на захист, а й формує в неї негативне ставлення до судової системи, неповагу до права, що стає критичним для самої країни (вона буде постійно зазнавати як фінансових втрат, так і погіршуватиметься її імідж) [4]. У зв'язку з цим нагальною потребою на сьогодні є вдосконалення, навіть спрощення судових процедур та їх адаптація до європейських стандартів.

Використані джерела:

1. *Исаева Е. В. Процессуальные строки в гражданском и арбитражном процессе [учебно-практическое пособие] / Е.В. Исаев. – М. : Волтерс Клувер, 2005. – 263 с.*
2. *Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року № 1618-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. –№ 40-42. – Ст. 492.*
3. *Лічман Л.Г., Дрілюшко А.І., Літовченко В.В. Аналіз оперативності розгляду суддями справ в порядку цивільного судочинства [Електроний ресурс]. – Режим доступу: http://court.gov.ua/sud1519/people/uzagal/7842.*
4. *Підвищення ефективності правозастосування в контексті строків розгляду цивільних справ [Електроний ресурс]. – Режим доступу: http://advocat-cons.info/index.php?newsid=6425.*

О. В. Буткевич
кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри цивільно-правових та господарсько-правових дисциплін
Кримського юридичного інституту Національного університету
«Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»
Сімферополь, Україна

ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ СУБ'ЄКТА ТОРГОВЕЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Основним учасником торговельних відносин є суб'єкт торговельної діяльності, правовий статус якого закріплюється законами України та підзаконними нормативно-правовими актами. В той же час велике різноманіття торговельних операцій, які можуть виконувати суб'єкти господарювання як для безпосереднього здійснення торговельної діяльності, так і інформаційного забезпечення торговельного процесу і налагодження зв'язків між його учасниками, потребують більш чіткого правового регулювання, пов'язаного, в першу чергу, з визначенням кола суб'єктів, які відносяться до суб'єктів торговельної діяльності, та їх ознак. Тому м**етою доповіді є дослідження на підставі аналізу юридичної літератури та нормативно-правових актів ознак суб'єктів торговельної діяльності та визначення поняття «суб'єкт торговельної діяльності».**

В сучасних ринкових умовах одним із головних суб'єктів торговельної діяльності є фізичні особи. Для цього їм потрібно зареєструватися як суб'єкт підприємницької діяльності, отримати відповідний документ (ліцензію, патент) на здійснення певного виду торговельної діяльності, вести облік здійсненних торговельних операцій. Особливості їх правового статусу полягають у тому, що цей статус надається в результаті державної реєстрації фізичної особи як індивідуального підприємця відповідно до ст.58 Господарського кодексу України від 16.01.2003 р. (далі – ГК України) і Закону України від 15.05.2003 р. «Про державну реєстрації юридичних осіб і фізичних осіб – підприємців». Ця категорія громадян може здійснювати підприємницьку діяльність без створення юридичної особи виключно як суб'єкти господарювання із залученням або без залучення найманої праці; самостійно або спільно з іншими особами; відповідає по своїх зобов'язаннях всім своїм майном, на яке відповідно до закону може бути обернене стягнення та може бути визнаний рішенням господарського суду банкрутом відповідно до Закону України від 14.05.92 р. «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом».

Наряду з торговцями (фізичними особами – підприємцями) торговельну діяльність здійснюють інші суб'єкти господарювання – господарські організації, серед яких виділяють торгові підприємства. Хоча щодо визначення основного суб'єкта торговельної діяльності в сучасній науковій літературі більш частіше застосовується термін «комерційні організації» [1; 2], їх, в першу чергу, розрізняють за організаційно-правовою формою та розкривають особливості створення і функціонування акціонерних товариств, товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю, повних та командитних товариств. Це не

вичерпний перелік, оскільки комерційні організації можуть створюватися і в інших організаційно-правових формах.

В той же час в торговому обігу беруть участь як комерційні, так і некомерційні організації, але їх комерційна правоздатність різна. Некомерційні організації беруть участь в торговому обігу обмежено. Вони можуть придбати необхідні матеріальні ресурси, продати виготовлені товари. Але вони мають право продавати товари лише згідно статутних цілей діяльності, а не взагалі займатися торгівлею [2, 22].

В юридичній літературі при визначенні кола суб'єктів торговельної діяльності вчені застосовують класифікацію по юридичному і функціональному виду. Під юридичним видом розуміється організаційно-правова форма комерційної організації, функціональний вид визначається місцем в торговому обігу та основним змістом діяльності [2, 25; 3, 9–11; 4, 12].

Проаналізував чинне законодавство України та спеціальну юридичну літературу, можна виділити наступні ознаки суб'єктів торговельної діяльності:

1) заняття торговельною діяльністю. Причому деякі вчені вказують, що такі суб'єкти мають спеціальний дозвіл на проведення професійної торгівлі, або в статутах яких торгівля є одним із статутних завдань [5, 18];

2) здійснення торговельної діяльності на професійній основі;

3) торговельна діяльність має постійний характер; особа займається нею систематично та отримує дохід, тобто торговельна діяльність є постійним заняттям [1, 36].

4) ведення обліку продукції яку придбали та продають згідно чинного законодавства України;

5) для здійснення торговельної діяльності, в залежності від виду такої діяльності, суб'єкту необхідно отримати відповідний дозвіл (ліцензію, патент) на здійснення торговельної діяльності, сертифікат відповідності на товар, який він реалізує, погодити ціну на товар у випадках встановленим чинним законодавством.

Отже, **суб'єктами торговельної діяльності є суб'єкти господарювання (фізичні особи – підприємці та господарські організації), які здійснюють торговельну діяльність постійно та на професійній основі на підставі відповідного дозволу, ведуть облік продукції яку придбали та продають.**

Сьогодні серед інших учасників торговельних відносин важливе місце займають торгово-посередницькі організації, які виконують роль посередників між торговельними підприємствами та споживачами, а також здійснюють функції по організації торгівлі та налагоджуванню торговельних зв'язків. Деякі вчені виділяють їх поряд з суб'єктами торговельної діяльності в окрему групу та називають «спеціальними суб'єктами».

Враховуючи законодавче визначення господарсько-торговельної діяльності, яке дано в ст.263 ГК України і передбачає, що це не тільки діяльність з реалізації продукції а також допоміжна діяльність, яка забезпечує її реалізацію шляхом надання відповідних послуг, вважаємо за доцільне до суб'єктів торговельної діяльності також віднести торгових посередників, які надають послуги як із безпосередній реалізації продукції, так і з організації торговельних зв'язків і укладанню торговельних угод.

Використані джерела:

1. *Коммерческое право: учебное пособие / Под ред. Н.В. Постового. – М. : ИД «Юриспруденция», 2006. – 188с.*
2. *Пугинский Б.И. Коммерческое право России / Б.И. Пугинский. – М., 2005.*
3. *Беляева О.А. Коммерческое право России: курс лекций / О.А. Беляева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: ЗАО Юстицинформ, 2009.*
4. *Королев В.Б. Коммерческое право: Вопросы и ответы / Под ред. И.В. Ершовой. – М. : Юрисприденция, 2000.*
5. *Коммерческое право. Конспект лекций / Горбухов В.А. – М.: Эксмо, 2007.– 192 с.*

Н. С. Бутрин
викладач кафедри цивільного права і процесу
Тернопільського національного економічного університету,
Тернопіль, Україна

ПРИПИНЕННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ПІДПРИЄМНИЦЬКИХ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ

Сучасне суспільство неможливо уявити без таких його учасників, як колективні утворення, об’єднання громадян у різноманітні спілки, товариства і т. ін. з метою досягнення того чи іншого суспільно корисного результату. Саме вони забезпечують високу результативність людської діяльності в економічній сфері. Правовою формою такого об’єднання осіб для участі в цивільному (економічному) обороті є юридична особа.

У цивільному праві юридичною особою визнається організація, створена шляхом об’єднання осіб та (або) майна, яка наділяється правоздатністю і може від свого імені набувати майнових та особистих немайнових прав і нести обов’язки, бути позивачем та відповідачем у суді. Крім того, вона має певні додаткові ознаки (юридична адреса, печатка, рахунок у банку тощо), індивідуалізована в цивільному обороті та наділена правоздатністю. Моментом створення юридичної особи є день її державної реєстрації.

Після проведення державної реєстрації її дані вносяться до єдиного державного реєстру, відкритого для загального ознайомлення [5, 86]. Однак, приділимо увагу такому явищу, як припинення діяльності підприємницьких юридичних осіб.

Реорганізація юридичної особи шляхом перетворення регулюється Цивільним кодексом України та Законом України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців». Існує 5 видів реорганізації юридичних осіб: приєднання; злиття (об’єднання); виділення; поділ; перетворення.

Приєднання – це приєднання однієї або декількох юридичних осіб до іншої юридичної особи. При цьому ці особи припиняють своє існування, а їх права та обов’язки переходять до юридичної особи, до якої вони приєдналися. *Злиття* – об’єднання двох або більше юридичних осіб в одну нову юридичну

особу, при цьому ці юридичні особи припиняються своє існування і передаються свої права та обов'язки новоствореній юридичній особі. *Виділення* – відокремлення однієї або більше юридичних осіб від однієї існуючої юридичної особи (створення дочірніх підприємств, відокремлення структурних підрозділів); новостворена юридична особа має ті ж самі юридичні права і обов'язки, що й головне підприємство. *Поділ* – виникнення двох або більше нових юридичних осіб шляхом поділу існуючої юридичної особи, яка припиняє своє Існування; при цьому новостворені юридичні особи є правонаступниками у частині, обумовленої їх статутними фондами. *Перетворення* – зміна юридичною особою юридично-правової форми без припинення існування. Злиття має місце тоді, коли дві або більше юридичні особи об'єднуються в одну нову і при цьому припиняють своє існування. Приєднання – це форма реорганізації, за якої одна юридична особа включається до складу іншої юридичної особи, яка продовжує існувати далі, але вже в більшому масштабі. Приєднувана організація припиняє свою діяльність [3, 87].

Поділ означає, що на базі однієї юридичної особи виникає дві або більше юридичних осіб, а ця перша припиняється. При виділенні немає припинення юридичної особи, з її складу лише виділяється нове соціальне утворення, яке наділяється правами юридичної особи.

Своєрідною формою реорганізації юридичних осіб є їх перетворення. Суть перетворення полягає в тому, що на основі юридичної особи створюється нова організація, яка має інший профіль, цілі діяльності, структуру тощо, але приймає всі активи і пасиви попередника. При злитті і поділі юридичних осіб майно (права і обов'язки) переходить до нововиниклих юридичних осіб.

При приєднанні юридичної особи до іншої юридичної особи її майно (права і обов'язки) переходить до останньої. Майно переходить в день підписання передаточного балансу, якщо інше не передбачене законом або постановою про реорганізацію. Особливістю реорганізації благодійних організацій як юридичних осіб є те, що благодійна організація не може бути реорганізована в юридичну особу, метою діяльності якої є одержання прибутку. Реорганізація благодійної організації здійснюється за рішенням її вищого органу управління відповідно до вимог статуту (положення) [4, 370].

Ліквідація – це спосіб припинення юридичної особи за відсутності правонаступників. Ліквідація може проводитись добровільно або примусово. Добровільна ліквідація можлива за рішенням учасників або органу юридичної особи, уповноваженого на це установчими документами, у разі, якщо збіг строк існування юридичної особи, якщо досягнуто мети, задля якої її було створено тощо. Примусова ліквідація здійснюється за рішенням суду про визнання судом недійсною державної реєстрації юридичної особи через допущені при її створенні порушення, які не можна усунути, а також в інших випадках, встановлених законом. Рішенням суду про ліквідацію юридичної особи на його учасників або орган, уповноважений установчими документами приймати рішення про ліквідацію юридичної особи, може бути покладено обов'язки щодо проведення ліквідації юридичної особи. Ліквідаційна комісія після закінчення строку для пред'явлення вимог кредиторами, складає проміжний ліквідаційний баланс, який містить відомості про склад майна юридичної особи, що

ліквідується, перелік пред'явлених кредиторами вимог, а також про результати їх розгляду. Виплата грошових сум кредиторам юридичної особи, що ліквідується, провадиться відповідно до ст. 112 ЦК України [1]. Юридична особа може бути також ліквідована у зв'язку і закінченням строку на який вона створена, або з досягненням мети, заради якої вона створена [5, 314].

Повне товариство ліквідовується, у разі, якщо в товаристві залишається один учасник. Він має право протягом шести місяців перетворити таке товариство в інше господарське товариство. Командитне товариство припиняє свою діяльність у разі вибуття усіх учасників з повною відповідальністю. При вибутті усіх вкладників, учасники з повною відповідальністю вправі замінити ліквідацію товариства та перетворити його на повне товариство. У цьому випадку, як і у разі ліквідації товариства, необхідно внести відповідні зміни до установчого договору та державної реєстрації.

Товариство з обмеженою відповідальністю може бути ліквідоване за рішенням загальних зборів його учасників, в тому числі у зв'язку із спливом строку, на який товариство було створене, а також за рішенням суду – у випадках, встановлених законом. Рішення про ліквідацію товариства на підставі аналізу економічних, організаційних та інших факторів приймають учасники товариства. Це можуть бути різні причини, наприклад, у зв'язку зі спливом строку, на який було створено товариство, досягненням мети, для якої його створено а також в інших випадках, передбачених статутом. Товариство з обмеженою відповідальністю може бути ліквідоване також за рішенням суду у випадках, встановлених законом. Наприклад, у разі визнання не дійсною державної реєстрації юридичної особи через допущені при її створені порушення, які не можна усунути [2].

Підводячи підсумок вищенаведеного, слід зауважити, що підприємницькі юридичні особи можуть припинити свою діяльність шляхом реорганізації та ліквідації. Кожен із цих «шляхів» характеризується певними особливостями та своєрідною процедурою.

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року за №435-IУ // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2003. – №№ 40-44. – ст.356.*
2. *Закон України від 19 вересня 1991 р. «Про господарські товариства» // Відомості Верховної Ради України. – 1991.- № 49. – Ст. 682.від 14.10.2003 р.*
3. *Господарське право : навч.посіб. 2-ге вид., змінене та допов. / О.М. Вінник – К. : Правова єдність, 2009. – 766 с.*
4. *Цивільне право України: Підручник: Книга друга / О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова. – К. : Юрінком Інтер,2004. – 786 с.*
5. *Цивільне право України: Підручник: Книга перша / Д. В. Боброва, О. В.Дзера, А. С. Довгерт. – К. : Юніком Інтер, 2000. – 456 с.*

В. А. Ватрас
кандидат юридичних наук, доцент,
професор кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ЦИВІЛЬНИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ ЯК ДЖЕРЕЛО СІМЕЙНОГО ПРАВА

Цивільний кодекс України (надалі – ЦК України) був прийнятий парламентом 16.01.2003 року та набрав чинності з 1 січня 2004 року [15]. Його прийняттю передувала тривала та кропітка робота вітчизняних вчених та практиків (Склад робочої групи з підготовки проекту ЦК України: Головатий С., Довгерт А., Підопригора О. Пушкін О., Боброва Д., Кузнецова Н., Луць В., Ромовська З., Мусіяка В., Сібільов М., Шевченко Я., Калакура В.) [4, с. 11]. За структурою кодекс містить 1308 статей в 90 главах, зібраних у 6 книгах: «Загальні положення», «Особисті немайнові права фізичних осіб», «Право власності та інші речові права», «Право інтелектуальної власності», Зобов'язальне право», «Спадкове право». ЦК України побудований за пандектною системою, оскільки включає в себе Загальну та Особливу частини. Сьогодні ЦК України вважається однією із найбільш важливих та найбільш вдалих кодифікацій національного законодавства України, авторам якого вдалося «уловити» вектор економічних, політичних та соціальних перетворень і грамотно, логічно та послідовно відобразити їх у тексті Цивільного кодексу [13, с. 17]. Проект Цивільного кодексу 20 березня 1996 року включав у себе ще дві книги: «Сімейне право» та «Міжнародне приватне право», однак в кінцевому варіанті відбувалася кодифікація сімейного законодавства на рівні прийняття 10.01.2002 року Сімейного кодексу України (надалі – СК України) [12] та правове регулювання приватних відносин з іноземним елементом здійснено на рівні окремого спеціального закону [8]. Виключення з проекту ЦК України книги, присвяченої сімейному праву, на думку Є.О. Харитонова стало перемогою Східної (Візантійської) традиції права в Україні [14]. Причому вказаний автор вважає, що ЦК України є кодексом «пасіонарного» типу, тобто він являє собою кодифікований акт, створений на принципово новій, або значно оновленій, порівняно з тією, що існувала у державі і суспільстві концепцією права. Причому попри втрати, що були пов'язані із кодифікацією сімейного законодавства та регулюванням міжнародного приватного права поза ЦК України, на думку, Харитонова Є.О. його можна назвати «пасіонарним» [14].

Незважаючи на існування в правовому полі України окремої кодифікації сімейного законодавства ЦК України є повноцінним джерелом сімейного права та застосовується до сімейних відносин на засадах субсидіарності. За юридичною природою кодекс відноситься до таких джерел права як нормативно-правовий акт або закон [5]. Відповідно до ч. 2 ст. 4 ЦК України Основним актом цивільного законодавства України є Цивільний кодекс України. Власне він являє собою кодифікований закон, завдяки якому досягається загальна впорядкованість усього цивільного законодавства, забезпечується

єдність регулятивних засад у сфері його дії [11, с. 106-107]. На нашу думку, ЦК України як кодекс приватного права, що регулює усі приватні відносини в Україні, цілком логічно виступає у якості додаткового джерела сімейного права у тих випадках, коли відсутня доцільність правового регулювання відносин між членами сім'ї. Наприклад, СК України, визначаючи специфіку такого особливого правочину як шлюбний договір, не регулює загальні по суті «цивілістичні» засади договірного права як от поняття договору, його природу, загальні правила укладення, зміни, розірвання та припинення договору, визнання його недійсним. Який сенс розробляти загальну теорію сімейного договірного права, що уже ефективно впроваджена на рівні цивільного законодавства, якщо інститут договору можна застосувати при регулюванні сімейних відносин, з урахуванням їх специфіки. Цілком виправданою є позиція законодавця щодо закріплення у ч. 1 ст. 9 ЦК України правової норми, згідно якої положення цього Кодексу застосовуються до врегулювання відносин, які виникають у сферах використання природних ресурсів та охорони довкілля, а також до трудових та сімейних відносин, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства.

У свою чергу, СК України містить правову норму, що передбачає застосування до регулювання сімейних відносин ЦК України, відповідно до якої якщо особисті немайнові та майнові відносини між подружжям, батьками та дітьми, іншими членами сім'ї та родичами не врегульовані цим Кодексом, вони регулюються відповідними нормами Цивільного кодексу України, якщо це не суперечить суті сімейних відносин (ст.8 СК України). Слід зауважити, що чинна редакція статті видається більш правильною ніж попередня, оскільки Законом України від 22.12.2006 р. №524-V розширено сферу застосування ЦК України до сімейних відносин, шляхом включення до такої сфери поряд з майновими відносинами також сімейних особистих немайнових відносин. В цій частині, слід погодитись із висновком О.В. Нєкрасової, яка вважає, що можливість застосування до регулювання сімейних відносин Цивільного кодексу України є такою специфічною формою субсидіарного (додаткового) врегулювання відносин однієї галузі права нормами іншої, яка зумовлена не фактичною наявністю прогалин у СК України чи законодавчими прорахунками, а прогнозованою і свідомою позицією законодавця з огляду на «родинність» приватно-правових сімейних та цивільних відносин та на переваги застосування методу «законодавчої економії» [6, с. 7]. По суті схожа позиція висловлювалась і нами ще у 2004 році, і приємно констатувати, що вона знайшла в подальшому підтримку у законодавця [1].

Таким чином, особливістю ЦК України як джерела сімейного права є те, що він виступає субсидіарним (додатковим) джерелом сімейного права, поряд із СК України та застосовується у разі відсутності відповідних правових норм у спеціальному кодифікованому законі (СК України), за умови, що це не буде суперечити суті сімейних відносин. Критерії відповідності «сутності сімейним відносинам» визначені у загальній частині СК України (ст. ст. 1-3, 7-11 Кодексу), в юридичній науці [2, 3, 16, 1] та практиці застосування сімейного законодавства [7, 9, 10]. На думку, О.В. Нєкрасової в сімейному праві існує дві форми субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до сімейних відносин: а) умовне субсидіарне застосування, передбачене статтею 8 СК

України без визначення конкретних категорій сімейних відносин, на які можуть поширюватися норми ЦК України; б) пряме субсидіарне застосування, закріплене в СК України, щодо регулювання нормами ЦК України конкретних видів сімейних відносин, наприклад, щодо обчислення строків, встановлених в СК України (ст. 12 СК України), застосування строків позовної давності (ст. 20, ст. 72 СК України), здійснення права спільної сумісної власності після розірвання шлюбу (ст. 68 СК України) [6, с. 7-8]. Вважаємо за доцільне також вести мову і про змішану форму субсидіарного застосування, в якій при вирішенні питання про можливість використання норм ЦК України виникатиме необхідність застосовувати його і в тому випадку, коли це прямо передбачено нормами СК України, й у разі відсутності такої вказівки в законі. Наприклад, у разі вирішення питання про строки шлюбного договору чи окремих його умов, слід застосовувати і загальні положення ЦК України про строки (терміни), визначені у главі 18, а також і положення про поняття та умови договору, передбачені главами 52-53 ЦК України.

Виходячи з вище зазначеного, слід констатувати важливе значення ЦК України як Кодексу приватного права нашої держави, яке регулює не лише цивільні, але й сімейні відносини як субсидіарний законодавчий кодифікований нормативно-правовий акт. Його існування в правовому полі України демонструє, що основним джерелом права в нашій континентальній правовій системі є закон, а не прецедент, що свідчить про перемогу теорії позитивізму в Українській цивілістиці. Домінуюча роль закону, випливає не лише з основоположного конституційного принципу верховенства права, але й із закріпленої СК України загальної засади регулювання сімейних відносин, згідно якої вони регулюються насамперед СК України та іншими нормативно-правовими актами (ч. 1 ст. 7).

***Використані джерела*:**

1. *Ватрас В.А. Деякі проблеми регулювання сімейних відносин за Цивільним кодексом України / В.А. Ватрас // Еволюція цивільного законодавства: проблеми теорії і практики: Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції. 29-30 квітня 2004 р., м. Харків. – К.: Академія правових наук України, НДІ приватного права і підприємництва, НДІ Інтелектуальної власності, Національна юридична академія імені Ярослава Мудрого, 2004. – С. 416-422.*
2. *Веберс Я.Р. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве / Я.Р. Веберс. – Рига: Зинатне, 1976. – 231 с.*
3. *Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР / Е.М. Ворожейкин. – М.: Юрид. лит., 1972. – 336 с.*
4. *Довгерт А.С. Втілення правових ідей у сфері особистого немайнового права в новий ЦК України (до п'ятої річниці ЦК України) / А.С. Довгерт // Приватне право і підприємництво. Збірник наукових праць. Вип. 8, 2009. – С. 11-17.*
5. *Марченко М.Н. Источники права: учеб. пособие / М.Н. Марченко. – М.: Проспект, 2009. – 768 с.*
6. *Нєкрасова О.В. Застосування цивільного законодавства до сімейних відносин / О.В. Нєкрасова: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – К., 2008. – 190 с.*
7. *Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 15 травня 2006 р. № 3: [Електронний*

ресурс]. – Режим доступу : http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/623809DCB56E022BC2256C95003CF7EA?OpenDocument&Start=1&Count=300.
8. *Про міжнародне приватне право: Закон України від 23 червня 2005 року / ВВРУ. – 2005. – №32. – Ст. 422.*
9. *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: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/623809DCB56E022BC2256C95003CF7EA?OpenDocument&Start=1&Count=300.*
10. *Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 21 грудня 2007 р. № 11: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/623809DCB56E022BC2256C95003CF7EA?OpenDocument&Start=1&Count=300.*
11. *Сибільов М. Поняття правового режиму приватного права / М. Сибільов // Вісник Академії правових наук України. – 2001. – №4 (27). – С. 106-116.*
12. *Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 року // ВВРУ. – 2002. – № 21-22. – Ст. 135.*
13. *Стефанчук Р.О. Цивільний кодекс України: робота над помилками (до п'ятої річниці набрання чинності Цивільним кодексом України) / Р.О. Стефанчук // Приватне право і підприємництво. Вип. 8, 2009. – С. 17-19.*
14. *Харитонов Є.О. Новий Цивільний кодекс України як кодекс «пасіонарного типу» / Є.О. Харитонов // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2002. – №2.*
15. *Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // ОВУ. – 2003. – №11. – Ст. 261.*
16. *Червоный Ю.С. Понятие и особенности семейных правоотношений / Ю.С. Червоный // Суспільство. Держава. Право. Цивільне право. Випуск 1. – 2002. – №1. – С. 16-23.*

В. В. Вахненко
асистент кафедри історії держави та права
Національного університету «Одеська юридична академія»,
Одеса, Україна

ОРГАНІЗАЦІЯ ТА ДІЯЛЬНІСТЬ ІНСТИТУТУ ГРОМАДСЬКИХ САНІТАРНИХ ПІКЛУВАНЬ В РОСІЙСЬКІЙ ІМПЕРІЇ НАПРИКІНЦІ XIX ст. (НА ПРИКЛАДІ м. ОДЕСИ)

В XIX ст. за своїм стратегічним призначенням місто Одеса було осередком жвавої торгівлі, експорту та імпорту товарів через морський кордон. Одеський порт мав постійні торгівельні відносини з портами як Чорного, Азовського, так і Каспійського морів, а через них і з середньо-азійськими та африканськими країнами, які безпосередньо межували з державами – осередками таких найжахливіших епідемій, як холера та чума.

Також слід зазначити, що в XIX ст. в Російській Імперії вже існувала потужна система залізничних доріг, які сполучали міста не тільки один з одним, але й з закордоном. Так само і Одеса була пов'язана залізничними шляхами з великими містами країн Європи, з якими велася жвава торгівля та пасажирські перевезення.

Особливе топографічне положення Одеси, інтенсивність торгівлі російських підприємців з іноземними державами,супроводжувалось суттєвою загрозою проникнення небезпечних хвороб та епідемій як в місто так поширення їх в середину Російської Імперії. Таким чином, це покладало на керівництво міста обов'язок попередження, швидку локалізацію та подальшу ліквідацію небезпечних хвороб у випадку їх поширення, що також відповідало інтересам всієї держави [1, 1].

Місцеві органи влади впроваджували урядові заходи боротьби з небезпечними хворобами, але цього не завжди було достатньо. Передусім, для попередження виникнення епідемій потрібно було дбати про загальний санітарно-епідемічний благоустрій міста. Задля досягнення цієї мети потрібно було організувати та об'єднати зусилля всіх органів санітарного та епідеміологічного нагляду та проводити загальні гігієнічні заходи.[2, 1].

Лікарсько-санітарний нагляд, в обов'язки якого входило: втілення в життя, як заходів попередження так і боротьби з заразними хворобами, складався в Одесі з органів, які знаходились в розпорядженні Міської Громадської Управи: міська лікарня, інститут лікарів для бідноти, дезінфекційна камера, бактеріологічний інститут, інститут міських санітарних лікарів та санітарного піклування, хімічна лабораторія. Та з органів, які за характером своєї діяльності стосувалися санітарного нагляду, але функціонуючих самостійно, без будь-якого зв'язку з містом: інститут міських лікарів, карантинна та портова адміністрація з санітарною функцією, лікувально-санітарна організація на фабриках та заводах, лікувально-санітарна організація воєнного відомства, лікувально-санітарна організація залізничної дороги [2, 2]

Для досягнення найефективнішого результату потрібна була активна участь не тільки міських організацій, а й громадян. Таке право Міським Думам було надане Міським Положенням 1870 р., в якому відповідно до ст. 112, міським думам надавалось право залучати до робіт по санітарній частині громадян. Таким особам, відповідно до ст. 113 того ж Положення, нарівні з міською управою та поліцією, надавалося право порушення переслідування та викриття перед судом винуватих в порушенні санітарних правил [3, 449].

Однак, місцева влада, побоюючись надавати громадянам такі повноваження, не завжди використовувала надане їй законом право. Лише перед обличчям реальної загрози поширення епідемій вона залучала населення. Наприклад, у 90-х роках XIX ст. виникла небезпека розповсюдження епідемії холери в м. Казань (1892 р.), м. С.Петербург (1897 р.) та в Нижньому Новгороді (1897 р.), що потребувало, насамперед, впровадження дільничних санітарних піклувань та залучення громадян. Втім, місцева влада впровадила майновий та адміністративний ценз на зайняття посад санітарних піклувальників, що негативно вплинуло на ефективність діяльності санітарних піклувань [4, 3].

Одеса була виключенням. Міська влада заздалегідь потурбувалася щодо відмови від будь-якої дискримінації: майнового цензу, приналежності до органів влади, статі, освіти (Постанова Міської Думи від 10 вересня 1886 р.).

Таким чином, діяльність Одеської Міської Управи була направлена на залучення населення в організації санітарних заходів щодо попередження виникнення епідемій. Перша спроба залучення громадян в м. Одеса відбулася у 1871 р., у зв'язку із загрозою поширення холери, для підтримання чистоти площ тощо. Місто було поділено на 6 санітарних відділень, на термін не більше 8 місяців. У складі кожного відділення були присутні: 2 почесні особи з домоправителів, яких призначав міський голова за згодою градоначальника, поліцейський чиновник і лікар, який був головою відділення [4, 5].

18 березня 1885 р. Одеська Міська Дума затвердила першу інструкцію для санітарних піклувальників, у зв'язку з загрозою виникнення епідемії холери. Згідно цієї інструкції санітарні піклувальники обов'язково затверджувалися Думою та мали право обирати собі помічників, кожний по одному, які затверджувалися тільки санітарною комісією та діяли за її розпорядженнями.[4, 8]

Слід відзначити, що санітарні піклувальники, згідно з положеннями інструкції, діяли шляхом застосування морального впливу на громадян, в разі невиконання їх вимог зобов'язані були негайно звертатися до органів санітарного нагляду (лікарняного інспектора) чи місцевої поліцейської влади [4, 8].

Відповідно до інструкції в Одесі мало бути встановлено 70 санітарних дільниць, де працювало б близько 300 осіб. Однак, діяльність санітарних піклувальників була ускладнена рядом чинників. По-перше, ці особи не були добровольцями, а призначалися, про що свідчить приписка до інструкції під переліком прізвищ: особи, які не бажають бути санітарними піклувальниками, повинні про те сповістити санітарну комісію. З цього можна зробити висновок, що санітарні піклувальники не були зацікавлені в дорученій їм діяльності [5, 11]. А при тому, що спочатку заснування цього інституту було введено грошовий ценз на зайняття посади санітарного піклувальника, кількість «бажаючих» було скорочено. Втім, цю міру було з часом скасовано, з причини нестачі членів.

По-друге, відсутність колегіального обговорення, розрізненість членів санітарних піклувань між собою та між ними та санітарною комісією, відсутність міського громадського лікувально-санітарного нагляду. З огляду на це інститут на перших порах його створення був нестійким, йому бракувало стрункої організації, отже після того, як епідеміологічна ситуація була вирівняна, більше не було причин для існування громадських санітарних піклувальників до наступної загрозливої ситуації в 1897 р.

Використані джерела:

1. *Желательная постановка врачебно-санитарного надзора и общих гигиенических мероприятий для предохранения г. Одессы от чрезвычайных эпидемических болезней. – 7с.*
2. *Н.П. Василевский. Городской санитарный пункт при Чайной и Столовой попечительства о народной трезвости Серединской площади в г. Одессе за*

первые 5.5 месяцев его существования – с 15 июля по 31 декабря 1897г. // Василевский Н.П. – Одесса. – 1898г. – 7с.
3. *Городовое положение 16 июня 1870 г. // ПСЗ РИ. Собр.2. СПб., – 1874г. – Т. XLV. – №484988. – С. 821-839*
4. *Отчет о деятельности Петропавловского санитарного Попечительства в г. Одессе за 1898 и 1899 гг. // Одесса. – 1900 г. – 480с.*
5. *Н.П. Василевский // Очерк санитарного положення г. Одессы//Василевский Н.П. // Типография «Одеского листка». – Одесса. – 1901 г. – 48 с.*

Ю. Л. Видолоб
студент магістратури юридичного факультету,
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ФУНКЦІОНУВАННЯ ПРОГРАМ ВІДНОВНОГО СУДОЧИНСТВА В АНГЛІЇ ТА НІМЕЧЧИНІ (ПРОЦЕДУРИ МЕДІАЦІЇ) ТА СТАТУС МЕДІАТОРА

Відновне судочинство – це спосіб реагування на злочинну поведінку шляхом урівноваження потреб громади, потерпілих та правопорушників. Виділяють такі програми відновного судочинства як: медіація між потерпілим та правопорушником; проведення конференцій у громаді та сімейних конференцій; проведення «кіл правосуддя»; проведення кіл примирення; пробації з відшкодуванням збитків та громадські ради і засідання. Це концепція, що перебуває у постійному розвитку і породила різноманітні тлумачення у різних країнах, щодо яких не завжди існує повний консенсус [1].

Так, англійські законодавці окремо розрізняють відновне правосуддя і медіацію. В усіх нормативно-правових актах країни мова йде про відновне правосуддя та відновний підхід, а не про медіацію.

Законодавці пішли таким шляхом спеціально, щоб не звужувати процедури примирення лише до медіації. Вибір програми відновного правосуддя залежатиме від рішення суду або поліції, регіону та служби, якій передано справу для роботи з правопорушником. Найбільш поширеною формою відновного правосуддя є медіація, яка може бути прямою або непрямою. Цікаво, що англійці розглядають непряму медіацію, яка переважно зводиться лише до відшкодування матеріальної шкоди та листа-вибачення, як форму відновного правосуддя, адже, як зазначалося вище, вони медіацію розглядають окремо від відновного правосуддя. Також в багатьох регіонах країни проводяться сімейні конференції і так звані «відновні конференції». Відмінністю сімейних конференцій від відновних конференцій є те, що відновна конференція збирає сторони та усіх осіб, на яких вплинув злочин для того, щоб знайти спосіб відшкодувати нанесену шкоду, а не тільки членів сім'ї правопорушника [2].

А от у Німеччині переважно використовується термін «медіація», а не «відновне» правосуддя, тобто протилежно англійській моделі. Під медіацією

розуміють зустрічі з примирення та відшкодування шкоди. Однак за поняттям медіації не ховається одна якась концепція. У медіації в кримінальних справах більшість медіаторів вбачає засіб для найкращого розв'язання конфлікту сторін. Теорія права Німеччини наголошує, що з однієї сторони медіація підходить під класичне завдання кримінального права – попереджувати повторну злочинність шляхом впливу на правопорушника і громаду. З другої сторони, вона стверджує, що медіація – це реагування на злочин, що допомагає відновити стосунки між правопорушником, потерпілим і суспільством та зробити непотрібним додаткове кримінальне покарання. Медіація поки залишається єдиною програмою відновного правосуддя, що розвивається в Німеччині. Як зазначають Артур Артманн і Ганс Кернер у своєму дослідженні щодо стану медіації у Німеччині, відновні (сімейні) конференції та кола правосуддя поки ще не можуть закріпитися в Німеччині. Пов'язано це з широким залученням громадськості до програм відновного правосуддя і можливістю розголошення даних попереднього слідства широкому колу людей [3].

Так, як англійські законодавці окремо розрізняють відновне правосуддя та медіацію, на відміну від Німеччини, де розвивається лише медіація, то в аспекті порівняльного аналізу ми будемо розглядати медіацію.

Медіація в Англії випливає з відновного правосуддя, оскільки останнє є основним. Відбувається це в основному у справах, що стосуються неповнолітніх, тому що саме до них частіше застосовується відновне судочинство та медіацію.

В Німеччині ж медіація не випливає з іншого явища, а існує і розвивається самостійно, про що свідчить чисельність визначень даного поняття, зазначених вище. Але, як і в Англії, медіація тут також поділяється на пряму і непряму.

Щодо інституцій, які проводять медіацію, то в Англії цим займаються громадські організації, що пропонують послуги медіатора, хоча багато працівників із штату Служб повинні мати навички проведення медіації. Головною організацією, яка надає послуги медіаторів в Англії є національна організація Медіація Великобританії (Mediation UK), а на другому місці Консорціум з відновного правосуддя (Restorative Justice Consortium). Послуги медіаторів надають національні та місцеві громадські організації. На веб-сайті Медіації Великобританії зафіксовано 222 служб медіації.

В країні не існує спеціально призначених державних органів для проведення медіації, таких як в Німеччині: Судова допомога неповнолітнім (Juvenile Court Assistance) та Судова допомога дорослим (Court Assistance for adults). Крім цих установ послуги медіації пропонують також громадські організації та благодійні християнські організації.

Через різноманіття інституцій в сфері медіації в обох країнах, фінансування відновного правосуддя здійснюється з різних джерел і в різному розмірі: за рахунок бюджетів місцевих соціальних служб та ювенальних судів; державних та приватних фондів, за рахунок уряду федеральних земель у Німеччині; за рахунок місцевого та державного бюджетів, приватними компаніями, благодійними внесками в Англії.

Що стосується медіаторів, то в цьому питанні в Англії і Німеччині багато спільного. В обох країнах медіатори поділяються на професіоналів, які працюють медіаторами на постійній основі, та на добровольців, що проводять

медіацію безоплатно у вільний від роботи час. Рівень підготовки добровольців та професіоналів приблизно однаковий і рівень оплати за послуги жодним чином не впливає на якість медіації. Єдина відмінність полягає в тому, що у Німеччині професіонали працюють над медіацією щодо серйозних злочинів, пов'язаних з насиллям, а добровольці медіюють неважкі справи.

Усі медіатори проходять базовий тренінг з проведення програм примирення. Його проводять незалежні тренери або офіцери поліції, які пройшли відповідну підготовку. Медіація Великобританії та Консорціум з відновного правосуддя не проводять базові тренінги, але організовують тренінги для підвищення кваліфікації. Як зазначив заступник Президента Медіації Великобританії Мартін Райт, на сьогоднішній день існує рух щодо створення Асоціації відновних практиків Англії, але поки немає критеріїв для тих, хто може увійти у таку Асоціацію.

На даний час в Англії не існує єдиної організації, яка проводить акредитацію тренерів з медіації та самих медіаторів/фасилітаторів, так само як і не має жодного нормативного документу з переліком вимог, яким медіатор має відповідати. Над цим англійські урядовці та медіатори мають ще попрацювати, оскільки Рекомендація R(99)19 Ради Європи «Про медіацію в кримінальних справах» говорить про те, що в країнах-учасницях повинні розроблятися процедури відбору, навчання та оцінці медіаторів, чого поки Англія не має [4]. Однак, Медіація Великобританії може акредитувати службу медіації. Хоча це нічого не значить для Служб по роботі з неповнолітніми правопорушниками та Управлінь з ювенальної юстиції, яким Служби підпорядковуються.

Спільною проблемою для обох країн є те, що не існує єдиних національних стандартів стосовно проведення самої процедури медіації, хоча і в Англії, і в Німеччині видаються загальні інструкції для медіатора. В Німеччині такі інструкції видає Міністерство юстиції, хоча кожна федеральна земля може видавати свої інструкції. Інструкції містять певні вимоги стосовно самої медіації, куди входять добровільна згода на участь у процедурі примирення, угоди між сторонами, переліку злочинів, по яких може проводитись медіація.

В Англії, крім зазначених загальних інструкцій, видаються також правила, сформовані практикою, що надаються під час тренінгів. Медіація Великобританії та Консорціум з відновного правосуддя розробили і опублікували свої стандарти практики і принципи відновного правосуддя, а також надали визначення відновного правосуддя і медіації [5]. Зокрема, Консорціум визначає медіацію між потерпілим та правопорушником як процес, під час якого потерпілий (потерпілі) та правопорушник (правопорушники) спілкуються за допомогою третьої нейтральної особи безпосередньо або непрямо, та дає можливість потерпілому (потерпілим) виразити потреби та почуття, а правопорушнику (правопорушникам) можливість їх прийняти та взяти відповідальність за вчинене.

Як ми бачимо, в Англії відновне правосуддя базується в основному на стандартах практики, яка склалась протягом багатьох років і поки не можна говорити про наміри уряду чи громадських організацій їх уніфікувати і зробити національними. Останнє стосується як створення єдиної системи підготовки медіаторів і їх акредитації, так і розробки національних правил ведення програм

відновного правосуддя. І хоча англійські законодавці намагалися зробити відновне правосуддя альтернативою кримінальному переслідуванню, це вдалося зробити тільки в справах неповнолітніх, яким виноситься остаточне попередження. В інших випадках відновне правосуддя є додатком до кримінальною процесу.

Аналізуючи розвиток медіації у Німеччині хочеться зазначити збільшення кількості справ щороку, які передаються на медіацію (особливо справ середньої тяжкості), та високий рівень зацікавленості сторін в участі у ній. Оскільки сторони достатньо зацікавлені у медіації, тому і відсоток досягнутих угод і розв'язання конфліктів є високим. Все це призводить до того, що медіація розповсюджується все більше і більше по країні. Не можна тут оминути і вплив Рекомендації Ради Європи 1999 року та Основоположного Рішення Ради Міністрів Європейського Союзу. Успіх Німеччини у розвитку відновного правосуддя пояснюється визнанням державою того, що саме кримінальне правосуддя не може справитися з зменшенням злочинності, потерпілі мають відігравати центральну роль у судочинстві, впливу міжнародного руху за відшкодування шкоди потерпілим. Однак, з іншої сторони, Німеччина розвиває тільки медіацію і не розглядає необхідність використовувати інші форми відновного правосуддя, такі як сімейні конференції чи кола правосуддя. Крім цього, як і в Англії медіація більше направлена на правопорушника, а не потерпілого, незважаючи на намагання держави приділяти більше уваги потребам жертв злочинів.

З цього можна зробити висновок, що і англійська, і німецька моделі медіації та відновного правосуддя в цілому має свої недоліки і переваги, тому неможливо чітко зазначити, яка з них найкраща у застосуванні. Але, щоб виробити єдину світову модель відновного судочинства, Англії не потрібно виокремлювати медіацію та відновне правосуддя, а Німеччині запровадити інші програми відновного судочинства.

Використані джерела:

1. *Програми відновного правосуддя / Посібник ООН, Управління ООН з наркотиків та злочинності / Міжнародний центр Відня / Vienna International Centre, P.O. Box 500, 1400 Vienna, Austria*
2. *Матеріали 26 конференції європейських міністрів юстиції «Соціальні аспекти юстиції», Хельсинки, 7-8 квітня 2005 року. – Відповіді країн-учасниць Ради Європи на питання, підготовлені з урядом Фінляндії, с. 613*
3. *http://www.bmj.bund.de/media/archive/517.pdf*
4. *Рекомендація №R (99) 19, прийнята Комітетом Міністрів Ради Європи 15 вересня 1999 року// Відновне правосуддя в Україні. – № 1-2. – 2005.*
5. *http://www.homeoffice.gov.uk*

О. В. Вовченко
студентка Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

СТВОРЕННЯ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ В ОФШОРНИХ ЗОНАХ

Всупереч песимістичним прогнозам Бенджаміна Франкліна про те, що податків в житті не уникнути, наразі з цим можна посперечатися, адже реєстрація юридичної особи в офшорній зоні – це реальна можливість на абсолютно законних підставах оптимізувати оподаткування, уникнувши сплати високих податків і уваги контролюючих органів.

Створення офшорної компанії має наступні переваги: низькі чи нульові ставки податків; швидка і проста реєстрація; відсутність обов'язку подавати звітність у більшості офшорних зон; мобільність капіталу та анонімність його власника, яка забезпечується механізмом акцій на пред'явника, на яких не зазначається ім'я власника, який до того ж не повинен реєструватися в реєстрі акціонерів компанії; конфіденційність операцій; необов'язкова присутність засновників компанії в деяких офшорах; відсутність вимог до статутного капіталу в багатьох юрисдикціях. Мабуть, єдиним недоліком офшорних компаній є те, що вони не можуть займатися підприємницькою діяльністю в країні реєстрації, тобто розраховані на ведення діяльності за межами офшорної юрисдикції.

Слід зазначити, що реєстрацію офшорних компаній можуть здійснювати лише професійні агенти, які мають на це відповідну ліцензію. Нерезиденти офшорних зон зареєструвати компанію не можуть. Тому, щоб зареєструвати офшорну компанію, необхідно звернутися до однієї з українських консалтингових компаній, які займаються реєстрацією професійно.

Практика офшорного бізнесу виділила три основні напрями компаній. До першого відносяться компанії холдингового типу (оперативно-холдингові, інвестиційні, судновласницькі, промислові та компанії, що працюють з нерухомістю). Другий напрям – це фінансові компанії, до яких відносяться і банки, і посередницькі структури, і страхові фірми. Третій тип офшору – торговельно-посередницький бізнес.

Існує два способи того, як стати законним власником офшорної компанії:

1) Придбати готову компанію із зареєстрованою назвою та пакетом документів, що займає годину часу. 2) Замовити реєстрацію власної компанії з врахуванням всіх побажань та нюансів, що виконується від 1 до 4 тижнів в залежності від країни юрисдикції.

Покупцю IBC (він же бенефіціар – справжній власник офшорної компанії) надається комплект установчих документів фірми, який має включати: Certificate of Incorporation – сертифікат про реєстрацію в офшорній юрисдикції; Memorandum and Articles of Association – меморандум та статут компанії; Share Certificate – сертифікат акцій; Перший протокол про призначення директорів/секретарів компанії; Resignation of director/secretary – листи відмови від директорів, секретарів; Declaration of Trust – трастова декларація; General Power of Attorney – Генеральна довіреність; Argreement for the provision of

nominee services – договір про надання номінального сервісу; Corporate Seal – печатка компанії.

Слід зазначити, що найважливішим документом є не сертифікат про реєстрацію компанії, а Declaration of Trust – трастова декларація, укладена між реальним, але прихованим власником, і номінальним акціонером (nominee shareholder). Це письмова угода, в якій говориться, що корпоративні права компанії, як і її активи, належать бенефіціарію, а номінальний акціонер лише формально є власником акцій і діє за інструкцією бенефіціарія.

До того ж, документи мають бути завірені по формі апостиль, що вважається додатковою послугою для клієнта і сплачується окремо. Апостиль – спеціальний штамп, затверджений Гаазькою Конвенцією 1961 року, завдяки якому апостилізовані документи мають визнаватися в будь-якій державі світу, де засновник бажає відкрити представництво чи банківський рахунок. Апостилізувати документи можна в будь-якій державі, що підписала Гаазьку конвенцію і отримала право видавати апостиль.

Згодом офшорній компанії знадобиться сертифікат про повноцінний статус (C.G.S. чи Certificate of Good Standing) – офіційний документ, що видається Регістром підприємств в країні реєстрації і підтверджує, що ця компанія на момент видачі сертифікату знаходиться в повноцінному стані, здала всі звіти і сплатила держмито.

Офіційно представляти компанію можуть 2 особи – номінальний акціонер та номінальний директор, які і приховують справжнього власника фірми. Пошуком таких осіб займається сама консалтингова компанія.

Протягом останніх років багато держав запровадили обмеження щодо компаній в окремих офшорних зонах. Не залишилась в стороні і Україна, створивши список зон, що закріплений розпорядженням КМУ «Про перелік офшорних зон» від 23 лютого 2011 р. N 143-р. Ведення бізнесу в одній з країн, що потрапили до списку значно зменшує ті податкові пільги, які могли б бути.

Згідно із Законом України «Про оподаткування прибутку підприємств», зокрема пункту 3 статті 18, при укладанні договорів, які передбачають здійснення оплати товарів (робіт, послуг) на користь нерезидентів, що розташовані в офшорних зонах, чи при здійсненні розрахунків через таких нерезидентів або через їх банківські рахунки, незалежно від того, чи здійснюється така оплата (в грошовій або іншій формі) безпосередньо або через інших резидентів, або нерезидентів, витрати платників податку на оплату вартості таких товарів (робіт, послуг) включаються до складу їх валових витрат у сумі, що становить 85% від оплаченої вартості цих товарів (робіт, послуг).

Але в деяких випадках таких обмежень можна уникнути: так, якщо оплата продукції йде на рахунок іноземної компанії-нерезидента (зареєстрованої не в офшорній зоні, а в. скажімо Польщі чи Росії), але на офшорний банківський рахунок, то правило п.18.3 ст. 18 ЗУ «Про оподаткування прибутку підприємств» не застосовується.

Отже, слід звернути увагу на держави, які з тих або інших причин не увійшли до списку КМУ, наприклад Панама, ОАЕ, Кіпр. Хоча навіть якщо цей список в черговий раз зміниться, то існує спеціальна норма ЗУ «Про оподаткування прибутку підприємств», яка говорить, що «правило 85»

застосовується лише з початку звітного кварталу, наступного за тим, коли був офіційно опублікований новий, видозмінений список офшорних зон. За цей час можна оперативно ліквідувати одну офшорну фірму і відкрити її в іншій юрисдикції.

Можна зробити висновок, що для запобігання ухиленню від сплати податків, необхідно внести зміни та доповнення в наше законодавство, а саме:

- Доповнити Цивільний кодекс новим видом юридичної особи – офшорним товариством (зазначити умови його створення, реорганізації, ліквідації).
- Доповнити ЗУ «Про господарські товариства» новою частиною, яка б регламентувала організацію та діяльність офшорних компаній, компетенцію її органів.
- Закріпити порядок реєстрації офшорних компаній в ЗУ «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців.
- Закріпити порядок залучення та вивезення інвестованих в офшорні підприємства коштів в ЗУ «Про іноземні інвестиції».
- Розробити ряд підзаконних нормативно-правових актів, які б конкретніше врегульовували питання діяльності таких компаній

Використані джерела:

1.Ворнавский Н.В. Характерные черты оффшорных зон // Экономика и бизнес. 2001.№4. 2. Денберг В.Р. Налогообложение в оффшорных зонах. – М.: Наука. 1999. 342 с.3.

2.Левертов В.А. Для кого нужны оффшорные зоны // Украинская инвестиционная газета от 12 – 18 ноября 2001. № 45 с. 372

Б. В. Воєводін

асистент кафедри цивільного права

Київського національного університету імені Тараса Шевченка,

Київ, Україна

ІНСТИТУТ РЕКЛАМИ У США: ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Правове регулювання Сполученими штатами сфери комерційної реклами цікаве й корисне для вивчення у зв’язку з тим, що в США реклама і рекламна діяльність отримали великий і давній розвиток. Вибір як об’єкта для дослідження правового режиму комерційної реклами в США, пояснюється схожістю проблем у регулюванні відносин у сфері комерційної реклами в Україні й у США.

Необхідно вивчити і проаналізувати систему правового регулювання та існуючу проблематику у сфері реклами в США.

Реклама у США отримала два основних тлумачення: як бізнес (або його частина) та як вид мови (форма вираження поглядів, думок і т.п.). Бізнес-форма праворозуміння реклами передбачає три аспекти: а) реклама як комплекс

правовідносин; б). реклама як засіб конкуренції; в) реклама як подразнюючий елемент в системі захисту прав споживачів. У контексті «реклама-вид мови» існує 2 підкатегорії: а) реклама-комерційний продукт; б) реклама – як інформація рекламного характеру. Проаналізувавши весь масив даних, можна зробити висновок що і в Україні і у США реклама, в основному, розглядається *як інформація, а не як форма або спосіб її поширення.*

Регулювання сфери реклами здійснюються державними органами, спілками захисту прав споживачів та асоціаціями рекламістів.

Найбільш впливовим із *органів державної влади* є Федеральна торговельна комісія (далі – ФТК). Також важливу роль відіграють Управління по контролю за якістю харчових продуктів, медикаментів і косметичних засобів, Поштове відомство, Відділ податків на спиртні напої та тютюнові вироби, Бюро внутрішніх податків, Федеральна комісія зв'язку та ін.[1, 90]

Права споживачів захищаються ефективною системою контролю над дотриманням етичних принципів у рекламі, що представлена багаточисельними комітетами, які сьогодні називаються «БББ» (Better Business Bureau). Вони формуються за сферою інтересів і здійснюють нагляд над певними категоріями реклами (наприклад реклама для дітей).

Третім механізмом регулювання є *саморегулювання*, що діє на основних приватноправових засадах. Так у 30-х роках XX століття був створений Кодекс рекламної практики Американської асоціації рекламних агентств (так званий «Чотири А» – American Association of Advertising Agencies). Дана Асоціація встановила «Програми взаємного обміну рекламою» та інші внутрішньоспілкові статути і правила. На цей час Американська асоціація рекламних агентств об'єднує близько 400 фірм, що мають більш 1000 відділень у США і 375 – в 55 інших країнах. Асоціація має власний фонд, кошти з якого витрачаються на субсидії для наукових досліджень у сфері реклами. Крім цього, «Чотири А» координує діяльність рекламних агентств, направлену на розробку етичних критеріїв реклами. Асоціацією розроблені «Стандарти на послуги, що надаються рекламними агентствами», «Стандарти діяльності рекламних агентств», «Творчий кодекс», «Етичний кодекс реклами під час політичних кампаній», типові форми контрактів на розміщення реклами. Ці документи схвалені та підтримані провідними американськими фірмами, а потім скопійовані у багатьох країнах. Вони активно використовуються в рекламній практиці.

Варто зосередитись на *цивільно-правових аспектах* існування інституту реклами у США.

Рекламна діяльність визнається у США одним з різновидів *творчої діяльності*, продукти якої мають таку саму високу естетичну цінність як і твори літератури або образотворчого мистецтва. Це значить, що американська реклама є не тільки інструментом регулювання ринкового товарообігу, але і об'єктом, що у повній мірі охороняється правом інтелектуальної власності [2].

При створенні реклами від виробників вимагається дотримання особистих немайнових прав людини, прав споживачів та загальних принципів зобов'язального права. Так, оцінюючи зміст рекламних текстів, ФТК орієнтується у першу чергу на інтереси споживачів таких текстів, що володіють

середнім рівнем інтелекту та знаннями – щоб навіть довірлива людина без спеціальних знань могла *вірно оцінити надану їй інформацію* [3].

Висуваються окремі вимого щодо якості рекламованого товару та його властивостей. Комісія вимагає створювати рекламні тексти так, щоб вони містили лише реальні властивості товару і ця кількість властивостей унеможливлювала приписування товару неналежних йому якостей.

ФТК забороняє використовувати в рекламі двозначних слів та виразів для унеможливлення введення в оману споживача щодо властивостей рекламованого товару чи послуги.

Торгова комісія також регламентує баланс між правом особи на розповсюдження і отримання інформації та правом на невтручання в особисте життя. Порушення цього правила може викликати так звана «нав'язлива комерційна реклама та небажана реклама (так ФТК з 2003 року веде список осіб, що не хочуть отримувати розсилки від телемаркетингових компаній). У зв'язку з цим цікавим є справа Federal Communication Commission v. Pacifica Foundation, 438 U.S. 726, 98S.Ct.3026,57LEd.2d 1073 (1978) в якій суд прямо надає перевагу громадянину на невтручання в його особисте життя Також судами відстоюється право на повну інформацію про товар/послугу, і ненадання такої інформації в рекламі чи її обмеження визнається таким, що порушує права споживача [4, 238]

Цікавою є практика визнання реклами «недобросовісною» та такою «що вводить в оману». Так ФТК визнає рекламу недобросовісною, якщо вона призвела до негативних наслідків у вигляді завдання шкоди, що є «суттєвою, явною та невідворотною», а для визнання такою, що вводить в оману достатньо тільки «суттєвої вірогідності ввести в оману споживача, що діє розумно у даних обставинах».

Великий відсоток становлять справи щодо порівняльної реклами. Дані справи розглядаються дуже суб'єктивно у зв'язку з існуванням в США принципу розмежування фактів та суджень. Так важко довести твердження «найкращий» і т.п. [5, 130].

За загальним правилом розповсюджувач реклами не несе цивільно-правової відповідальності за рекламу, на відміну від особи, що надала оспорюваний матеріал (замовника реклами).

Проаналізувавши масив законодавства та практики, можна дійти висновку, що суть правового регулювання в Україні та США подібна, але нашій державі варто перейняти досвід США у частині саморегулювання ринку реклами, тлумачення поняття «реклама» та інформаційної цінності реклами.

Використані джерела:

1. *Харрис Р. Психология массовых коммуникаций. 4-е изд. –С-Пб.: Прайм-Еврознак, 2002. -246 с.*
2. *Джон НЕХТЛ Концептуальный доклад о праве СМИ// Институт проблем информационного права Серия «Журналистика и право» Выпуск 53 Правовые вопросы журналистики и телекоммуникаций в США (електронний ресурс: http://www.medialaw.ru/publications/books/usa2/02.html)*
3. *Коуэн Г. Свобода слова и печати: Исключения из Первой поправки//Институт проблем информационного права. Серия «Журналистика и право» Выпуск 53 Правовые вопросы журналистики и*

телекоммуникаций в США (електронний ресурс: http://www.medialaw.ru/publications/books/usa2/04.html)
4. *Рихтер А.Г. Правовые основы журналистики: Учебник. – 2-е изд., испр. И доп. –М.: ВК, 2009. -456 с.*
5. *Павловец Е. В. Проблемы правового регулирования отношений в сфере коммерческой рекламы в России и США: сравнительный анализ. Дисс.. канд. юрид. наук. М., 2002.*

І. М. Волкова
студентка Інституту підготовки кадрів для органів прокуратури Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», Харків, Україна

АПЕЛЯЦІЙНЕ ОСКАРЖЕННЯ ЗАОЧНОГО РІШЕННЯ

Законодавець встановлює різну процедуру оскарження заочного рішення для позивача та відповідача. Так, позивач наділяється правом апеляційного оскарження заочного рішення, а відповідач – правом подання заяви про перегляд заочного рішення, тому виникають певні неузгодженості при апеляційному оскарженні заочного рішення.

За чинним законодавством, відповідач без подання заяви про перегляд заочного рішення не має можливості реалізувати своє право на апеляційне оскарження. Відповідач обмежується в праві апеляційного оскарження, яке виникає лише після залишення заяви про перегляд заочного рішення без задоволення або у разі ухвалення повторного заочного рішення. Ці положення суперечать ст. 292 ЦПК України, яка чітко встановлює, що сторона й інші особи, які беруть участь у справі, мають право оскаржити в апеляційному порядку рішення суду першої інстанції повністю або частково [1, с. 25]. Таким чином, у ЦПК України потрібно передбачити можливість для відповідача оскаржити заочне рішення в апеляційному порядку без попереднього перегляду заочного рішення судом, що його ухвалив.

Не менш актуальною є проблема визначення строків оскарження заочного рішення, який є неоднаковим для позивача та відповідача. Найбільш невдалою та недосконалою нормою було друге речення ч. 4 ст. 231 ЦПК України, яке передбачало, що строк, протягом якого розглядалася заява про перегляд заочного рішення, не включається до строку на апеляційне оскарження рішення. Як відомо, заява про апеляційне оскарження повинна бути подана протягом десяти днів з дня проголошення рішення. Однак до подачі такої заяви відповідачем вже проходить як мінімум десять днів (п’ять днів для направлення йому копії рішення плюс дні для отримання ним цієї копії, підготовки заяви, збирання доказів, направлення до суду тощо). Таким чином, у будь-якому випадку після залишення без задоволення заяви про перегляд заочного рішення, навіть не враховуючи строк розгляду цієї заяви, апеляційний строк уже пропущений [2, с. 7]. Цей недолік був виправлений 2010 року. Відповідно до ч. 4

ст. 231 ЦПК України в редакції від 7 липня 2010 року, у разі залишення заяви про перегляд заочного рішення без задоволення заочне рішення може бути оскаржене в загальному порядку, встановленому цим Кодексом. У цьому разі строк на апеляційне оскарження рішення починає відраховуватися з дати постановлення ухвали про залишення заяви про перегляд заочного рішення без задоволення.

Що стосується початку перебігу строку оскарження заочного рішення позивачем, то він визначається системою юридичних фактів. Коли відповідач подав заяву про перегляд заочного рішення, право позивача на апеляційне оскарження має бути реалізовано за умов наявності ухвали про відмову у задоволенні заяви про перегляд заочного рішення в межах строків та процедур апеляційного перегляду судових рішень. У випадку неподання відповідачем заяви про перегляд заочного рішення до суду першої інстанції, право на подачу апеляційної скарги у позивача виникає після перебігу строку на подачу заяви про перегляд заочного рішення [3, с.368].

Процесуальне законодавство не ставить перешкод для можливості виникнення та конкуренції двох проваджень. Така ситуація може скластися, якщо обидві сторони не задоволені заочним рішенням. Тоді позивач скористається правом апеляційного оскарження, а відповідач – правом на подання заяви про перегляд заочного рішення. Допускати два провадження по одній і тій же справі неприпустимо, проте чинний ЦПК України залишив це питання неврегульованим [1,с.27]. Конкуренцію різних проваджень у справі можна усунути правилом, відповідно до якого подача заяви про перегляд заочного рішення повинна зупиняти апеляційне (касаційне) провадження. Апеляційне (касаційне) провадження не повинно здійснюватися до розгляду заяви про перегляд заочного рішення. У випадку задоволення заяви про перегляд судом першої інстанції заочного рішення, провадження по апеляційній (касаційній) скарзі повинно закриватися. Апеляційну (касаційну) скаргу слід залишати без руху до закінчення строку на подачу відповідачем заяви про перегляд заочного рішення [3, с. 368-369].

Отже, правове регулювання апеляційного оскарження заочного рішення потребує подальшого удосконалення, зокрема потрібно передбачити можливість для відповідача оскаржити заочне рішення в апеляційному порядку без попереднього перегляду судом, що його ухвалив, а також узгодити строки оскарження заочного рішення, усунути можливість подвійного провадження.

Використані джерела:

1. *Колосов Р. Перегляд заочного рішення (процесуальні аспекти) // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 1. – С. 25-27.*
2. *Луспеник Д. Заочний розгляд справи: проблемні новели ЦПК // Юридичний вісник України. – 2006. – № 9. – С. 7.*
3. *Проблеми теорії та практики цивільного судочинства: Монографія / За заг. ред. Комарова В.В. – Х.: Харків юридичний, 2008. – 928 с.*

Д. А. Гавриленко
студент юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА ФІЗИЧНИХ ОСІБ НА ГІДНІСТЬ ТА ЧЕСТЬ

На сьогоднішній день Україна є досить молодою державою, яка намагається створити нові стандарти та норми не лише в суспільстві, але і в праві. Але, на жаль, на даний момент ми можемо спостерігати ситуацію, коли, захищаючи свої права та інтереси, ми з одного разу в інший спотикаємося на ще Радянські стандарти та прогалини в законодавстві, котрі значно ускладнюють даний процес. В цьому і полягає актуальність даної теми.

Метою даної роботи є висвітлення проблем, які виникають при здійсненні захисту права особи до її гідності та честі, та запропонування можливих варіантів їх вирішення.

Стаття 297 Цивільного Кодексу, котра захищає право особи на повагу до гідності та честі, звучить так:

1.Кожен має право на повагу до його гідності та честі.

2.Гідність та честь фізичної особи є недоторканими.

3.Фізична особа має право звернутися до суду з позовом про захист її гідності та честі.[1]

Дана стаття містить оціночні поняття, такі як гідність та честь, визначення котрих не надається законодавством, а, отже, в кожному окремому випадку суддя в судовому процесі сам визначає, чи було посягання саме на честь чи гідність, чи ні, що, в свою чергу, є проблемою, вирішення котрої лежить в самому корні – це уточнення в цивільному кодексі цих понять.

Так, у науковому коментарі за редакцією О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової, В.В. Луця, визначення честі та гідності дається в об’єктивному та суб’єктивному значенні. Честь з об’єктивної сторони є позитивною соціальною оцінкою особи в очах оточуючих, яка ґрунтується на відповідності її діянь (поведінки) до загальноприйнятих у суспільстві уявлень про добро і зло та усвідомленні нею цієї оцінки. Суб’єктивна сторона честі формується на підставі об’єктивної. Вона є самооцінкою особи власної поведінки, своїх діянь на основі власного внутрішнього духовного світу, світогляду, пріоритетів та переконань.

Під гідністю з об’єктивної сторони розуміється те, що як моральна цінність та суспільна значимість особистості вона визначається існуючим суспільним чи класовим відношенням та не залежить від людини. Суб’єктивна (індивідуальна) сторона гідності проявляється в усвідомленні особистістю себе представником тієї чи іншої спільності чи певної групи, що обумовлюється можливістю особи відображати не лише об’єктивний світ, а й себе в цьому світі, свою роль та місце в ньому.[2]

Дані визначення і можуть використовуватися законодавством для офіційного тлумачення, що в свою чергу значно полегшить вирішення судових спорів щодо захисту честі та гідності.

Слід звернути увагу на такий аспект даної теми, як ціна позову по відшкодуванню моральної шкоди внаслідок порушення честі та гідності. Як відомо, з недавнього часу для подання позову до суду, окрім сплати державного мита за судові витрати, необхідно сплатити один відсоток від вартості суми позову, авжеж, з одного боку, це створено для запобігання вказування необ'єктивної суми позову, а з іншого, як вже зазначалось, честь і гідність є оціночним поняттям, і особа, право котрої було порушене, в праві вимагати будь-яку суму без перешкоджання даного відсотку. [3,30]

Дослідивши судову практику, Я дійшов висновку, що майже в усіх судових спорах щодо захисту честі, гідності та відшкодування моральної шкоди суд значно занижує суми компенсації, або взагалі скасовую грошову компенсацією, що в свою чергу також є проблемою, що свідчить про дещо застарілі погляди щодо даної проблеми.

В судовій практиці Європи та Північної Америки є досить розповсюджені дані судові спори, і в більшості випадків суд йде на зустріч особі, права якої були порушені, а грошові компенсації просто вражаючі, насамперед дана тенденція свідчить про те, що честь і гідність особи в даних країнах є одним із найважливіших прав людини, і порушення їх просто неприпустиме.[4,16]

Отже, виходячи з всього вищезазначеного, можна дійти висновку, що проблема захисту порушеного права щодо честі і гідності та відшкодування моральної шкоди при порушенні такого права є гострим та актуальним питанням, яке потребує якомога швидшого врегулювання, спростити даний процес може посилання на досвід розвинених правових держав.

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України станом на 1 листопада 2011 року.*
2. *Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України. За ред. Дзера О.В., Кузнєцова Н.С., Луць В.В. – К.: Юрінком Інтер, 2008.*
3. *«Бухгалтерський тиждень», 16 серпня 2004 р., № 33 (137)*
4. *«Адвокат Бухгалтера», июль 2005 г., № 13 (91)*

Е. В. Гаврилов

главный специалист юридического отдела
Министерства образования и науки Красноярского края,
Красноярск, Российская Федерация

К ВОПРОСУ О ПОНЯТИИ УБЫТКОВ В РОССИЙСКОМ ПРАВЕ

В гражданском праве понятие «убытки» является достаточно дискуссионным. Правильное понимание убытков необходимо не только для теории гражданского права, но и для правоприменительной практики, которая, к примеру, в последнее время столкнулась с «извращенным» существованием «нематериальных убытков» [1, с. 103-109]. Уяснение термина «убытки»

необходимо также для отграничения убытков от схожих правовых терминов: «вред» и «ущерб».

Определить истинную сущность убытков пытались как дореволюционные авторы, представители советской школы права, так и современные ученые. В последние годы в России появилось много монографических работ, посвященных качественному, всестороннему анализу категории «убытки». К таким работам можно отнести монографии С.Л. Дегтярева «Возмещение убытков в гражданском и арбитражном процессе», В.С. Евтеева «Возмещение убытков как вид ответственности в коммерческой деятельности», О.Н. Садикова «Убытки в гражданском праве Российской Федерации», а также сборник статей «Убытки и практика их возмещения» (отв. ред. М.А. Рожкова).

Ученые рассматривают «убытки» через такие категории как «нарушенная ценность», «нарушенный интерес», «имущество» [2, с. 6-67]. Под убытками цивилисты понимают «вред, понесенный имуществом и состоящий в уменьшении его ценности», «всякий имущественный вред в его денежном выражении», «денежную оценку имущественного вреда», «имущественный вред, имущественные потери, понесенные потерпевшим, выражающиеся в денежной или натуральной форме», «отрицательные последствия, которые наступили в имущественной сфере потерпевшего» [3, с. 45-47].

Российский законодатель, в соответствии с п. 2 ст. 15 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), под убытками понимает расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода) [4].

Из системного анализа вышеуказанных толкований рассматриваемого термина следует, что убытки в российском праве всегда связаны только с имущественными потерями; чаще всего они выражаются в денежной форме; могут быть либо реальным ущербом, либо упущенной выгодой.

Думается, именно из указанных выводов и следует исходить, давая характеристику убыткам.

Для начала выскажу свою позицию о соотношении категорий «вред», «ущерб», «убытки». Вполне возможно нижеприведенная позиция отличается от традиционного соотношения, однако, на мой взгляд, она полностью соответствует правоприменительной практике.

Вред – это нарушение или умаление какого-либо имущественного права или нематериального блага. Вред – универсальная категория для всех отраслей права. Вред – это одновременно и процесс (*процесс нарушения или умаления права или блага; неразрывная связь с правонарушением*) и последствие (*последствие нарушения или умаления права или блага*). Вред как процесс и последствие (взятые воедино) – это «широкий» вред. Вред, понимаемый только как последствие, – это «узкий» вред.

Ущерб – это правовой синоним «узкого» вреда. Или, иными словами, **ущерб – это результат (последствие) вреда, понимаемого в широком смысле**. Считаю, что в большинстве случаев проводить различие между вредом и

ущербом не имеет практической полезности. Так, например, украинское законодательство при обозначении вреда и (или) ущерба использует единый термин – «*шкода*».

Теперь перейдем собственно к убыткам (в украинском праве – «*збитки*»).

На мой взгляд, убытки в отечественном праве всегда были, есть и должны быть не чем иным, как *имущественным (материальным) выражением вреда*. **Убытки – это имущественный (материальный) вред, который потенциально поддается точному денежному исчислению.** Соответственно убытки всегда имеют *только имущественное содержание* и стоимостную форму. Недаром в украинском законодательстве возмещение убытков рассматривается как один из способов возмещения именно *имущественного вреда*.

Получается, «вред» и «ущерб» – более широкие категории по отношению к убыткам. Если вред (ущерб) имеет неимущественное содержание, не поддается точному денежному исчислению, не имеет стоимостной формы – это не убытки. **Убытки – конкретная имущественная категория, сочетающая экономические и юридические черты**. Думается, что в юриспруденции убытки, в отличие от вреда и ущерба, должны существовать только в гражданском праве и отраслях, тесно связанных с гражданским правом (например, в хозяйственном праве).

В Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации предлагается определять размер убытков не только традиционным образом (документальное обоснование), но и на основании судейского усмотрения, если по обстоятельствам дела размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности [5].

Считаю, что при таком подходе мы будем иметь дело не с возмещение убытков, а с некой компенсацией как альтернативой требованию о возмещении убытков. В любом случае указанное предложение направлено на развитие гражданского оборота, упрощение способов защиты нарушенных прав. Но будем ли мы при этом иметь дело именно с убытками? Этот вопрос требует отдельного исследования.

В заключение отмечу, что право не должно прекращать поиски оптимального определения понятия убытков, совершенствовать законодательство в части возмещения убытков. Предложенное автором понимание убытков и их места среди смежных категорий («вред» и «ущерб») не является безусловным, оно представляет собой лишь один из вариантов доктринальных идей по исследуемому вопросу. Поиски оптимальной дефиниции продолжаются.

Использованные источники:

1. *Об этом подробнее см.: Гаврилов Е. Способы защиты прав субъектов предпринимательской деятельности от «нематериальных убытков» // Хозяйство и право. – 2011. – № 7.*
2. *Об этом подробнее см.: Савенкова О.В. Возмещение убытков в современном гражданском праве // Убытки и практика их возмещения: Сборник статей / Отв. ред. М.А. Рожкова. – М.: Статут, 2006.*

3. *Об этом подробнее см.: Кучерова О. Определение понятия «убытки» в гражданском праве // Арбитражный и гражданский процесс. – 2006. – № 10.*
4. *Гражданский Кодекс Российской Федерации от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ // Приводится по СПС «Консультант-Плюс».*
5. *Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / Вступ. ст. А.Л. Маковского. – М.: Статут, 2009.*

Ю. Н. Гайдук
кандидат юридических наук, доцент,
доцент кафедры частного права Международного университета «МИТСО»,
Минск, Республика Беларусь

ИНФОРМАЦИОННЫЙ АСПЕКТ ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ СИТУАЦИИ

Процессуальная ситуация – это та обстановка (обстоятельства), которая складывается вокруг судебного дела на каждом этапе судебного разбирательства. Этапов судебного разбирательства четыре – подготовительная часть, исследование доказательств, судебные прения и вынесение решения.

Процессуальная ситуация складывается при определенных условиях. Наличие таких условий позволяет сделать вывод о коммуникативном (психологическом аспекте) любого судебного дела. К таким условиям относятся:

Во-первых, **информация.** Сторона должна четко представлять тот объем информации, который имеется у другой стороны.

Во-вторых, **стратегия и тактика.** Стратегия и тактика дают понять возможности не только сторон, но и суда. Стратегия – это как строить и когда реализовывать свою целенаправленную позицию во всех процессуальных ситуациях. Напротив, тактика – умение маневрировать на каждом этапе процессуальной ситуации.

И, в-третьих, **готовность к юридическому конфликту** всех участников. Это совокупность психологических и коммуникативных возможностей сторон.

Каждая ситуация уникальна сама по себе, потому что она а) динамична, б) проблемна (что требует обязательного результата) и в) индивидуальна (тем она и интересна).

Информационное условие складывается из следующих факторов.

Первый фактор характеризует статус того, ***кто*** передает информацию. То есть его статус. Решение проблемы статуса заключается в следующем:

1.Выбирать и (или) назначать людей, которые отвечают требованиями статуса.

2. Изменять мнение коллектива (людей) о статусе того или иного человека.

3. Изменить самому свой статус.

Второй фактор, это ***как*** осуществляется передача. Здесь большую роль играет невербальные средства общения.

В процессуальной ситуации можно использовать Язык тела отличается многозначностью и определяется следующими **основными средствами:**

а) взгляд, б) мимика, в) жестикуляция г) манера держаться.

Без **зрительного контакта (взгляда)** даже самые убедительные рассуждения воздействуют лишь наполовину. Зрительный контакт помогает наладить столь необходимую вам связь не только с вашим оппонентом, но и судьёй.

Зрительный контакт как бы связывает вас «одним звеном» с судьёй. Зрительный контакт может дать целый ряд преимуществ.

1. Судья понимает, что вы обращаетесь непосредственно к нему. Усиливается его внимание.
2. Ваши рассуждения подчеркиваются, тем самым вы демонстрируете уверенность.
3. Вы сможете увидеть реакцию судьи: а) понимает ли он вас и принимает ли ваши доказательства б) следует ли вам говорить быстрее, медленнее, громче или тише.

Мимика должна быть позитивной (улыбка, например) и соответствовать содержанию речи.

Жестикуляция – непременный атрибут вербальной передачи информации. Правильные жесты – это часть правильной аргументации. Не используя жестов, человек кажется скованным и напряженным.

Допустимая область расположения рук в суде – между линией бёдер и областью груди. Судорожное и бесконтрольное движение рук недопустимо.

Источником уверенности служит и прямая осанка в **манере держаться.** Высокомерие подтверждает небрежность в манере держаться, а качание взад-вперед, как маятник показывает неуверенность.

Осанка и содержание речи должны соответствовать друг другу.

Третий фактор, это ***кому*** направлено сообщение. Ответ прост. Вне суда – оппоненту, в суде – исключительно суду. Однако не следует исключать из поля зрения оппонента. Косвенное направление информации противнику должно присутствовать всегда.

Четвёртый фактор, это ***что*** передавать. Здесь необходимо определиться с порядком (очередностью) предоставления информации и аргументов. По правилу Гомера. убедительность аргументов достигается в следующим порядке: сильные – средние – один самый сильный. Из этого правила следует, что слабыми аргументами лучше не пользоваться вообще.

Последний, **пятый фактор**, это ***эффективность*** передачи информации. Она достигается с помощью дедукции или индукции, либо правильной постановки вопросов с целью информировать суд и сторону о ценности цели дела, ее достижимости и средствах достижения.

Использованные источники:

1. Гайдук Ю.Н. 3D общение, или неюридические тонкости.– РнД.: Феникс, 2011.

М. Б. Гарієвська
асистент кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

РОЛЬ СУДУ ПРИ УКЛАДЕННІ СТОРОНАМИ МИРОВОЇ УГОДИ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Диспозитивні начала цивільного судочинства надають сторонам спору право укладати мирову угоду, що безпосередньо передбачено ст.ст. 31, 175 ЦПК України [1]. Процесуальне законодавство України зобов'язує суд роз'яснити сторонам можливість укладення мирової угоди і сприяти примиренню сторін. Отже, укладаючи мирову угоду (розпоряджаючись своїми правами на власний розсуд, в чому проявляється приватне начало), сторони врегульовують спір процесуальним способом під контролем суду.

Законодавством України передбачено такі обов'язки суду, як сприяння примиренню сторін спору протягом усього розгляду справи та укладенню ними мирової угоди, а також роз'яснення сторонам наслідків укладення мирової угоди. Однак, у цьому випадку вважаємо позитивним запозичення досвіду Німеччини, § 278 (6) ЦПК якої передбачено надання судом письмового проекту мирової угоди сторонам. У разі, коли сторони погодяться із запропонованим проектом, вони повинні надіслати суду письмове підтвердження про свою згоду із умовами мирової угоди [2, 93]. На нашу думку, активність суду, яка може проявлятись у наданні сторонам проект мирової угоди ніяким чином не суперечить принципам змагальності та диспозитивності. Навпаки, надаючи сторонам текст мирової угоди, суд тим самим спонукатиме сторони мирно врегулювати спір.

У разі укладення сторонами мирової угоди, суд відповідно до ст. 175 ЦПК, закриває провадження у справі та виносить ухвалу про: 1)закриття провадження у справі у зв'язку з укладенням сторонами мирової угоди; або 2) закриття провадження у справі та про визнання мирової угоди.

Роль суду при визнанні мирової угоди – контрольна. Він повинен перевірити законність цього акта за кількома напрямками:

1) чи є процесуальна дія, а саме: чи укладено мирову угоду, чи є звернення сторін до суду про затвердження мирової угоди; 2) чи наділена відповідна категорія осіб, які беруть участь у справі, правом на укладення мирової угоди; 3) добровільність укладення мирової угоди і усвідомлення наслідків затвердження судом цього акта; 4) чи можливо з відповідної категорії справ укладення мирової угоди; чи допускається можливість домовленості сторін; чи не змінюють сторони своєю угодою імперативні норми закону; 5) чи всі особи беруть участь у справі і чи не порушує мирова угода їх прав, а також права осіб, не залучених до участі у справі; чи чітко викладено її умови; чи немає двозначності, нечіткості умов; чи не укладена мирова угода під умовою; 6) чи врегулюється даної мировою угодою спір; чи відповідають умови мирової угоди предмету спору, чи не зачіпають інші права та обов'язки сторін [4, 15].

Тобто, визначаючи підстави для закриття провадження у справі законодавець дотримується поділу мирової угоди на два види: визнаної судом за клопотанням сторін і не визнаної судом, в результаті відсутності такого клопотання. В останньому випадку суд не перевіряє умови мирової угоди на предмет законності, він ніби «відсторонюється» й дає можливість сторонам укласти мирову угоду на власний ризик. Вбачаємо в даній нормі недоліки законодавства та необхідність судом в будь-якому випадку перевіряти мирову угоду на предмет законності, щоб унеможливити подальше порушення прав та законних інтересів осіб.

На практиці доволі часто виникає питання, чи вправі суд визнати мирову угоду частково, тобто на власний розсуд вилучити з поданої сторонами угоди певні положення, або доповнити чи уточнити умови мирової угоди? Вважаємо, що навіть коли деякі умови мирової угоди суперечать законодавству, суд не має права їх вилучати, оскільки порушуються принцип диспозитивності, свобода договору, вільне волевиявлення сторін. Суд з власної ініціативи не може вносити корективи, як і виправляти положення мирової угоди. Суд під час здійснення перевірки може лише вказати сторонам на невідповідність умов мирової угоди чинному законодавству. У разі, коли сторони погоджуються привести положення мирової угоди у відповідність із законодавством, або мають бажання її доповнити чи змінити, вони повинні подавати суду відповідні клопотання. Якщо ж сторони не погоджуються виправити положення мирової угоди і не подають клопотання та нової редакції мирової угоди, то суд відмовляє у задоволенні заяви про визнання мирової угоди в повному обсязі, про що постановляє мотивовану ухвалу. Така ухвала не перешкоджає повторному укладенню мирової угоди і поданню її судові для визнання [3].

Але як бути у випадку, коли, умови мирової угоди не суперечать закону і не порушують права, свободи чи інтереси інших осіб? Чи може суд в такому випадку відмовити у визнанні мирової угоди? На нашу думку, у разі відповідності мирової угоди закону і не порушенні прав, свобод чи інтересів інших осіб суд зобов'язаний визнати мирову угоду. Адже, весь процес спрямований на врегулювання спору між сторонами, і тому надання суду можливості не визнавати мирову угоду у цьому випадку є недоцільним і таким, що не сприяє швидкому врегулюванню спору.

Використані джерела:

1. *Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. // Відомості Верховної Ради. – 2004. – № 40–41, 42. – Ст. 492.*
2. *Гражданское процессуальное уложение Германии: Ввод.закон к Гражданскому процессуальному уложению : [пер. с нем.] / [В. Бергманн, введ., сост.]. – М. :ВолтерсКлувер, 2006. – 472 с.*
3. *Верба, О. Б.Особливості визнання судом мирової угоди на стадії виконавчого провадження [Електронний ресурс] / О. Б. Верба // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2008. –№ 3. – Режим доступу до журн. : http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Nvlduvs/2008_3/08vobsvp.pdf.*
4. *Лазарев, С. В. Мировое соглашение в гражданском судопроизводстве :автореф. дис. на соиск. научн. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.15 «гражданский процесс; арбитражный процесс» / С. В. Лазарев. – Екатеринбург, 2006 – 24 с.*

Г. А. Гиль
аспірант Волинського національного університету імені Лесі Українки, Луцьк, Україна

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРЕДСТАВНИЦТВА ПРОКУРАТУРОЮ ІНТЕРЕСІВ ДІТЕЙ

Питання представництва прокуратурою інтересів дітей завжди було актуальним у юридичній науці та правозастосуванні. Законодавче закріплення цієї функції викликало велику зацікавленість з боку вчених і започаткувало активне обговорення пов'язаних з цим проблем.

Проблема забезпечення прав дитини має глибокі історичні корені. І.С. Кон вказав, що ставлення до дитини як до соціального суб'єкта з власними поглядами та міркуваннями сформувалося лише впродовж останніх століть [1]. До цього дитина вважалася «нижчим створінням», повністю залежним від дорослих. На думку вчених права дитини – це окреслені, установлені принципи, положення, закони, які регулюють її життєдіяльність у суспільстві. Така складна, багаторівнева проблема, як права дитини, може розглядатися й розв'язуватися в різних контекстах, зокрема, в юридичному. Що, насамперед, передбачає закріплення певними законами та політико-правовими деклараціями правил, норм, стандартів і вимог до організації життєдіяльності дитини в державі [2].

Конституцією України (статті 121-123) [3] визначено, що прокуратура є організаційно самостійним державно-правовим інститутом влади, який не належить до жодної з її гілок. Представляючи в суді інтереси дітей прокурор реалізує виключно конституційні положення відповідно до яких держава зобов'язана забезпечувати захист прав і свобод громадян.

Відразу після прийняття Основного Закону виникло питання щодо правових підстав представництва, в тому числі і дітей. На думку Н. Абрамова, «викликає заперечення вказівка у ч. 2 ст. 121 Конституції на те, що прокурор виконує передбачений в ній обов'язок у випадках, передбачених законом. Немає потреби доводити, що всі такі випадки передбачити неможливо… Це питання може і повинен вирішувати сам прокурор, виходячи з важливості порушеного права і можливості потерпілої особи захищати це право» [4]. Таке висловлювання носило надто категоричний характер, оскільки, раз в Конституції встановлено, що приводи для прокурорсько-судового представництва повинні визначатись законом, значить так і має бути. Інша справа, в якому законі і як саме. Зараз правовими джерелами представництва є: а) окремі закони, які відносяться до різних галузей законодавства; [5] б) процесуальне законодавство; в) ст.36-1 Закону України «Про прокуратуру» [6]. На думку М.І. Мичко «… немає ніяких підстав з недовір'ям і тим більше з підозрою ставитись до того, що представники теорії прокурорського нагляду у більшості своїй пропонують поширювально тлумачити приводи і підстави для прокурорського представництва в суді. Продиктовано це аж ніяк не міркуваннями відомчого характеру, а бажанням максимально краще використати правозахисний потенціал прокуратури в інтересах громадян і держави» [7].

Право прокурора на звернення до суду загальної юрисдикції та вступ у відповідну справу чітко обмежене представництвом певної категорії громадян до однієї з яких і відносяться діти, які в силу відсутності повної дієздатності не можуть належним чином самостійно захистити свої права в суді. Приводом для представництва прокурора в суді є саме звернення у прокуратуру фізичних осіб, тобто рішення самої особи про необхідність її захисту прокуратурою, при цьому така правова допомога надається громадянам безоплатно, тобто за рахунок держави, і спрямована на захист конституційних прав найменш захищених верств населення [8]. Не варто також забувати про те, що прокурор може сам звертатися до суду за захистом громадян (в т.ч. дітей), якщо того вимагають певні обставини. Крім того, в науці вже з'явився нове родове поняття, що позначає правовий статус прокурора в зазначених правовідносиних – «функції та повноваження прокуратури у некримінальній сфері». [9]

Новелою є закріплення інституту представництва прокурора в Цивільному процесуальному кодексі України від 18 березня 2004 р. [10] Згідно із ч. 2 ст. 45 цього Кодексу прокурор здійснює в суді представництво інтересів громадянина або держави в порядку, встановленому цим Кодексом та іншими законами, і може здійснювати представництво на будь-якій стадії цивільного процесу. Отже, в теорії процесу з'явилося нове родове поняття (нова регламентація) «представництво прокурора».

Насамперед у ч. 1 ст. 45 ЦПК визначається така форма участі в цивільному процесі Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, прокурора, органів державної влади, органів місцевого самоврядування, фізичних і юридичних осіб, як звернення останніх до суду із заявами про захист прав, свобод та інтересів інших осіб або державних чи суспільних інтересів у випадках, установлених законом.

Як бачимо, у ст. 45 ЦПК поєднані правила про участь у процесі як прокурора, так і органів державної влади, органів місцевого самоврядування, фізичних та юридичних осіб, які у випадках, передбачених законом, можуть звертатися до суду із заявою на захист прав і свобод інших осіб. Проте, ст. 45 ЦПК поєднала у собі правила на участь у цивільному процесі не зовсім однорідних учасників.

Важливе значення для ефективного застосування прокурором в судовому процесі з метою захисту прав, свобод та інтересів громадянина в суді має нормативно-методична й організаційна робота з цього приводу, що проводиться Генеральною прокуратурою України. Відмітимо детальне роз'яснення та доведення до відома працівників органів прокуратури змісту процесуальних положень, що стосуються представництва прокурором інтересів громадянина у взаємовідносинах із суб'єктами владних повноважень в адміністративних судах, наказом Генерального прокурора України № 6-гн від 19.09.2005 р. [11] та діючим на даний час наказом Генерального прокурора України № 6-гн від 29.11.2006 р. [12].

В цих наказах Генеральний прокурор визначив захист прав і законних інтересів осіб, які неспроможні з будь-яких причин самостійно захистити свої права або реалізувати повноваження, поряд із захистом майнових та інших інтересів держави, основним завданням прокуратури в суді. Пріоритетним при

реалізації представницької функції в суді, в тому числі й у адміністративному судочинстві, заступникам Генерального прокурора, прокурорам Автономної Республіки Крим, областей, міст Києва та Севастополя, керівникам структурних підрозділів апаратів, міським, районним, міжрайонним та прирівняним до них прокурорам, Генеральним прокурором України наказано розглядати захист соціальних та майнових прав неповнолітніх, інвалідів, людей похилого віку, осіб, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи, трудових прав громадян, які неспроможні самостійно їх захистити або реалізувати процесуальні повноваження.

При цьому Генеральним прокурором України наголошено на тому, щоб працівники прокуратури, які готують позови до суду з метою захисту прав, свобод та інтересів незахищених громадян забезпечували їх повноту та вмотивованість, дотримувалися вимог закону до форми та змісту позовної заяви та підсудності спорів, посилалися на норми матеріального та процесуального права, які регулюють відповідні правовідносини, долучали необхідні докази до позовних заяв.

Спеціальним відомчим актом щодо забезпечення органами прокуратури прав і свобод неповнолітніх є наказ Генерального прокурора України № 6/1-гн від 15.04.2004 року «Про організацію діяльності органів прокуратури щодо захисту прав і свобод неповнолітніх» [13]. У підпункті 1.2.1 цього наказу встановлено, що прокурори мають комплексно застосовувати весь арсенал повноважень прокуратури для захисту соціальних, майнових та особистих прав неповнолітніх. Діяльність органів прокуратури Генеральним прокурором України спрямовано на проведення перевірок належного виконання службами у справах неповнолітніх і підрозділами у справах сім'ї, дітей та молоді органів виконавчої влади й виконавчих органів місцевого самоврядування покладених на них законом організаційних, координаційних та контрольних функцій у вирішенні питань соціального захисту неповнолітніх, запобігання бездоглядності і правопорушенням серед дітей й підлітків.

Передбачено здійснення прокурорами нагляду за додержанням законів з питань охорони життя і здоров'я неповнолітніх, необхідність звертати їм особливу увагу на надання дітям безоплатної медичної допомоги в державних і комунальних закладах охорони здоров'я, на створення безпечних умов виховання, навчання й праці, попередження дитячої захворюваності, реагувати на факти порушення законодавства про освіту, передусім безоплатну повну загальну і професійно-технічну, доступність вищої освіти в державних та комунальних навчальних закладах.

Діяльність органів прокуратури скеровано підпунктами 4.6, 4.8 та 4.9 наказу Генерального прокурора України № 6/1-гн від 15.04.2004 року також на систематичну перевірку додержання законів щодо пільг і гарантій дітям, які постраждали від наслідків Чорнобильської катастрофи, дітям-сиротам і дітям, які залишилися без піклування батьків, дітям-інвалідам, про соціальний захист малозабезпечених, багатодітних сімей, інших гарантій на одержання пенсій, стипендій, порядку усиновлення і вивезення дітей за кордон, недопущення їх економічної та сексуальної експлуатації.

Пунктом 8 цього наказу [13] прокурорів зобов'язано в необхідних випадках застосовувати заходи звернення до суду, в тому числі й адміністративного, і представляти в них інтереси неповнолітніх для захисту їх соціальних, житлових і майнових прав, а також оскаржувати незаконне перепрофілювання та відчуження дитячих закладів, нецільове використання бюджетних коштів, передбачених на реалізацію дитячих програм тощо. Цю ділянку роботи рекомендовано доручати вести найбільш досвідченим працівникам органів прокуратури.

Таким чином, не зважаючи на тривалий розвиток інститут прокурорського представництва при здійсненні судочинства ми бачимо, що законодавче регулювання на сучасному етапі все ж має свої прогалини, які потребують подальшого доопрацювання. При вирішенні питання про майбутнє прокурора як представника інтересів дітей необхідно враховувати особливості сучасних правових реалій в Україні й багаторічну зарубіжну прокурорську практику з метою створення нормативно-правової бази, яка по всім критеріям буде відповідати стандартам Європейського Союзу.

***Використані джерела*:**

1. *Кон И.С. Ребенок и общество: Историко-зтнографическая перспектива / И.С. Кон. – М.: Наука, 1988. – С. 216-217.*
2. *Права дитини: від витоків до сьогодення: Зб. текстів, метод. та інформ. матеріалів: Метод. видання. – К.: Либідь, 2002. – С. 11-12.*
3. *Конституція України від 28 червня 1996 року (із змінами та доповненнями) // ВВРУ. – 1996. – № 30 – С. 141.*
4. *Абрамов Н. О прокуратуре: общий надзор и предъявление исков в судах / Н. Абрамов // Государственное право. – 1998. – № 4. – С. 4.*
5. *Про зовнішньоекономічну діяльність: Закон України від 16 квітня 1991 року // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 29. – С. 377; Про свободу совісті і релігійні організації: Закон України від 23 квітня 1991 року // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 25. – С. 283.*
6. *Про прокуратуру: Закон України від 05 листопада 1991 року № 1789-XII // ВВРУ. – 1991. – № 53. – С. 793.*
7. *Мичко М.І. Функції та організаційний устрій прокуратури. Наук.видання / М.І. Мичко. – Донецьк: Донеччина», 2001. – С. 82.*
8. *Шемшученко Ю., Мурашин Г. Прокуратура України: Шляхи реформування в аспекті входження у Європейський правовий простір / Ю. Шемшученко, Г. Мурашин // Вісник Академії прокуратури України. – 2006. – № 4. – С. 5-10.*
9. *Титарчук Г. Конституційний статус прокурора: Європейська чи сучасна українська модель? / Г. Титарчук // Радник юстиції. – 2006. – № 3. – С. 27-32.*
10. *Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року (із змінами та доповненнями) // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 40-41, 42. – С. 492.*
11. *Про організацію роботи по представництву в суді, захисту інтересів громадян та держави при виконанні судових рішень: Наказ Генерального прокурора України № 6 гн від 19.09.2005 року.*
12. *Про організацію представництва прокурором в суді інтересів громадянина або держави та їх захисту при виконанні судових рішень: Наказ Генерального прокурора України № 6-гн від 29.11.2006 року.*

13. *Про організацію діяльності органів прокуратури щодо захисту прав і свобод неповнолітніх: Наказ Генерального прокурора України № 6/1-гн. від 15.04.2004 р.*

Я. А. Глазачева
студентка магістратури юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИНЦИПУ ГЛАСНОСТІ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Розгляд справ у судах заснований на принципах гласності і відкритості судового процесу. Здійснення правосуддя на цих засадах забезпечує доступність і обізнаність про розгляд справ відіграє дуже важливу роль у захисті прав і свобод людини. Водночас принцип гласності у цивільному судочинстві недостатньо досліджений у науковій літературі. Зокрема, немає єдиного підходу щодо співвідношення гласності і відкритості, гласності і публічності. Також постає питання, чи дійсно принцип гласності діє і застосовується уповноваженими органами в цивільному процесі.

Звернімося до міжнародних стандартів. У п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) вказано, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов’язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення. Судове рішення проголошується публічно, але преса і публіка можуть бути не допущені до залу засідань протягом усього судового розгляду або його частини в інтересах моралі, громадського порядку чи національної безпеки в демократичному суспільстві, якщо того вимагають інтереси неповнолітніх або захист приватного життя сторін, або – тією мірою, що визнана судом суворо необхідною, – коли за особливих обставин публічність розгляду може зашкодити інтересам правосуддя [1]. У цій нормі серед таких елементів права на справедливий суд, як: розумність строків судового розгляду, незалежність та безсторонність суду, установленого законом тощо, йдеться про публічність судового розгляду і проголошення судового рішення.

Публічність розгляду справи є дуже важливою, бо робить судочинство прозорим не лише для сторін, а й для суспільства. На це неодноразово вказував Європейський суд з прав людини (див. рішення у справах «Асхен проти ФРН», «Галустян проти Вірменії»). Публічне проголошення рішення посилює захист прав осіб на справедливий судовий розгляд, а також створює довірливий характер між судом і особами, які беруть участь у справі, і громадськістю. Водночас у ст. 6 ЦПК України термін «публічність» не вживається. Однією із проблем є наявність спроб розмежувати зміст принципів публічності та

гласності. Також є спроби включати до принципу публічності принцип гласності. На мою думку, ці поняття є тотожними, оскільки характеризуються одним змістом.

З назви ст. 6 ЦПК «Гласність та відкритість судового розгляду» можна зробити висновок, що у ній йдеться про два принципи – гласності та відкритості, але чіткого розмежування цих принципів в ст.6 ЦПК не проведено. Також виходячи з назви статті, можна сказати, що відкритість є окремим принципом, але, на погляд деяких практиків, принцип гласності включає таку складову, як відкритість судового засідання [2]. Відкритість судочинства може бути обмежена на законних підставах. Цей елемент принципу забезпечує захист сторін від таємного здійснення судочинства.

Крім відкритості судового розгляду, елементом принципу гласності є ще усність судового розгляду, тобто цивільне судочинство здійснюється в усній формі, оскільки така форма може пришвидшити процес розгляду справ і сприяє сторонам у доведенні переконливості наданих ними доказів, а суд сприймає ці докази безпосередньо.

Одним із важливих елементів принципу гласності є поінформованість осіб, які беруть участь у справі про час і місце розгляду справи тому, що від цього залежить взагалі можливість особи на захист своїх прав. Згідно з ч. 2 ст.6 ЦПК, ніхто не може бути позбавлений права на інформацію про час і місце розгляду своєї справи.

Важливе значення для забезпечення принципу гласності є вільний допуск громадськості до зали судових засідань, що дає суспільству гарантії контролю за здійсненням судочинства. Але, як нам відомо, часто зали судових засідань в українських судах є невеликими і кількість осіб, які можуть потрапити до зали, є обмеженою. Мало того, за браком залів, судді часто розглядають справи у своїх кабінетах. З цього ми можемо зробити висновок, що незважаючи на юридичне закріплення, а фактично цей елемент принципу реалізується далеко не завжди. Також ч.10 ст.6 ЦПК закріплює необхідність фіксування судового засідання технічними засобами, що також є важливою складовою принципу публічності.

Ще одним елементом принципу гласності є оприлюднення судових рішень та право на їхнє отримання. Оприлюднення не зводиться лише до публічного проголошення, а й може передбачати розміщення тексту рішення в Інтернеті. Це випливає з рекомендації Комітету міністрів Ради Європи «Про відбір, обробку, надання і архівацію судових рішень у правових системах» № R(95) 12 від 11 вересня 1995 р., у якій закріплено, що повна поінформованість про практику діяльності усіх судів є однією з умов справедливого застосування закону [3].

Із набуттям чинності Закону України «Про доступ до судових рішень» від 22 грудня 2005 р. створено Єдиний державний реєстр судових рішень, до якого вносяться всі судові рішення, окрім тих, доступ до яких обмежено законом. Такий елемент принципу гласності дає змогу суспільству стати обізнаними у здійсненні судочинства. На жаль, Верховна Рада 20 жовтня 2011 р. внесла зміни до цього закону, згідно з якими розміщення судових рішень буде залежати від Ради суддів України і Державної судової адміністрації України. Однак Єдиний державний реєстр судових рішень створювався як відкрита для всіх база даних усіх судових рішень. Ініціювали його створення громадські організації з метою

забезпечення повної відкритості судових рішень. Тому, якщо вже така система створена, то вона повинна мати відкритий характер і доступ до будь-якого судового рішення.

Отже, проблема принципу гласності поширена і є складовою низки елементів-вимог. На наш погляд, доцільно у ст.6 ЦПК України детально розписати кожен елемент цього принципу і сформулювати їх через права і обов'язки суду та осіб. Також доцільно передбачити наслідки порушення цього принципу, зокрема відповідальність.

Використані джерела:

1. *Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року // Офіц. вісн. України. – 1998 – №13. – С. 270 – 302.*
2. *Менів О. Проблеми розуміння принципу гласності та публічності цивільного судочинства // Юридичний журнал. – 2009. – № 11(89). – С. 98 -101.*
3. *Относительно отбора, обработки, представления и архивации судебных решений в правовых информационно-поисковых системах от 11.09.1995 г., R(95)11 [Електронний ресурс] //Комитет министров Совета Европы // Электронная б-ка международ.док.по правам человека.- Режим доступу:http//www.hri.ru.*

Д. Г. Глушкова

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри юридичних дисциплін Сумської філії

Харківського національного університету внутрішніх справ,

Суми, Україна

SOME QUESTIONS OF JURISDICTION OF QUEBEC AUTHORITIES

In context of creation the regulatory acts the comparative law gives that ideal course, which should follow efficient and progressive lawmaking. His task as not only a science, but also as a special art is comparing systems of private law to determine their common basis, in which can be developed a common private law [1, c.181-182].

A certain interest in this context arouses a law of Canadian province Quebec. First of all, such interest is conditioned owing to Quebec is the biggest province of Canada – the country, with which Ukraine has close and long-standing connections. In the Quebec's territory reside a great number of Ukrainian citizens, and also Canadian citizens of Ukrainian descent, in this context a topical is a research of peculiarities in regulation the legal relationships between residents of Ukraine and residents of Quebec.

Furthermore, a theoretical interest arouses the legal system of province Quebec, which nowadays has common nature, consolidating itself the features of Anglo-Saxon and Continental law. Particularly, the civil legal relations in Quebec are regulated by Civil Code of Quebec [2], which came into effect since the 1st of January in 1994. The Code consists of 10 Books, the last of which is devoted to international private law. The purpose of this article is to research the features of the jurisdiction of Quebec

authorities in proceedings with foreign element in accordance with rules of Book X of Civil Code of Quebec.

Civil code of Quebec traditionally establishes a general rule for case jurisdiction of Quebec authorities – the defendant domicile (residence) is in the Quebec's territory. This rule is applied in the absence of any special provision for concrete type of legal relationships.

The international private-law jurisdiction can be determined by a jural fact, which are related to the dispute if the last one took place in the Quebec's territory. Thus, the actions, arising from liability legal relations, can be proceeding by a Quebec court if in the Quebec's territory was occurred an injurious act, took place an action or an event, which suffered a damage and also if one of the obligations arising from a contract was to be performed in Quebec. According to this rule also determines the jurisdiction of Quebec authorities in hearing actions based on the contract of insurance – if the loss took place in Quebec.

The interesting are rules of determination the Quebec authorities jurisdiction in matters of adoption. The article 3147 of Civil Code of Quebec determines that Quebec authority has jurisdiction to hear matters of adoption if the child or plaintiff has a domicile in Quebec. The article 565 of Civil Code of Quebec determines that the adoption of a child domiciled outside Quebec may be granted by juridical decision in Quebec. Probably it is possible only if between Canada and the country of child domicile concluded an international agreement, which terms allow the adoption of child-foreigner it the territory of Quebec (Canada), because otherwise the recognition of Canadian judgment by the state of child domicile can become complicated or impossible.

The Quebec authorities has jurisdiction to hear personal actions of family nature when one of the spouses has his domicile or residence in province. At the same time in matters of spouses separation from the bed and broad and in matters relating to a matrimonial or civil union regime a case are hearing in the Quebec's territory if one of the spouses has his or her domicile in Quebec on the date of institution of the proceedings.

Civil Code of Quebec rather narrow determines exceptional jurisdiction of own authorities in proceedings with foreign element. Only in Quebec are proceedings the matters of civil liability for damage suffered as a result of the use of raw materials, originating in Quebec.

In general, criterions of determination the jurisdiction of Quebec authorities rather appreciably depend on own discretion of these organs. Civil Code of Quebec gives them a right under certain conditions both decline the jurisdiction in proceedings with foreign element, and hear the case, which is beyond their jurisdiction. Authorized organ may exceptionally and on application by a party decline jurisdiction if it considers that the authorities of another country are in a better position to decide.

The Quebec authorities may hear a dispute which is beyond their jurisdiction where proceedings cannot possibly be instituted outside Quebec if the dispute has a sufficient connection with Quebec.

Probably such legal situation, which is described above and connected with broad discretion of Quebec authorities in determination the criterions of own jurisdiction would be suitable to call «flexible jurisdiction».

If after bringing of an action to competent Quebec authorities becomes clarified that identical action is have already proceedings by foreign authority, and which decision can be recognized in Quebec (the problem «lis alibi pendents») the Quebec authority on the application of a party may stay its ruling on an action.

Even though the Quebec authorities have no jurisdiction over the merits of the dispute it may order provisional or conservatory measures.

Quebec authorities may also take such measures as they consider necessary for the protection of the person or property of a person present in Quebec, irrespective of the rules of international private-law jurisdiction.

This research allows to formulate the typical differences of the institute of the international private-law jurisdiction of Quebec from the same institute in Ukrainian law.

Narrow exceptional jurisdiction (whereas the article 77 of The Law Of Ukraine «On International Private law», which includes a list of grounds for exclusive jurisdiction, has 10 points);

Such qualitative characteristics of thing as movables and immovable of property don't have an influence on jurisdiction;

The parties are entitled to determine jurisdiction by agreement only in disputes of a patrimonial nature;

Provided a right of defendant in disputes of patrimonial nature to submit the jurisdiction of Quebec authorities;

The Quebec's court has jurisdiction to proceedings the matter about adoption not only in child domicile, but also in applicant domicile in the territory of Quebec.

Existence of «flexible jurisdiction» – the ability of Quebec authorities to hear a cases, which are beyond their jurisdiction according to the law, and also to decline own jurisdiction;

The competent Quebec authorities on the application of a party stay its ruling on an action if arise the problem «lis alibi pendens» (In Ukraine in the same cases court refuse to commence the proceeding on the grounds of part two article 37 of The Law Of Ukraine «On International Private Law»).

Використані джерела:

1. Порівняльне правознавство у системі юридичних наук: проблеми методології: Монографія / Кресін О.В. (керівник авт. кол.), Луць Л.А., Мережко О.О. та ін.; за ред. Ю.С. Шемшученка. – К.: Інститут держави і права ім. В.М.Корецького НАН України, 2006. – 256 с. – Серія «Енциклопедія порівняльного правознавства». – Вип. 3.

2. Civil Code of Quebec [Electronic resource] // Access mode: http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/CCQ/CCQ_A.htm.

П. О. Головатий
асистент кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ДО ПИТАННЯ ПРО СПІВВІДНОШЕННЯ СТРОКУ ПОЗОВНОЇ ДАВНОСТІ ТА СТРОКУ ІСНУВАННЯ ПРАВА ЗА СІМЕЙНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ НА ПРИКЛАДІ ПРАВА НА УТРИМАННЯ

Важливе значення в сімейному праві України мають строки захисту сімейних прав. Так до строків захисту належить строк позовної давності, під яким прийнято розуміти строк у межах якого особа може звернутися до суду за захистом свого порушеного права, що випливає з положень Цивільного кодексу України, оскільки Сімейним кодексом України не дається визначення цього поняття. В силу положень ст. 8 і ст.12 Сімейного кодексу України (далі СК України) питання строків захисту порушених сімейних прав регулюється нормами Цивільного кодексу України (далі ЦК України). враховуючи особливості сімейних правовідносин існує необхідність розмежування строку позовної давності та строку існування права.

Питанням дослідження строку позовної давності, як строку захисту прав приділялось багато уваги, в роботах Г. Адамовича, А. Алісова, Т.М. Вахонєвої, В.П. Грибанова, І.В. Жилінкової, К.Ю. Лєбєдєвої, В.П. Маковій, О.В. Пушняка, В.І. Цікало, Б.Б. Чєрєпахіна, О.В. Шовкової та ряд інших.

Аналізуючи положення ст. 8 і ст.12 СК України з врахуванням існуючої судової практики та особливостей сімейних правовідносин існує необхідність розмежування строку позовної давності та строку існування права. Однак в рамках тезового виступу неможливо охарактеризувати всі особливості обчислення строків в сімейному праві, тому увага буде приділена лише деяким строкам, що передбачені Сімейним кодексом України.

Відповідно до ст. 1 СК України покликаний регулювати чітко визначену сферу відносин – визначає засади шлюбу, особисті немайнові та майнові права і обов’язки подружжя, підстави виникнення, зміст особистих немайнових і майнових прав та обов’язків батьків і дітей, усиновлювачів та усиновлених, інших членів сім’ї та родичів [3. ст.1]. Так, виходячи із специфіки відносин, що регулюються СК України, закономірним є висновок, що предметом сімейного права є вся сукупність шлюбно-сімейних відносин, які складаються в сім’ї між чоловіком, дружиною, батьками і дітьми, іншими особами, які пов’язані між собою відносинами родинності або відносинами, щодо виховання дітей і т.д. В кожній групі з наведених відносин мають місце свої особливості застосування та обчислення строків. Для цих відносин характерне те, що вони є глибоко особистими. [1,с.10]. Проте навіть особистісний характер таких відносин потребує регулювання часовими рамками з метою аби дисциплінувати учасників цих відносин.

Ст. 8 СК України передбачає, якщо особисті немайнові та майнові відносини між подружжям, батьками та дітьми, іншими членами сім’ї та родичами не врегульовані цим Кодексом вони регулюються відповідними

нормами Цивільного кодексу, якщо це не суперечить суті сімейних відносин [3]. Тобто наведена норма є бланкетною, і для врегулювання відносин, що фактично підпадають під сферу сімейно-шлюбних відносин нам необхідно вдаватися до кодифікованого акту, що регулює дещо іншу сферу відносин. На наше переконання така ситуація потребує ґрунтовного дослідження в рамках сімейних правовідносин. Така ситуація може сприяти неоднозначному застосуванню норм сімейного права з врахуванням специфіки їх застосування в сфері цивільно-правових відносин.

Для прикладу, якщо проаналізувати строки передбачені ЦК України, то переважну більшість становлять строки захисту прав, до яких прийнято відносити строк позовної давності. В сімейних правовідносинах домінують строки реалізації (здійснення) прав, так наприклад, протягом трьох років від дня розірвання шлюбу має право на утримання той із подружжя, який у зв'язку з вихованням дитини, веденням домашнього господарства, піклуванням про членів сім'ї, хворобою або іншими обставинами, що мають істотне значення, не мав можливості одержати освіту, працювати, зайняти відповідну посаду, за умови, що він потребує матеріальної допомоги і що колишній чоловік чи дружина може надавати матеріальну допомогу (ч. 4 ст. 76 СК України); дружина має право на утримання від чоловіка під час вагітності (ч. 1 ст. 84 СК України); дружина, з якою проживає дитина, має право на утримання від чоловіка – батька дитини до досягнення дитиною трьох років (ч. 2 ст. 84 СК України), а якщо дитина має вади фізичного або психічного розвитку, то до досягнення дитиною шести років (ч. 3 ст. 84 СК України); право повнолітніх дітей, що продовжують навчання на утримання від батьків (ч.1 ст.199 СК України) і т.д. Особливістю застосування строків, яка характерна для вказаних відносин, є те, що не дивлячись на категоричність положення ст. 20 СК України, згідно якої, до вимог, що випливають із сімейних відносин, позовна давність не застосовується, крім випадків передбачених ч.2 ст. 72, ч.2 ст. 129, ч.3 ст. 138 та ч.3 ст. 139 СК України, мають місце випадки коли суди застосовують строк позовної давності і до інших вимог, окрім вказаних в ст.20 СК України. З буквального розуміння даної норми вбачається, що до всіх інших сімейно-правових спорів позовна давність не застосовується. Однак, для прикладу, як вже зазначалось вище, ч.4 ст.76 СК України передбачає право одного із подружжя на утримання від іншого з подружжя, за наявності ряду умов, протягом трьох років від дня розірвання шлюбу. Тобто на таке утримання можна претендувати лише на протязі трьох років з дня розірвання шлюбу. Логічно постає питання, а в разі спливу 3-х років з дня розірвання шлюбу особа втрачає право на звернення до суду про стягнення на її користь такого утримання, чи все ж таки відповідно до положення ч. 1 ст. 20 СК України вона може звернутися з вимогою про стягнення такого утримання без обмеження будь-яким строком, але виключно за період, що не буде перевищувати трьох років з дня розірвання шлюбу. З цього приводу Новохатська Я.В. говорить, якщо позов про стягнення аліментів подано до суду після спливу певного проміжку часу з моменту розірвання шлюбу, аліменти присуджуються лише на час що залишився до закінчення трирічного строку з моменту розірвання шлюбу. На додаток, суд відповідно до ч.2 ст.79 СК України, може постановити рішення про стягнення аліментів, за минулий час, але не

більше як за один рік [4, с.266]. На нашу думку, вимогу про стягнення аліментів на цій підставі можливо ставити і після спливу 3-х років з дня розірвання шлюбу, оскільки ч.1 ст. 20 СК України чітко визначила чотири випадки в яких застосовується позовна давність, до інших вимог позовна давність не застосовується. Тому за умови, якщо особа, яка мала право на таке утримання звернеться з вимогою до суду про стягнення аліментів на її користь після спливу трирічного терміну суд не може відмовити в задоволенні такого позову посилаючись на абз.2.ч.4 ст.76 СК України, яким передбачається «Право на утримання в цьому випадку триває протягом трьох років від дня розірвання шлюбу» [3], оскільки саме право на утримання триває впродовж трьох років, однак його захист не обмежений строком позовної давності. Нажаль дане питання не висвітлюється в Постанові Пленуму ВСУ Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів, що в свою чергу сприяє можливості неоднозначного застосування закону [2].

На нашу думку, в даному випадку слід розмежувати поняття «існування права» протягом певного періоду часу та поняття «строку позовної давності» на захист цього права, що буде предметом розгляду в подальших дослідженнях. Оскільки припинення існування права зі спливом певного строку не припиняє і не обмежує суб'єкта сімейних правовідносин в праві на його захист. Тому, з метою уникнення неоднозначного тлумачення норм Сімейного кодексу України, в аспекті захисту прав, доцільно було б розмежовувати поняття строку існування права та строку позовної давності. Так під строком існування права ми пропонуємо розуміти – період у часі протягом якого суб'єкт сімейних правовідносин може здійснювати свої особисті немайнові та майнові права, які прямо закріплені в законі.

Використані джерела:

1. *Мироненко В.П., Пилипенко С.А. Сімейне право України. підр. за заг. ред. В.П. Мироненко. – Правова Єдність. – К.: 2008, с.10.*
2. *Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 15 травня 2006 року №3, Вісник Верховного Суду України, 2006, 00, №7.*
3. *Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 року // ВВРУ. – 2002. – №21-22. – Ст.135.*
4. *Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар / за ред. І.В. Жилінкової. – Х.: Ксилон, 2008. – с.266.*
5. *Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // ВВР. – 2003. – №40-44. – Ст. 356.*

В. Г. Гончаров
студент Інституту підготовки кадрів для органів прокуратури України Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», Харків, Україна

ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ ПЕРСОНАЛЬНИХ ДАНИХ

Важливе місце у забезпеченні цивільних прав людини посідає таємниця життя. Це забезпечується, зокрема, статтею 7 Закону України «Про доступ до судових рішень» де містить положення про те, що у текстах судових рішень, що відкриті для загального доступу через оприлюднення на офіційному веб-порталі судової влади або офіційне опублікування, не можуть бути розголошені відомості, що дають можливість ідентифікувати фізичну особу. Такі відомості замінюються літерними або цифровими позначеннями.

Це стосується імен (ім'я, по батькові, прізвище) фізичних осіб; місця проживання або перебування фізичних осіб із зазначенням адреси, номери телефонів чи інших засобів зв'язку, адреси електронної пошти, ідентифікаційні номери (коди); реєстраційних номерів транспортних засобів; іншої інформація, що дає можливість ідентифікувати фізичну особу. [1]

В останньому випадку мова йде про персональні дані – відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована [2].

Останній пункт може бути дуже широко тлумачений, і як наслідок у значній частині судових рішень з кримінальних та цивільних справ, міститься та чи інша інформація, яка дає можливість ідентифікувати фізичну особу або взагалі є данні, які зазначені у пп.1-3 ч.2 ст.7 Закону України «Про доступ до судових рішень». Наприклад,-

1. «ОСОБА_2, ІНФОРМАЦІЯ_1, уроженца Краснодарского края Россия, украинца, гражданина Украины, ІНФОРМАЦІЯ_2, холостого**,** уч-ся Старобешевского ПТУ, зарегистрированного: ІНФОРМАЦІЯ_3*; проживающего: разъезд Войково, ул. Глинки, 7»*[3] Висновок – порушення заборони розголошення місця проживання фізичної особи

2. «ОСОБА_6, ІНФОРМАЦІЯ_1, уроженца ІНФОРМАЦІЯ_2 Коми АССР, является лицом без гражданства, русского, ІНФОРМАЦІЯ_3, не женатого, ранее не судим, не работает, места жительства не имеет, *проживал по адресу: ІНФОРМАЦІЯ_4, г.Комсомольское, ул. Толбухина, 56* Старобешевский район Донецкая область» [4]

3. «Она ему сказала, что на улице, чтобы он шел дальше по двору. *Миша* вышел и вернулся в дом примерно через 2 минуты. Выходил ли он именно в туалет на улицу, она не знает, т.к. не следила за ним. ОСОБА_6 вернулся в зал с топором в руке.» [4]. Висновок – порушення заборони вживання ім'я фізичної особи.

Але, у текстах судових рішень, може міститися і така інформація, яка прямо не суперечить пп.1-3 ст.7 Закону України «Про доступ до судових рішень», але дає змогу ідентифікувати особу. Так, Старобешівським районним судом Донецької області постановлено рішення № 1-179 від 2 березня 2011 року

в якому міститься інформація про засуджену особу, зокрема,зазначається що «ОСОБА_6, ІНФОРМАЦІЯ_1, уроженец г. Нойштрелитц Германия, русский, гражданин Украины, образование среднее-специальное, женат, детей нет, не работает (до 14.12.2010 года работал в ОАО «Комсомольское рудоуправление»помощником машиниста экскаватора центрального карьера)». Або ще одне положення з цього рішення – «поехали на ул. Красноармейскую, г.Комсомольское, где осуществляется прием металлолома. Он предложил парню купить ролики и тот согласился».[5]

Подібні формулювання надають змогу ідентифікувати особу по наведеним данним. Зазначені недоліки Єдиного державного реєстру судових рішень посилюються нестабільністю його фінансування. Як повідомив голова ДП «Судово-інформаційні системи» А. Боделан на засіданні Ради суддів України, норма закону про бюджетне фінансування реєстру не дозволяє очолюваному ним підприємству використовувати кошти. Спеціального фонду для того, щоб оплатити придбання електронного цифрового підпису та пов'язаного з цим спеціалізованого програмного забезпечення з метою надання можливості адміністративним судам формувати реєстр шляхом надсилання копій судових рішень не в паперовому, а в електронному вигляді. Причина полягає в тому, що Спеціальний фонд формується за рахунок оплати витрат на інформаційно-технічне забезпечення судових процесів, пов'язаних з розглядом цивільних та господарських, але не адміністративних справ.[6]

Узагальнюючи вищесказане, пропоную: 1) забезпечити дотримання вимог п.1-3 ст.7 Закону України «Про доступ до судових рішень» 2) внести зміни до ст.7 Закону України «Про доступ до судових рішень», зазначивши, що під іншою інформацією яка дає змогу ідентифікувати фізичну особу розуміється: місце роботи(навчання) осіб та їх посада(звання),які є учасниками цивільної(кримінальної) справи; дата народження; адреси та юридичні назви юридичних осіб, форму господарювання; пряме зазначення статі учасників, або певна побудова тексту, яка дає змогу її ідентифікувати;назви вулиць, провулків, доріг тощо.

Використані джерела:

1. *Про доступ до судових рішень: Закон України від 22.12.2005 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2006 р. – № 15. – Ст. 128.*
2. *Про інформацію: Закон України від 02.10.1992 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1992 р. – № 48. – Ст.650.*
3. *Єдиний державний реєстр судових рішень[Електрон. ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/7683263*
4. *Єдиний державний реєстр судових рішень[Електрон. ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/7310508*
5. *Єдиний державний реєстр судових рішень[Електрон. ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/14373054*
6. *Вікіпедія [Електрон. ресурс]. – Режим доступу : http://uk.wikipedia.org/wiki/Єдиний_державний_реєстр_судових_рішень.*

Ю. І. Горда
студент магістратури юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ЧИ ІСНУЄ НАСПРАВДІ ТАКИЙ СУБ'ЄКТ ПРАВА ВЛАСНОСТІ, ЯК УКРАЇНСЬКИЙ НАРОД?

Інститут права власності становить ядро цивільно-правових відносин, над вдосконаленням механізмів реалізації якого ще працювали фундаментатори римського права. Очевидним є те, що основу будь-якої власності складають економічні відносини з приводу привласнення створюваних у процесі суспільного виробництва матеріальних благ. Так, для того, щоб визначити процеси виникнення, зміни, припинення власності, учасники цих відносин повинні керуватися певними юридичними інструментаріями, механізмами, що породжує право власності.

Для виникнення будь-яких правовідносин необхідно, щоб існував їх склад, де невід'ємним елементом є суб'єкти цих відносин. Для того щоб стати суб'єктом правовідносин необхідно мати можливість набувати права і обов'язки, їх реалізовувати та здатність нести відповідальність за свої дії.

Згідно з ч. 1 ст. 318 ЦК України – суб'єктами права власності є український народ, а також інші учасники цивільних правовідносин. Разом з тим у юридичній літературі точаться дискусії щодо того, як саме народ може здійснювати своє право власності. Як основний аргумент наводиться думка, що право власності може здійснюватись як безпосередньо народом (наприклад, шляхом висловлювання волі на референдумі, який стосується питань власності на майно, що належить українському народу), так і опосередковано – через вищий представницький орган державної влади – Верховну Раду України.

На думку багатьох дослідників такого суб'єкту права власності як Український народ не існує. Плутанина щодо цього питання виникає тому, що науковці «забувають» розділяти публічне і приватне право. На один об'єкт може існувати кілька титулів. І тому, розуміти норму ст. 13 Конституції виключно у цивілістичному сенсі є невірним.

Слід згадати і про ч.2 ст.324 ЦК, яка встановлює, що від імені українського народу права власника здійснюють органи державної влади та органи місцевого самоврядування у межах, встановлених Конституцією. При цьому зазначені органи не є власниками того майна, що належить до об'єктів права власності українського народу. Повноваження цих органів визначені Конституцією та іншими нормативними актами, але в цілому їх повноваження щодо цього майна стосуються управління ним. Звідси постає питання: як бути із формами власності? Якщо держава є суб'єктом державної власності, територіальні громади – суб'єкти права комунальної власності. Яка форма власності належить такому суб'єкту права власності як Український народ? Очевидно, що право власності Українського народу не є самостійною формою власності і за своєю природою є державною власністю, суб'єктом якої є держава України.

Найбільше питань постає тоді, коли йдеться про механізм реалізації права власності Українського народу. Хто безпосередньо може вступити у цивільні правовідносини від імені Українського народу? З приводу яких об'єктів такі відносини можуть виникнути взагалі? Хто і яким чином буде нести відповідальність у разі порушення права власності такого суб'єкта як Український народ?

Як одна із точок зору, що висловлюється на захист існування самостійності суб'єкту права власності Українського народу є те, що для реалізації своєї правосуб'єктності Український народ утворює державу з відповідними державними інститутами. Відповідно права власника від імені Українського народу здійснюють органи державної та органи місцевого самоврядування, які, з цивільно-правової точки зору, виступають не суб'єктами права власності, а суб'єктами здійснення такого права власності.

Проте, на моє переконання, ближчою для сприйняття є та точка зору, що визнання Українського народу суб'єктом права власності є тільки декларацією. А реального смислово-правового навантаження така конструкція у собі не несе. Оскільки реальних механізмів реалізації цього права в класичному цивілістичному розумінні немає. Дане положення скоріше виражає політико-правове ставлення у відношенні держава – народ. Воно покликане підіймати відчуття патріотизму у суспільстві та забезпечувати внутрішній суверенітет України. Як аналогічну паралель хотілося б навести такий приклад. У Бразилії мають намір конституційно закріпити право на щастя. До статті шостої Основного Закону бразильців, поряд з невід'ємними фізичними правами на їжу, житло, освіту, роботу, відпочинок і безпеку пропонується внести право на пошуки щастя. Слід згадати про те, що ще у Декларації незалежності США 1776 року закріплювалося право особи на прагнення до щастя. Очевидно, що такі норми є декларативними і не мають правових механізмів втілення. Проте існування таких норм у Конституції є припустимим і, можливо, навіть вірним з точки зору підвищення патріотизму та визнання важливості народу у державі. Але дублювання такої норми у ЦК України, що не має практичної реалізації є недоцільним. Адже ЦК України покликаний слугувати реальним інструментарієм у регулюванні фактичних цивільних правовідносин, а не тих, яких реально не існує.

Застосувавши метод порівняльного правознавства і звернувшись до ЦК Російської Федерації можна віднайти норму, що визначає існування приватної, державної, муніципальної форм власності. Майно може перебувати у власності фізичних та юридичних осіб, а також Російської Федерації, суб'єктів Федерації, територіальних утворень. Тобто про право власності народу нічого не йдеться, оскільки це є фікцією.

Як висновок, хотілося б сказати, що існування норми в ЦК України про існування права власності Українського народу є недоцільним. Оскільки йдеться про фікцію, що немає реального практичного застосування. В той же час існування ст. 13 Конституції України, де визначено, що земля, її надра, атмосферне повітря, водні та інші природні ресурси, які знаходяться в межах території України, природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони є об'єктами права власності Українського народу, є

абсолютно обґрунтованим. Але вищезазначене положення розглядати через призму цивільного права є недоцільно. Таким принципом керується чимало країн, наприклад Російська Федерація, Казахстан, Білорусія та ряд інших.

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України ВВР), 2003, NN 40-44, ст.356 – http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=435-15*
2. *Гражданский кодекс РФ от 18 декабря 2006 г. N 230 – http://www.rg.ru/2006/12/22/grazhdansky-kodeks.html*
3. *Гражданский кодекс республики Беларусь от 7 декабря 1998 г. № 218-З – http://www.pravo.by/webnpa/text.asp?RN=hk9800218*
4. *Гражданский кодекс республіки Казахстан от 01.07.1999 N 409-I – http://www.pavlodar.com/zakon/index.html?dok=00001*
5. *Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар за заг. ред. Є.О. Харитонова, О.І. Харитонової, Н.Ю. Голубєвої, К.: Правова єдність., 2007. – 1140 с.*
6. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. – 3-є 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.*

Н. О. Горобець

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри юридичних дисциплін Сумської філії
Харківського національного університету внутрішніх справ,
Суми, Україна

СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ ВИБОРУ ІМЕНІ ДИТИНИ

1. На сьогодні вітчизняне законодавство не забороняє батькам вибирати будь-яке ім’я, однак цьому праву батьків протистоїть таке суспільно значиме благо, як інтерес дитини. Законодавець визначив ім’я умовою набуття та здійснення фізичною особою своїх прав та обов’язків, тобто фактично включив його до необхідних складових цивільно-правового статусу фізичної особи. В умовах сучасних правових реалій потребує додаткового осмислення усталене в науці та втілене в законодавстві уявлення про відсутність заборон щодо вибору того чи іншого слова, цифри, символу тощо у якості імені дитини.

2. У цивілістиці проблемам права на ім’я були присвячені роботи: М. М. Агаркова «Право на имя», М. М. Малеіної «Защита личных неимущественных прав советских граждан», Л. В. Красицької «Цивильно-правове регулювання особистих немайнових прав громадян», Р. О. Стефанчука «Право на ім’я», Р. Ю. Молчанова «Здійснення та цивільно-правовий захист особистого немайнового права на ім’я», а також роботи інших цивілістів. Однак, здебільшого у цих роботах розглядалися проблеми або загальнотеоретичного характеру, або конкретно об’єкту, змісту права на ім’я, його здійснення та захисту. Разом з тим майже не піднімалося питання захисту інтересів дитини при

виборі її імені батьками, опікунами, усиновителями, органами опіки та піклування, судом (далі батьками).

3. Публічно-правова регламентація імені була і залишається обов'язковою умовою існування будь-якої людини. Адміністративний підхід до імені мав настільки великий вплив на формування правової свідомості, особливо за радянських часів, що в цивілістиці з'явилась точка зору, що право на ім'я хоча і є цивільно-правовим за своєю природою [1, с. 193], але регулюється та реалізується у межах адміністративного права [2, с. 62]. Прийняття Цивільного кодексу (далі ЦК) України дало змогу утвердитися протилежній позиції. На сьогодні право на ім'я носить яскраво виражену цивільно-правову природу.

4. Ім'я фізичної особи є найдавнішим способом індивідуалізації людей у суспільстві [3, с. 84]. Відомо, що існує мода на імена, яка впливає на батьків незалежно від їх уподобань. Якісь імена виринають із забуття на вершини популярності, якісь стають надокучливими і застарілими, якісь залишаються дивними і незвичайними, а деякі взагалі неможливо уявити собі іменем дитини.

Р. Ю. Молчанов зазначає, що ім'я – це благо, яке завдяки своїм корисним властивостям, задовольняє потребу людини. Воно дозволяє їй брати участь у соціальних зв'язках і при цьому не бути знеособленою. Учений наголошує, що суспільна оцінка фізичної особи нерозривно пов'язана з її іменем, з яким пов'язується вся сукупність уявлень про зовнішні та внутрішні якості носія [4, с. 63].

Погоджуючись з автором зазначимо, що особливо гостро це проявляється у дошкільному та шкільному віці коли діти ще не сприймаючи людину як особистість й оцінюють її здебільшого за ім'ям. Саме це повинні брати до уваги батьки обираючи ім'я своїй дитині. У віці до шістнадцяти років діти практично незахищені від насмішок та знущань однолітків у випадку коли їх батькам спало на думку назвати свою дитину, наприклад, Жужою, Лимоном, Сьомою, Ісусомхристом тощо. Зазначимо, що якщо в дитини ім'я, яке може викликати глузування, то це ставить цю дитину в оборонну позицію з перших її кроків спілкування з однолітками. Вона має змагатися за нормальне ставлення до себе.

5. Право на вибір та присвоєння імені дитини, яке належить її батькам є лише однією із передумов виникнення повноваження на володіння іменем, яке здійснюється шляхом надання імені людини вперше. Найголовніше при виборі імені перш за все думати про дитину та її інтереси, оскільки саме їй жити з цим ім'ям все життя. Проте часто люблячі батьки не жалують власних дітей даючи їм дивні, довгі, немилозвучні, безглузді, образливі для людської гідності імена. Напевне, багатьом дітям з такими іменами живеться несолодко, але така воля їх батьків.

Зважаючи на вищевказане зазначимо, що відсутність на сьогодні чітких приписів законодавства, розумних обмежень при виборі імені дитини, низька культура суспільства разом створили певне підґрунтя для «сваволі» при виборі імені дитини. Було б доцільним, аби в інтересах дитини в Україні були введені певні обмеження щодо вибору імені для новонародженого, що ґрунтувалися б на аналізі зареєстрованих імен у державних органах реєстрації актів цивільного стану та принципі розумності й охорони інтересів дитини.

Використані джерела:

1. *Гражданское право Украины : в 2-х частях. Часть 1. / [под ред. А. А. Пушкина, доц. В. М. Самойленко]. – Х. : Основа, 1996. – 440 с.*
2. *Гражданско-правовая охрана интересов личности. – М. : «Юридическая литература», 1969. – 256 с.*
3. *Стефанчук Р. О. Право на ім'я / Р. О. Стефанчук // Університетські наукові записки. – 2005. – № 1-2 (13-14). – С. 83-95.*
4. *Молчанов Ю.Р. Ім'я як особисте немайнове благо / Р. Ю. Молчанов // Юридична Україна. – 2008. – № 10 (70). – С. 58 – 63.*

В. В. Городовенко
кандидат юридичних наук,
голова Апеляційного суду Запорізької області,
Запоріжжя, Україна

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РІВНОСТІ ГРОМАДЯН ПЕРЕД ЗАКОНОМ І СУДОМ: ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ

Судова реформа, яка триває в Україні, актуалізує питання визначення принципів судової влади. Однією з найбільш важливих засад відправлення правосуддя є рівність особи перед законом і судом, який є основою сучасної концепції справедливого правосуддя. Для кожної людини у правовій державі важливо мати можливість швидко і безперешкодно реалізувати право на судовий захист, незалежно від приналежності до певної соціальної групи або інших персональних характеристик особи. Європейський суд з прав людини досить часто посилається на принцип рівності перед законом і судом в своїх рішеннях, розглядаючи його складовою концепції верховенства права [1, с. 421].

Конституція України встановлює засади рівності осіб перед законом і судом. Відповідно до ст. 24 Основного Закону громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом. Не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками. Статтею 26 Конституції України встановлено, що іноземці та особи без громадянства, що перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України, – за винятками, встановленими Конституцією, законами чи міжнародними договорами України [2]. Останню правову позицію підтвердив Конституційний Суд України, зазначивши, що «юрисдикція судів, тобто їх повноваження вирішувати спори про право та інші правові питання, поширюється на всі правовідносини, що виникають в державі. Кожному гарантується захист прав і свобод у судовому порядку. Суд не може відмовити в правосудді, якщо громадянин України, іноземець, особа без громадянства вважають, що їх права і

свободи порушено чи порушуються, створено чи створюються перешкоди для їх реалізації або мають місце інші ущемлення прав і свобод» [3].

Конституція України також серед основних засад судочинства визначає рівність усіх учасників процесу перед законом і судом (п. 2 ч. 3 ст. 129 КУ). Відповідно до ст. 9 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 07.07.2010 р. правосуддя в Україні здійснюється на засадах рівності всіх учасників судового процесу перед законом і судом незалежно від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, мовних та інших ознак. Засада рівності закріплюється також у процесуальному законодавстві. Так, стаття 10 КАС України встановлює принцип рівності усіх учасників адміністративного процесу перед законом і судом. Вказується, що не може бути привілеїв чи обмежень прав учасників адміністративного процесу за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками.

Проте, під час аналізу статей 10 і 71 КАС України, вбачається певна суперечність, яка полягає у наступному. З одного боку, усі учасники адміністративного процесу є рівними, однак, частиною 2 статті 71 КАС України встановлено, що в адміністративних справах про протиправність рішень, дій чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень обов'язок щодо доказування правомірності свого рішення, дії чи бездіяльності покладається на відповідача, якщо він заперечує проти адміністративного позову. Оскільки завданням адміністративного судочинства є захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень, то основною категорією спорів все ж таки є оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень, а тому, фактично, загальним є правило про те, що тягар доказування правомірності своїх рішень, дій чи бездіяльності покладається на суб'єкта владних повноважень – відповідача. Отже, принцип рівності у таких випадках не застосовується, що зумовлено завданнями цього виду судочинства, яке полягає у підвищеному режимі захисту громадянина, який оскаржує рішення, дії чи бездіяльність суб'єкта владних повноважень.

Згідно ст. 4-2 ГПК України правосуддя у господарських судах здійснюється на засадах рівності всіх учасників судового процесу перед законом і судом. Стаття 16 КПК України встановлює аналогічну за змістом засаду. Варто звернути увагу на різницю в формулюванні вказаного принципу в адміністративному процесі в порівнянні з господарським і кримінальним судочинством. Це свідчить, що принцип рівності перед законом і судом поширюється на всі стадії процесу.

Аналіз чинного законодавства дозволяє резюмувати, що існують такі аспекти рівності, які проявляються у царині судочинства: 1) рівність осіб перед законом і судом; 2) процесуальна рівність сторін, яка проявляється у рівних

можливостях із представлення власної правової позиції перед судом під час розгляду справи по суті. Під рівністю громадян перед судом слід також розуміти те, що всі вони несуть відповідальність перед судами, які належать до єдиної судової системи, не маючи при цьому ніяких переваг і не зазнаючи ніяких обмежень. Однак закон, ураховуючи, що громадяни фактично не рівні (оскільки вони можуть бути неповнолітніми, фізично чи психічно хворими або бути особами, які не можуть оплатити послуги адвоката, тощо), передбачає механізми, що дозволяють таким громадянам стати процесуально рівними, тобто повністю реалізувати свої права. Так, особі, яка не володіє мовою судочинства, обов'язково надається перекладач, неповнолітньому підсудному – захисник.

За обмеження у процесуальних правах в залежності від расової і національної ознак встановлена кримінальна відповідальність (ст. 161 КК України). Диспозиція ч. 2 ст. 161 КК України передбачає відповідальність за умисні дії, спрямовані на розпалювання національної, расової чи релігійної ворожнечі та ненависті, на приниження національної честі та гідності, або образа почуттів громадян у зв'язку з їхніми релігійними переконаннями, а також пряме чи непряме обмеження прав або встановлення прямих чи непрямих привілеїв громадян за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками, вчинену службовою особою. Посадовці органів судової влади належать саме до такої категорії осіб, а отже і мають нести кримінальну відповідальність саме за частиною 2 ст. 161 КК України при порушенні рівності особи перед законом і судом.

Використані джерела:

1. *Де Сальвиа М. Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. [Текст] /Де Сальвиа М. – С-Пб.: Юрид. центр Пресс. – 2004. – 1072с. – С. 421.*
2. *Конституція України від 28.06.1996 р.: [Текст] // Відом. Верхов. Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.*
3. *Рішення Конституційного Суду України від 25.12.1997 р.[Текст] // Офіційний вісник України. – 1998. – № 1. – Стр. 169.*

А. В. Гостєв

аспірант Одеського національного університету ім. І. І. Мечникова, Одеса, Україна

ЗАСТАВА ОБ'ЄКТА НЕЗАВЕРШЕНОГО БУДІВНИЦТВА ЯК СПОСІБ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

Одним із найбільш дискусійних та проблемних питань, які виникають у сучасній цивільній доктрині є питання правового регулювання забезпечувальних відносин, об'єктом яких є об'єкт незавершеного будівництва. Це пояснюється

невизначеним та непослідовним законодавчим регулюванням заставних правовідносин, об'єктом яких є об'єкт, будівництво якого незавершене. Крім того, на практиці, виникає багато проблем, які стосуються забезпечення виконання зобов'язань об'єктом незавершеного будівництва, або майнових прав на нього, оскільки при укладенні іпотечних договорів, суб'єкти керуючись недосконалим правовим регулюванням заставних правовідносин, ризикують позбавленням права на задоволення своїх вимог за рахунок предмету застави у випадку невиконання боржником основного зобов'язання, шляхом оскарження таких договорів в суді.

Метою дослідження є аналіз та виявлення особливостей передачі у заставу об'єктів незавершеного будівництва та майнових прав на них.

Перша і основна проблема, з якою стикаються як вчені-цивілісти, так і практики, є невизначеність самого поняття об'єкта незавершеного будівництва, а саме, чи є такий об'єкт рухомим чи нерухомим майном. Оскільки, чинне законодавство розрізняє два види застави: заклад, як застава рухомого майна та іпотека, як застава нерухомого майна, тому віднесення об'єкту незавершеного будівництва до того чи іншого виду майна відіграє вирішальну роль. Крім того, відповідно до ст. 577 Цивільного кодексу України, якщо предметом застави є нерухоме майно, то договір застави підлягає нотаріальному посвідченню, а сама застава підлягає державній реєстрації [1, с. 92]. Тобто, законодавством встановлено додаткові юридичні факти для передачі у заставу нерухомого майна, порівняно з рухомим майном, що також підкреслює необхідність визначення до якого ж саме виду майна відноситься об'єкт незавершеного будівництва.

На даний момент, не в юридичній науці, не в законодавстві немає чіткого визначення поняття та правового режиму об'єкта незавершеного будівництва. Одні вчені, вважають, що об'єкт, будівництво якого не завершено є рухомим майном, інші, відносять такий об'єкт до нерухомості. Відповідно до ст. 5 Закону України «Про іпотеку» до предмету іпотеки відноситься як об'єкт незавершеного будівництва, а також майнові права на нього [2, с. 1]. Відповідно до ст.5 Закону України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» іпотека може виникати і стосовно об'єкта незавершеного будівництва [3, с.1]. Тобто, проаналізувавши основні нормативно правові акти, які регулюють відносини застави об'єктів нерухомості, можна зробити висновок, що законом дозволяється передача у іпотеку об'єктів незавершеного будівництва, а також майнові права на такі об'єкти.

Але в той же час, законом не заборонено передавати об'єкти незавершеного будівництво у заклад як рухоме майно, оскільки відповідно до ст. 331 Цивільного кодексу України право власності на новостворене нерухоме майно виникає з моменту завершення будівництва, а до завершення особа вважається власником лише матеріалів, тобто рухомого майна [1, с. 551]. Зрозуміло, що у випадку, якщо зазначені матеріали нерозривно пов'язані із земельною ділянкою, то окремо передати їх у заклад неможливо. З іншої сторони, зацікавлена особа може передати у іпотеку земельну ділянку та у відповідності до ст. 6 Закону України «Про іпотеку» якщо в іпотеку передається

земельна ділянка, на якій розташовані будівлі (споруди), які належать іпотекодавцю на праві власності, така земельна ділянка підлягає передачі в іпотеку разом з будівлями (спорудами), на якій вони розташовані [2, с.3]. Тобто, фактично у іпотеку передається об'єкт незавершеного будівництва, виходячи з його природних якостей, а з точки зору закону – це є лише передачу у іпотеку земельної ділянки. Така позиція законодавця є нелогічною та непослідовною, оскільки відсутність нормативної бази, яка б встановлювала механізм передачі об'єкта незавершеного будівництва в заставу, враховуючи фізичні особливості такого об'єкта та його правовий статус, фактично порушує права власників таких об'єктів на володіння, користування та розпорядження своїм майном.

Слід зазначити, що іпотека як спосіб забезпечення виконання зобов'язання найчастіше застосовується для забезпечення виконання кредитних зобов'язань. Відповідно до положень чинного законодавства, для передачі нерухомого майна у іпотеку між іпотекодавцем та іпотекодержателем повинен укладатися окремий письмовий іпотечний договір, який повинен бути нотаріально посвідчений, та підлягає державній реєстрації. Проаналізувавши велику кількість іпотечних договорів, де предметом іпотеки виступає об'єкт незавершеного будівництва, можна зробити висновок, що хоча в таких договорах предмет іпотеки і зазначено як об'єкт нерухомості,будівництво якого не завершено, але фактично, в іпотеку передається або земельна ділянка, з об'єктами, які на ній знаходяться, або майнові права на нерухомість, яка будівництво якої повинно бути завершено у майбутньому. Такий підхід на практиці з одного боку викликав відсутністю нормативної бази, яка б регулювала іпотечні відносини щодо об'єкту незавершеного будівництва, а з іншого – призводить до виникнення спорів між зацікавленими особами, які змушені звертатися до суду для захисту своїх прав.

Проаналізувавши особливості передачі об'єктів незавершеного будівництва у заставу можна зробити наступні висновки. Чинні нормативно-правові акти передбачають можливість передачі об'єктів незавершеного будівництва у заставу. Крім того, об'єкт незавершеного будівництва виступає як об'єкт нерухомості. Але відсутність єдиного підходу щодо визначення такого об'єкта та його особливостей, відсутність механізму передачі об'єкта незавершеного будівництва у заставу є тими проблемами, які потребують вирішення шляхом внесення доповнень та змін у нормативно-правові акти, які регулюють особливості заставних правовідносин.

Використані джерела:

1. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: в 2т. – 3-є вид./Під ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцовой, В.В. Луця. – К.: Юринком Інтер, 2008. – Т. І. – 832 с., Т.ІІ. – 1088 с.*
2. *Закон України «Про іпотеку», від 05.06. 2003р., № 898-IV// Відомості Верховної Ради.-2003.- № 28.*
3. *Закон України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» від 19.06.2003р.., № 979-IV, // Відомості Верховної Ради.-2004.-N1, ст.1.*
4. *Закон України «Про заставу», від 02.10.1992., № 2654-XII, // Відомості Верховної Ради. – 1992. – N47. – ст. 642.*

С. Г. Грамма
студентка економіко-правового факультету
Донецького національного університету,
Донецьк, Україна

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРАВОВИЙ СТАТУС ОРГАНІВ І ТКАНИН ЛЮДИНИ ЯК ПРЕДМЕТУ ДОГОВОРУ ДОНОРСТВА

Відповідно до Закону України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині» (1999 р.) одним із видів донорства є взяття анатомічних матеріалів для трансплантації або для виготовлення біоімплантатів після смерті особи, що має статус донора [1]. З метою стимулювання осіб до активної донорської позиції, захисту прав потенційних донорів пропонується надати особі, що надала згоди бути донором після своєї смерті, право на укладання договору донорства як різновиду договорів про надання медичних послуг. За таким договором одна сторона – фізична особа, що надала згоди бути донором, зобов'язується надати після своєї смерті орган (органи) для трансплантації, а друга сторона – державний заклад охорони здоров'я зобов'язується безоплатно надавати донорові за його життя медичні послуги, що визначені у договорі.

Виходячи з того, що істотною умовою даного договору, як і будь-яких цивільно-правових договорів, є його предмет, сторони договору повинні домовитися про орган (органи), які донор зобов'язується надати медичному закладу після своєї смерті для трансплантації. У зв'язку з цим постає питання про визначення правового статусу органу (органів) людини, що вилучаються з метою трансплантації, який в юридичній науці є дискусійним. Можна виділити три точки зору з даної проблеми.

Відповідно до першої точки зору (М.Н. Малеїна, Н. Маргацька, С.Г. Стеценко) органам людини слід надати правового статусу речей. Оскільки потреби та інтереси особистості визнаються вищим критерієм, змістом соціального розвитку суспільства, а торгівля тканинами та органами є реальністю, людина вільна в реалізації своїх прав стосовно власного організму, вільна в прийнятті рішення про відчуження своїх органів або тканин, має право розпоряджатися фрагментами свого організму і, таким чином, вільна у виборі їхнього покупця. Автори даної позиції розглядають органи людини не лише як частину організму, але і як частину матеріального світу, до якого належить поняття речей [2].

За іншою точкою зору (Л.О. Красавчікова) органи людини визначаються як особисті немайнові блага, які мають індивідуальну визначеність тільки тому, що належать конкретній людині [3].

Відповідно до третьої точки зору (Г. М. Красновський, З.Л. Волаж) органи не можна віднести ані до речей, ані до матеріальних благ, оскільки вони утворюються в результаті природного біологічного процесу і тому не підпадають під поняття речі, не мають ринкового еквіваленту; щодо них неможливо говорити про які-небудь операції цивільно-правового характеру. Витрати ж праці з консервації, зберігання, транспортування органів не змінюють

властивостей самого органу, а спрямовані лише на створення можливості використання їх за цільовим призначенням і тому становлять вартість послуг, пов'язаних із здійсненням трансплантації, а не вартість органу або тканини, взятих у донора [4].

Підтримуючи позицію науковців, які визначають органи людини як речі, у її обґрунтуванні слід звернути увагу на такі ознаки речей як матеріальність, корисність, доступність. З точки зору матеріальності тілесну оболонку людини не можна визнавати окремим самостійним об'єктом, оскільки сама по собі вона не існує, а є невід'ємним компонентом індивіда. Однак, при відділенні від організму органи стають самостійними предметами матеріального світу та мають сукупність властивостей, здатних задовольняти найважливішу потребу людини – потребу у здоров'ї. Виходячи з положень ст.18 Закону України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині» щодо заборони купівлі-продажу органів або інших анатомічних матеріалів людини, запобігаючи криміналізації відносин у сфері трансплантології, слід визначити такі об'єкти обмеженими у цивільному обігу.

Важливим є визначення моменту, з якого органи людини слід вважати речами, що обмежені у цивільному обороті. С.С. Донцов вважає, що органи набуваються статусу речей у момент проведення хірургічної операції. Саме тоді у фізичний об'єкт вкладається праця, і орган вилучається із природного біологічного середовища. До моменту такого вилучення орган ще не існує як річ, а є частиною організму. Щодо моменту припинення існування органу в якості речі, то він пов'язується з моментом, коли орган буде трансплантовано до організму іншої людини [5].

Таким чином, враховуючи особливості природи існування органів і тканин людини, їх походження, взяття, зберігання, використання, а також значення для самої людини та дефіциту, слід надати їм правового статусу речей, але з обов'язковим обмеженням у цивільному обороті.

Використані джерела:

1. *Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині: Закон України від 16.07.1999 № 1007-XIV -[Електронний ресурс].- Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1007-14. Дата доступу: 03.11.2011*
2. *Малеина М. Н. Человек и медицина в современном праве: учеб.-практ. пособие / М. Н. Малеина. – М., 1995*
3. *Красавчикова Л. О. Понятие и система личных неимущественных прав граждан (физических лиц) в гражданском праве Российской Федерации / Л.О. Красавчикова. Е., 1994*
4. *Красновский Г. Н. Актуальные вопросы правового регулирования трансплантации органов и тканей в РФ // Г. Н Красновский. Д. Н. Иванов - Вестник Московского Университета. Серия право. – 1993. – №5. – С. 63*
5. *Донцов Д. С. Органы и ткани человека как объекты вещного права в Российской Федерации /Д. С. Донцов. – Медицинское право. – 2009. – № 2. – с. 43 – 46*

Т. Б. Гребелюк
начальник відділу кодифікаційно-довідкової роботи,
судової статистики, вивчення та узагальнення судової практики
Апеляційного суду Хмельницької області,
Хмельницький, Україна

АПЕЛЯЦІЙНИЙ ПЕРЕГЛЯД ЯК СПОСІБ УСУНЕННЯ СУДОВИХ ПОМИЛОК ПРИ ПОСТАНОВЛЕННІ УХВАЛ СУДОМ ПЕРШОЇ ІНСТАНЦІЇ

Завдання цивільного судочинства, такі як справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави (ст. 1 ЦПК) не можуть бути досягнутими якщо при розгляді та вирішенні цивільної справи судом будуть допускатись недоліки і порушення. Тому необхідною умовою ефективного функціонування процедури здійснення правосуддя є встановлення дієвої системи юридичних засобів усунення таких явищ, що в літературі та судовій практиці називаються «судовими помилками».

Проаналізувавши підходи різних науковців до розуміння поняття «судова помилка» [1, С. 41; 2, с. 5; 3, с. 8; 4, С. 4; 5, с. 76; 6, С. 129], вважаємо за необхідне сформувати дане поняття наступним чином – ***це недоліки та упущення в процесуальній діяльності суду, обумовлені неправильним застосуванням норм матеріального права та/або порушенням норм процесуального, що призводять до недосягнення мети цивільного судочинства, в результаті чого судове рішення або окрема процесуальна дія стає неправомірною.***

Апеляційний перегляд є одним із способів усунення судових помилок. Так, головною запорукою права на судовий захист була і залишається можливість оскарження і перегляду судових рішень і ухвал в апеляційному порядку. Судочинство не може обійтись без спеціального способу критики і виправлення судових помилок судом вищої інстанції [7, с. 21], адже це основний внутрішній резерв підвищення рівня здійснення правосуддя.

За загальним правилом основним об’єктом апеляційного оскарження є рішення суду, що не набрали законної сили. Окремим об’єктом апеляційного оскарження можуть бути і ухвали суду першої інстанції, якщо вони безпосередньо передбачені в ст.293 ЦПК.

Повноваження суду апеляційної інстанції щодо перегляду ухвал реалізуються в перевірці законності та (чи) обґрунтованості ухвал, що не вступили в законну силу, а не просто у повторенні процесуальних дій, що були здійснені в суді першої інстанції. Завданням апеляційного провадження є перевірка законності та обґрунтованості ухвал суду першої інстанції на основі апеляційної скарги, усунення судових помилок у випадку їх виявлення, здійснення превентивних дій щодо їх повторення.

Апеляційному перегляду як способу усунення недоліків ухвал суду у вітчизняній процесуальній науці не приділяється такої уваги як перегляду

рішень суду першої інстанції. Так, Г.В. Воронков [8, с. 21], С.Л Черв'якова [9, с. 7], З.К. Абдуліна [10, с. 12] досліджували інститут ухвали за законодавством СРСР. М.Г. Авдюков [11, С. 27], Д.М. Чечот [12, с. 141], К.С. Юдельсон [13, с. 270] частково висвітлювали окремі аспекти оскарження ухвал при характеристиці оскарження рішень за законодавством СРСР. О.О. Борисова [14], В.В. Комаров [15, с. 214], М.Й. Штефан [16, с. 440] характеризували оскарження ухвал, досліджуючи окремі види перегляду судових рішень. Тому вважаємо тему нашого дослідження досить актуальною.

Апеляційний суд може усунути помилку суду першої інстанції при постановленні ухвали шляхом: 1. скасування ухвали і постановлення нової; 2. зміни ухвали; 3. скасування ухвали, що перешкоджає подальшому провадженню у справі, і направлення справи для продовження розгляду до суду першої інстанції.

В.В. Комаров зазначає, що на відміну від повноважень щодо розгляду апеляційної скарги на рішення місцевого суду, підставою для скасування ухвали суду може бути тільки порушення чи неправильне застосування норм процесуального права [17]. Важко погодитись із вищенаведеною думкою. Загальні принципи відправлення правосуддя зумовлюють обов'язок суду при постановленні ухвал керуватись як нормами процесуального, так і матеріального права, і тому ухвала є актом застосування не тільки процесуального, а й матеріального права. Крім того, ст. 213 ЦПК, що розкриває поняття законності і обґрунтованості рішення суду, очевидно, повинна тлумачитись в широкому розумінні і застосовуватись як до рішень, так і до ухвал. А рішення суду вважається законним та обґрунтованим коли додержані норми як матеріального, так і процесуального права. І як доцільно зазначає С.С. Бичкова, при вирішенні питання щодо додержання вимог закону при постановленні ухвали судом першої інстанції апеляційний суд зобов'язаний перевірити матеріали цивільної справи, а також відповідність процедури постановлення і змісту оскаржуваної ухвали вимогам норм матеріального і процесуального права [18, с. 677]. Тому, на нашу думку, апеляційний суд має бути наділено правом змінити або скасувати ухвалу суду першої інстанції і постановити ухвалу з цього питання, якщо воно було вирішено судом першої інстанції з порушенням норм не лише процесуального, а й ***матеріального права.***

Взагалі для практики складним є розмежування повноваження апеляційного суду зі скасування ухвали суду першої інстанції та постановлення нової від зміни ухвали суду першої інстанції. Вважаємо, що апеляційний суд вправі змінити ухвалу суду першої інстанції у випадку, якщо помилки у неправильно постановленій ухвалі можливо усунути без її скасування і вони стосуються окремих її частин. Постановляючи нову ухвалу, суд апеляційної інстанції повинен виправити суттєву судову помилку, допущену судом першої інстанції, а не просто викласти інший по суті висновок про те, як має вирішуватись питання.

Варто звернути увагу, що ст. 307 ЦПК – загальна норма, що визначає повноваження апеляційного суду, не передбачає повноваження скасувати ухвалу і передати питання на новий розгляд до суду першої інстанції. Натомість, п. 4 ч. 2 ст. 307 ЦПК передбачено повноваження скасувати ухвалу, що перешкоджає

подальшому провадженню у справі, і направити справу для продовження розгляду до суду першої інстанції.

Законодавець не дає визначення, що варто розуміти під поняттям «порушення порядку, встановленого для вирішення питання» у випадку скасування ухвали і направлення питання на новий розгляд до суду першої інстанції. Якщо слідувати логіці законодавця, то можна дійти висновку, що порушення порядку, встановленого для вирішення питання і є порушенням норм процесуального права. Наслідком цього має бути зміна або скасування ухвали суду першої інстанції з постановленням нової ухвали з цього питання, як це передбачає п. 2 ч. 1 ст. 312 ЦПК.

Проте, недоцільно повністю позбавляти апеляційний суд повноваження скасувати ухвалу і передати питання на новий розгляд до суду першої інстанції. Адже не у всіх випадках правильним з позиції захисту прав учасників процесу буде скасування ухвали з постановленням нової чи її зміна, бо апеляційний суд не завжди може сам виправити помилки суду першої інстанції.

Отже, апеляційний перегляд як спосіб усунення судових помилок при постановленні ухвал повинен бути спрямований на перевірку дотримання судом першої інстанції норм не тільки процесуального, а й матеріального права. Апеляційний суд в залежності від характеру виявлених помилок повинен вжити заходи щодо їх усунення шляхом зміни чи скасування ухвали з постановленням нової. А у випадку неможливості особисто усунути такі недоліки – залишити це право за судом першої інстанції, вказавши на них.

Використані джерела:

1. *Вопленко Н. Н. Ошибки в правоприменении: понятие и виды // Советское государство и право. – 1981. – № 4. – С. 38-45.*
2. *Зайцев И. М. Устранение судебных ошибок в гражданском процессе / Зайцев И. М. – Саратов : Изд-во Саратовского университета, 1985. – 246 с.*
3. *Зайцев И.М. Теоретические вопросы устранения судебных ошибок в гражданском процессе : автореф. дис. на соискание ученой степени д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право и гражданский процесс; семейное право; международное частное право» / И. М. Зайцев. – Саратов, 1987. – 23 с.*
4. *Жилин Г. А. Целевые установки гражданского судопроизводства и проблема судебной ошибки // Государство и право. – 2000. – № 3. – С. 51-58.*
5. *Красильников Б.В. Судебная ошибка по гражданскому делу как следствие несовершенства материального и процессуального законодательства: дис.... канд. юр. наук : 12.00.03 / Красильников Борис Викторович. – Москва, 2002. – 236 с.*
6. *Леонтьев Е. В. Ошибка судьи в механизме реализации норм гражданского процессуального права // Сб. «Актуальные проблемы процессуальной цивилистической науки». – Саратов, 2003. – 189 с.*
7. *Терехова Л.О. Право на исправление судебной ошибки как компонент судебной защиты : автореф. дис. на соискание ученой степени доктора юридических наук : спец. 12.00.15. «Гражданский процесс» Л. О. Терехова. – Екатеринбург, 2008. – 46 с.*
8. *Воронков Г. В. Определение суда первой инстанции в советском гражданском процессе. Учебное пособие / Воронков Г. В. – Саратов : Изд-во Саратовского университета, 1967. – 119 с.*

9. *Червякова С.Л. Определения суда первой инстанции по гражданским делам : автореф. дис… канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право и гражданский процесс; семейное право; международное частное право» / С. Л. Червякова. – Свердловск, 1981. – 21 с.*
10. *Абдулина З.К. Определения суда первой инстанции в советском гражданском процессе : автореферат дис… канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право и гражданский процесс; семейное право; международное частное право» / З. К. Абдулина. –Москва, 1964. – 18 с.*
11. *Авдюков М. Г. Обжалование судебных определений в советском гражданском процессе // Вестник Московского университета. – 1960. – №3. – С. 27-28.*
12. *Чечот Д. М. Постановления суда первой инстанции по гражданским делам / Чечот Д. М. – М. : Госюриздат, 1958. – 166 с.*
13. *Юдельсон К. С. Советский гражданский процесс: Учебник / Юдельсон К. С. – М. : Госюриздат, 1956. – 439 с.*
14. *Борисова О. О. Апелляция в гражданском (арбитражном) процессе. Издание второе, исправленное и дополненное / Борисова О. О. – М. : Городец, 2000. – 288 с.*
15. *Проблемы науки гражданского процессуального права / Под ред. В.В. Комарова. – Х. : Право, 2002. – 440 с.*
16. *Штефан М. Й. Цивільний процес: Підручник. – Вид. 2-ге, перероблене та доповнене / Штефан М. Й. – К. : Ін Юре, 2001. – 696 с.*
17. *Комаров В. В. Проблеми теорії та практики цивільного судочинства : Монографія / Комаров В. В., Тертишніков В. І., Баранкова В. В. – Х. : Харків юридичний, 2008. – 928 с.*
18. *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 перероб. – К. : Атіка, 2010. – 896 с.*

Т. А. Гребенщікова
здобувач кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»,
Одеса, Україна

ПІДСТАВИ ВИНИКНЕННЯ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ЗА РИМСЬКИМ ПРИВАТНИМ ПРАВОМ ТА СУЧАСНИМ ЦИВІЛЬНИМ ПРАВОМ УКРАЇНИ

Важливо усвідомити, як склалися правовідносини, внаслідок яких один (кредитор) мав право, а інший мав обов'язки. Іншими словами з чого виникали зобов'язання. Відповісти на це запитання можна коротко – зобов'язання виникали з певних юридичних фактів. Самі ж юридичні факти – це конкретні життєві обставини. З якими норми цивільного законодавства пов'язують певні правові наслідки і передусім виникнення, заміну або припинення правовідносин.. Отже, юридичні факти – це безпосередня ланка між нормою цивільного законодавства та правовідносинами.

Факт (factum – зроблене) означає дійсну, реальну подію або дію: землетрус, народження дитини, укладення шлюбу, вчинення делікту, прогулянку тощо. Правовою наукою розроблено класифікацію юридичних фактів на підставі певних критеріїв. Різноманітність юридичних фактів є підставою виникнення зобов'язань. Наприклад, договір, як двосторонній правочин – це юридичний факт, з якого виникає договірне зобов'язання. Так само виникають зобов'язання з односторонніх правочинів та інших позадоговірних правопорушень.

Римські класичні юристи намагалися звести цю сукупність відомим їм юридичних фактів, які зумовлювали виникнення зобов'язань, у певну систему. Насамперед при цьому впадало в очі виникнення зобов'язань або з договорів, або з правопорушень. Ці юридичні факти, які є підставою виникнення зобов'язань, у пізньому римському праві групували таким чином: а) зобов'язання з договорів – ex contractu; б) зобов'язання ніби з договорів – quasi ex contractu; в); зобов'язання з деліктів – ex delicto; г) зобов'язання ніби з деліктів – quasi ex delicto. Звідси основний поділ зобов'язань6 ті, що виникають з договорів – договірні; ніби з договору, делікту і ніби з делікту – позадоговірні. Але, як вважають деякі дослідники римського права, достовірність такої класифікації Дегестів досить сумнівна: нібито подібна класифікація зобов'язань виявлена лише в Інституціях Юстиніана.

Необхідно чітко усвідомлювати зміст наведених категорій з теорії зобов'язального права та їхнє співвідношення, щоб вільно ними володіти.

Договір – це акт, з якого виникає зобов'язання; він є правочин (двосторонній), а зобов'язання – це правовідносини. З будь-якого договору виникає зобов'язання, але не всяке зобов'язання є договором, оскільки зобов'язання може також виникати з деліктів і ніби деліктів, а також ніби з договорів. На практиці іноді договори і зобов'язання вживають як поняття однозначні. Однак це неправильно. Відмінність між правочином і договором полягає в тому, що правочин – поняття ширше, ніж договір, яке включає в себе односторонні та двосторонні правочини. Із двосторонніх правочинів (договорів) завжди виникають зобов'язання, а з односторонніх – не завжди, наприклад із заповіту зобов'язання не виникає. Правочин – дія правомірна, а делікт – неправомірна. Теоретично чотиричленна система класифікації зобов'язань за римським правом далеко не бездоганна, бо неможливо звести всю різновидність зобов'язань договірних і поза деліктних до категорій «ніби з договору» і «ніби з делікту». Найхарактерніша вада цієї системи полягає, очевидно, в повній відсутності в ній зобов'язань, які виникають з односторонніх обіцянок, зокрема з публічної обіцянки винагороди за що-небудь (за знахідку загубленої речі). Ця вада пояснюється тим, що римське право за такими односторонніми обіцянками принципово юридичної сили не визнавало.

Вироблена класичним римським правом система зобов'язань залишається системою і права після класичного, вона санкціонована і в Corpus juris civilis. Звичайно, у подальшому окремі її частини піддавалися деяким змінам, проте вони не позбавляли основних її принципів.

На відміну від римського права, в якому поділ зобов'язань мав чотиричленну структуру (контракти, делікти, квазіконтракти та квазіделікти), у сучасному цивільному праві юридичні факти, на підставі яких виникають

зобов'язання, класифікують на події та дії; дії в свою чергу, підрозділяються на правомірні та неправомірні; правомірні дії – на акти суб'єктів публічного права і приватного права, а останні – на правочини і юридичні вчинки. Першою підставою виникнення зобов'язань у римському праві були делікти, то зараз деліктні зобов'язання виконують насамперед компенсаційну функцію, забезпечуючи відшкодування потерпілому завданого цьому збитку. Крім того, оскільки відшкодування заподіяного збитку відбувається, як правило, за рахунок особи, що його заподіяла, деліктним зобов'язанням властиві також каральна та виховно-попереджувальна (превентивна) функції. Зараз змістом деліктних зобов'язань є право кредитора (потерпілого) вимагати відшкодування заподіяного йому збитку й обов'язок боржника (того, хто заподіяв шкоду) компенсувати шкоду, що виникла в потерпілого.

Формування поглядів на систему підстав виникнення зобов'язань у вітчизняному цивільному праві відбулося під впливом різноманітних факторів, поміж яких помітне місце належить римському праву, котре значною мірою визначали засади розвитку українського зобов'язального права.

Використані джерела:

1. *Гончаренко В.О Рецепція римського приватного права як основа розвитку сучасного цивільного законодавства // Суспільство. Держава. Право. Цивільне право. – 2005- №5 – С. 39-42*
2. *Кутателадзе О.Д. До питання про визначення підстав виникнення цивільних прав і обов'язків // Університетські наукові записки. Науковий часопис Хмельницького університету управління та права. – 2005. -№3(15). – С. 133-136*
3. *Кутателадзе О.Д. Категорія «юридичні факти» та підстави виникнення зобов'язань за цивільним законодавством України // Митна справа. – 2005. Вип.4. – С. 59-63.*
4. *Підопригора О.А., Харитонов Є.О. Римське право і майбутнє правової системи України. // Вісник Акдемії правоих наук України. – 1999. – №1. – С. 95-103.*
5. *Петерский И.С. Дигесты Юстиниана: Очерки по истории составления и общая характеристика. – М., 1956. – С. 456.*

А. Б. Гриняк

кандидат юридичних наук, завідувач сектора проблем цивільного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва Національної академії правових наук України, Київ, Україна

ОСОБЛИВОСТІ ФОРМУВАННЯ ЦІНИ ЯК ЗВИЧАЙНОЇ УМОВИ ДОГОВОРУ ПІДРЯДУ

Вітчизняна наука цивільного права традиційно поділяє умови договору на істотні, звичайні та випадкові. Значення істотних умов полягає в тому, що вони необхідні і достатні для укладення договору, і без їх узгодження він не може вважатися укладеним. Виходячи із цього сьогодні досить активно обговорюється

питання до якої групи умов слід віднести ціну з урахуванням того, що вона присутня в будь-якому оплатному договорі.

У літературі з цього приводу простежуються дві точки зору. Одні вчені вважають, що ціна – істотна умова будь-якого оплатного договору (Д. М. Сафіуллін та С. А. Хохлов). Інші вчені стверджують, що ціну треба відносити до звичайних умов договору (Ю. К. Толстой, А. П. Сергєєв).

Зважаючи на вищенаведене, ціна договору підряду – це грошова сума, належна підрядникові за виконану роботу. За ст. 843 ЦК України у договорі підряду визначається або конкретна ціна роботи, або способи її визначення. Тобто, по-перше, ціна може бути визначена в тексті договору. По-друге, спосіб визначення ціни може вказуватись в самому договорі. І, по-третє, ціна у договорі підряду може бути визначена у кошторисі, який містить постатейний перелік затрат на виконання робіт, є додатком до договору та його невід'ємною частиною. Ціна включає плату за виконану підрядником роботу, а також відшкодування витрат останнього. Але якщо у договорі не встановлено ні ціни, ні способів її визначення, вона встановлюється за рішенням суду на основі цін, що, звичайно, застосовуються за аналогічні роботи з урахуванням необхідних витрат, визначених сторонами [1, 576]. Дані правила поширюються також і на субпідрядні відносини стосовно розрахунків між генеральним підрядником та субпідрядником.

Аналізуючи питання ціни договору підряду за ст. 709 ЦК РФ, М. І. Брагінський та В. В. Вітрянський доходять висновку, що ціна, на відміну від строку, не є істотною умовою договору підряду. В разі відсутності ціни у договорі і неможливості її визначення виходячи із умов договору оплата повинна здійснюватись за ціною, яка за схожих обставин, зазвичай, стягується за аналогічні роботи. Таким чином, за висновком дослідників, визначеної ціни у договорі підряду, як і у всіх інших договорах, для яких законом не передбачено інше, може і не бути [2, 50].

З вищевисловленою позицією слід погодитись, однак із певними застереженнями. Контрагенти відповідно до принципу свободи договору та ст. 6 ЦК України можуть і не передбачати ціну виконаних робіт, а у разі виникнення спору таке визначення буде проведено судом, який уже на власний розсуд встановлює ціну або спосіб її визначення. В такому випадку вона визначатиметься за ціною, яка за аналогічних обставин, зазвичай, стягується за такі роботи. Однак, якщо ж хоча б однією зі сторін піднімалося питання внесення до договору умови про ціну або ж сторони не досягли згоди щодо неї, то така умова визнається істотною, а сам договір – неукладеним.

ЦК України містить і загальну норму, присвячену правилами визначення ціни (ст. 632 ЦК), і спеціальну, яка регламентує ціну саме в договорі підряду (ст. 843 ЦК). Оскільки у разі колізії норм слід застосовувати принцип пріоритету спеціальної норми перед загальною, то детальніше акцентуємо увагу саме на спеціальній ст. 843 ЦК України.

Виходячи із змісту ч. 1 ст. 843 ЦК України у договорі підряду повинні бути визначені або ціна виконуваної роботи, або ж способи її визначення. При відсутності таких вказівок на визначення ціни звертаємось до ч. 4 ст. 632 ЦК України, відповідно до якої, якщо ціна у договорі не встановлена і не може бути

визначена виходячи з його умов, вона визначається виходячи із звичайних цін, що склалися на аналогічні товари, роботи або послуги на момент укладення договору.

У ч. 2 ст. 843 ЦК України законодавець взагалі передбачив можливість не встановлення ціни роботи або способів її визначення, однак нічого надзвичайного у цьому немає, так як ціна може бути визначена у судовому порядку на основі цін, що звичайно застосовуються за аналогічні роботи. А те, що сторони змушені будуть витратити час та кошти на розгляд такої справи судом, у майбутньому лише сприятиме дисциплінованості контрагентів договору. Тому непогодження викликають позиції тих вчених, які все ж відстоюють позицію визнання ціни у договорі підряду істотною умовою, а їх аргументи щодо «неможливості не визначити в оплатному договорі ціни, оскільки протилежне суперечитиме самій сутності оплатного договору, за яким сторона має отримати плату чи інше зустрічне надання за виконання своїх обов'язків» [3, 41], видаються непереконливими.

Отже, ціна є однією із важливих умов договору підряду, хоча, як зазначалося, неістотною. Стаття 843 ЦК України вказує на способи формування ціни у договорі підряду. Такими способами можуть бути: визначення ціни у самому договорі підряду; у кошторисі; у інший спосіб, встановлений у договорі підряду. При цьому жоден із зазначених способів не має переваги над іншими, і сторони при укладенні договору підряду можуть обирати будь-який із них. Якщо ж ні ціни, ні способу її визначення не встановлено, ціна може бути визначена судом відповідно до правил, зафіксованих у ст. 843 ЦК України. Тому непогодження ціни робіт у договорі підряду не має наслідком його неукладеність.

Слід відмітити, що законодавець по-новому, у порівнянні із ЦК 1963 р., врегулював дані правовідносини. Так, ціна за чинним тоді цивільним законодавством визнавалась істотною умовою договору підряду.

Ціна у договорі підряду включає компенсацію витрат підрядника та належну йому винагороду. До витрат підрядника в літературі прийнято відносити вартість послуг, що надаються підряднику третіми особами, транспортні витрати, зменшення вартості обладнання у зв'язку з його амортизацією, вартість витраченого матеріалу у разі виконання робіт із матеріалів підрядника.

Ціна договору підряду може бути як чітко визначеною (твердою), відступ від якої заборонений, так і приблизною. Сторони можуть за узгодженням між собою вносити зміни у твердий кошторис. Зокрема, у разі істотного зростання після укладення договору вартості матеріалу, устаткування, які мали бути надані підрядником, а також вартості послуг, що надавалися йому іншими особами, підрядник має право вимагати збільшення кошторису. В разі відмови замовника від цього підрядник має право вимагати розірвання договору. Проте підрядник не має права вимагати збільшення твердого кошторису, а замовник – його зменшення у разі, якщо на момент укладення договору підряду не можна було передбачити повний обсяг роботи або необхідні для цього витрати (ч. 5 ст. 844 ЦК України) [4, 81].

Статтею 844 ЦК України передбачено, що ціна у договорі може бути визначена у кошторисі, який за певних умов стає частиною договору. До таких умов слід віднести: а) складення кошторису підрядником; б) погодження складеного підрядником кошторису замовником. Однак ЦК України, використовуючи термін «кошторис», не дає його визначення. Законодавче визначення кошторису наведено у Постанові Кабінету Міністрів України «Про затвердження Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві» від 01. 08. 2005 р. № 668. Відповідно до п. 3 вищезазначеної постанови кошторис – це зведені витрати, зведені кошторисні розрахунки, об'єктні та локальні кошторисні розрахунки, об'єктні та локальні кошториси, кошториси на окремі види робіт, кошториси на проектні та пошукові роботи, інші розрахунки витрат на будівництво, складені за встановленою формою, на основі яких визначається кошторисна вартість будівництва і договірна ціна [5]. Таким чином, кошторис виступає формою визначення ціни договору підряду.

Слід відмітити, що у вітчизняному законодавстві, у порівнянні із ЦК РФ, дещо детальніше врегульовано співвідношення ціни та кошторису виконуваних робіт. Так, у п. 4 ст. 709 ЦК РФ слово «кошторис» вживається у дужках після словосполучення «ціна роботи», що дало змогу окремим дослідникам вважати, що законодавець ці поняття визначає як ідентичні [3, 41]. У ЦК України ціна роботи та кошторис визначаються у окремих статтях (843 та 844 відповідно), що свідчить про цілком вірне сприйняття цих двох термінів як неідентичних одне одному. Оскільки, кошторис – це форма вираження ціни, тобто документ, який містить відомості про неї. Ціна ж може бути зафіксована в договорі без складання кошторису. Таке розмежування поняття кошторису і ціни роботи значно полегшує розуміння та тлумачення цих норм на практиці.

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар // За заг. ред. Є. О. Харитонова, О. І. Харитонової, Н. Ю. Голубєвої. – К., 2008. – С. 576.*
2. *Брагинский М. И, Витрянский В. В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг / М. І. Брагінський, В. В. Вітрянський. – М.: «Статут», 2007. – С. 50.*
3. *Абрамцова Е. Л. Договор подряда в гражданском праве России: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / О. Л. Абрамцова. – М.: РГБ, 2005. – С. 41.*
4. *Єрмолаєв А. Договір підряду: нарахування та утримання // Податки та бухгалтерський облік. / А. Єрмолаєв. – 2002. – № 19. – С. 81.*
5. *Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві» від 01.08.2005 р. № 668.*

С. Д. Гринько (Русу)
кандидат юридичних наук, доцент,
в. о. завідувача кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління та права,
старший науковий співробітник Подільської лабораторії
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
Національної академії правових наук України,
Хмельницький, Україна

ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ ТВАРИНАМИ

Традиційно шкода, завдана тваринами відшкодовується їх держателями на загальних засадах деліктної відповідальності (ст. 1166 ЦК України) [1]. Особливості її відшкодування законодавець пов'язує з випадками завдання шкоди дикими звірами, службовими і бійцівськими собаками, утримання яких становить джерело підвищеної небезпеки (ст. 1187 ЦК України) [1].

Уперше на рівні закону до переліку джерел підвищеної небезпеки віднесено деяких домашніх тварин, вказавши на службових і бійцівських собак (ст. 1187 ЦК України) [1]. Таке нововведення було спричинено потребами судової практики, коли судді змушені кожного разу доводити необхідність віднесення таких собак до категорії джерел підвищеної небезпеки для покладення на їх держателів обов'язку відшкодувати шкоду незалежно від їх вини.

Заслуговує на увагу позиція Німецького цивільного уложення (далі НЦУ) щодо відшкодування шкоди, завданої тваринами. Суб'єктами відповідальності за шкоду, завдану тваринами можуть бути як їх володільці (§ 833 НЦУ) [2], так і особи, які за договором прийняли на себе нагляд за твариною (§ 834 НЦУ) [2].

Законодавець у НЦУ виділяє загальний і спеціальний делікти. За загальним деліктом, якщо тварина завдасть смерть, тілесні ушкодження або шкоди здоров'ю людини або пошкодить річ, володілець тварини зобов'язаний відшкодувати потерпілому завдану шкоду. (ст. 833 НЦУ). Володілець будь-якої тварини притягується до відповідальності незалежно від вини.

До окремої групи тварин НЦУ відносить домашніх тварин, що використовують при здійсненні професійної і підприємницької діяльності або для одержання засобів на утримання володільця. Обов'язок відшкодувати шкоду, завдану такими домашніми тваринами виникає у їх володільця лише за наявності його вини. Відповідно володілець тварини звільняється від такого обов'язку, якщо він проявив належну за умов обороту турботу при нагляді за твариною, або збитки виникли б і при здійсненні такої турботи (ст. 833 НЦУ). Аналогічна згаданій статті 833 НЦУ норма міститься у ЦК Туркменії (ст. 1038).

Цікавим до визначення підстави звільнення володільця тварини від обов'язку відшкодувати завдану твариною шкоду є підхід грузинського законодавства: якщо володілець тварини прийняв необхідних заходів до захисту третіх осіб (ЦК Грузії ст. 1003) [3]. Деліктне зобов'язання виникає за наявності вини володільця тварини, яка полягає у неприйнятті необхідних заходів до захисту третіх осіб. Таке визначення обов'язку, що покладається на володільця

тварини є значно ширшим ніж сформульоване у НЦУ як «проявити належну за умов обороту турботу при нагляді за твариною». За НЦУ на володільця тварини покладається обов'язок відносно тварини (годувати тварину, держати тварину на прив'язі, одягати на нею намордник, супроводжувати тварину на прогулянці тощо), а за ЦК Грузії, – обов'язок відносно третіх осіб для їх захисту від завдання шкоди твариною (повісити тварині дзвіночок, що буде повідомляти третіх осіб про її наближення, повісти табличку на загорожі будівлі «Обережно злий пес», тощо). Слід відзначити, що правила про необхідність покладення на володільця тварини обов'язків відносно нагляду за твариною, так і відносного третіх осіб для уникнення завдання їм шкоди, не є чимось новим для цивільного законодавства. Такий підхід застосовували ще римські юристи, ідеї яких були запозичені до дореволюційного законодавства при формулюванні норм про деліктну відповідальність власників тварин. Наприклад, якщо особі належав кінь непокірного норову, який завдавав шкоди людям, то зобов'язана була повісити на нього дзвіночок для того, щоб усі знали про його наближення; якщо особа буде їздити на такому коні без дзвіночка, а він завдасть шкоди, тоді потерпілий мав право вимагати передачі йому коня (Витяг, § 101 Зібрання малоросійських прав, 1807 р.) [4].

Зі змісту ст. 1187 ЦК України випливає, що держателі диких звірів, службових і бійцівських собак несуть відповідальність за завдану ними шкоду під час перебування у їх володінні. Якщо тварина вибула з їх володіння внаслідок неправомірного заволодіння іншою особою, особа зобов'язана відшкодувати шкоду, завдану твариною на загальних підставах (ч. 3 ст. 1187 ЦК України) [1]. До часткової відповідальності притягується власник (володілець) тварини тоді, коли його недбалість сприяла такому неправомірному заволодінню (ч. 3 ст. 1187 ЦК України) [1].

Однак, не вирішеним залишилося питання про суб'єкта відповідальності за шкоду, завдану твариною, яка вибула з володіння власника поза його волею, за винятком неправомірного заволодіння нею іншою особою (наприклад, тварина втекла, заблукала тощо). Слід зазначити, що відповідь на поставлене питання не містять і законодавчі акти тих держав, де окремі норми присвячено відповідальності за шкоду, завдану тваринами (§ § 823-824 НЦУ, ст. 179 ЦК Нідерландів, ст. 1002 ЦК Узбекистану, ст. 1038 ЦК Туркменії).

За ЦК Грузії (ст. 1003) володілець тварини зобов'язаний відшкодувати шкоду, завдану його твариною іншим особами. При цьому, немає значення, перебувала тварина під наглядом, була втрачена або утекла (ст. 1003) [3]. Деліктний обов'язок володільця тварини за грузинським законодавством мало чим відрізняється від такого обов'язку за Французьким цивільним кодексом (далі ФЦК), з якого, мабуть, його ідея була запозичена. Згідно ст. 1385 ФЦК, у період використання тварини його власник або той, хто нею користується, несе відповідальність за шкоду, завдану цією твариною, як у тому випадку, коли вона перебуває у вказаної особи, так і тоді, коли вона заблукала або утекла [5]. Однак, викладена ідея про відповідальність володільця тварини не є власним надбання французького законодавства, її було рецепійовано з римського приватного права. Саме римські юристи створили спеціальний механізм відповідальності за шкоду, завдану домашніми тваринами і дикими звірами, який і було

рецепійовано до дореволюційних кодифікацій українських земель та європейських країн. Окремі його елементи ми спостерігаємо і в наступних радянських кодифікаціях (ЦК УРСР 1922 і 1963 років), а також у сучасних доктринальних підходах цивілістики.

Останніми роками в Україні збільшилися випадки завдання шкоди домашніми тваринами, хворими на сказ. Уперше питання про деліктну відповідальність за шкоду, завдану такою твариною на українських землях врегулював австрійський законодавець, який поклав обов'язок відшкодувати таку шкоду на власника тварини незалежно від його вини. У разі неплатоспроможності господаря, якщо шкоди завдано скаженою твариною, відповідальність покладалася на місцеву громаду – на 1/3 та на казну – на 2/3 (наказ від 11 січня 1816 р. і 16 березня 1837 р.) [6, с. 371].

За сучасним цивільним законодавством України шкода, завдана домашньою твариною, хворою на сказ відшкодовується на засадах ст. 1187 ЦК. Перелік джерел підвищеної небезпеки, закріплений у даній нормі не є виключним. Тому суду в кожному конкретному випадку надається право його доповнювати залежно від наявності у об'єктів і діяльності, пов'язаної з нею, шкідливих властивостей, підвищеної ймовірності завдання шкоди, неможливості здійснювати повний контроль з боку людини. Звичайно утримання домашньої тварини, хворої на сказ повністю підпадає під названі ознаки джерела підвищеної небезпеки, тому володілець такої тварини буде нести деліктну відповідальність незалежно від своєї вини. Однак, як бути у випадку, якщо володілець скаженої тварини є неплатоспроможним, адже наслідки для здоров'я потерпілого можуть бути істотними, що відповідно вимагає значних матеріальних витрат? На нашу думку з метою забезпечення відшкодування шкоди, завданої здоров'ю фізичної особи твариною, хворою на сказ, у разі неплатоспроможності її володільця, необхідно покласти обов'язок відшкодувати шкоду на органи місцевого самоврядування. Встановлення такого винятку із загального правила про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки зумовлено тією обставиною, що на домашніх тварин така хвороба переноситься від диких звірів. Обов'язок здійснювати нагляд за дикими звірами покладається на відповідні служби органів місцевого самоврядування. Тому, на нашу думку, перенесення деліктного обов'язку на органи місцевого самоврядування у разі неплатоспроможності володільця тварини буде виправданим. Звичайно, відшкодувавши шкоду, орган місцевого самоврядування має право зворотної вимоги до володільця домашньої тварини, у розмірі коштів, витрачених на лікування особи, яка потерпіла від цього.

Недостатня урегульованість питання про відповідальність за шкоду, завдану тваринами зумовлена відсутністю окремої норми в ЦК України. Пропонуємо доповнити главу 82 ЦК України статтею наступного змісту:

«1. За шкоду, завдану твариною іншим особам обов'язок відшкодування покладається на її володільця (власника або особу, яка нею користується на правовій підставі) незалежно від того, перебувала тварина під наглядом, була втрачена або втекла.

2. Володілець тварини звільняється від обов'язку відшкодування шкоди, завданої твариною, якщо він доведе, що здійснював належним чином нагляд за твариною та (або) прийняв необхідних заходів для захисту інших осіб.

3. За шкоду, завдану здоров'ю чи життю фізичної особи твариною, хворою на сказ, обов'язок її відшкодування покладається на органи місцевого самоврядування незалежно від вини посадових і службових осіб цих органів, якщо володілець тварини є неплатоспроможним.

Відшкодувавши шкоду органи місцевого самоврядування мають право зворотної вимоги до володільця домашньої тварини, хворої на сказ, у розмірі коштів, витрачених на лікування особи, яка потерпіла від цього».

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. (зі змінами та доповненнями) // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.*
2. *Гражданское уложение Германии / науч. ред. А. Л. Маковский и др. – М. : Волтерс Клувер, 2006. – 816 с.*
3. *Гражданский кодекс Грузии / Науч. ред.. З. К. Бигвава; пер. с груз. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2002. – 750 с.*
4. *Кодифікація цивільного законодавства на українських землях: Т. 1 / Уклад. Ю. В. Білоусов, І. Р. Калаур, С. Д. Гринько та ін. / За ред. Р. О. Стефанчука та М. О. Стефанчука. – К.: Правова єдність, 2009. – 1168 с.*
5. *Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / В. Захватаев ; отв. ред. А. Довгерт ; пер. с франц. – К. : Истина, 2006. – 1008 с.*
6. *Общее гражданское уложение Австрийской империи / [пер. Г. Верблoвского]; издание Редакционной Комиссии по составлению Гражданскаго Уложения. – С.–Петербургъ: Типография Правительствующего Сената, 1884. – С. 371.*

В. Ю. Крепица

руководитель юридического отдела филиала в г. Саратов
ЗАО «Эр-Телеком Холдинг», Саратов, Российская Федерация

Я. С. Гришина

кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского процесса
Саратовской государственной юридической академии,
Саратов, Российская Федерация

ПРОБЛЕМЫ РЕАЛИЗАЦИИ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА ГРАЖДАН НА ДОСТУП К ИНФОРМАЦИИ В ЖИЛИЩНОЙ СФЕРЕ

Порядок реализации полномочий собственников помещений в многоквартирном доме по пользованию, владению и распоряжению принадлежащего им имущества имеет не только существенное теоретическое значение, но и существенное практическое значение.

Как показывает практика, зачастую неправильное понимание одним собственником жилого помещений в многоквартирном доме порядка реализации

полномочий по пользованию, владению и распоряжению принадлежащего ему имущества, а также наличие пробелов и противоречий в действующем законодательстве ведет к ущемлению прав и охраняемых законом интересов других собственников помещений в многоквартирном доме, например, права граждан на доступ к информации.

Так, по делу № 2-113/11 К. обратилась в суд с иском, в котором просила суд обязать ответчиков демонтировать оборудование сети связи, обеспечивающей возможность доступа жильцам данного подъезда к приему-передаче данных для телекабельного вещания (телевидения), телефонной связи и оказания телематических услуг связи (Интернета), размещенное в подъезде, в котором проживает истица. В обоснование своего требования К. пояснила, в частности, что оборудование сети связи было размещено без ее согласия и не на основании решения общего собрания собственников помещений данного многоквартирного дома. Суд первой инстанции отказал К. в удовлетворении исковых требований по следующим основаниям.

Согласно п. 1 ст. 247 Гражданского кодекса Российской Федерации владение и пользование имуществом, находящимся в долевой собственности, осуществляются по соглашению всех ее участников, а при недостижении согласия - в порядке, устанавливаемом судом (в отличие от распоряжения таким имуществом, которое в силу п. 1 ст. 246 ГК РФ возможно только по соглашению всех участников общей долевой собственности). Отсутствие согласия одного из участников общей долевой собственности с порядком пользования общим имуществом многоквартирного дома, предлагаемым другими собственниками, само по себе не является безусловным препятствием для реализации такого порядка. Причем это несогласие может быть признано необоснованным при разрешении судом спора о порядке пользования общим имуществом, если установлено, что такой порядок не нарушает прав и законных интересов других лиц.

Такой вывод подтверждается и положением ч. 4 ст. 36 Жилищного кодекса РФ, в силу которого основным условием передачи объектов общего имущества в многоквартирном доме в пользование иным лицам является отсутствие нарушения прав и законных интересов граждан и юридических лиц.

В силу ст. 44 ЖК РФ к компетенции общего собрания собственников помещений в многоквартирном доме относится принятие решений о передаче в пользование общего имущества в многоквартирном доме. В соответствии с действующим законодательством передача имущества в пользование предполагает передачу вещи собственником третьему лицу, при которой собственник утрачивает возможность использовать вещь по назначению и извлекать из нее полезные свойства. Такое имущество должно быть индивидуально определенным и способным выступать в качестве самостоятельного объекта гражданского оборота. Вместе с тем, при строительстве сооружения связи собственники помещений в многоквартирных домах продолжают использовать общее имущество дома по целевому назначению в полном объеме. Ответчики же размещают оборудование путем прокладывания кабеля в жилых домах через перегородки и лестничные марши, которые являются конструктивными элементами зданий и не являются самостоятельными объектами, которые могли бы быть переданы в пользование

отдельно от здания. Более того, ст. 44 ЖК РФ определяет перечень вопросов, принятие решений по которым относится к исключительной компетенции общего собрания и заключение договоров на предоставление права производства работ по строительству сооружений связи, не связанного с передачей в пользование общего имущества в многоквартирном доме, не входит в данный перечень.

На основании ст. 46 ЖК РФ решения общего собрания собственников помещений в многоквартирном доме по вопросам, поставленным на голосование, принимаются большинством голосов от общего числа голосов принимающих участие в данном собрании собственников помещений в многоквартирном доме, за исключением предусмотренных п.п.1 - 3.1 ч. 2 ст. 44 ЖК РФ решений, которые принимаются большинством не менее двух третей голосов от общего числа голосов собственников помещений в многоквартирном доме. По данному делу более 50 % собственников помещений в многоквартирном доме выразили свое согласие на установку в оборудования доме [1].

Суд кассационной инстанции с данной позицией не согласился, сначала отменив решение районного суда, вернув дело на новое рассмотрение в тот же суд [2], а затем, рассмотрев дело, вынеся определение в пользу истицы, обязав ответчиков демонтировать оборудование сети связи [3].

Изучив разъяснения Высшего Арбитражного Суда РФ, изложенные в его постановлениях (Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 23 июля 2009 г. № 64 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров о правах собственников помещений на общее имущество здания», Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 5 октября 2007 г. № 57 «О некоторых вопросах практики рассмотрения арбитражными судами дел, касающихся взимания налога на добавленную стоимость по операциям, связанным с предоставлением жилых помещений в пользование, а также с их обеспечением коммунальными услугами и с содержанием, эксплуатацией и ремонтом общего имущества многоквартирных домов» и др.), можно прийти к выводу о том, что пользованием и предоставлением в пользование будет случай, если собственник, предоставляющий свое имущество в пользование, сам лишается возможности пользования этим оборудованием. В случае размещения оператором связи кабеля связи на стене дома собственники помещений в многоквартирном доме не лишаются права пользования. Причем, в аренду может быть сдано (предоставлено в пользование) только индивидуально-определенное имущество, то есть нельзя сдать в пользование часть стены в доме, можно сдать, например, технический этаж (полностью), подвал в доме. Часть стены в подъезде индивидуализирующих признаков не имеет, соответственно, передана в аренду или пользование быть не может. К сожалению, необходимо подчеркнуть, что суды общей юрисдикции не обязаны руководствоваться постановлениями ВАС РФ.

Справедливости ради необходимо отметить, что суды общей юрисдикции данную ситуацию разрешают по-разному. Хотя, если посмотреть практику судов общей юрисдикции в различных субъектах РФ, то можно сделать вывод о том, что большинство судов все-таки придерживается позиции, аналогичной мнению

Октябрьского районного суда г. Саратова, трактующего, что в данной ситуации у оператора связи нет необходимости проводить общее собрание, так как размещают оборудование путем прокладывания кабеля в жилых домах через перегородки и лестничные марши, которые являются конструктивными элементами зданий и не являются самостоятельными объектами, которые могли бы быть переданы в пользование отдельно от здания. Соответственно, достаточно заключения договора с большинством собственников помещений в многоквартирном доме [5].

Имеющийся пробел в жилищном законодательстве в приведенном примере фактически лишил собственников помещений данного многоквартирного дома – соседей истицы права на доступ к телекабельному вещанию (телевидению), телефонной связи и телематическим услугам связи (Интернету), то есть, по-сути, на доступ к информации.

Между тем, право на информацию, а именно, право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом, закреплено в ст. 29 Конституции России. Никто не может быть данного права лишен, а ограничения данного права возможны только в законодательно предусмотренных случаях.

В своем Послании Федеральному Собранию Российской Федерации Президент Российской Федерации от 5 ноября 2008 г. Д. Медведев подчеркнул, что «свобода слова (понимаемая нами в т.ч. и как свободный доступ к информации) должна быть обеспечена технологическими новациями» [6]. Справедливое, социально направленное государство должно быть направлено на человека, должно действовать для и в интересах человека.

Распоряжением Правительства РФ от 21 сентября 2009 г. № 1349-р утверждена концепция федеральной целевой программы «Развитие телерадиовещания в Российской Федерации на 2009-2015 годы» основной целью которой является развитие телерадиовещания до 2015 года, а именно обеспечение всего населения страны многоканальным вещанием с гарантированным предоставлением обязательных телевизионных каналов и радиоканалов заданного качества, что позволит государству реализовать функции по обеспечению конституционного права граждан на получение информации.

Для устранения сложившейся проблемы целесообразно было бы уточнить порядок реализации полномочий собственников помещений в многоквартирном доме по пользованию, владению и распоряжению принадлежащего им имущества, пойдя по одному из двух путей:

- внеся изменения в п. 3 ч. 2 ст. 44 Жилищного Кодекса РФ, изложив его в следующей редакции «принятие решений о пользовании общим имуществом собственников помещений в многоквартирном доме иными лицами, в том числе о заключении договоров на установку и эксплуатацию рекламных конструкций, о сдаче в аренду под осуществление предпринимательской деятельности, если для их установки и эксплуатации, а также при осуществлении предпринимательской деятельности предполагается использовать общее имущество собственников помещений в многоквартирном доме», законодательно закрепив обязанность оператора связи проводить в данном случае общее собрание собственников помещений в многоквартирном доме

- или пойти противоположным, более рациональным и оптимальным путем, приняв совместное постановление ВС РФ и ВАС РФ, разъясняющее судам, что так как пользованием и предоставлением в пользование будет случай, если собственник, предоставляющий свое имущество в пользование, сам лишается возможности пользования этим оборудованием, то есть в аренду может быть сдано (предоставлено в пользование) только индивидуально-определенное имущество, то в такой ситуации у оператора связи отсутствует обязанность проводить в данном случае общее собрание собственников помещений в многоквартирном доме, достаточно письменного согласия более 50 % собственников помещений в данном многоквартирном доме на предоставление права производства работ по строительству сооружений связи, а также на размещение необходимого оборудования сети связи.

Использованные источники:

1. *Дело № 2-113/11 // Архив Октябрьского районного суда г. Саратова за 2011 г. и дело № 2-827/11// Архив Октябрьского районного суда г. Саратова за 2011 г.*
2. *Дело № 33-1097 // Архив Саратовского областного суда за 2011 г.*
3. *Дело № 33-2994 // Архив Саратовского областного суда за 2011 г.*
4. *См., например, дело № 2-158/10 // Архив Приморского районного суда г. Санкт-Петербурга за 2010 г.; дело № 33-13661/2010 // Архив Санкт-Петербургского городского суда за 2010 г. и др.*
5. *http://www.polit.ru/dossie/2008/11/05/poslanie.html.*

О. Гудловська
студентка юридичного факультету
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ТВАРИНИ ЯК ОСОБЛИВИЙ ВИД ДЖЕРЕЛ ПІДВИЩЕНОЇ НЕБЕЗПЕКИ

Ще із давнини тварини стали не тільки природним, але й соціальним супутником життєдіяльності людини. Так, одних тварин людина використовує з науковою, промислово-економічною, сільськогосподарською метою, інших – задля задоволення психоемоційних та естетичних потреб. Причому, залежно від виду та способу використання тварин, було прийнято нормативні акти, основне завдання яких полягало у забезпеченні потреб людини у зв’язку з використанням тваринного світу та збереженням природного балансу. Однак, у сучасних умовах розповсюдилася тенденція правотворення не тільки з метою забезпечення раціонального використання тварин, але й у напрямку покладення усього обсягу відповідальності на їх власників. Слід підкреслити, що завжди траплялися випадки заподіяння шкоди людині твариною, але лише в останні роки значно зросла кількість судових справ, пов’язаних із відшкодування такої шкоди. Проте, не зважаючи на таке поширення випадків заподіяння шкоди та відстоювання

відповідних вимог, правове регулювання відшкодування шкоди, завданої твариною ще далеке від досконалості. Питанням особливостей тварин як джерела підвищеної небезпеки не приділяється достатньої уваги також і у науковій думці.

В цілому, джерело підвищеної небезпеки досить ґрунтовно розглядалося у класиків російської цивілістики, а саме, В. Г. Вердникова,

О. С. Йоффе, О. О. Красавчикова, В. І. Серебровського, Б.Б. Черепахіна, К.А.Флейшиц та ін. Серед сучасних українських науковців дискусійним питанням відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки, присвятили свої праці Д.В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт, В. А. Кройтор, Н. С. Кузнєцова, С. М. Паламарчук, Л. І. Радченко, М. О. Самойлов, Н. В. Терещенко, Я. О. Чапіладзе, Р. Б. Шишка й ін., проте в жодній з праць не проведено комплексного дослідження особливостей тварин як джерела підвищеної небезпеки, чим і обумовлюється актуальність та доцільність обраної теми дослідження.

Так, відповідно до ст. 1187 Цивільного кодексу України (далі ЦК України) джерелом підвищеної небезпеки є діяльність, пов’язана з використанням, зберіганням або утриманням транспортних засобів, механізмів та обладнання, використанням, зберіганням хімічних, радіоактивних, вибухо- і вогненебезпечних та інших речовин, утриманням диких звірів, службових собак та собак бійцівських порід тощо, що створює підвищену небезпеку для особи, яка цю діяльність здійснює, та інших осіб [1].

Якщо проаналізувати будь-який з видів джерел підвищеної небезпеки, то серед загальних ознак, що об’єднують усі об’єкти підвищеної небезпеки, слід назвати, по-перше, непідконтрольність відповідної діяльності безперервному і всеосяжному контролю з боку людини та, по-друге, високий ступінь вірогідності заподіяння непередбаченої (випадкової) шкоди цією діяльністю. Такі ознаки можуть бути притаманні тваринам будь-якого виду. При цьому слід наголосити на наявності зазначених властивостей майже у всіх тварин незалежно від виду та розміру, бо навіть на перший погляд невеличкі тварини, а саме: павуки, змії, щури тощо, можуть завдати істотної шкоди здоров’ю людини. Також, слід підкреслити, що тваринами як об’єктами підвищеної небезпеки може бути завдана як майнова, так і немайнова шкода. Причому, остання може виступати не тільки у заподіянні шкоди здоров’ю людини у вигляді травматичних ушкоджень, психічних розладів, але й у вигляді зараження певними хворобами.

Що ж до питання тварин як одного з видів носіїв підвищеної небезпеки для людини, то перш за все, необхідно проаналізувати саму категорію «тварина».

У цивільно-правовому аспекті тварини визначаються як об’єкти цивільних правовідносин. Так, згідно із ст. 180 ЦК України тварини є особливим об’єктом цивільних прав і на них поширюється правовий режим речі, крім випадків, встановлених законом. Щодо безпосереднього визначення тварини, то поняття «тварини» наведено у Законі України «Про захист тварин від жорстокого поводження», за яким – це біологічні об’єкти, що відносяться до фауни: сільськогосподарські, домашні, дикі, у тому числі домашня і дика птиця, хутрові, лабораторні, зоопаркові, циркові [2].

У вказаному нормативному акті зазначаються наступні види тварин:

- дикі тварини – тварини, природним середовищем існування яких є дика природа, у тому числі ті, які перебувають у неволі чи напіввільних умовах;
- домашні тварини – собаки, коти та інші тварини, що протягом тривалого історичного періоду традиційно утримуються і розводяться людиною, а також тварини видів чи порід, штучно виведених людиною для задоволення естетичних потреб і потреб у спілкуванні, що, як правило, не мають життєздатних диких популяцій, які складаються з особин з аналогічними морфологічними ознаками, та існують тривалий час у їх природному ареалі;
- сільськогосподарські тварини – тварини, що утримуються та розводяться людиною для отримання продуктів і сировини тваринного походження;
- безпритульні тварини – домашні тварини, що залишилися без догляду людини або утворили напіввільні угруповання, здатні розмножуватися поза контролем людини;
- експериментальна тварина – тварина, що використовується для проведення наукових дослідів, експериментів.

Широке поняття «тварина» наводиться в Законі України «Про ветеринарну медицину» і означає ссавців, свійську птицю, птахів, бджіл, комах, риб, ракоподібних, молюсків, жаб, амфібій та рептилій [4].

Таке визначення та перелік видів тварин надається у спеціальному законодавстві, що регулює статус тварин, і ці положення не повною мірою знаходять своє відображення у Цивільному кодексі України. Так, згідно ст. 1187 ЦК України серед тварин як джерела підвищеної небезпеки вказано диких звірів, службових собак та собак бійцівських порід. Хоча цей перелік не є вичерпним, тобто у вказаній нормі зазначаються лише найбільш розповсюджені з точки зору можливості заподіяння шкоди людині тварини, вважаємо, є не достатньо обґрунтованим таке звуження потенційно небезпечних тварин для людини й не закріплення у цьому переліку, наприклад, кішок, домашньої худоби тощо. Отже, на наш погляд, доцільним було б у ЦК України закріпити лише узагальнююче поняття «тварини» з акцентуванням уваги на тих різновидах, що створюють підвищену небезпеку для людини.

Згідно із Законом України «Про тваринний світ» дикі тварини – це хордові, в тому числі хребетні (ссавці, птахи, плазуни, земноводні, риби та інші) і безхребетні (членистоногі, молюски, голкошкірі та інші) в усьому їх видовому і популяційному різноманітті та на всіх стадіях розвитку (ембріони, яйця, лялечки тощо), які перебувають у стані природної волі, утримуються у напіввільних умовах чи в неволі. За змістом вказаного Закону дикі тварини можуть знаходитися у власності або у користуванні, яке в свою чергу поділяється на загальне та спеціальне [3].

Таким чином, враховуючи зазначене вище, з метою удосконалення ЦК України в частині визначення пов’язаної з тваринами діяльності як джерела підвищеної небезпеки у ст. 1187 ЦК України серед форм діяльності слід використовувати не лише утримання, але й володіння та використання.

Таким чином, на нашу думку, норму ч. 1 ст. 1187 ЦК України слід викласти в такій редакції: «Джерелом підвищеної небезпеки є діяльність, пов’язана з використанням, зберіганням або утриманням транспортних засобів,

механізмів та обладнання, використанням, зберіганням хімічних, радіоактивних, вибухо- і вогненебезпечних та інших речовин, володінням, використанням, утриманням диких звірів, службових собак, собак бійцівських порід та інших тварин, що створює підвищену небезпеку для особи, яка цю діяльність здійснює, та інших осіб».

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та доповненнями станом на 1 вересня 2010 р.: (офіц. текст). – К.:ПАЛИВОДА А.В., 2010. – 328 с. – (Кодекси України)*
2. *Про захист тварин від жорстокого поводження: закон України від 21.02.2006 р. № 3447-XV // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua*
3. *Про тваринний світ: закон України від 13.12.2001 р. № 2894-XIV // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua*
4. *Про ветеринарну медицину: закон України від 25.06.1992 р. № 2498-XII // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua*

О. І. Гуменюк

викладач кафедри цивільного права і процесу
Тернопільського національного економічного університету,
Тернопіль, Україна

ПРАВО ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ НА ІНДИВІДУАЛЬНІСТЬ

На відміну від права на індивідуальність фізичних осіб, право юридичних осіб на індивідуальність в юридичній літературі не розглядається. Не регламентується воно і в цивільному законодавстві. Проте потреба в такому праві очевидна, адже за допомогою найменування чи місця знаходження не завжди можна чітко індивідуалізувати юридичну особу. А тому юридична особа повинна мати можливість створювати та використовувати й інші індивідуальні ознаки, котрі б здійснювали виокремлення, індивідуалізацію серед інших осіб. Це можна забезпечити, закріпивши за юридичними особами особисте немайнове право на індивідуальність.

Як і будь-яке інше немайнове право, право на індивідуальність юридичної особи має певний зміст, який полягає у низці можливостей, пов’язаних з вирізненням її серед інших осіб. Так, юридична особа має право формувати власну індивідуальність. Правомочність по формуванню індивідуальності виражається в можливості згідно своїх уподобань та інтересів, без примусу вибирати, створювати, підтримувати свою індивідуальність.

Говорячи про індивідуальність фізичної особи, ми розуміємо певну структуру особливостей, що можуть виражатися в її зовнішньому вигляді, голосі, манері поведінки та інших характерних ознаках, що відрізняють її від інших осіб [1,444-445]. Зрозуміло, що такі ознаки не притаманні для юридичних

осіб. Проте, як показує практика, юридичні особи можуть формувати цілий ряд інших ознак, що відображають їх самобутність, індивідуальні особливості та забезпечуватимуть індивідуалізацію. На сьогодні досить поширеними є цивільно-правові правочини, направлені на формування індивідуальності, зокрема за допомогою дизайнерських та рекламних агенцій вибудовується фірмовий стиль, який займає одне з ключових місць у побудові власної індивідуальності юридичної особи. Під ним слід розуміти сукупність образотворчих, візуальних і інформаційних засобів, за допомогою яких особа підкреслює свою індивідуальність [2]. Фірмовий стиль може включати такі елементи як логотип, емблема, салоган, музичний символ (ним зазвичай є гімн чи інше музичне оформлення, що супроводжує діяльність юридичної особи), тощо. Так, репрезентабельна здатність логотипу дуже ефективна, якщо враховувати присутність логотипу на всій сукупності носіїв комунікацій організації: «шапки» документів, візитні картки, річні звіти, рекламні оголошення, фасад офісу, пакувальні матеріали для зробленої продукції і т.д. Великий інтерес юридичних осіб до логотипу зумовлений необхідністю забезпечити особі впізнання в найбільш короткий термін найбільшим числом клієнтів, споживачів, контрагентів. Фірмовий стиль включає також використання єдиних принципів оформлення колірних сполучень і способів для всіх форм документації, оформлення офісу, одягу співробітників та інших компонентів, що мають відношення до юридичної особи.

Слід відзначити, що юридична особа може проявляти власну індивідуальність і в манері спілкування з клієнтами, в питаннях ведення соціально-відповідального чи екологічно-охоронювального бізнесу, проведенні інноваційної діяльності тощо.

Тобто, особа на власний розсуд може вибрати прояви власної індивідуальності. Така свобода повинна забезпечуватись неприпустимістю нав’язування обов’язкових правил визначення її індивідуальності, чи обмеження її проявів. Тобто, не дозволяється вказувати особі, які індивідуальні прояви вона повинна сформувати, чи які змінити. Свобода вибору стосується як форми ознаки (словесна чи образотворча), так і смислу, який хоче юридична особа надати певній ознаці.

Проте ця свобода має певні обмеження. Так, ознака не повинна суперечити громадським інтересам, принципам гуманності і моралі; тобто, вона не повинна містити слова непристойного змісту, заклики антигуманного характеру, що ображають людську гідність, релігійні почуття і тому подібне. Також вона не повинна являтися неправдивою або здатною вводити в оману інших учасників правовідносин. Індивідуальна ознака, що вводиться юридичною особою, повинна відповідати принципу новизни, тобто відрізнятись від ознак, що уже використовуються іншими юридичними особами, та мати розрізняльну здатність. Питання про змішування ознак виникає тоді, коли вони містять однакові елементи, наприклад, слова, абревіатури, малюнки, знаки і ін. При однаковості індивідуалізуючих ознак чи схожості до ступеня змішування перевагу в визнанні права використання має той суб’єкт, який раніше вибрав спірну ознаку.

Що ж до інших активних правомочностей цього права, то повноваження

щодо володіння індивідуальністю означає можливість юридичної особи визнаватись носієм цього особистого немайнового права. Правомочність щодо використання своєї індивідуальності може виявлятися в можливості на власний розсуд обирати будь-який спосіб прояву своєї індивідуальності, якщо він не суперечить моральним засадам суспільства та не заборонений чинним законодавством. Повноваження щодо зміни індивідуальності означає можливість визначати та змінювати на основі власних уподобань та інтересів власну індивідуальність.

Право на індивідуальність виникає з моменту створення юридичної особи, тобто з моменту її державної реєстрації.

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

Юридична особа має право на захист у разі порушення, оспорення чи невизнання її права на індивідуальність. Так, якщо індивідуалізуюча ознака відповідає вказаним вище названим критеріям, їй повинна надаватися правова охорона від несанкціонованого використання третіми особами тотожних або схожих ознак. Адже інтереси юридичних осіб полягають у винятковому використанні індивідуалізуючих ознак, які вони використовують в процесі власної діяльності. Наприклад, юридична особа має право вимагати заборони використовувати її індивідуальність, вилучити наклад (рекламних плакатів, листівок), заборонити показ рекламного ролика тощо.

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

Використані джерела:

1. *Стефанчук, Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві(поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) [Текст]: [монографія] / Р. О. Стефанчук / [відп. ред. Я. М. Шевченко]. – Хмельницький: Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2007. – 626 с.*
2. *Разработка логотипа [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://logo.in.ua.*

О. Г. Гуменюк
кандидат психологічних наук, доцент,
доцент кафедри філософії та соціально-гуманітарних наук
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПСИХОЛОГІЧНІ ОСОБЛИВОСТІ КОНФЛІКТІВ У СИСТЕМІ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Фундаментом суспільних взаємин є ставлення людини до речей, майна, власності. Тому не випадково в усій системі економічних взаємин сучасних товаровиробників соціально-психологічні й етичні взаємини набувають домінантного значення.

Певна кількість цивільно-правових норм мають соціально-психологічний характер. Адже заперечування угод, що зроблені під впливом обману, насильства, практично неможливе без урахування психологічних обставин. Проблема провини і відповідальності в цивільному праві, проблема відповідності покарання у скоєному потребують від юридичного працівника наявних психологічних знань, умінь і навичок. Представляючи собою взаємодію людей в умовах цивільно-процесуального регламенту, правосуддя у цивільних справах насичено тим, що вивчає мету, мотиви, почуття, пізнання, рішення. Їх дослідження викликає чималий інтерес, але сутність проблеми в іншому: у тому, щоби поставити знання психологічних явищ на службу цивільному судочинству, виявити психологічні закономірності, що спостерігаються при відправленні правосуддя у цивільних справах, їхнє значення у практиці правосуддя, досягнення цілей, поставлених перед правосуддям, особливості виховного впливу суду.

У будь-якому цивільному процесі правова регламентація обов’язково взаємопов’язана із регуляцією поведінки його учасників. Наміри особи, її інтереси, гідність, воля та інші психологічні поняття наведені у кожному цивільному процесі. Процесуальний статус значною мірою визначає соціально-рольову поведінку громадянина [1, 257].

Найскладнішим і психологізованим для аналізу цивільної справи є судовий процес при протидії сторін, тобто конфліктна ситуація. Причини її виникнення досить різноманітні:

– природне зіткнення матеріальних і духовних інтересів сторін;

– нездатність зрозуміти іншу сторону як наслідок значної втрати інформації у процесі міжособистісного спілкування;

– незбалансована рольова взаємодія;

– егоїстичні орієнтації однієї із сторін, необґрунтоване прагнення бути лідером;

– неврівноваженість характеру, схильність до підбурювання інших, тощо [2, 108].

Цілком очевидним є те, що перераховані причини суттєво впливають на виникнення конфліктних ситуацій. Адже у ході соціальної взаємодії у будь-якої людини існує визначений діапазон очікуваної поведінки партнера, які можуть

бути бажаними, припустимими, небажаними і неприпустимими. Якщо реальна поведінка не вкладається у рамки бажаного або припустимого, виникає конфлікт. Характер поведінки відповідача (або позивача) залежить від особливостей ситуації взаємодії, індивідуально-психологічних особливостей людини, її психічного стану, ставлення до партнера по взаємодії. При неконструктивному конфлікті сторони, як правило, вдаються до використання методів боротьби, що засуджуються з позиції моральності і психології взаємодії. Одна із сторін (а часом і обидві) може застосовувати психотравматичні засоби взаємодії. Досить важливо, щоби суд іноді зупинив імпульсивні, спонтанні й аморальні дії сторін, закликав конфліктуючих до усвідомлення значущості залучених у конфлікт моральних і соціальних цінностей.

Активність поведінки сторін обумовлена здатністю обговорювати зібрані в справі докази, заявляти клопотання і ставити питання, але головним чином – ставленням до вимог протилежної сторони. Відповідно, необхідно мати психологічні знання для того, щоби координувати дії сторін, надавати їм рівні доказові можливості, знизити рівень гостроти і напруги міжособистісної взаємодії. У цивільному судочинстві кожна сторона (як і інші особи причетні до справи) має право висловити своє бачення стосовно достовірності й доказової сили свідчень. Звичайно, це ускладнює роботу суду і потребує від нього організованості, чіткості та відповідальності.

Суд, проявляючи свої владні повноваження, визначає стратегію своєї поведінки стосовно чотирьох типових ситуацій:

– безконфліктна конструктивна взаємодія сторін;

– гостроконфліктна взаємодія сторін;

– уявний конфлікт (виникає через недостатність інформації, внаслідок помилкових узагальнень);

– удаваний конфлікт (імітація конфлікту заради досягнення прихованих цілей) [3, 117].

Підґрунтям запобігання, врегулювання та конструктивного вирішення конфліктів у системі цивільних правовідносин є встановлені Конституцією України засади захисту цивільного права й інтересу. Захист цивільних прав полягає у правомірних діях сторін цивільно-правового конфлікту, а також суспільства та держави щодо порушення, невизнання та оспорювання цивільного права з метою припинення порушення, поновлення чи визнання цивільного права або компенсації завданої шкоди.

Запобіганню конфліктам слугує також дотримання правомірності дій учасників цивільно-правових відносин, що спрямовані на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов’язків, тобто чинності правочинів. У судовій практиці близько 40% цивільних спорів порушуються у справах з визнання правочинів недійсними [4, 68].

Отже, конфлікти у системі цивільних правовідносин – це випадок загострення суперечностей, які відтворюється у зіткненні протилежностей або суттєвих відмінностей інтересів, мети, тенденцій розвитку між суб’єктами цивільного права.

Використані джерела:

1. *Бандурка А.М. Юридическая психология: учебник [для студ. вузов] / Бандурка А.М., Бочарова С.П., Землянская Е.В. – Харьков: «Консум», 2009. – 360 с.*
2. *Бедь В.В. Юридична психологія: навч. посіб. / Віктор Володимирович Бедь. – Львів: «Новий Світ-2000», К.: «Каравела»; 2002. – 376 с.*
3. *Жалинский А.Э. Основы профессиональной деятельности юриста / Александр Эдуардович Жалинский. – Смоленск, 2011. – 234 с.*
4. *Коновалова В.О. Юридична психологія: підручник / В.О. Коновалова, В.Ю. Шепітько. – К.: Знання, 2008. – 340 с.*
5. *Олексик Х.М. Юридична психологія: підручник / Х.М. Олексик, О.М. Максименко. – Ужгород, 2002. – 134 с.*

А. А. Демичев
доктор юридических наук, профессор,
профессор кафедры гражданского права и процесса
Нижегородской академии МВД России,
Нижний Новгород, Российская Федерация

ПРИНЦИПЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Правовое регулирование предпринимательской деятельности базируется на определенных принципах. Под принципами в юриспруденции принято понимать определенные руководящие идеи, лежащие в основе регулирования определенной сферы общественных отношений. Совокупность определенных идей лежит и в основе регулирования предпринимательской деятельности. Таким образом, можно говорить о существовании принципов правового регулирования предпринимательской деятельности.

В отличие от ряда других отраслей российского права предпринимательское право не кодифицировано. Соответственно, отсутствует единый нормативный акт, в котором были бы закреплены все принципы, регулирующие предпринимательскую деятельность. Это вызывает определенные сложности при выделении принципов правового регулирования предпринимательской деятельности, вызывает среди ученых дискуссии об их количестве и названии. Кроме того, так как ни в ГК РФ, ни в других документах нет главы или статьи с названием «Принципы правового регулирования предпринимательской деятельности», то среди ученых возникают споры считать то или иное нормативно закрепленное положение соответствующим принципом или чем-то другим.

В данной ситуации весьма сложно дать исчерпывающий перечень принципов правового регулирования предпринимательской деятельности. Потому далее мы остановимся на характеристики лишь основных принципов. Однако прежде сделаем оговорку. По нашему мнению, **принципами правового**

регулирования предпринимательской деятельности являются только основные положения, закрепленные в Конституции РФ, ГК РФ и иных нормативно-правовых актах и направленные на регулирование отношений в сфере предпринимательства.

Все прочие положения, называемые в юридической литературе принципами правого регулирования предпринимательской деятельности, но прямо не закрепленные в нормативных актах, а лишь выделенные учеными на основе их анализа и толкования, можно назвать доктринальными принципами предпринимательского права. Так как они нормативно не закреплены то, по сути, находятся не в сфере права, а в сфере правосознания. Их перечень является открытым и зависит от позиции отдельных ученых.

Основные принципы правового регулирования предпринимательской деятельности:

1. *Принцип свободы предпринимательской деятельности.* В ч. 1 ст. 8 Конституции РФ гарантируется свобода экономической деятельности, а ч. 1 ст. 34 Конституции РФ гласит: «Каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности».

По мнению В. В. Лаптева, данный принцип является основополагающим принципом предпринимательского права, он означает право гражданина или организации начать и вести предпринимательскую деятельность в любой сфере экономики [1, с. 8]. В. С. Белых обращает внимание на комплексный характер принципа свободы предпринимательской деятельности [2, с. 42], а Г. С. Гаджиев считает, что свобода предпринимательской деятельности включает в себя ряд элементов[3, с. 137]:

— свободу выбирать род деятельности или занятий, свободу быть либо наймодателем-предпринимателем, либо нанимателем (ст. 37 Конституции РФ);

— свободу передвигаться, выбирать место пребывания и жительства – свободу рынка труда (ст. 27 Конституции РФ);

— свободу объединения для совместной экономической деятельности – выбора организационно-правовой формы предпринимательской деятельности и образования в уведомительном порядке различных предпринимательских структур (ст. 34 Конституции РФ);

— свободу иметь имущество в собственности, владеть, пользоваться и распоряжаться им как единолично, так и совместно с другими лицами, свободу владеть, пользоваться и распоряжаться землей и другими природными ресурсами (ст. 34, 35 Конституции РФ);

— свободу договора – заключать гражданско-правовые и иные сделки (ч. 2 ст. 35, ст. 74, ч. 4 ст. 75 Конституции РФ). От себя добавим, что принцип свободы договора более четко закреплен в ст. 1 и 421 ГК РФ;

— свободу от незаконной конкуренции (ч. 2 ст. 34 Конституции РФ). Данный принцип также закреплен в ст. 10 ГК РФ, а «отдельные положения, регулирующие вопросы конкуренции и антимонопольной деятельности, содержатся в законах, посвященных регламентации биржевой, банковской, инвестиционной, инновационной, страховой и иной деятельности» [2, с. 50]. Особо, по нашему мнению, в плане защиты от незаконной конкуренции следует

назвать Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» [4];

— свободу заниматься любой предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельностью в соответствии с принципом «разрешено все, что не запрещено законом» (ч. 1 ст. 34 Конституции РФ).

Следует обратить внимание, что свобода предпринимательской деятельности может быть ограничена в интересах общества в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. На практике в целях достижения указанных выше целей свобода предпринимательской деятельности ограничивается механизмом лицензирования отдельных ее видов [5].

2. *Принцип единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, услуг и финансовых средств* (ч. 1 ст. 8, ст. 74 Конституции РФ). Сущность данного принципа заключается в недопущении на территории России установления таможенных границ, пошлин, сборов и каких-либо иных препятствий для свободного перемещения товаров, услуг и финансовых средств. Ограничения могут вводиться только в соответствии с федеральным законом, если это необходимо для обеспечения безопасности, защиты жизни и здоровья людей, охраны природы и культурных ценностей.

3. *Принцип юридического равенства и неприкосновенности частной, государственной, муниципальной и иных форм собственности* (ч. 2 ст. 8). Сущность данного принципа заключается в том, что в России в равной степени признаются и защищаются все формы собственности.

Наряду с этими принципами в юридической литературе также называются в качестве принципов предпринимательского права получение прибыли как цели предпринимательства; законность в предпринимательской деятельности; сочетание частных и публичных интересов в предпринимательском праве; государственное регулирование предпринимательской деятельности [1, с. 8-17; 2, с. 50-53; 6, с. 13-15; 7, с. 9-20; 8].

Ни один из этих принципов нормативно не закреплен ни в Конституции РФ, ни в других нормативно-правовых актах. Следовательно, эти положения можно считать лишь доктринальными принципами правового регулирования предпринимательской деятельности. При этом предлагаемый В. В. Лаптевым принцип получения прибыли как цели предпринимательской деятельности справедливо критикуется другими учеными [8; 2, с. 53].

Что касается принципа законности, то большинство ученых считают его общеотраслевым, общеправовым принципом. Под законностью в предпринимательской деятельности принято понимать строгое соблюдение регулирующих ее правовых норм. Тем не менее, данный принцип не закреплен в Конституции РФ в качестве самостоятельного ни в одной конкретной статье. Он лишь вытекает из ряда ее положений. Его выделение есть следствие толкования Основного Закона РФ и других нормативных правовых актов, следствие интерпретационной деятельности.

В рамках цивилистического подхода к коммерческому (предпринимательскому) праву, рассматривающего предпринимательское право в качестве подотрасли гражданского права, ученые выделяют иной набор принципов предпринимательского права, считая их принципами частного права, проявляющимися особым образом в сфере предпринимательства [9]. К числу принципов коммерческого (предпринимательского) права они относят:

— принцип дозволительной направленности частноправового регулирования;

— принцип равенства участников регулируемых гражданским законодательством отношений;

— принцип неприкосновенности собственности;

— принцип свободы договора;

— принцип недопустимости произвольного вмешательства в частные дела;

— принцип беспрепятственного осуществления частных прав;

— принцип восстановления нарушенных прав;

— принцип судебной защиты нарушенных прав.

Однако перечисленные положения относятся, в перовую очередь, к гражданскому праву, и не являются, по нашему мнению, ни принципами предпринимательского права, ни принципами правового регулирования предпринимательской деятельности в силу ошибочности восприятия предпринимательского права как подотрасли гражданского права.

Завершая статью, отметим, что мы разделяем позицию, что в настоящее время в Российской Федерации предпринимательское право представляет собой комплексную отрасль права, сочетающую публично-правовые и частноправовые начала. А основными принципами, на которых базируется правовое регулирование предпринимательской деятельности в России, являются принцип свободы предпринимательской деятельности, принцип единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, услуг и финансовых средств и принцип юридического равенства и неприкосновенности частной, государственной, муниципальной и иных форм собственности.

Использованные источники:

1. *Лаптев В. В. Предпринимательское право: понятие и субъекты / В. В. Лаптев. – М. : Юристъ, 1997.*
2. *Белых В. С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России / В. С. Белых. – М. : Проспект, 2010.*
3. *Гаджиев Г. А. Защита основных экономических прав и свобод предпринимателей за рубежом и в Российской Федерации (опыт сравнительного исследования) / Г. А. Гаджиев. – М., 1995.*
4. *Российская газета. – 2006. – 27 июля.*
5. *О лицензировании отдельных видов деятельности : Федеральный закон от 8 августа 2001 г. № 128-ФЗ // СЗ РФ. – 2001. – № 33. – Ст. 3430.*
6. *Ершова И. В. Предпринимательское право / И. В. Ершова. – [3-е изд.]. – М., 2005.*
7. *Предпринимательское (хозяйственное) право : [учебн.] / [Вознесенская Н. Н. и др.] ; под ред. В. В. Лаптева, С. С. Занковского ; Рос. акад. наук, Ин-т государства и права, Академ, правовой ун-т. – М. : Волтерс Клувер, 2006.*

8. *Алексеева Д. Г. Российское предпринимательское право / Д. Г. Алексеева, Л. В. Андреева, В. К. Андреев ; под ред. И. В. Ершова, Г. Д. Отнюкова. – М. : Проспект, 2010 // СПС КонсультантПлюс.*
9. *Коммерческое (предпринимательское) право: [учеб.] : [в 2-х т.]. – [4-е изд., перераб. и доп.] / под ред. В. Ф. Попондопуло. – М. : Проспект, 2009. – Т. 1. // СПС Гарант.*

М. Ю. Димінський
студент магістратури юридичного факультету
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ОСОБЛИВОСТІ УКЛАДЕННЯ СПАДКОВОГО ДОГОВОРУ

Незважаючи на те, що спадковий договір має свої особливості, щодо порядку його укладення все ж застосовуються загальні положення про укладення договорів. Це пов'язано з тим, що незалежно від диференціації договорів за різними критеріями, їх поєднує загальне для будь-якого без винятку договору начало, що будь-який договір становить домовленість сторін.

Процес укладення договору передбачає наявність двох послідовних стадій:

1) пропозиції укласти договір (оферта);

2) прийняття пропозиції укласти договір (акцепт).

Оферта регулюється нормами ст. 641 ЦК України [1], в якій зокрема дається її поняття, вимоги, які до неї пред'являються, визначається, які правові наслідки вона породжує, та як відмежувати оферту від суміжних правових понять.

Прийняття пропозиції укласти договір її адресатом (акцепт) повинно бути, по-перше, повним, тобто воно повинно виражати згоду адресата оферти на все, що в ній вказано, і не містити жодних додаткових умов, інакше таке прийняття пропозиції укласти договір буде вважатися не акцептом, а зустрічною пропозицією укласти договір при умові, що вона буде відповідати всім вимогам, які пред'являються до оферти; а по-друге, безумовним, тобто не може залежати від дій, які повинні вчинити оферент чи акцептант.

Проте, досягнення сторонами згоди з усіх істотних умов договору не є достатнім для його укладення [2, с. 112], оскільки згідно вимог норми ч.1 ст. 638 та ст. 640 ЦК України така згода повинна бути досягнута в належній формі.

Договір завжди є двостороннім правочином, тому при визначенні форми договору сторони повинні керуватися загальними положеннями щодо форми правочинів, крім випадків, коли закон прямо зазначає, в якій формі належить укладати той чи інший договір.

Крім того, при визначенні форми договору сторони можуть, виходячи із принципу свободи договору, на власний розсуд визначити ту форму, в якій вони

бажають закріпити свої договірні відносини [3, с. 33]. Проте свобода договору не може бути абсолютною, тому закон встановлює певні межі свободи укладення договору з тим, щоб вільне волевиявлення учасників договору не порушувало інтересів суспільства.

Власне таке обмеження свободи сторін у виборі форми договору викладене у вигляді застереження в ч. 1 ст. 639 ЦК України і полягає в тому, що сторони не можуть на власний розсуд обрати форму договору, якщо вимоги щодо форми договору встановлені законом.

Норма ст. 1304 ЦК України встановлює, що спадковий договір укладається в письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню. При недотриманні цієї вимоги спадковий договір є нікчемним в силу ч. 1 ст. 220 ЦК України.

Таку законодавчу вимогу щодо форми спадкового договору ми вважаємо цілком закономірною і такою, що повинна пред'являтися до спадкового договору, оскільки на підставі цього договору здійснюється набуття майна у власність і, як свідчить практика, здебільшого, це є нерухоме майно. А договори про передачу нерухомого майна у власність згідно вимог цивільного законодавства підлягають нотаріальному посвідченню (наприклад, ст. ст. 657, 719, 732, 745 ЦК України). Водночас, майно, визначене у спадковому договорі, набувається у власність набувача після смерті відчужувача, а тому лише нотаріальне посвідчення договору може забезпечити реальний перехід майна від відчужувача до набувача: за життя відчужувача на майно нотаріусом накладається заборона відчуження, а після його смерті на примірнику правовстановлюючого документа робиться напис про перехід права власності до набувача у зв'язку зі смертю відчужувача.

Власне, враховуючи наведену законодавчу вимогу про нотаріальне посвідчення спадкового договору, можна говорити про те, що навіть якщо й буде пропозиція укласти спадковий договір з усіма визначеними законом необхідними для неї ознаками та повне і безумовне прийняття цієї пропозиції іншою стороною, то в контексті укладення спадкового договору це не спричинить ніяких правових наслідків: договір все одно не буде укладено, оскільки згода повинна бути досягнута ще й в належній формі. Тому, незважаючи на досягнення згоди щодо всіх істотних умов, повинно відбутися нотаріальне посвідчення спадкового договору.

Однак згідно ч. 2 ст. 220 ЦК України якщо сторони домовилися щодо усіх істотних умов договору, що підтверджується письмовими доказами, і відбулося повне або часткове виконання договору, але одна із сторін ухилилася від його нотаріального посвідчення, суд може визнати такий договір дійсним. У цьому разі наступне нотаріальне посвідчення договору не вимагається. На даний час вже є випадки застосовування судами даної норми при вирішенні спорів, пов'язаних із визнанням спадкового договору дійсним.

При посвідченні спадкового договору присутність відчужувача, на наш погляд, не є обов'язковою. Однак в літературі висловлюється позиція, що спадковий договір вважається таким, що не може посвідчуватися через представника, а особа повинна виявляти свою волю нотаріусу безпосередньо, зсилаючись при цьому на положення ч. 2 ст. 238 ЦК України [4, с. 15]. Однак ми

не підтримуємо цієї позиції авторів, обґрунтовуючи свою позицію наступними аргументами.

Оскільки спадковий договір, передбачений Гл. 90 ЦК України, не є підставою спадкування, а отже відчужувач шляхом укладення цього договору не розпоряджається на випадок смерті, хоча й момент переходу майна у власність набувача й визначається моментом смерті відчужувача та й сам договір іменується «спадковим», то до відчужувача не повинні застосовуватися вимоги, які пред'являються до особи, яка вчиняє особисте розпорядження на випадок смерті. Таким чином, до відчужувача у спадковому договорі не застосовуються вимоги ст. 1234 ЦК України, а саме те, що відчужувач може укласти спадковий договір лише особисто. А тому при укладенні спадкового договору відчужувач може діяти через представника. Такої ж позиції притримується Р.А. Майданик, який зазначає, що спадковий договір може бути укладений відчужувачем особисто або через представника [5, с. 93].

Особиста присутність другої сторони спадкового договору – набувача також не вимагається, оскільки й на його стороні, на нашу думку, допускається представництво.

При посвідченні спадкового договору нотаріус, перш за все, повинен встановити особу відчужувача та набувача або їх представників, які особисто звернулися за посвідченням спадкового договору, на підставі документів, передбачених п. 13 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України [6].

При посвідченні спадкового договору нотаріус повинен з'ясувати обсяг цивільної дієздатності осіб, які беруть участь в укладенні договору, а якщо якась зі сторін або обидві сторони діють через представника, то нотаріус повинен перевірити й повноваження представника.

Якщо відчужувачем виступає один з подружжя і спадковий договір укладається з приводу майна, що належить подружжю на праві спільної сумісної власності, нотаріус повинен перевірити наявність письмової згоди другого з подружжя, оскільки згідно ч. 3 ст. 65 СК України [7] для укладення одним з подружжя договорів, які потребують нотаріального посвідчення, згода другого з подружжя має бути подана письмово. Те саме стосується і випадків, коли набувачем у спадковому договорі виступає один із подружжя і передбачені спадковим договором дії будуть виконуватися набувачем за рахунок майна, що належить подружжю на праві спільної сумісної власності.

На майно, яке є предметом спадкового договору, нотаріус накладає заборону відчуження у встановленому порядку (згідно Положення про Єдиний реєстр заборон відчуження об'єктів нерухомого майна [8] та Інструкції про порядок заповнення заяв та ведення Єдиного реєстру заборон відчуження об'єктів нерухомого майна [9]), про що робиться напис на всіх примірниках договору.

Отже, можна зробити висновок, що спадковий договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. Враховуючи законодавчу вимогу про нотаріальне посвідчення спадкового договору, наявність пропозиції укласти спадковий договір з усіма визначеними законом необхідними для неї ознаками та повне і безумовне прийняття цієї

пропозиції іншою стороною, що свідчить про досягнення сторонами згоди з усіх істотних умов договору, не має наслідком укладення договору. Спадковий договір не буде укладеним, поки не відбудеться його нотаріальне посвідчення.

***Використані джерела*:**

1. *Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // ВВР. – 2003. – № 40-44. – Ст. 356.*
2. *Мазуренко С. Особливості укладення спадкового договору // Право України. – 2004. – № 2. – С. 111-114.*
3. *Цікало В.І. Свобода договору та її межі за новим Цивільним кодексом України // НОТАР-XXI – 2003. – № 2. – С. 33-36.*
4. *Фурса С.Я. Суб'єкти спадкового договору, їх права та обов'язки // Юриспруденція: теорія і практика. – 2006. – № 1. – С. 15-30.*
5. *Майданик Р.А. Спадковий договір у цивільному праві України // Університетські наукові записки. Часопис Хмельницького університету управління та права. – 2007. – № 2 (22). – С. 90-105.*
6. *Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затверджена наказом Міністерства юстиції України від 3 березня 2004 року № 20/5 з наступними змінами і доповненнями //ОВУ. – 2004. – № 10. – Ст. 639.*
7. *Сімейний кодекс України // ВВР. – 2002. – № 21-22. – Ст. 135.*
8. *Положення про Єдиний реєстр заборон відчуження об'єктів нерухомого майна, затверджене наказом Міністерства юстиції України від 9 червня 1995 року № 31/5 (у редакції наказу Міністерства юстиції України від 18 серпня 2004 року № 85/5) // ОВУ – 1999. – № 24. – Ст. 203.*
9. *Інструкція про порядок заповнення заяв та ведення Єдиного реєстру заборон відчуження об'єктів нерухомого майна, затверджена наказом Міністерства юстиції України від 18 серпня 2004 року № 85/5 // ОВУ. – 2004. – № 33. – Ст. 2230.*

А. О. Дідик

студентка юридичного факультету
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ РЕПРОДУКТИВНИХ ПРАВ ОСОБИ

Немає нічого ціннішого, ніж життя. Першим криком дитина дякує матері за дозвіл народитися. Жоден з нас не давав згоди батькам на своє народження. Але чи хто заперечував? На жаль, реалізація нашого права на життя цілком залежала від безлічі факторів, безпосередньо пов'язаних з планами інших людей, нехай навіть найрідніших…

Питання щодо надання можливості кожній жінці зробити аборт є настільки важливим, що іноді, відповідно до вирішення його державою, оцінюють ступінь демократичності суспільства. Як зазначає Б. Тобес: «… проблема абортів у правозахисному контексті дуже суперечлива. З одного

боку, виникає питання, у якій мірі ненароджена дитина має право на життя. З іншого – необхідно зрозуміти, чи має право мати сама розпоряджатися своїм тілом і чи має вона внаслідок цього право на фізичну недоторканість та на особисте життя. Унаслідок такої невизначеності дуже важко урівноважити права ненародженої дитини і матері, зробити вибір між ними...»[7,12].

Однією з найважливіших проблем, яка потребує свого вирішення у сфері здійснення права на проведення аборту, пов'язана з юридичним значенням ***згоди або незгоди чоловіка дружини на проведення аборту,*** а також ***вирішення проблеми аборту у випадках імплантації зародка.***

Міжнародно-правові акти у сімейно-правовій сфері акцентують свою увагу на спільній відповідальності чоловіка і жінки за свою репродуктивну поведінку. Конвенція про ліквідацію всіх форм дискримінації стосовно жінок від 18 грудня 1979 року визначає, що жінки мають однакові права вільно і відповідально вирішувати питання про кількість дітей, щодо проміжків між їх народженням та повинні мати доступ до інформації, освіти, а також до засобів, які дають змогу здійснювати їм це право (ст.16 Конвенції). У цьому міжнародно-правовому акті також зазначено обов'язок держав-учасниць забезпечити на основі рівності чоловіків та жінок доступ до медичного обслуговування, зокрема до тих питань, що стосуються планування розміру сім'ї (ст.12 Конвенції). Крім того, вказано на необхідність вживати всіх заходів щодо правильного сімейного виховання, розуміння материнства як соціальної функції і визнання спільної відповідальності чоловіка і жінки за виховання і розвиток своїх дітей, притому пам'ятати, що в усіх випадках інтереси дітей є панівними (ст.5 Конвенції).[2,18]

На ці права всіх подружніх пар зазначено у Програмі дій Міжнародної конференції з народонаселення та у Платформі дій VI Всесвітньої конференції з питань становища жінок (зокрема, право про спільне вирішення питань відтворення нащадків без будь-якої дискримінації, примусу і насильства). Очевидно і цілком зрозуміло, що нині необхідно говорити не лише про «відповідальне материнство», але й про «відповідальне батьківство». Статистика кількості абортів, ініційованих з боку чоловіків, не ведеться, проте практика свідчить, що вони не в останню чергу виступають тим соціальним чинником, що спонукає жінок до проведення операції штучного переривання вагітності. А проте визначене у ст.50 СК України право на батьківство передбачає право батька зачатої дитини брати участь у вирішенні питання щодо необхідності проведення аборту. Підтвердження такого тлумачення цієї правової норми знаходимо і в інших статтях Сімейного кодексу України. Зокрема, в ч.2 ст.50 СК України йдеться про те, що відмова дружини від народження дитини (а ми тлумачимо це питання з включенням туди і прийняття жінкою рішення про проведення штучного переривання вагітності) може бути причиною розірвання шлюбу. Крім того, у ч.2 ст.54 зазначено: «Усі найважливіші питання життя сім'ї мають вирішуватись подружжям спільно, на засадах рівності. Дружина, чоловік мають право чинити опір усуненню їх від вирішення питань життя сім'ї».

Не викликає сумнівів те, що питання, пов'язане з операцією з приводу аборту, є одним із найважливіших питань життя і формування сім'ї. У ч.3 ст.55 СК України закріплено таке положення: «Дружина та чоловік відповідальні один перед одним, перед іншими членами сім'ї за свою поведінку в ній». Зрозуміло,

що думку чоловіка можна і треба брати до уваги у випадках виникнення у жінки бажання провести штучне переривання вагітності за соціальними показниками. У випадку встановлення необхідності проведення такої операції за медичними показниками вона повинна відбуватись без урахування думки батька дитини. Але і за таких умов треба обов'язково інформувати його про прийняте дружиною рішення. У цьому випадку необхідність забезпечення здоров'я жінки або захисту її життя є переважаючою причиною проведення аборту стосовно права чоловіка. Конкуренція інтересів жінки і чоловіка та жінки і ембріона (плоду) складається на користь жінки.

Чоловік не має можливості (права) заборонити проведення дружиною операції штучного переривання вагітності за соціальними показниками[7,10]. Проте, якщо всупереч позиції чоловіка жінка проводить цю операцію, то у чоловіка виникає право на відшкодування завданої моральної шкоди з боку жінки. Враховуючи наведені вище положення сімейного законодавства, зазначене право на відшкодування моральної шкоди не вступає у суперечність за правами жінки на особисту свободу, а також іншими правами, що становлять гендерну рівновагу подружжя.

У контексті досліджуваного питання потребує свого вирішення і проблема свободи у прийнятті рішення про проведення аборту з боку жінки, що бере участь у правовідносинах з приводу штучної імплантації зародка.

Відповідно до ч.2 ст.123 СК України у разі імплантації в організм іншої жінки зародка, зачатого подружжям, батьками дитини є подружжя. Це положення обмежує свободу у власній поведінці жінки, що виношує таку дитину, на проведення операції штучного переривання вагітності. Проте ця жінка не позбавлена права на аборт. Таке втручання може бути проведене у випадках виникнення загрози для здоров'я чи життя цієї жінки і в жодному разі ні за якої іншої умови. Якщо батьки вирішили відмовитися від народження вже зачатої дитини, то право вибору народжувати дитину чи ні залишається за вагітною жінкою. При цьому відмова від народження дитини з боку їх біологічно-генетичних батьків і згода жінки продовжити вагітність веде до появи на світ дитини, що, за правилами законодавства, походить від біологічно-генетичних батьків (відповідно до ч.3 ст.155 СК України відмова батьків від дитини є неправозгідною). У цьому разі жінка, що виростила та народила таку дитину, повинна мати переважне право її усиновити.

Уже зазначалось, що цей різновид репродуктивної діяльності може мати платний характер. А тому, якщо жінка, якій імплантовано зародок, відмовляється від його виношування і проводить аборт, вона втрачає право на отримання грошового відшкодування. Якщо ж жінка виносила і народила дитину всупереч зміненому бажанню її біологічно-генетичних батьків, то вона не позбавляється права на грошове відшкодування. У тому випадку, коли аборт було проведено за умови необхідності збереження життя або здоров'я жінки, вона повинна отримувати частину відшкодування відповідно до умов договору.

Використані джерела:

1. *Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. // Офіційний вісник України. – 2002. – № 10.*

2. *Конвенція про ліквідацію всіх форм дискримінації стосовно жінок від 18.12.1979 р., ратифікована Указом Президії Верховної Ради Української РСР від 24.12.1980 р. (набрала чинності з 03.09.1981 р.) // Действующее международное право. В 3-х томах. Составители Ю.М.Колосов и Э.С. Кривчикова. – М., 1997.*
3. *Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України від 19.11.1992 № 2801-XII // Офіційний вісник України від 15.12.1992 р. – 1992 р., № 45;*
4. *Про Концепцію державної сімейної політики: Верховна Рада України; Постанова від 17.09.1999 № 1063-XIV // Офіційний вісник України від 15.10.1999 р. – 1999 р., № 39;*
5. *Про затвердження Концепції безпечного материнства: Кабінет Міністрів України; Розпорядження від 29.03.2002. р. № 161-р // Офіційний вісник України від 19.04.2002. р. – 2002 р., № 14;*
6. *Про затвердження Державної програми «Репродуктивне здоров'я нації» на період до 2015 року: Кабінет Міністрів України; Постанова від 27.12.2006 р. № 1849 // Офіційний вісник України від 19.01.2007 р. – 2007 р., № 1;*
7. *Гурська Т. Деякі аспекти права людини, зокрема жінок, на охорону здоров'я // Підприємництво, господарство і право. – 2002. – №5. – С. 9-12*

А. М. Долінська
студентка Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПРАВОВІ АСПЕКТИ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПРОЯВИ НЕГІДНОЇ ПОВЕДІНКИ У СІМЕЙНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Стаття 7 СК України зазначає, що сімейні відносини регулюються на засадах справедливості, добросовісності та розумності, відповідно до моральних засад суспільства. Сучасний ЦК України у ст. 13 проголошує, що при здійсненні цивільних прав особа повинна додержуватися моральних засад суспільства. Відповідно до ст. 75 СК України один з подружжя не має права на аліменти у випадку «негідної поведінки в шлюбних відносинах того з подружжя, хто потребує матеріальної допомоги».

Нажаль, але визначення негідної поведінки не міститься у сучасному сімейному законодавстві. Критерії негідності поведінки подружжя сьогодні можна оцінити лише з позицій моральності, але факти, які доводять непривабливість вчинків когось із подружжя в шлюбі, має доводити в суді подружжя-позивач. Негідна поведінка у шлюбі та сімейному житті в цілому може проявлятися у різних формах: ігноруванні сімейних обов'язків; перебуванні працездатної особи на утриманні без достатніх на те причин; зловживанні спиртними напоями або наркотичними засобами; насильницьких діях (примус, побиття), особливо, щодо дітей; навмисних діях одного з подружжя, що перешкоджають іншому здійснювати своє право на духовний та фізичний розвиток, на здобуття освіти, прояв своїх здібностей, на створення

умов для праці та відпочинку. До інших фактів правники можливо віднести марнотратство, зловживання спиртними напоями чи наркотичними речовинами, подружню зраду. Тобто все те, що не відповідає моральним засадам суспільства. Одним із проявів негідної поведінки можна вважати і подружню зраду. Не можна погодитися з думкою, що подружня зрада, як правило, не суперечить загальновизнаним моральним нормам і що до такої особи не повинні застосовуватися будь-які покарання чи обмеження в сімейних правах.

Звичайно, в основі самих зрад найчастіше лежить порушення духовної та сексуальної гармонії. Іноді тут виявляється нерозуміння того, що кожному віку притаманний певний тип відносин між статями, що кохання як пристрасть з роками проходить, змінюючись на глибоку прихильність іншого роду. Заради збереження духовності та моральності сімейних відносин,нам потрібен законодавчий акт, який би чітко визначав міри відповідальності за негідну поведінку. Світовий досвід доводить, що матеріальними наслідками негідної поведінки у шлюбі можуть виступати і «штрафні» санкції у грошовому вимірі на користь ошуканої половини подружжя. Найкращим засобом закріплення, як нам видається, виступає шлюбний договір.

Світовий досвід доводить, що матеріальними наслідками негідної поведінки у шлюбі можуть виступати і «штрафні» санкції у грошовому вимірі на користь ошуканої половини подружжя. Так спеціальна комісія парламенту американського округу Колумбія розглядає законопроект, відповідно до якого обвинувачені в подружній зраді будуть змушені платити своїй половині штраф за подружню зраду, – приблизно 4 000 доларів США. Зазначена ініціатива виходить з того, що шлюб є своєрідним «контрактом», а подружня зрада – «порушенням контрактних зобов’язань». Якщо закон набуде чинності, штраф буде накладатися тільки після того, як факт зради буде підтверджений чиновниками із сімейного комісаріату. Закон, подібний тому, що хочуть увести в Колумбії, уже існує в законодавстві штату Міссісіпі. Там подружня зрада, а також проживання з людиною, що не є чоловіком, карається штрафом в 500 доларів і/або 6 місяцями ув’язнення.

Багато суперечок виникає сьогодні і з приводу розширення предмета шлюбного договору, особливо щодо можливостей введення до шлюбного контракту умов про моральні зобов’язання, під якими можна розуміти обов’язки чесності у поведінці в сім’ї, взаємної вірності, недопущення подружньої зради тощо. Нажаль законодавство абсолютно не передбачає прикладів відповідальності подружжя між собою у відносинах пов’язаних з негідною поведінкою щодо дітей.

На мою думку, договірна відповідальність не повинна набувати статусу обов’язкової процедури при укладанні шлюбу.

Але така можливість, безумовно, повинна надаватись усім. Вважаю за потрібне наголосити на тому, що закон не повинен бути інструментом для свавілля. Також: слід враховувати те, що закон може стати механізмом для маніпуляцій різного роду. Існує проблема засвідчення факту негідної поведінки, яка може легко вирішитись через інструмент діяльності приватних детективів. Загалом, ухвалення закону буде сприяти удосконаленню поглядів суспільства на справжні сімейні стосунки.

О. О. Доценко
викладач кафедри правознавства
Хмельницький інститут соціальних технологій
Відкритий міжнародний університет розвитку людини «Україна»,
Хмельницький, Україна

ФОРМА ДОГОВОРУ У СФЕРІ ШОУ-БІЗНЕСУ

Правове регулювання форми договорів виражається у встановленні вимог до самої форми, а також наслідків її порушення. Мета відповідних вимог полягає в тому, що всі вони дозволяють зробити відносини сторін більш визначеними, зняти підстави для суперечок в майбутньому з приводу самого факту укладання угоди і її змісту.

Цивільне законодавство і практика укладення правочинів допускають різноманітні форми останніх – від найпростіших до ускладнених спеціальними процедурами, державною реєстрацією тощо. Цивільний кодекс України надав перевагу традиційному поділу форми договорів (угод). Відповідно в ньому виділяються договори усні і письмові, а в межах письмових – вчинені в простій письмовій або в нотаріальній формі.

Загальна норма, закріплена в ст. 639 Цивільного кодексу України, встановила, що договір може бути укладений у будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом. Таким чином, вимога до форми означає лише неприпустимість вибору простішої форми порівняно з передбаченою законом. У той же час використання більш складної форми залежить від розсуду сторін. Свобода вибору форми угоди (договору) тим самим становить правило, а передбачена форма – законний виняток.

ЦК України виділяє можливість усного вчинення двох видів договорів. Перш за все мова йде про договори, які виконуються сторонами у момент їх вчинення. Проте вказана стаття не тільки дозволяє вчинення таких договорів усно, а й, як випливає з неї, передбачає лише три винятки із зазначеного правила. Виконуваний при самому його укладенні договір не може бути здійснений усно, насамперед у випадках, коли для нього введена обов’язкова нотаріальна форма та (або) державна реєстрація або ж передбачено, що недотримання письмової форми правочину тягне за собою його недійсність.

Розглядаючи непойменовані договори у сфері шоу-бізнесу важко припустити усний порядок укладення такого договору. Окрім того, ч. 1 ст. 208 ЦК України передбачає, що у письмовій формі належить вчиняти:

а) між юридичними особами;

б) між фізичною та юридичною особою (крім випадків, коли момент учинення правочину збігається з виконанням);

в) фізичних осіб між собою, на суму, що перевищує у 20 і більше разів розмір неоподатковуваного мінімуму доходів громадян (крім випадків, коли момент учинення правочину збігається з виконанням);

г) інші правочини, для яких письмова форма передбачена законом. Право на вибір форми договору (правочину), якщо інше не встановлено законом, є елементом свободи договорів, що передбачається ч. 1 ст. 205 ЦК. Так, правочин

вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо його зміст зафіксований в одному або кількох документах, у листах, телеграмах, якими обмінялися сторони, а також якщо воля сторін виражена за допомогою телетайпного, електронного або іншого технічного засобу зв'язку [1, 139]

Зважаючи, на те що договори у сфері шоу-бізнесу в більшості випадків перевищують двадцять неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, і не можуть вчинятись у момент укладення договору, можна зробити висновок про обов'язок сторін, укладати такий договір у письмовій формі.

Письмовий договір укладається шляхом складання відповідного належним чином підписаного документа.

Статтею 209 ЦК України, передбачена можливість нотаріального посвідчення договорів.

За звичай, необхідність дотримання нотаріальної форми законом, передбачається для вчинення правочину щодо майна, яке має значну цінність(договори про відчуження жилого будинку, іншої нерухомості; договори про заставу нерухомого майна, транспортних засобів, космічних об'єктів (ст. 577 ЦК);спадковий договір (ст.1304 ЦК)та інші). Проте, як зазначалось, за згодою суб'єктів, які вчиняють правочин, нотаріальному посвідченню підлягає будь-який правочин, навіть той, для якого ця вимога не є обов'язковою. Використання такої можливості у сфері шоу-бізнесу є доцільною, оскільки перевірка змісту правочину нотаріусом слугує гарантією того, що цей правочин укладений відповідно до вимог закону.

Досить часто виникають обставини, за якими стороною у договорі шоу-бізнесу є іноземний виконавець, артист і т.д. Законом України «Про зовнішньоекономічну діяльність» [4] встановлена обов'язкова проста письмова форма договору (якщо інше не передбачено міжнародним договором України чи законом). При цьому ст. 31 Закону України «Про міжнародне приватне право» [5] містить більш конкретизовані вимоги відносно форми зовнішньоекономічного договору. Так, якщо сторони при укладення договору у сфері шоу-бізнесу знаходяться в різних державах, – форма договору залежить від права місця проживання сторони, яка зробила пропозицію, якщо інше не встановлено договором.

У випадках, прямо зазначених у законі, або за погодженням сторін, недотримання простої письмової форми має наслідком недійсність правочину (ст.218 ЦК). Згідно ЦК України, договір вважається укладеним тільки після надання йому відповідної форми. Інакше кажучи, при недотриманні форми незалежно від того, чи передбачена вона законом чи самими сторонами, договір визнається неукладеним.

В зв'язку з цим, вважаємо за доречне закріпити обов'язок укладення договорів у сфері шоу-бізнесу у обов'язковій письмовій формі на законодавчому рівні.

Використані джерела

1. *Мілаш В. Істотні умови договору і диспозитивність їх правового регулювання / В.Мілаш. – К., 2004. – 78 с. – (Підприємництво, господарство і право №7).*
2. *Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16 квітня 1991 р. № 959-XII/ Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 29. – Ст. 377.*

3. *Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 року № 2709 –IV // Відомості Верховної Ради України. –2004. – № 32. – Ст. 422.*

М. А. Дрегваль
студентка магістратури економіко-правового факультету
Донецького національного університету,
Донецьк, Україна

ДО ПИТАННЯ ВІДШКОДУВАННЯ СПОЖИВАЧАМ МОРАЛЬНОЇ ШКОДИ

Одним зі способів судового захисту прав споживачів є відшкодування моральної (немайнової) шкоди, проте існують окремі проблеми щодо підстав стягнення моральної шкоди, завданої споживачам.

Під *моральною шкодою* слід розуміти втрати немайнового характеру, яких споживач зазнав унаслідок моральних чи фізичних страждань або інших негативних явищ, що настали через незаконні винні дії продавця, виготовлювача, виконавця або через їх бездіяльність. Розмір відшкодування моральної шкоди встановлюється судом і визначення його не залежить від наявності матеріальної шкоди, вартості товару (робіт, послуг), суми неустойки, а має ґрунтуватися на характері й обсязі моральних і фізичних страждань, заподіяних споживачеві у кожному конкретному випадку [1].

Відповідно до п. 2 ст. 22 Закону України «Про захист прав споживачів» [2] при задоволенні вимог споживача суд одночасно вирішує питання щодо компенсування моральної шкоди. Отже, ця норма стосується випадків відшкодування споживачам моральної шкоди у разі одночасного порушення їх майнових прав і пред’явлення майнових позовних вимог.

Дана норма статті є досить невдалою, тому що відмова судом у стягненні майнових збитків сама по собі не може бути перешкодою у задоволенні позову про компенсацію моральної шкоди.

У цьому випадку правильною слід визнати правову позицію, коли у разі доведення вимог про відшкодування моральної шкоди позов про це підлягає задоволенню незалежно від того, чи завдані й відшкодовані майнові збитки.

Відповідно до ст. 23 Цивільного Кодексу України [3], особа має право на відшкодування моральної шкоди, завданої внаслідок порушення її прав.

Згідно з п.5 ч.1 ст. 4 Закону України «Про захист прав споживачів» споживачі під час придбання, замовлення або використання продукції, яка реалізується на території України, для задоволення своїх особистих потреб мають право на відшкодування майнової та моральної шкоди, завданої внаслідок недоліків продукції (дефекту в продукції), відповідно до закону.

З одного боку, норма п. 5 ч. 1 ст. 4 Закону України «Про захист прав споживачів» є новелою, оскільки до набрання нею чинності зазначений Закон допускав відшкодування моральної шкоди лише у випадку, коли продукція створювала загрозу для життя, здоров’я споживача. З іншого боку, Закон

України «Про захист прав споживачів» значно звужує можливість відшкодування моральної шкоди, обмежуючи її наявністю дефектів в продукції. При цьому саме поняття дефекту зазначений Закон не містить, що, наприклад, викликає питання щодо можливості дефектності послуг (наприклад, банківських, страхових тощо), які також є продукцією за цим Законом. Також постає питання щодо доцільності використання терміну «дефект» одночасно з передбаченим у цьому Законі терміном «недолік», а також щодо їх співвідношення.

Хоча за своєю природою норми Закону є спеціальними і повинні застосовуватись першочергово, проте у чинному Законі України «Про захист прав споживачів» надто поверхнево врегульоване питання відшкодування моральної шкоди, а особливо питання про підстави та умови відшкодування.

Частково цю проблему вирішують ст. 23 ЦК України. Крім того, відповідно до положень ст. 1209 ЦК України щодо підстав відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг): продавець, виготовлювач товару, виконавець робіт (послуг) зобов'язаний незалежно від їхньої вини відшкодувати шкоду, завдану особі внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг), а також недостовірної або недостатньої інформації про них. В даному випадку можна припустити, що під шкодою законодавець розумів як майнову, так і немайнову (моральну) шкоду.

Відповідно до правової позиції Верховного Суду України щодо даного питання, висловленої у рішенні 1995 р. [4], обов'язковому з'ясуванню при вирішенні спору про відшкодування моральної (немайнової) шкоди підлягають: наявність такої шкоди, протиправність діяння її заподіювача, наявність причинного зв'язку між шкодою і протиправним діянням заподіювача та вини останнього в її заподіянні. Суд, зокрема, повинен з'ясувати, чим підтверджується факт заподіяння позивачеві моральних чи фізичних страждань або втрат немайнового характеру, за яких обставин чи якими діями (бездіяльністю) вони заподіяні, в якій грошовій сумі чи в якій матеріальній формі позивач оцінює заподіяну йому шкоду та з чого він при цьому виходить, а також інші обставини, що мають значення для вирішення спору.

Отже, для вирішення даної проблеми підстав відшкодування моральної шкоди, завданої споживачу, необхідно доповнити Закон України «Про захист прав споживачів» окремою нормою щодо відшкодування моральної шкоди, яка б містила положення щодо підстави та умов відшкодування моральної шкоди. У статті 1 цього Закону доцільно визначити поняття терміну «дефект в продукції». З метою посилення захисту прав споживачів доцільно з п.5 ч.1 ст. 4 Закон України «Про захист прав споживачів» виключити словосполучення «дефекту в продукції».

Використані джерела:

1. *Про практику розгляду цивільних справ за позовами про захист прав споживачів: постанова Пленуму Верховного Суду України від 12.04.1996 р. № 5 зі змінами, внесеними постановою Пленуму від 25.05.1998 р. № 15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/cgibin/laws/main.cgi?nreg=v000570096&fpage=1&text=%EC%EE%F0%E0%EB%FC%ED&x=0&y=0.*

2. *Про захист прав споживачів: Закон України від 12.05.1991 р. № 1023-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 30. – Ст. 379*
3. *Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 365.*
4. *Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди:постанова Пленуму Верховного Суду України від 31.03.1995 р. № 4 зі змінами, внесеними постановою Пленуму від 27.02.2009 р. № 1 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgibin/laws/main.cgi? nreg=v00047 0095&fpage=1&text=%EF%B3%E4%F1%F2%E0%E2&x=0&y=0.*

Ю. Є. Добряк
магістрант Національного університету біоресурсів і природокористування України, Київ, Україна

НОРМИ ВІТЧИЗНЯНОГО ТА МІЖНАРОДНОГО ІНВЕСТИЦІЙНОГО ПРАВА У СФЕРІ РЕГУЛЮВАННЯ ІНОЗЕМНОГО ІНВЕСТУВАННЯ

Нині Україна переживає складний період економічної, політичної та соціальної нестабільності, у зв’язку з цим, більш ніж актуальним постає питання залучення іноземних інвестицій в економіку України

Практично всі сучасні країни світу є учасниками інвестиційної співпраці. В світі розуміють, що забезпечення сталого економічного розвитку країн неможливе без ефективної участі у світогосподарських процесах, у тому числі без активного використання переваг від залучення прямих іноземних інвестицій.

Проблеми імплементації положень міжнародного права у національне законодавство, у тому числі у сфері іноземного інвестування, є об’єктами досліджень багатьох учених, таких як І. Фархутдинов, П. Мозіас, І. Лукашук, О. Богатирьов та ін., однак на цей час ще недостатньо вивчено наскільки можливе повне запозичення норм міжнародного інвестиційного права при формуванні національної нормативної бази та які наслідки це матиме для соціально-економічного стану країни.

Національне законодавство України у сфері регулювання відносин, що виникають у процесі іноземного інвестування, має базуватися на принципах міжнародного інвестиційного права [4, 55]. Щодо залучення іноземних інвесторів в економіку держави, насамперед необхідно забезпечити стабільність українського законодавства і на законодавчому рівні гарантувати інвесторам реальні, а не декларативні можливості захистити свої права та інтереси [2, 33].

Господарський кодекс України (далі ГК) передбачає державні гарантії захисту суб’єктів інвестиційної діяльності. Їх можна поділити на дві групи:

- стаття 20 ГК України містить загальні гарантії захисту прав, які можуть застосуватися відносно всіх суб’єктів господарювання.

- передбачає гарантії захисту прав безпосередньо суб'єктів інвестиційної діяльності:

застосування державних гарантій захисту іноземних інвестицій при зміні законодавства про іноземні інвестиції (п.2, ст. 397 ГК України); гарантії щодо примусового вилучення, а також від незаконних дій органів влади і їх посадових осіб (п. 4 ст. 397 ГК України); компенсація і відшкодування збитків іноземним інвесторам (п. 5 ст. 397 ГК України); гарантії переказу прибутків і використання доходів від іноземних інвестицій (ст. 398 ГК України); гарантії при припиненні інвестиційної діяльності (ст. 399 ГК України).

Також державні гарантії для суб'єктів інвестиційної діяльності передбачені й іншими законодавчими актами: Законом України «Про інвестиційну діяльність» від 18 вересня 1991 року, Законом України «Про режим іноземного інвестування» від 19 березня 1996 року. Проте ці законодавчі акти встановлюють обмеження щодо застосування державних гарантій. У статті 19 Закону України «Про інвестиційну діяльність» вказується, що державні гарантії захисту інвестицій – це система правових норм, які спрямовані на захист інвестицій і не стосуються питань фінансово-господарської діяльності учасників інвестиційної діяльності і сплати ними податків, зборів. Але саме зобов'язання держави в наданні фінансових пільг (податкових, митних) є найпривабливішим стимулом для інвесторів при виборі країни для вкладення інвестиційних коштів і основою для розрахунку подальшої економічної діяльності суб'єкта господарювання.[2, 34].

Що стосується міжнародного інвестиційного права, принципи та норми якого закріплюються не договірними джерелами (такими, як загальні принципи міжнародного інвестиційного права) або виходять з конвенційних джерел (як багатосторонніх, так і двосторонніх договорів та угод). Принципи та норми національного права, у свою чергу, розробляються безпосередньо державою – реципієнтом капіталу, законодавча база відображає напрямки політики держави відносно іноземних інвестицій.

Верховенство міжнародного права над внутрішнім у законодавстві України закріплено статтею 9 Конституції України, я якій говориться, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України; у свою чергу згідно із Законом України «Про міжнародні договори України» від 29. 06. 2004 р. № 1906-IV, якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлені інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору.

Доктрина міжнародного права відповідно до юридичної природи, поділяє норми на імперативні, диспозитивні, рекомендаційні; виділяють також норми звернення, декларативні, факультативні тощо. Резолюції міжнародних організацій також новим механізмом створення норм міжнародного інвестиційного права, джерелом міжнародно-правового регулювання міжнародних інвестиційних відносин. До таких відносяться, Додаток до законодавчого акта ЮНКТАД-1 «Про заохочення притоку приватних іноземних інвестицій до країн, що розвиваються». Зразком створення декларативних норм є

Резолюція ООН «Про невід'ємний суверенітет над природними ресурсами» від 14.12.1962 р. №1803.[1, 476].

Саме сукупність норм і формує інститут гарантій у міжнародному інвестиційному праві. Функціональна спрямованість правових норм, що регламентують іноземну інвестиційну діяльність, об'єктивна, властива як міжнародно-правовому, так і внутрішньому правовому регулюванню міжнародного інвестиційного співробітництва.

Розвиток та універсалізація міжнародних інвестиційних відносин вимагає посилення діяльності з міжнародно-правової та внутрішньодержавної уніфікації правових норм у різних сферах міжнародного та національного права. Так, норми та правила, що встановлюють порядок страхування іноземних інвестицій, мають принципове значення у системі забезпечення ефективності іноземної інвестиційної діяльності. Міжнародне інвестиційне право поділяє ризики, з якими можуть зіштовхнутися іноземні інвестори, на комерційні і некомерційні.

Законодавство України формально закріплює основні принципи та норми міжнародного інвестиційного права у внутрішній нормативно-правовій базі, що має забезпечувати приплив іноземного капіталу у відповідних обсягах. Однак, обсяг інвестицій що залучаються є недостатнім для задоволення основних потреб соціально-економічного розвитку країни. Тому слід змінити напрямки інвестиційної політики, можливо сконцентруватись на окремих галузях економіки.

Використані джерела:

1. *Аграрне право України: підручник / В. М. Єрмоленко, О.В. Гафурова, М.Ф. Гребенюк [та ін.]; за заг. ред. В.М. Єрмоленка. – К.: Юрінком Інтер.*
2. *Зельдіна О. Правові питання залучення інвестицій до України // Право України. – 2010. – №8. – С.33-38.*
3. *Інвестиційна діяльність в Україні: нормат. документи Роїна О.М. – К.: КНТ, 2007. – 192с.*
4. *Тумакова М. Принципи та норми міжнародного інвестиційного права як основа законодавства України у сфері регулювання іноземного інвестування // Міжнародне приватне право. – 2009. – №8. – С.55-58.*

М. І. Дудар

студентка юридичного факультету

Київського національного університету імені Тараса Шевченка,

Київ, Україна

ВІДКЛАДАЛЬНА ОБСТАВИНА У ДОГОВОРІ ДАРУВАННЯ НА МАЙБУТНЄ ТА ЇЇ ВПЛИВ НА ПРАВОВУ ПРИРОДУ ЦЬОГО ПРАВОЧИНУ

У теорії цивільного права дослідженню проблеми укладання договору дарування з відкладальною обставиною приділяли увагу О. Сімолін,

Г.Шершеневич, М.Дювернюа, М. Бару, М. Брагінський, В. Вітрянський та інші. Оскільки більшість із вищевказаних науковців досліджували це питання ще в дореволюційний період, то в даний час вказана тема потребує доопрацювань як на рівні теоретичному, так і в судовій, і в нотаріальній практиці.

Зазначимо, що відкладальна обставина – це обставина, щодо якої невідомо настане вона чи ні [3]. Така умова не дає можливості виконати договір дарування в момент його укладення і тому його виконання переноситься на майбутнє; при цьому ця обставина повинна бути дійсно такою, що перешкоджала виконати договір дарування в момент його укладення. Такими відкладальними обставинами можна вважати досягнення особою повноліття, народження дитини, закінчення вищого навчального закладу. А також застосовуючи аналогію закону, а саме ст.1242 ЦК (заповіт з умовою) визначаємо, що обставиною, яка в майбутньому може настати є переїзд на певне місце проживання.

За загальним правилом договір дарування є реальним, тобто момент укладання договору співпадає з моментом переходу права власності на дарунок. Однак договір дарування з обов'язком передачі речі у майбутньому з настанням відкладальної обставини (далі – договір дарування з відкладальною обставиною) є консенсуальним, що характеризує його як конструкцію sui generis [1]. Особливість такої домовленості при укладанні договору дарування зводиться до того, що обдаровуваний до моменту набуття права власності на майно уже погоджується його прийняти, що дарувальник розцінює як акт прийняття дарунка, і натомість, незважаючи на ознаку безоплатності договору дарування, зобов'язує майбутнього обдаровуваного вчинити певні дії або утриматися від їх вчинення, щоб настали бажані для сторін наслідки вступу в силу договору [2]. Однак на нашу думку, відкладальна обставина, яка зазначається в договорі дарування, не повинна обмежувати особу у здійсненні нею своїх особистих немайнових прав (в даному випадку не може слугувати такою умовою вступ у шлюб з конкретною особою, адже обдаровуваний обмежується в праві вільно реалізовувати право на сім'ю) та має не суперечити моральним засадам суспільства, що випливає із загальних положень цивільного законодавства. Крім цього постає питання про те, що такі договори можуть визнаватися недійсними на підставі обмеження обдаровуваного в правоздатності. Судова практика йде шляхом визнання таких договорів недійсними на підставі порушення Конституції України, зокрема права на свободу пересування та вільний вибір місця проживання, права на сім'ю, права на свободу релігійних переконань та ін.

При укладанні договорів з відкладальною обставиною постає проблема, чи може дарувальник передбачити у договорі одразу ж декілька відкладальних обставин. Очевидно, що така можливість об'єктивно існує, хоча при формальному тлумаченні ч.1 ст.723 ЦК така обставина є єдиною. При проведенні мною системного дослідження судової практики і законодавства стало зрозумілим, що відповідно до загальних засад сторони при укладенні договору можуть відступити від положень цивільного законодавства і врегулювати відносини на власний розсуд. Наприклад, у такому договорі можна одночасно передбачувати закінчення університету, народження дитини і зміну місця проживання.

Зазначення відкладальної обставини не виключає можливість дарувальника односторонньо розірвати правочин, який зобов'язує його здійснити у майбутньому безоплатну передачу майна або прав. Нормами ст. 724 ЦКУ встановлене право дарувальника відмовитися від передання дарунка у майбутньому, якщо після укладення договору його майновий стан суттєво погіршився. За загальним правилом одностороння відмова від виконання зобов'язання не допускається. Однак, відмова від передання дарунка за консенсуальним договором дарування є винятком із загального правила і такий законодавчий підхід зумовлений специфікою правовідносин сторін. У договорі дарування право на відмову дарувальника абсолютно не пов'язане з поведінкою обдарованого. Таке право не пов'язане і з поведінкою дарувальника. Надання ж права на відмову від договору дарування зумовлене об'єктивними причинами – погіршенням майнового стану дарувальника. Причини погіршення майнового стану (наприклад, погіршення стану здоров'я, що потребує додаткових витрат, необхідність надання утримання особі з числа рідних та близьких дарувальника, звільнення з роботи дарувальника і т.д.) не мають правового значення. Дарувальник розцінює своє становище як таке, що погіршилося і тому відмовляється від договору. Тому одностороння відмова дарувальника від договору дарування не тягне правових наслідків, що встановлені ч. 2 ст. 615 ЦКУ. На нього не покладено та й не може бути покладена відповідальність за відмову від договору. При виникненні спору між сторонами, дарувальнику слід підтвердити дійсне погіршення свого матеріального стану. Згідно з роз'ясненнями Мін'юсту доказами можуть слугувати записи в медичній картці, свідоцтво про смерть члена сім'ї (тяжкою обставиною виступає смерть годувальника), довідка з місця роботи тощо. При поданні до суду такого доказу дарувальник підтверджує правомірність і обґрунтованість своєї відмови.

Припинення зазначеного зобов'язання може відбуватися із загибеллю речі (найчастіше ця річ є індивідуально визначеною, але якщо вона родова, то відповідно зобов'язання не припиняється у зв'язку із можливістю заміни речі), вилученням її з обігу, законодавчою забороною здійснювати дії, які було обіцяно виконати. У випадку, якщо річ знищена внаслідок умислу чи грубої необережності дарувальника, то він відповідає за завдані іншій стороні збитки.

Таким чином, визначення відкладальної обставини в договорі дарування розширює правоздатність дарувальника при укладенні відповідного договору, хоча презюмується, що таке розширення іде на користь обдаровуваного, адже стимулює останнього до реалізації ним своїх суб'єктивних прав і свобод.

Використані джерела:

1. *Хаскельберг Б.Л., Ровный В.В. Консенсуальные и реальние договоры в гражданском праве. – М.,2004. – 124 с.*
2. *Олюха В.Г. Цивільно-правовий договір: поняття, функції та система: Автореф.дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – 23 с.*
3. *Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право : Кн.2 : Договоры о передаче имущества. – М., 2005. – С. 334.*
4. *Цивільний кодекс України в редакції від 16.01.2003 р.*

С. В. Елисеев
студент юридического факультета
Белорусского государственного университета,
Минск, Республика Беларусь

ОБЖАЛОВАНИЕ РЕШЕНИЯ ОБЩЕГО СОБРАНИЯ ХОЗЯЙСТВЕННОГО ОБЩЕСТВА: ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ И ПРОБЛЕМЫ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

1. Часть седьмая статьи 45 Закона Республики Беларусь «О хозяйственных обществах» от 9 декабря 1992 г. № 2020-XII (далее – Закон о хозяйственный обществах) закрепляет право на обжалование в судебном порядке решений общего собрания участников хозяйственного общества, определяя круг управомоченных на то субъектов, устанавливая основания для обжалования таких решений и сроки реализации права на обжалование.

Данная категория споров относится к подведомственности хозяйственных судов, что вытекает из ст. 47 Хозяйственного процессуального кодекса Республики Беларусь и подтверждается положениями постановления Пленума Высшего Хозяйственного суда Республики Беларусь от 19 мая 2005 г. № 19 «Об отдельных вопросах практики рассмотрения споров, связанных с применением условий учредительства юридических лиц и законодательства о хозяйственных обществах» (далее – постановление Пленума ВХС № 19).

2. Правом на обжалование решений общего собрания обладают только участники хозяйственных обществ. Более того, законодатель ограничил круг таких управомоченных на обжалование субъектов, предоставив право на обращение в суд лишь тем участникам, которые – либо не принимали участие в общем собрании, – либо голосовали против принятия соответствующего решения. Иные участники хозяйственных обществ правом на обжалование решения общего собрания не наделены.

Решение общего собрания участников хозяйственного общества следует расценивать как решение самого общества, поскольку оно отражает общую волю высшего органа управления хозяйственного общества. В связи с этим ответчиком по данным спорам выступает само хозяйственное общество.

3. Основаниями для обращения в суд для обжалования решения общего собрания признаются: – нарушение Закона о хозяйственных обществах; – нарушение требований иных нормативных правовых актов; – нарушение положений учредительных документов (устава) конкретного хозяйственного общества;– нарушение прав и законных интересов участника хозяйственного общества.

Обратим внимание на то, что любого из перечисленных оснований достаточно для обращения в суд для обжалования решения, вынесенного хозяйственным обществом. Вместе с тем имеет место дискуссионный вопрос о том, можно ли нарушить законные права участника, не нарушая требований законодательства, который неоднозначен и в правоприменительной практике.

Согласно п. 9 постановления Пленума ВХС № 19, оценивая законность принятого собранием участников решения, хозяйственные суды должны исходить из того, что к нарушениям законодательства, которые могут служить основаниями для удовлетворения иска о признании недействительным решения собрания участников, относятся, в частности, отсутствие кворума, несвоевременность извещения (неизвещение) участника о времени проведения собрания, повлекшее невозможность участия в работе собрания, нарушение при голосовании принципа единогласия и другие *существенные* нарушения законодательства и требований учредительных документов. При разрешении споров о недействительности решений общих собраний хозяйственный суд вправе с учетом всех обстоятельств дела отказать в иске, если допущенные нарушения не являются существенными.

Таким образом, можно сделать вывод, что основаниями для удовлетворения иска о признании недействительным решения собрания участников, согласно постановлению Пленума ВХС № 19, признаются только существенные нарушения законодательства и требований учредительных документов. Такой подход правоприменителей, закрепленный в форме нормативных предписаний (согласно ст. 3 Гражданского Кодекса Республики Беларусь (далее – ГК) и ст. 10 Закона Республики Беларусь «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» от 10 января 2000 г. № 361-З, постановления Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь признаются нормативными правовыми актами и являются составной частью гражданского законодательства), вступает, на наш взгляд, в определенные противоречия с действующим законодательством более высокой юридической силы. Во-первых, согласно ст. 169 ГК, носящей общий характер, ставить вопрос о недействительности юридического акта можно при несоответствии требованиям *законодательства*. Во-вторых, с точки зрения специального регулирования согласно Закону о хозяйственных обществах, основаниями для обращения в суд для обжалования решения общего собрания признаются любые нарушения действующего законодательства и требований учредительных документов. Более того, как было указано выше, таким основанием является нарушение прав и законных интересов участника хозяйственного общества, которое, исходя из буквального толкования соответствующей нормы Закона, может иметь место и при отсутствии нарушения норм объективного права. Тем самым, перечень оснований для обжалования решения общего собрания шире, чем для признания решения общего собрания недействительным, из чего можно сделать заключение о том, что иски о признании недействительными решений общего собрания являются лишь *одной из форм* реализации права на обжалование. Вместе с тем правоприменительная практика и комментарии специалистов свидетельствуют об обратном: данные понятия зачастую отождествляются. Фактическое отождествление обжалования решения общего собрания с исками о признании решений общего собрания недействительными, на наш взгляд, является неверным, а содержащиеся в постановлении Пленума ВХС № 19 положения в связи с изложенным требуют корректировки.

3. При обжаловании решений общих собраний Закон о хозяйственных обществах устанавливает сокращенный срок для защиты участником

хозяйственного общества нарушенного права. Так, для участников акционерного общества этот срок составляет шесть месяцев, для участников обществ с ограниченной ответственностью и обществ с дополнительной ответственностью – два месяца. С нашей точки зрения, закрепление специальных сокращенных сроков является обоснованным и целесообразным, поскольку позволяет повысить степень стабильности отношений в хозяйственном и гражданском обороте. Указанный срок следует расценивать как пресекательный. В случае пропуска такого срока участником хозяйственного общества, данный срок не подлежит восстановлению, к указанному сроку не могут применяться положения, связанные с приостановлением течения и перерывом течения срока исковой давности.

В. В. Єфремов
студент факультету правового забезпечення підприємницької діяльності
Навчально-наукового інституту права та психології
Національної академії внутрішніх справ,
Київ, Україна

ПРАВОВІ АСПЕКТИ ЗАСТОСУВАННЯ САНАЦІЇ ПІДПРИЄМСТВА

В умовах зростання нестабільності економіки багатьох держав, зумовлених світовою фінансовою кризою, коливанням валютних курсів, високими темпами інфляції для більшості підприємств особливо актуальним є завдання уникнення банкрутства, оздоровлення фінансового становища підприємства за рахунок мобілізації фінансових ресурсів та раціонального управління діяльністю підприємств шляхом проведення санації.

Банкрутство частіше всього являє собою одночасно вплив зовнішніх та внутрішніх факторів на суб’єкта господарювання. До зовнішніх факторів відносяться економічні, політичні, демографічні умови, розвиток науки та техніки, економічна конкуренція тощо. До внутрішніх факторів відноситься дефіцит власних оборотних коштів, недосконалість цінової політики, неефективні грошові вкладення, зростання кредиторської та дебіторської заборгованості тощо.

Санація, як один із засобів запобігання банкрутства відіграє важливу роль у відновлені платоспроможності боржника. Необхідно зазначити, що вивчення правової природи санації неодноразово були предметом дослідження вітчизняних вчених, зокрема: Гури Н.О., Кирієнко О., Чепер А.В., Козирєвої В.П., Захарової О.В., Костіва Ю. тощо. Проте актуальним залишається дослідження відповідності чинного законодавства України можливості ефективного застосування санації

Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» від 14 травня 1992 року (далі – Закон), на відміну від попередньої редакції Закону України «Про банкрутство», встановлює пріоритет

відновлення платоспроможності боржника, тобто задоволення інтересів кредиторів без завдання нищівних ударів по активах боржника, який після застосування до нього процедур банкрутства може ефективно відновити свій фінансовий стан. Нині процедури банкрутства слугують, передусім, для перерозподілу майна та забезпечують законне підґрунтя для зміни власників або для ліквідації підприємств, що мають значну заборгованість, у тому числі із заробітної плати та обов'язкових платежів.[4,213]

Для стабілізації фінансового становища підприємства повинно бути проведено детальний аналіз причин зниження прибутковості та розробити комплекс заходів оздоровлення підприємства та захисту робітників від банкрутства. Санація – система заходів, що здійснюються під час провадження у справі про банкрутство з метою запобігання визнанню боржника банкрутом та його ліквідації, спрямована на оздоровлення фінансово-господарського становища боржника, а також задоволення в повному обсязі або частково вимог кредиторів шляхом кредитування, реструктуризації підприємства, боргів і капіталу та (або) зміну організаційно-правової та виробничої структури боржника.

Метою санації є покриття поточних збитків і ліквідація причин їх виникнення, відновлення чи збереження платоспроможності підприємства, скорочення всіх видів заборгованості та формування резервних фондів для проведення виробничо-технічних і організаційних заходів.

Санація вважається успішною, якщо за допомогою зовнішніх і внутрішніх фінансових джерел, проведення організаційних і виробничо-технічних удосконалень підприємство виходить із кризи: нормалізує виробничу діяльність, уникає оголошення банкрутства та забезпечує свою прибутковість і конкурентоздатність у довгостроковому періоді. [1, 32]

Законодавець у ст. 18 Закону виклав перелік заходів, щодо відновлення платоспроможності боржника. Аналіз положень зазначеної статті дозволяє ствердити, що один з заходів відновлення платоспроможності боржника та задоволення вимог кредиторів – продаж частини майна боржника на відкритих торгах. Майно боржника, щодо обігу якого встановлено продається на закритих торгах. У закритих торгах беруть участь особи, які відповідно до законодавства можуть мати зазначене майно у власності чи на підставі іншого речового права.

Продаж частини майна боржника – державного підприємства у процедурі санації проводиться відповідно до законодавчих актів з питань приватизації з урахуванням особливостей, передбачених цим Законом.

Майно боржника, не продане на перших торгах, виставляється на повторні торги, якщо інше не передбачено планом санації. Майно, не продане на повторних торгах, може бути реалізовано керуючим санацією за згодою комітету кредиторів на підставі договору купівлі-продажу, укладеного без проведення торгів.

Важливу роль у санації підприємства відіграє стягнення дебіторської заборгованості. Стягнення заборгованості є суттєвим моментом внутрішньої стабілізації суб'єкта господарювання. Багато підприємств, які опинилися на межі банкрутства, мають непомірно великий рівень дебіторської заборгованості, що є суттєвим резервом відновлення платоспроможності. Основними формами

рефінансування дебіторської заборгованості є: факторинг, облік векселів, продаж векселів на фондовому ринку, у тому числі шляхом звернення з позовом до суду.[3, 29]

Також ефективним заходом виходу для підприємств усіх форм власності з процедури банкрутства є домовленість про реструктуризацію боргів шляхом підписання мирової угоди. Згідно ч. 2 ст. 35 Закону мирова угода може бути укладена на будь-якій стадії провадження справи про банкрутство[5]. Проте, в ч. 2 ст. 18 Закону де перераховуються заходи відновлення платоспроможності, відсутня мирова угода, як захід відновлення платоспроможності.

Таким чином, санація займає вагоме місце в забезпеченні ефективного функціонування та підвищенні прибутковості підприємства. Аналіз положень Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» дозволяє зробити висновок про належне нормативно-правове забезпечення процедури санації.

Разом з тим, беручи до уваги, що в процесі санації може відбуватися реструктуризація боргів, тому доцільним є внесення змін до зазначеного Закону від 14 травня 1992 року, передбачивши в ч. 2 ст. 18 мирову угоду, як ще один захід відновлення платоспроможності боржника.

Використані джерела:

1. *Гура Н.О., Гнатенко С.М. Санація підприємства в умовах фінансової кризи та роль контролінгу в її проведенні // Міжнародний збірник наукових праць. – 2009. – Вип. 1(16). – С. 31-36.*
2. *Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», від 14.05.1992, N 2343-XII.*
3. *Кирієнко О. Проведення санації підприємства: визначаються зовнішні та внутрішні фактори кризи, а також фінансовий стан фірми, глибина кризи// Вісн. податк. служби України. – 2009. – 37/38. – С.26-29.*
4. *Череп А. В., Романченко Е. А. Визначення заходів для відновлення платоспроможності боржника // Вісник Запоріжського національного університету. 2010. – Вип. 1(5). – С. 213-219.*
5. *http://www.vvplawfirm.com/ru/pub2010/66-pub1209.*

Ю. В. Желіховська

приватний нотаріус Хмельницького районного нотаріального округу, Хмельницький, Україна

УЧАСТЬ НОТАРІУСА В ОХОРОНІ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ ШЛЯХОМ ПОСВІДЧЕННЯ ЮРИДИЧНИХ ФАКТІВ

Одним з важливих способів нотаріальної охорони прав та інтересів учасників цивільних відносин є вчинення нотаріусом посвідчення юридичних фактів. Як відомо, юридичний факт, за своєю правовою природою, є підставою виникнення, зміни і припинення цивільних правовідносин. За загальним

правилом під поняттям юридичного факту розуміють конкретні життєві обставини, з якими норми цивільного законодавства пов'язують настання правових наслідків. Тому юридичні факти виступають як проміжна ланка між правовою нормою і цивільними правовідносинами. З огляду на це, юридичні факти характеризуються наступними ознаками:

1) знаходять свій вияв у зовнішніх обставинах або подіях матеріального світу і пов'язані з їх наявністю або відсутністю;
2) прямо або опосередковано передбачені нормами права;
3) викликають передбачені законом юридичні наслідки.

Юридичні факти чисельні і багатогранні, тому і класифікуються за різними ознаками: за вольовою, юридичними-наслідками, складом, тривалістю дії. Юридичними фактами можуть бути різні життєві обставини, що належать як до сфери природи (народження і смерть особи, перебіг часу), так і до соціальної сфери життя (дії і вчинки людей, адміністративні акти, рішення суду). Без юридичних фактів не встановлюються, не змінюються і не припиняються жодні цивільні правовідносини.

Однак, значення юридичного факту у цивільному праві не вичерпується тим, що вони є підставою виникнення, зміни і припинення правовідносин. Такі юридичні факти, як народження, досягнення повноліття, визнання громадянина недієздатним тягне за собою виникнення або припинення правоздатності і дієздатності.

Нотаріат, як охоронний інститут 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 належне здійснення.

На практиці органи нотаріату є найбільш доступними охоронцями прав та законних інтересів, здатним юридично закріплювати майнові права учасників безспірних правових відносин. Обов'язок держави зводиться не лише до відновлення чи визнання порушеного або оскарженого права, але й до недопущення їх порушення та оспорювання.

Нотаріальна діяльність має превентивний характер [1, с.33-34], охороняючи 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.

Нотаріат поряд з іншими інститутами держави забезпечує здійснення конституційного права громадян на юридичну (правову) допомогу, при цьому предмет його діяльності обмежується рамками безспірної цивільної юрисдикції. З огляду на це, нотаріальна діяльність спрямована на надання офіційної сили, вірогідності юридичним правам, фактам і документам. Особливість нотаріальної форми охорони є те, що вона як правило спрямована не на безпосередній захист, а на охорону, попередження порушення прав і тому предмет її діяльності є

специфічний – безспірні права, тобто безперечні обставини, про які сторони в цивільному процесі не сперечаються.

Необхідність встановлення безспірного юридичного факту стосується цивільних 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 здійснення суб'єктивних прав та обов'язків громадян [2, с. 300].

Згідно законодавства України на прохання фізичних та юридичних осіб нотаріус посвідчує такі безспірні юридичні факти.

1) *Посвідчення факту, що фізична особа є живою та посвідчення факту перебування громадянина в певному місці.*

Посвідчення факту, що фізична особа є живою вчиняється, як державним так і приватним нотаріусом на прохання фізичної особи. Встановлення цього факту може бути викликане правовою невизначеністю пенсійних, аліментних, майнових та інших відносин, наприклад у випадках, коли існує сумнів, що особа жива, при утриманні, сплаті боргу, відкриття спадщини чи виплаті пенсій, інших платежів з закордону, помилкове визнання громадянина померлим. Те, що фізична особа є живою, посвідчується з метою усунення такої невизначеності.

Ще до революції 1917 року законодавство про нотаріат містило таку нотаріальну дію. Стаття 139 Положення про нотаріат закріплювала: «Для засвідчення знаходження особи серед живих нотаріус зобов'язаний насамперед пересвідчитись у тому, що той, хто потребує його засвідчення, насправді є живим, а коли йому самому ця особа не відома, то і особистості цієї особи». Нотаріус здійснював дану нотаріальну дію після того, як особа з'являлася в нотаріальній конторі. Якщо нотаріус особисто знав дану особу щодо якої мав вчинити дію, то особистість його встановлювалася автоматично. Якщо особа була не відома для нотаріуса, його особистість встановлювалася іншими особами, які викликали довіру, в тому числі родичами. При неможливості упевнитися в особі через свідків, яких знав сам нотаріус, він міг вимагати надання свідоцтва поліції або начальства, паспорт, атестат про службу чи будь-якого іншого документа, за яким можна було б встановити його особистість. Для юридичного оформлення факту, нотаріус видавав так зване свідоцтво, в якому вказувалося «час, за якого нотаріус впевнився в факті, що особа є живою, і спосіб, яким саме чином він це зробив» (ст.140 Положение о нотариальной части).

Пізніше така нотаріальна дія як встановлення факту, що особа є живою в законодавстві була відсутня. Положення про державний нотаріат, затверджена Постановою ВЦИК СНК в розділі «Посвідчення безспірних фактів», містило лише дві нотаріальні дії: посвідчення часу пред'явлення документів та засвідчення факту знаходження особи у певному місці. Поява в радянському нотаріаті такої нотаріальної дії, як посвідчення факту, що особа є живою, було викликане практичною необхідністю, обумовленою конкретними обставинами [3, с. 159].

В наш час необхідність встановлення даного юридичного факту виникає тоді, коли з'являються спори, пов'язані з отриманням аліментів, сум на відшкодування шкоди, отримання спадщини на території іноземної держави, а

також пенсій та інших коштів, тобто коли факт знаходження фізичної особи в живих необхідно підтвердити третім особам.

Посвідчення факту, що фізична особа є живою, провадиться як при явці фізичної особи до нотаріуса, так і поза приміщенням, що є робочим місцем нотаріуса. Для порушення провадження нотаріусу достатньо усної заяви фізичної особи. Останнім подається документ, що посвідчує особу, і після проведення бесіди з таким громадянином нотаріус вчиняє дану нотаріальну дію. Оскільки чинне законодавство при вчиненні даної нотаріальної дії, закріплює норму щодо пред'явлення особою документа, який посвідчує особу громадянина, який звернувся, у нас виникає питання, а якщо в даної особи взагалі немає жодного документа в силу різних життєвих ситуацій (як приклад, безхатченки). Що в даному випадку робити цій особі та нотаріусу? Пропонуємо ввести норму та закріпити її на законодавчому рівні щодо встановлення особи фізичної особи за інформацією, яку нададуть інші особи, наприклад родичі, знайомі, сусіди, але при цьому також закріпити норму щодо відповідальності даних фізичних осіб.

Посвідчення факту, що малолітня або недієздатна фізична особа є живою, провадиться на прохання його законних представників (батьків, опікуна, усиновителя.) Неповнолітня особа, фізична особа цивільна дієздатність якої обмежена, може самостійно звернутися до нотаріуса для вчинення даної нотаріальної дії, але обов'язково за згодою своїх законних представників.

На підтвердження даної обставини нотаріус видає заінтересованим особам свідоцтво, в якому вказується точна адреса, час посвідчення факту, а у разі вчинення даної нотаріальної дії поза приміщенням нотаріальної контори, нотаріус зазначає, що дана дія була вчинена ним особисто [4, с. 230].

Для видачі свідоцтва нотаріус встановлює особу. Встановлення особи здійснюється за паспортом або за іншими документами, які унеможливлюють виникнення будь-яких сумнівів щодо особи громадянина, який звернувся за вчиненням нотаріальної дії (паспорт громадянина України, паспорт громадянина України для виїзду за кордон, дипломатичний чи службовий паспорт, посвідчення особи моряка, посвідка на проживання особи, яка мешкає в Україні, національний паспорт іноземця або документ, що його замінює, посвідчення інваліда чи учасника Великої Вітчизняної війни, посвідчення, видане за місцем роботи фізичної особи).

Особа віком до 16 років встановлюється за свідоцтвом про народження за умови підтвердження батьками (одним з батьків) того, що ця особа є їх дитиною.

Свідоцтво про встановлення факту, що особа є живою складається нотаріусом в двох примірниках, з яких один віддається особі, а інший залишається в архіві нотаріуса.

Нотаріус на прохання фізичної особи посвідчує факт перебування її в певному місці (п. 268 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України). Значення вчинення цієї нотаріальної дії полягає у закріпленні факту перебування громадянина в певний час і в певному місці для встановлення конкретних, важливих для нього обставин.

Вперше норми щодо посвідчення даного юридичного факту були закріплені нормативних актах, які регулювали діяльність державного нотаріату в 1926 році [5].

На практиці найчастіше виникає необхідність засвідчити цей факт для скасування рішення суду про визнання громадянина безвісно відсутнім. Необхідність посвідчення факту перебування громадянина в певному місці може виникнути тоді, коли громадянин бажає забезпечити факт свого перебування в певний час у певному місці (алібі) для конкретних важливих для нього обставин [6, с. 80]. Даний факт посвідчується нотаріусом аналогічно попередньо розглянутому факту. На підтвердження даного факту нотаріус видає заінтересованим особам відповідне свідоцтво.

2) *Посвідчення часу пред'явлення документа.* Дана нотаріальна дія на сьогоднішній день не має великого поширення, проте цінність інформації в сучасних умовах, інформатизація багатьох процесів, прискорення доступу до інформації ця нотаріальна дія використовується для посвідчення факту певного часу пред'явлення документів, що містять пропозиції, винаходи, авторські права, тощо – для охорони від розкрадання наукових ідей, відкриттів, винаходів, охорона від промислового шпіонажу і недобросовісної конкуренції [7, с. 130-131].

Посвідчення факту певного часу пред'явлення документів [8] можливе і в інших випадках, зокрема при потребі засвідчити першість у подачі певних відомостей або про наявність певних документів на певний час у певному місці. Це дозволяє підтвердити пріоритет такого винаходу, чи навіть факт авторства, одержати патент, забезпечити охорону своїх авторських прав в судовому порядку.

Так, В. С. Репін вважає, що нотаріус повинен вивчити та дослідити сам документ, перевірити, щоб в ньому не було виправлень, підчисток, а якщо такі є вони повинні бути юридично оформлені. Документ не повинен бути написаний олівцем. Текст повинен бути чітким та зрозумілим. Якщо документ поданий нотаріусу не відповідає вимогам закону, в нотаріальній дії особі повинно бути відмовлено [3, с. 159].

Юридичний факт, який встановлює нотаріус при вчиненні даної нотаріальної дії – час пред'явлення документа. Якщо нотаріусу надано одночасно декілька документів, посвідчувальний напис здійснюється на кожному екземплярі, а також стягується державне мито щодо кожного документа.

3) *Посвідчення тотожності громадянина з особою зображеною на фотокартці.* Згадки щодо даної нотаріальної дії прослідковуються в циркулярі Народного Комісаріату Юстиції від 08 жовтня 1935 року, де вказується, що «нотаріальні органи повинні проводити посвідчення фотографічної картки, ретельно перевіряючи при цьому, що особа, яка зображена на фотокартці тотожна з особою, що її надала». Цікавим є той факт, що в той час посвідчу вальний напис здійснювався на самій фотографії.

Така нотаріальна дія, як посвідчення тотожності громадянина з особою, зображеною на фотокартці, доволі рідко зустрічається в нотаріальній практиці. Найбільш типова ситуація, в якій потребується посвідчення даного факту, – це

пересилка документів з фотографіями для підприємств та організацій. Останнім часом деякі іноземні вузи при прийнятті документів для здачі вступних екзаменів вимагають надавати фотографії майбутніх студентів. Можливі й інші випадки за яких, фізичній особі необхідне офіційне підтвердження того, що на фотографії зображений саме він.

Для посвідчення даної нотаріальної дії, особа повинна з'явитися особисто до нотаріуса і пред'явити необхідну фотографію. Тотожність громадянина з особою, зображеною на фотокартці, засвідчується нотаріусом після того, як він особисто упевниться в тотожності. Підтвердження громадянина з особою, зображеною на фотокартці, оформлюється нотаріусом спеціальним свідоцтвом. При його видачі фотокарточка пришивається до свідоцтва і скріплюється печаткою.

Дані нотаріальні дії дуже рідко зустрічаються на практиці, але це ні в якому випадку не зменшує їх значимість для охорони прав і законних інтересів осіб.

Перераховані безспірні юридичні факти посвідчуються у випадках, коли від цього залежить визнання чи здійснення цивільних прав та охоронюваних законом інтересів. Отже підсумовуючи все вище викладене можна підвести підсумок, що функція забезпечення безспірності й доказової сили є найважливішою функцією нотаріату.

Використані джерела:

1. *Жуйков В. Нотариат как институт превентивного правосудия: общие цели,принципы и полномочия / В. Жуйков // Российская юстиция. – 1998. – № 6. – С. 33-34.*
2. *Скотар М. Історія правового інституту застави і сучасність / М. Скотар // Право України. – 1999. – № 1. – С. 39-43.*
3. *Ралько В. В. Принятие в депозит денежных сумм и ценных бумаг нотариусом / В. В. Ралько // Ежеквартальный журнал в мире права. – 2002. – № 2. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.orc.ru/~ralko/Depozit.htm*
4. *Нотариат в СССР: [ученик] / Р. И. Виноградова, Д.Х. Гольская, Л.Ф. Лесницкая; [под ред. Л. Ф. Лесницкой]. – М.: Юрид. лит., 1985. – 160 с.*
5. *Шарафетдинов Н. Ф. Нотариальная тайна: аспекты теоретические и практические / Н. Ф. Шарафетдинов // Нотариальный вестник. – 1998 – № 2 – С. 9-12.*
6. *Семаков Г. С. Нотаріат в Україні / Г. С. Семаков, С. П. Кондракова. – К.: МАУП, 2001. – 120 с.*
7. *Чижмар К. Накладення нотаріусом заборони на відчуження нерухомого майна. Вчинення нотаріальної дії та, відповідно реєстрація заборони / К. Чижмар // Нотаріат для Вас. – 2007. – № 7-8. – С. 55-57.*
8. *Про мови в Українській РСР: Закон Української РСР від 28.10.1989 р. № 8312-XI // ВВР УРСР. – 1989. – № 45. – Ст. 631.*

С. В. Заверуха
аспірант Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

КОРЕАЛЬНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ЗА РИМСЬКИМ ПРАВОМ

Кожне зобов'язання передбачає наявність двох суб'єктів: кредитора і боржника. Присутність двох осіб у зобов'язанні створює звичайний простий склад. Якщо в зобов'язанні беруть участь більше двох осіб (декілька кредиторів і декілька боржників), то має місце складний склад, що зустрічався у дольовому, солідарному, а також кореальному зобов'язанні.

За римським правом кореальне зобов'язання виникало тоді, коли за договором між декількома учасниками активної чи пасивної сторони дія будь-якого учасника відображалася на всіх інших до моменту *litis contestatio*, до того часу поки не розпочався цивільний процес одним із кредиторів проти одного боржника: з моменту *litis contestatio* кореальне зобов'язання перетворювалося в просте, і всі інші учасники звільнялися від зобов'язання. Наприклад, декілька осіб кореально зобов'язувалися сплатити 100 асів одному кредитору: сплата усього боргу (*in solidum*) з боку одного звільняє інших; крім того, початок тяжби кредитора з одним боржником також звільняє інших [1, с. 154]. Таким є приклад кореального зобов'язання з пасивною стороною, що означав зобов'язання декількох осіб перед одним кредитором. Прикладом активної кореальності були: зобов'язання спільного боржника перед будь-яким із співтоваришів (членів договору товариства), легат на користь одного із благодійних закладів. При цьому, вигода від активної кореальності могла бути на боці боржника: можливе полегшення від виконання будь-кому із кредиторів [1, с. 155].

Очевидним є те, що кореальне зобов'язання мало багато спільного із солідарним. Виконання зобов'язання здійснювалося вчиненням однакових дій. Тому кореальні зобов'язання розглядалися більшістю науковцями як різновид солідарних (Л. Б. Дорн Д. Д. Грім та ін.) [2, с. 204; 3, с. 317]. Зокрема Д. Д. Грім вважав, що солідарні зобов'язання в загальному розумінні розпадаються на кореальні та солідарні, а вузькому, – на зобов'язання. На його думку зовнішня різниця між ними полягала у наступному: 1) кореальні зобов'язання виникають переважно (хоча і не виключно) на підставі юридичного правочину; в Римі головною формою укладення кореальних зобов'язань була стипуляція. При цьому, допускалося встановлення кореального зобов'язання і за інших договірних правочинів, навіть на підставі заповідальних розпоряджень; 2) солідарні, у вузькому розумінні, зобов'язання виникали на підставі спеціальної постанови закону. Саме закон у деяких випадках, крім домовленості, надавав такому правовідношенню солідарний характер [3, с. 317-318].

На думку В. В. Єфімова, відмінність між солідарними і кореальними зобов'язаннями полягала у тому, що в солідарних зобов'язаннях на учасниках відображалося лише одне виконання, а в кореальному не лише виконання, але й будь-яка інша дія (вина, давність, тощо). Кореальне зобов'язання перетворювалося в просте за вибором кредитора, який вчиняє позов до

конкретного боржника: цього не відбувалося в солідарному зобов'язанні [1, с. 154].

Окрім вищенаведених, відмінність між солідарним та кореальним зобов'язанням полягала в тому, що за кореальним зобов'язанням, на відміну від солідарного, регрес не виникав. Винятки з цього висновку надало постклясичне римське право, що встановило дві пільги (*benefitia*) кореальним боржникам: 1) *beneficium cedentarum actionum* – пільгу про уступку кредитором позову до інших боржників, щоб одержати від них відповідні долі (С.8.39.2); такий позов уступається кредитором боржнику, який сплатив повністю борг; 2) *beneficium divisionis* – пільгове право боржника сплатити, на вимогу кредитора, не більше належної йому частки (Nov.99).

Однак Юстиніан ліквідував різницю між пасивними кореальними і пасивними солідарними зобов'язаннями. Так, в Кодексі Юстиніана (8.41.1) зазначається, що *litis contestatio* не звільняла інших боржників; віднині звільнення співборжників мало місце лише при виконанні. Тому в кодифікації Юстиніана мова йшла лише про солідарні зобов'язання на пасивній стороні.

Кореальні зобов'язання виникали за договором або за заповітом. Відносно договірної кореальності, то найбільш оригінальною конструкцією зобов'язання була стипуляція (І.3.16). Спадкова заповідальна кореальність встановлювалася шляхом покладення легата на одного із спадкоємців (Д.30.8.1).

Назва «кореальне зобов'язання» походить від назви співучасника *correus (cum – reus – correus).* У кінці 20-х років XIX ст. німецький вчений Келлер відкрив у римському праві зобов'язання із множинністю суб'єктів, яке перетворюється в просте шляхом *litis contestatio.* Саме, *litis contestatio,* на думку Келлера [4], перетворює попереднє (матеріальне) зобов'язання в нове (процесуальне) лише з тим боржником, з яким почато процес, тому всі інші звільняються від зобов'язання. Він виділив таку групу зобов'язань, яка за об'єктивним складом є єдиним зобов'язанням із багатьма суб'єктами, так як у зобов'язанні лише одне «*dare, facere, oportere*» [2, с. 207].

Більше детально думку Келлера розвинув Рібентроп [5]. Надалі поряд з теорією «Келлера-Рібентропа» певний успіх у німецькій літературі для пояснення природи кореальності мала інша теорія, запропонована вченими Гіртанером та Фіттінгом [6]. Перша з них відома як «теорія єдності» (*Unitatstheorie*), а друга – «теорія множинності» (*Mehrheitststheorie*).

«Теорія єдності» полягала у тому, що в кореальності існує єдине зобов'язання з множинністю суб'єктів. «Теорія множинності» відповідно допускала стільки зобов'язань, скільки суб'єктів. Її кореальність полягала у тому, що відповідальна особа залишалася невідомою до тих пір, поки її не обере кредитор у пасивній кореальності, доки до нього не звернеться сам боржник, – у активній. Кореальне зобов'язання називали суб'єктивно-альтернативним, так як в ньому приховується альтернатива: той чи інший суб'єкт повинен стати дієвою особою [1, с. 158].

На думку Л. Б. Дорна, ні теорія єдності, ні теорія множинності не може бути визнана такою, що відповідає поглядам римських юристів (хоча самі римляни інколи співставляють кореальні зобов'язання з об'єктивно-альтернативними) тому, що позов кредитора, за зобов'язанням із декількох

кореальних боржників, не може бути подано до них усіх альтернативно, як за альтернативним зобов'язанням, що, однак, можна було б пояснити правом вибору кредитора» [2, с. 207].

Однак, на нашу думку, перевагу має теорія множинності, так як суб'єктивне відношення є суттєвим елементом складу зобов'язання і його не можна розглядати лише в якості об'єкта зобов'язання. Існування різних теорій кореальних зобов'язань, дискусії між науковцями щодо їх сутності, зумовлено тим, що у римлян не було розроблено загальної теорії кореальності.

Використані джерела:

1. *Ефимов В. В. Догма римскаго права: [лекции] / В. В. Ефимов. – С. – Петербург: Тип. В. С. Балашева и К^0, 1894. – 273 с.*
2. *Дорн Л. Б. Догма римскаго права / Л. Б. Дорн. – С.-Петербург: Паровая типографія Муллеръ и Богельманъ, 1891. – 311 с.*
3. *Гримм Д. Д. Лекции по догме римського права / Гримм Д. Д. ; под. ред. и с предисловием В. А. Томсинова. – М.: «Зерцало», 2003. – 496 с. – (Серия «Русское юридическое наследие»).*
4. *Ueber Litis contestatione und Urtheil nach classisch. Rom. Recht. – Zurich, 1827.*
5. *Die Lehere von den Correalobligationen. – Gottingen, 1831.*
6. *Die Narur der Correal-Obligationem. – 1859.*

Т. М. Заверуха

аспірант Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПОНЯТТЯ ДОГОВОРУ ЗА РИМСЬКИМ ПРИВАТНИМ ПРАВОМ

Договірні зобов'язання були основною формою, на основі якої здійснювався величезний товарний і господарський обіг у Стародавньому Римі. Римська юриспруденція створила розгалужену систему договорів, що забезпечували надійну правову основу ділових відносин. Римське договірне право класичного і післякласичного періодів є результатом тривалого розвитку, вдумливого аналізу і відбору практики преторів. Багато договорів були реціповані пізнішими правовими системами, а відтак збереглися і в сучасному цивільному праві [1, с. 366-367]. Однак, поняття «договір» не було характерним для давнього римського права. Взаємне волевиявлення двох або декількох осіб відносно чого-небудь в римському праві носило назву *conventio, pactio* або *pactum conventum.* «Слово *pactum* (правочин) походить від *pactio*, звідси походить і слово *pax* (мир). Правочином є співпадання бажання двох або декількох осіб про одне і теж, та їх згода» (Д.2.14.1.1-2) [2, с. 257]. Не будь-яке взаємне волевиявлення створювало юридичні наслідки, тобто встановлювало або припиняло права і обов'язки сторін. В своїй сентенції Гай зазначав, що «правочини, укладені всупереч правилам цивільного права, не мають сили»

(Д.2.14.28) [2, с.283]. Тому юридичні наслідки зумовили виникнення лише тих правочинів, які визнавалися *jure civili*, тобто мали за собою *causa civilis.*

Домовленості сторін, як відзначав Лабеон, можна досягти «або шляхом речі, або шляхом листа, або через вісника, якщо сторони не перебувають в одному місці; навіть мовчазною згодою» (Д.2.14.2) [2, с. 259]. Форма вираження домовленості (згоди) сторін була байдужа. Якщо позитивне законодавство передбачає для договорів певну форму, то вона вже становить *corpus* правочину. Якщо закон не вимагає певної форми для договору, то контрагенти можуть домовитися про надання договору певної форми, і тоді договір стане для них зобов'язальним з моменту дотримання цієї форми [3, с. 61].

Зобов'язальна сила договору передбачає попередню домовленість між сторонами, тому слід з'ясувати момент з якого домовленість вважають такою, що відбулася? Воля обох контрагентів щодо укладення договору повинна виражатися одночасно із пропозицією однієї сторони повинна бути прийнята обіцянка іншої сторони. Якщо прийняття пропозиції відбувається через певний час після її одержання (наприклад, укладення договору між відсутніми), то слід з'ясувати момент з якого домовленість є такою, що відбулася. Джерела римського права не дають однозначної відповіді. В юридичній літературі з цивільного права було розроблено три теорії. При цьому, найбільш визнаною є теорія, відома як *Vernehmungs Teorie*, за якою договір вважався укладеним і мав зобов'язальну силу з моменту, коли особа, яка зробила пропозицію, одержала повідомлення про її прийняття іншою стороною. До цього моменту особа, яка її запропонувала, може відмовитися від своєї пропозиції [3, с. 60]. Зазначена теорія була розроблена відомим цивілістом Д. І. Меєром.

Договори могли бути односторонніми та двосторонніми (багатосторонніми). Дана класифікація залежала не від кількості сторін у правочині (як при їх поділі), а від того, скільки сторін у відносинах має (чи може мати) обов'язок. Якщо одна сторона є кредитором, а інша – боржником, то зобов'язання є одностороннім. Односторонні зобов'язання виникали з вербальних і літеральних контрактів, зокрема з договору позики. Двостороннє зобов'язання було двох видів: за одним, – контрактами (усі консенсуальні, крім договору доручення) у яких становище сторін спочатку взаємне, а за іншим (договір доручення і реальні контракти, крім *mutuum (позика))* зобов'язання виникає як одностороннє, але передбачає можливість зустрічної вимоги боржника до кредитора. Двостороннє зобов'язання першого типу називали синалагматичним. Зокрема Лабеон застосовував поняття «контракт» лише до правочинів, що вчинялися для встановлення взаємного зобов'язання – *sjnallagma.* Синалагматичне (симетрично двостороннє) зобов'язання характеризувалося єдністю генетичного і функціонального аспектів взаємності: контракт вступає в силу лише за умови, що обов'язок виникав одночасно в обидвох сторін зобов'язання, а також тоді, коли кожна із сторін зобов'язана до виконання доти, поки виконання зустрічної вимоги залишається можливим. Тому вимагати виконання обов'язку від іншої сторони можна лише тоді, коли особа виконала свій обов'язок (чи приступила до виконання). При цьому, прощення боргу однією із сторін залишало в силі зобов'язання іншої (*Labeon* D.46.4.23). Якщо ж одне із зобов'язань припинялося із-за неможливості

виконання, то інше, також, припинялося (*Labeon* D.19.1.50) [4, с. 538-539]. У свою чергу синалагма була досконалою (якщо зобов'язання були взаємними від початку) або недосконалою (якщо зобов'язання спочатку були односторонніми, а потім стали взаємними, наприклад, безоплатний договір доручення породжував обов'язки довірителя компенсувати витрати повіреного, якщо такі мали місце) [1, с. 369].

Контракти-джерела двосторонніх зобов'язань (синалагматичні і потенційно двосторонні) спочатку користувалися лише преторським захистом за допомогою позовів *in factum*, але протягом II ст. до н.е. одержали визнання на рівні цивільного права і відповідний позовний захист (шляхом *iudicia bonae fidei).* Такі інститути регулювали та охороняли відносини як між римськими громадянами, так і між перегринами, тобто вважалися універсальними правовими формами. У цій сфері правового регулювання цивільне право виступало як право народів [4, с. 539].

Римське приватне право виділяло ризиковані (алеаторні) договори, під якими розуміли договори, в яких наперед невідомо, кому із сторін договір принесе вигоду, а кому збитки, так як все залежало від випадку. Наприклад, А. купує у В. право на друк його творів чи на постановку його п'єси, тощо; лотерейні білети, страхові договори, договори парі та гри. Відносно договорів гри та парі, то слід відзначити, що договір парі вважався дійсним, якщо він не містив нічого аморального, або не укладався для прикриття недозволених правочинів. Договір гри вважається недійсним [5, с. 334-335].

За критерієм відплатності розрізняли договори відплатні (майнову вигоду одержували обидві сторони, наприклад, при купівлі-продажу) та безоплатні (вигоду мала одна із сторін, наприклад, безпроцентна позика, позичка) [1, с. 369].

Таким чином, *договором за римським правом* була домовленість двох або більше осіб про встановлення, зміну або припинення цивільного правовідношення, тобто прав і обов'язків. Систему договорів становив їх поділ: *за способами захисту на* контракти та пакти; *за розподілом прав і обов'язків між сторонами на* односторонні та двосторонні; *за критерієм відплатності на* відплатні та безоплатні; *за ймовірністю задоволення майнового інтересу кредитора* виділяли ризикові або алеаторні договори; пакти поділялися *залежно від позовного захисту* на пакти одягнуті та голі пакти.

Не дивлячись на різноманітність римських договорів, вже здатних задовольнити всі потреби практичного життя, римська договірна система характеризувалася суворою типізацією. При цьому, належність договору до відповідного типу (виду) визначалася шляхом з'ясування позову, який можна було подати за даних правовідносин.

Використані джерела:

1. *Підопригора О.А. Римське право: [підручник] / Підопригора О.А., Харитонов Є.О. – К. : Юрінком Інтер, 2003. – 512 с.*
2. *Дигесты Юстиниана : [у 8 т.]/ [пер. с лат.]; отв. ред. Л. Л. Кофанов. – М. : Статут, 2001. Т. I. – 584 с.*
3. *Дормидонтов Г. О. Система римскаго права. Обязательственное право / Г. О. Дормидонтов. – Казань: Тип-ія Я. Н. Подземскаго. –163 с.*

4. *Дождев Д.В. Римское частное право: [Учебник для вузов] / Под ред. В.С. Нерсесянса. – М.: Издательство НОРМА-Инфра, 2002. – 784 с.*
5. *Гримм Д. Д. Лекции по догме римського права / Гримм Д. Д. ; под. ред. и с предисловием В. А. Томсинова. – М.: «Зерцало», 2003. – 496 с. – (Серия «Русское юридическое наследие»).*

В. О. Загрія
студентка юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ОСОБЛИВОСТІ ПОРЯДКУ ВНЕСЕННЯ ЗМІН ДО УМОВ ДІЇ ДОГОВОРУ СТРАХУВАННЯ

Згідно ч. 1 ст. 16 закону України «Про страхування»: Договір страхування – це письмова угода між страхувальником і страховиком, згідно з якою страховик бере на себе зобов'язання у разі настання страхового випадку здійснити страхову виплату страхувальнику або іншій особі, визначеній у договорі страхування страхувальником, на користь якої укладено договір страхування (подати допомогу, виконати послугу тощо), а страхувальник зобов'язується сплачувати страхові платежі у визначені строки та виконувати інші умови договору.

Страховий договір, як і будь-який інший має певні умови його дії – це назву документа; назву та адресу страховика; прізвище, ім'я, по батькові або назву страхувальника та застрахованої особи, їх адреси та дати народження; прізвище, ім'я, по батькові, дату народження або назву вигодонабувача та його адресу; зазначення об'єкта страхування; розмір страхової суми за договором страхування іншим, ніж договір страхування життя; розмір страхової суми та (або) розміри страхових виплат за договором страхування життя; перелік страхових випадків; розміри страхових внесків (платежів, премій) і строки їх сплати; страховий тариф (страховий тариф не визначається для страхових випадків, для яких не встановлюється страхова сума); строк дії договору; порядок зміни і припинення дії договору; умови здійснення страхової виплати; причини відмови у страховій виплаті; права та обов'язки сторін і відповідальність за невиконання або неналежне виконання умов договору; інші умови за згодою сторін; підписи сторін. Виділяють істотні умови,без яких договір не є дійсним, і умови, які сторони можуть редагувати в межах закону.

Згідно останніх змін законодавства процедура внесення змін до умов дії договору наступна: Зміни до умов дії Договору оформлюються Додатковою Угодою до діючого Договору. Будь-які зміни до умов дії Договору здійснюються за згодою Страхувальника (Застрахованої особи) і Страховика протягом 5 (п'яти) робочих днів з моменту одержання письмової згоди Сторін. Про намір внести зміни до умов дії Договору Сторона-ініціатор повинна письмово повідомити іншу Сторону (Страхувальник має надати Заяву на зміну умов

страхування за встановленою Страховиком формою) не пізніше, ніж за 30 (тридцять) календарних днів до запропонованої дати внесення змін. Страхувальник має право не частіше, ніж раз на рік, по узгодженню із Страховиком, вносити зміни до умов дії Договору в частині розміру страхових сум, страхових внесків, періодичності їх сплати, строку страхування, зміни Вигодонабувача та ін. Зміни програми страхування, а також будь-які зміни, що звужують або обмежують обов'язки Страхувальника щодо сплати страхових внесків, можуть бути внесені до умов дії Договору лише по закінченню двох повних років дії Договору страхування. Якщо зміни, що вносяться до умов дії Договору, призводять до збільшення страхової відповідальності Страховика, останній має право вимагати від Страхувальника додаткову інформацію для оцінки ступеня ризику на момент внесення таких змін. Якщо будь-яка із Сторін не згодна на внесення змін до умов дії Договору, то така Сторона повинна протягом 5 (п'яти) робочих днів письмово повідомити іншу Сторону про рішення щодо дії Договору на попередніх умовах або про припинення його дії.

На мою думку ця процедура майже не викликає критики, але у пункті, в якому зазначається про зміни програми страхування не вважаю за доцільним встановлювати строк у два роки. Це у певному сенсі звужує права страхувальника і не є достатньоо бгрунтованим. У разі якщо протягом року страхувальник виконував умови договору та сплачував відповідну суму, то чому він не має права за своїм рішенням змінити програму страхування, при цьому страховик не втрачає клієнта, а лише змінює напрям діяльності та співпраці з ним.

Законом України «Про страхування» врегульовано питання про заміну страхувальника в договорі. Так, на випадок смерті страхувальника, який уклав договір страхування майна, права та обов'язки страхувальника переходять до особи, котра прийняла майно у спадок. При цьому страховик або будь-хто зі спадкоємців має право ініціювати переукладення договору страхування. В інших випадках заміни страхувальника його права та обов'язки переходять до нового власника за згодою страховика, якщо договором чи законом не встановлено інше.

Принцип заміни страхувальника передбачається і в договорах особистого страхування. Зокрема, у разі смерті страхувальника, який уклав договір на користь третьої особи, права та обов'язки, що визначаються цим договором, переходять до третьої особи за її згодою.

Згідно із загальними нормами цивільного законодавства, якщо в період дії договору страхування страхувальника за вироком суду визнано недієздатним або обмеженим у дієздатності, його права і обов'язки виконує опікун. Виняток становить договір страхування відповідальності. Такий договір повинен закінчувати свою дію з моменту, коли страхувальника визнано недієздатним або обмеженим у дієздатності. При реорганізації страхувальника, якщо він є юридичною особою, у період дії договору страхування його права та обов'язки за згодою страховика переходять до правонаступника.

Отже,порядок внесення змін до умов дії договору страхування, згідно останньої редакції Закону України «Про страхування», враховує майже всі актуальні питання, які можуть виникнути у сторін при здійснення даної

процедури, але існують певні аспекти, що не достатньо урегульовані, або потребують корегування, з метою уникнення спірних ситуацій.

Використані джерела:

1. *Закон України «Про страхування» від 13.08.2011.*
2. *Проект Закону України «Про страхування».*
3. *Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про страхування»»*
4. *Страхування: Підручник / Керівник авт. колективу і наук, ред. С. С.Осадець. – Вид. 2 – ге, перероб. і доп. – К.: КНЕУ, 2002. – с. 599 ISBN 966-574-374-0 с.88*
5. *Страхові послуги: Навч. посіб. Рекомендовано МОН | Яворська Т.В с. 34 – 37*
6. *http://enbv.narod.ru/text/Econom/strah/str/06.html.*

А. И. Зайцев
кандидат юридических наук, доцент,
доцент кафедры гражданского процесса
Саратовской государственной юридической академии,
Саратов, Российская Федерация

ПАРТИЙНЫЕ ФУНКЦИОНЕРЫ И ТРЕТЕЙСКИЙ СУД

В связи с активным созданием в последнее время на постсоветском пространстве постоянно действующих третейских судов, реформированием законодательства, регламентирующего их юрисдикционную деятельность, у различных слоев населения наблюдается закономерный интерес к данному институту. Несмотря на то, что в настоящее время издается большое количество научной и учебной литературы, в той или иной мере затрагивающих проблематику третейских судов, одна группа фактов, связанных с их развитием, как представляется, оказался необоснованно забытой.

Речь идет об отдельных делах, разрешавшихся в третейских судах, которые, на наш взгляд, стали представлять определенный интерес только по прошествии длительного времени, так как позволяют сформировать наиболее полное представление о данном юрисдикционном органе.

Хотя включенные в настоящую статью факты и являются довольно разрозненными, мы постараемся по мере возможности структурировать их освещение определенным образом.

Зачастую в третейских судах предусматривалось разрешать не только гражданские, но и уголовные дела. Так, ст. 6 Декрета от 24 ноября 1917 г. № 1 «О суде», а также ст. 1 Декрета ВЦИК (Декрет о третейском суде) от 16 февраля 1918 г. предусматривала возможность для сторон «по всем … частноуголовным делам …» обращаться к третейскому суду. В соответствии с действовавшими в то время УК РСФСР и УПК РСФСР в третейских судах могли быть рассмотрены дела об умышленном причинении легкого телесного повреждения (ст. 153 УК), об умышленном нанесении удара, побоев или ином насильственном действии, причинившем боль (ч. 1 ст. 157 УК), об оскорблении в устной или письменной

форме (ст. 172 УК), о публичном оскорблении в печати (ст. 173 УК), а также о клевете, т.е. оглашении заведомо ложного и позорящего другое лицо обстоятельства (ст. 174 УК) и о клевете в произведении (ст. 175 УК).

Кроме того, в третейских судах разрешались и значительно более серьезные, межгосударственные, вопросы. Так, по условиям различных мирных договоров разрешение территориальных притязаний предусматривалось проводить в третейских судах.

Например:

- по Брест-Литовскому мирному договору (1917 г.), подписанному от России В.И. Лениным, И.В. Сталиным и Л.Д. Троцким, все территориальные, военные и экономические вопросы, связанные с установлением границы и мирных отношений между договаривающими странами, должно было разрешаться третейскими судами. [1]
- по Русско-Финскому договору (1918 г.), подписанному от России В.И. Лениным, И.В. Сталиным и Л.Д. Троцким, об установлении границы и мирных отношений, которым регулировались территориальные, военные, экономические и правовые вопросы, все споры, связанные с ним, предусматривалось разрешать в третейском суде, образуемым из представителей обеих сторон с участием, кроме того, председателя третейского суда, назначаемого правлением Левой социал-демократической партии Швеции. [2]

Потенциал третейского суда в нашей стране на определенном этапе развития активно использовался партией большевиков в своих целях для разрешения довольно своеобразных категорий дел.

Так, в 1904 г. в споре о предназначении и полномочиях Совета партии, как ее высшего руководящего органа, звучали предложения сделать его – Совет – партийным третейским судом. [3] Кроме того, в том же году В.И. Ленин указывал, что в третейском суде должны разрешаться все споры относительно членства в партии. [3]

С помощью третейского суда партийные функционеры зачастую решали и вопросы, связанные с финансированием партии. Как отмечали современники, в 1907 г. состоялся третейский суд. «По приговору этого суда мы [большевики] получили максимум того, чего вообще суд мог добиться от наследников мебельного фабриканта Н.П. Шмита. Этот суд под председательством видного деятеля партии эсеров М.А. Натансона обязал наследников внести в кассу большевиков около половины суммы из наследства Н.П. Шмита – более 600 тыс. рублей». [4]

В.И. Ленин в 1911 г. посвятил проблематике разрешения спора о разделе партийного имущества между фракциями большевиков и меньшевиков в третейском суде «Держателей» специальную довольно объемную работу [5]. Кроме того, им же отмечались случаи разрешения и внутрипартийных споров в третейском суде. [6]

В отдельные исторические периоды высказывались мнения относительно того, что с помощью третейского суда допустимо разрешать вопросы войны и мира.

Так, в 1916 г. Л.Д. Троцкий рассматривал, в качестве вероятной, возможность разрешения военных конфликтов и ограничения вооружений при

помощи международного третейского суда. [7]

Позднее Условия приема отдельных партий в Коммунистический интернационал связывали низвержение капитализма также с последующей возможностью прекращения войн с помощью международных третейских судов. [8]

В связи с изложенным представляется далеко не случайным то обстоятельство, что, упразднив Декретом № 1 СНК РСФСР «О суде» (1917 г.) существовавшие ранее общие судебные установления (п. 1), приостановив действие института мировых судей (п. 2) и т.д. и т.п., В.И. Ленин, И.В. Сталин, Л.Д. Троцкий и другие видные партийные функционеры нормативно закрепили в нем возможность по всем спорным гражданским и частноуголовным делам обращаться в третейские суды (п. 6). [9]

Таким образом, на определенном этапе развития нашей страны партийными функционерами уделялось самое пристальное внимание позитивному потенциалу третейских судов для разрешения зачастую довольно специфических споров.

Использованные источники:

1. *Брест-Литовский мирный договор от 3.03.1918 г. между Германией, Австро-Венгрией, Болгарией и Турцией, с одной стороны, и Россией, с другой стороны // Известия. 1918. 14 марта.*
2. *Русско-финский договор об установлении границы и мирных отношений. 16.02. (1.03.) 1918 г. г. Петроград, Смольный / Похлебкин В.В. Внешняя политика Руси, России и СССР за 1000 лет в именах, датах, фактах. Выпуск II. Войны и мирные договоры. Книга 3: Европа в первой половине XX в. Справочник. М., 1995.*
3. *Ленин В.И. Шаг вперед, два шага назад (Кризис в нашей партии). Женева, 1904.*
4. *«Бриллианты» для диктатуры пролетариата / http://rusgal.ru/biblio/list/lenin.html*
5. *Ленин В.И. Итоги третейского суда «Держателей» / ПСС. Изд. 5. Т. 21. М., 1961.*
6. *Ленин В.И. Начала бонапартизма / ПСС. Изд. 5. Т. 34. М., 1974.*
7. *Троцкий Л. Гарантия мира (К характеристике пацифизма) // Наше слово. 1, 2.09.1916 г. №№ 201, 202.*
8. *Условия приема в Коммунистический Интернационал // Коммунистический Интернационал. 1920. № 13.*
9. *Декрет № 1 СНК РСФСР от 24.11.1917 г. «О суде» // СУ РСФСР. 1917. № 4. Ст. 50.*

К. С. Звягіна
студентка Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ПРОБЛЕМИ СКАСУВАННЯ РІШЕНЬ МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО АРБІТРАЖУ В УКРАЇНІ

Розгляд спору арбітражним судом закінчується винесенням постанови про припинення арбітражного розгляду чи прийняттям арбітражного рішення. У доктрині міжнародного комерційного арбітражу (далі – МКА) загальновизнаним є принцип, згідно з яким арбітражне рішення винесене по суті спору є остаточним і підлягає невідкладному виконанню. Арбітражне рішення не може бути оскаржене до жодної вищестоящої інстанції як судове рішення. Однак повне усунення будь-якої форми контролю за арбітражним рішенням могло б призвести до виконання таких рішень, які в разі їх винесення в межах судової системи були б скасовані або змінені вищестоящим судом. У силу того, що це – форма контролю з боку державних судів, то і порядок регулювання цього інституту може бути визначений тільки на рівні законодавства кожної окремої країни. Цей інститут закріплено в національному законодавстві багатьох країн.

В Україні питання скасування рішень МКА регулюються Законом України «Про міжнародний комерційний арбітраж» (ЗУ про МКА) від 24.02.1994 р. Відповідно до ч. 1 ст. 34 ЗУ про МКА оспорювання в суді арбітражного рішення може бути проведено тільки шляхом подання клопотання про скасування [1; 198]. Вичерпний перелік підстав для скасування арбітражних рішень встановлений у ст. 34 ЗУ України про МКА. Виділяють дві групи підстав для скасування: 1) ті, які підлягають перевірці судом за заявою сторони, яка надає докази щодо конкретних обставин; 2) ті, які підлягають перевірці судом ex officio, навіть, якщо жодна із сторін на них не вказує[2;229].

На практиці доволі часто підставою для подання клопотання про скасування арбітражних рішень є посилання на суперечливість рішення публічному порядку України. Міжнародні підходи до застосування категорії «публічний порядок» фундаментально були зафіксовані у двох основоположних міжнародних документах: Нью-Йоркській конвенції ООН про визнання і приведення до виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р. та Типовому законі ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговий арбітраж 1985 р. В законодавстві України існує декілька визначень поняття «публічний порядок». У ст. 228 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України, ст. 12 Закону України (далі – ЗУ) «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 р. та ППВСУ «Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України» №12 від 24.11.1999 р. містяться визначення, які є різними не тільки за своїм змістом, але й навіть за об’єктом. Ст.12 ЗУ «Про міжнародне приватне право» тлумачить категорію «публічний порядок» як основний правопорядок, що ґрунтується на правовій, політичній або економічній системах держави. Більш конкретного змісту категорії «публічний порядок» надає ст. 228 ЦК України, за якою «правочин визнається таким, що

порушує публічний порядок, якщо він був спрямований на порушення конституційних прав і свобод людини і громадянина, знищення, пошкодження майна фізичної або юридичної особи, держави, Автономної Республіки Крим, територіальної громади, незаконне заволодіння ним». ППВСУ № 12 від 24.11.1999 р. у п. 12 відзначає, що під публічним порядком належить розуміти «правопорядок держави, визначальні принципи і засади, які становлять основу існуючого в ній ладу (стосується її незалежності, цілісності, самостійності й недоторканності, основних конституційних прав, свобод, гарантій тощо)». У першому випадку – це застосування норм іноземного права на території України; у другому – нікчемність правочину; у третьому – визнання і виконання іноземних арбітражних рішень на території України. Дані визначення відносяться до різних груп норм імперативного характеру – законам внутрішнього публічного порядку та законам міжнародного публічного порядку. На мою думку, треба більш детально визначити зміст категорії «публічний порядок», для того, щоб у подальшому не виникало ніяких непорозумінь і зловживань. У п. 18 ППВСУ «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» від 6 листопада 2009 р. №9 поряд зі сприйняттям змісту публічного порядку, зафіксованого у ст. 228 ЦК України, його розуміння дещо розширено і зазначено, що такими є право чини, що посягають на суспільні, економічні та соціальні основи держави, зокрема: правочини, спрямовані на використання всупереч закону комунальної, державної або приватної власності; правочини, спрямовані на незаконне відчуження або незаконне володіння, користування, розпорядження об’єктами права власності українського народу; правочини щодо відчуження викраденого майна тощо. Тобто визначення поняття категорії «публічний порядок» у правозастосовчій практиці України дещо розширюється і конкретизується. Також необхідно звернути увагу, що у випадку оспорювання арбітражного рішення у компетентному органі держави місця винесення рішення арбітражу може ставитись питання про його відповідність публічному порядку цієї держави. А у випадку, коли заперечується визнання і приведення у виконання рішення іноземного арбітражу – про відповідність публічним порядкам держави, де це рішення визнається і примусово виконується [3; 229].

У випадку оспорювання арбітражного рішення суд може зупинити провадження з питання про скасування на встановлений ним строк, щоб надати можливість усунути підстави для скасування арбітражного рішення [4;156]. Однак, перед нами виникає певна колізія. Вирішити питання про можливість виконання даної процедури після винесення остаточного рішення за клопотанням про скасування арбітражного рішення суд не має змоги, оскільки після прийняття остаточного рішення, провадження у справі припиняється, а арбітражне рішення, якщо суд не встановить наявність підстав, передбачених у ст. 34 ЗУ «Про МКА», вважається скасованим.

Підсумовуючи сказане, слід зазначити, що на сьогоднішній день в національному законодавстві існують деякі прогалини, зокрема щодо визначення поняття «публічний порядок», щодо врегулювання процедури оспорювання рішень міжнародного комерційного арбітражу. Врегулювання цих питань на законодавчому рівні сприятиме ефективності розгляду справ,

оптимальної реалізації норм національного і міжнародного права у сфері міжнародного комерційного арбітражу, зокрема при оскарженні та вирішенні питань про визнання і приведення у виконання рішень міжнародних комерційних арбітражів.

Використані джерела:

1. *Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24.02.1994 р.// Відомості Верховної Ради України. – 1998. №25. – Ст. 198*
2. *Корабельников Б.Р. Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей. Комментарий к Нью-йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г. – 2-е узд., перераб. и доп. – М., 2008. – 368 с.*
3. *Морозова Ю.Г. Оговорка о публичном порядке в международном частном праве (понятие и современный порядок применения): дис…канд. юрид. наук: 12.00.03. – М., 2001. – 158 с.*
4. *Киселева Т.С. Оспаривание и принудительное исполнение решений международного коммерческого арбитража: сравнительно-правовое исследование: дис…канд. юрид. наук: 12.00.04. – Д., 2003. – 204 с.*

К. Л. Зілковська

аспірантка Одеського національного університету ім. І. І. Мечникова, Одеса, Україна

СУДОВЕ ОСКАРЖЕННЯ НОТАРІАЛЬНИХ АКТІВ

Питання сутності нотаріального акту, встановлення можливості та визначення процедури його оскарження в судовому порядку є доволі актуальним та має не тільки теоретичне, але й практичне значення з точки зору узагальнення та вдосконалення нотаріальної та судової практики.

Різноманітні питання функціонування нотаріату в Україні, зокрема проблеми, пов’язані з оскарженням в судовому порядку нотаріальних дій, відмови у їх вчиненні, нотаріальних актів, розглядалися у працях таких авторів як: В.В. Баранкова, Л.В. Єфіменко, І.Л. Казаневич, В.В. Комаров, С.П. Кондракова, Ф.М. Медвідь, Ю.В. Нікітін, Ж.Ф. Пієпу, Л.К. Радзієвська, О.В. Романовська, Г.В. Фадєєва, С.Я. Фурса, Є.І. Фурса, О.О. Шульга, І.А. Шундик, В.В. Ярков та ін.

В російській та українській юридичній літературі найчастіше нотаріальний акт розглядається як певний документ, який має певне юридичне значення та є результатом вчинення певних нотаріальних дій.

Наприклад, О. Романовська визначає нотаріальний акт як офіційний документ, що приймається уповноваженою особою, складений відповідно до встановлених правил, на підставі індивідуального звернення, яке створює відповідні права й обов’язки, є обов’язковим до виконання, що виявляється в застосуванні норми матеріального права до виявлених фактичних обставин [1, 32].

В. Баранкова розглядає нотаріальний акт як процесуально оформлене рішення нотаріуса або іншого уповноваженого на вчинення нотаріальних дій суб'єкта щодо застосування норм права до конкретної правової ситуації за участю відповідної особи чи осіб, на яких поширюється юридична сила цього акта [2, 16].

І. Череватенко визначає нотаріальний акт як документ, що процесуально оформлює рішення нотаріуса або іншого спеціально уповноваженого на здійснення нотаріальних дій суб'єкта щодо застосування норм права до конкретної правової ситуації стосовно офіційного визначення юридичних прав чи фактів, що тягне за собою настання певних правових наслідків, зостановлюється від імені держави та має володіти особливою доказовою силою [3, 101].

Спільною рисою усіх вказаних точок зору є визначення нотаріального акта саме як документа, який оформлюється нотаріусом або іншою особою, уповноваженою вчиняти нотаріальні дії в результаті вчинення ним нотаріальних дій (або у певних випадках – в результаті відмови у їх вчиненні).

Порядок судового оскарження нотаріального акту залежить від виду такого акта. В.В. Баранкова слушно поділяє нотаріальні акти на такі види:

- акти, які фіксують результат застосування норм матеріального права та вирішення нотаріальної справи по суті заявлених заінтересованими особами вимог (свідоцтво про право на спадщину, свідоцтво про придбання майна з прилюдних торгів, посвідчувальний напис, виконавчий напис);
- акти, що фіксують відсутність умов для застосування норм матеріального права та неможливість виникнення чи припинення нотаріального процесу на цій підставі (постанова про відмову у вчиненні нотаріальної дії);
- акти, що оформлюють процесуальні дії, необхідність здійснення яких виникає у ході розгляду нотаріальної справи (акт про неможливість застосування заходів щодо охорони спадкового майна, постанова про призначення експертизи тощо) [2, 16].

В судовій практиці найбільш часто зустрічаються випадки оскарження нотаріальних актів першої групи, оскільки саме вони є тим закономірним результатом, на досягнення якого спрямована нотаріальна діяльність. Спосіб судового оскарження нотаріального акта залежить від того суб'єкта, який звертається до суду, а особливо від того, чи був він учасником нотаріального процесу. Дуже часто до суду звертаються особи, які не приймали участі у нотаріальному процесі, однак нотаріальний акт певним чином вплинув на їх права та обов'язки. Наприклад, видача свідоцтва про право на спадщину одному зі спадкоємців може вплинути на права та обов'язки інших спадкоємців (або осіб, які ними себе вважають). Такі особи мають право звернутися до суду в порядку позовного провадження за захистом свого права з вимогою про визнання певного нотаріального акта недійсним. При цьому, як правило, така позовна вимога заявляється у сукупності з іншими, спрямованими безпосередньо на визнання за позивачем певного права, порушеного нотаріальним актом, та застосування судом певного, визначеного законом способу захисту цього права. В таких справах спір про право виникає між позивачем та особою, на користь якої видано нотаріальний акт. Нотаріус до участі у таких справах не залучається.

Зовсім інша ситуація виникає в тих випадках, коли нотаріальний акт оскаржує сам учасник нотаріального процесу, якщо внаслідок незаконних дій нотаріуса було видано нотаріальний акт, яким порушено права та обов'язки такої особи. Це, як правило, стосується нотаріальних актів другої групи, а саме – постанов про відмову у вчиненні нотаріальних дій. Відмова нотаріуса вчинити певну нотаріальну дію, яка не ґрунтується на встановлених Законом України «Про нотаріат» підставах, може бути оскаржена в судовому порядку особою, якій було відмовлено у вчиненні нотаріальної дії, якщо така відмова порушує її права або охоронювані законом інтереси. В даному випадку може бути оскаржений безпосередньо нотаріальний акт (постанова нотаріуса про відмову у вчиненні певної нотаріальної дії), з підстав незаконності відмови у вчиненні нотаріальної дії, яка оформлюється відповідним нотаріальним актом.

Нотаріальні акти третьої групи в суді не оскаржуються, оскільки мають лише проміжний характер та безпосереднім чином не впливають на права та обов'язки учасників нотаріального процесу. Їх законність може оцінюватися судом лише при розгляді справи щодо оскарження нотаріальних актів перших двох груп.

Використані джерела:

1. *Романовская О.В. Нотариат в Российской Федерации. – М. : РИОР, 2008. – 139 с.*
2. *Баранкова В.В. Нотариальные акты-документы // Бизнес информ. – 1998. – № 20. – С. 16-19.*
3. *Череватенко І. Нотаріальний акт-документ у нотаріальному процесі // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 12. ─ С. 100-104.*

С. О. Іванов
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін
Національного університету державної податкової служби,
Ірпінь, Україна

С. О. Сніцар
доцент кафедри романо-германських мов
Хмельницького національного університету,
Хмельницький, Україна

ОСОБЛИВІСТЬ МЕХАНІЗМУ ЦИВІЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ

Детально розглядаючи механізм притягнення до цивільно-правової відповідальності створених державою органів державної влади як учасників цивільних відносин слід відзначити, що у правозастосовчій практиці спеціально наголошується про неврегульованість питання відповідальності юридичних осіб, за якими майно закріплено на праві оперативного управління, зокрема, державних установ (організацій), що перебувають на державному бюджеті та казенних підприємств [1] щодо джерел погашення виниклої заборгованості та процедури списання закріплених бюджетних коштів (абз. 6 п. 1 листа Вищого арбітражного суду України до Кабінету Міністрів України «Щодо відповідальності юридичних осіб, за якими майно закріплено на праві оперативного управління» [2]. На жаль, детальної регламентації юридичної відповідальності органів державної влади не міститься й у нещодавно прийнятому спеціальному Законі України «Про центральні органи виконавчої влади» [3], у п. 1 ст. 27 якого лише зазначено, що посадові особи міністерств, інших центральних органів виконавчої влади несуть кримінальну, адміністративну, дисциплінарну та цивільно-правову відповідальність відповідно до закону. Зрештою, на недостатню розробленість у правовій науці проблеми майнової відповідальності заснованих державою організацій вказують також науковці [4, с. 98]. Отже, нині в умовах закріплення у ч. 2 ст. 2 ЦК України положення про те, що держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави є суб'єктами публічного права та зважаючи на положення ч. 3 ст. 81 ЦК України про те, що правовий статус юридичних осіб публічного права регулюється положеннями спеціального закону (а не нормами права ЦК України), а також провівши аналіз змісту чинного законодавства, слід констатувати про наявну прогалину в праві щодо цивільно-правового статусу створених державою організацій загалом та механізму їх цивільної відповідальності зокрема.

Для розв'язання наведеного питання необхідно зважити на специфічну юридичну природу органів державної влади у цивільних відносинах. Зокрема, у випадку, коли певний орган державної влади діє в цих відносинах від імені держави відповідно до своїх владних повноважень, то під час порушення при цьому цивільних зобов'язань настає безпосередня відповідальність держави. В ситуаціях, коли орган державної влади бере участь у цивільних відносинах від

свого імені, як юридична особа публічного права, безпосередню відповідальність несе саме це організаційне утворення, а держава у встановлених законом випадках виступає субсидіарним відповідачем.

Отже, безпосередня відповідальність держави за порушення зобов'язань зі сторони органів державної влади, зокрема, присутня «при здійсненні ними покладених публічних функцій» [5, с. 13-14]. Загалом, безпосередня цивільна відповідальність держави виникла порівняно нещодавно, так як до середини XX ст. у питаннях відповідальності держави за незаконні дії в публічно-правовій сфері діяв принцип «суверенного імунітету держави» [6, с. 141]. Нині у ст. 56 Конституції України прописане право кожного на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень. При цьому визначено, що майнова відповідальність держави настає незалежно від того, незаконною діяльністю якої гілки влади завдано шкоди – законодавчою, виконавчою або судовою. Держава, зокрема фігурує боржником під час незаконного рішення, дії чи бездіяльності свого органу державної влади (ст. 1173 ЦК України); незаконних рішень, дій чи бездіяльності посадової чи службової особи органу державної влади при здійсненні нею своїх повноважень (ст. 1174 ЦК України); прийняття органом державної влади нормативно-правового акту, що був визнаний незаконним і скасований (ст. 1175 ЦК України).

У позові до держави саме остання (а не будь-який орган державної влади, в тому числі її фінансові органи) має позначатися відповідачем [7, с. 119]. Покладання в цих випадках відповідальності держави за заподіяну шкоду підвищує гарантії прав потерпілих, так як їх право на повне і своєчасне відшкодування збитків стає більш реальним. Крім цього, безпосередня цивільно-правова відповідальність держави обумовлена наявністю вини держави, яка несе відповідальність за дії створених своїх владних органів.

Про цивільно-правову відповідальність органів державної влади як учасників цивільних відносин йдеться в ситуаціях неналежного виконання взятих зі сторони цих організаційних утворень зобов'язань (у випадках, коли шкода виникла не внаслідок адміністративної діяльності органу державної влади, а через реалізацію своїх правомочностей як юридичної особи, створеною державою, наприклад, під час задоволення своїх власних засновницьких інтересів). Недоговірна цивільно-правова відповідальність органів державної влади настає, наприклад, тоді, коли було завдано шкоди джерелом підвищеної небезпеки, володільцем якого виступає певних орган державної влади (ст. 1187 ЦК України).

Проводячи аналіз чинної нормативно-правової бази слід зазначити, що у перспективі в механізмі цивільної відповідальності органів державної влади потребують свого детального вирішення наступні питання: встановлення вини органів державної влади у зобов'язаннях, які виникли внаслідок затримки у фінансуванні їх діяльності зі сторони засновника-держави; питання майнової бази несення відповідальності зі сторони державних організацій-невласників переданого засновником майна (в умовах дії окремих нормативно-правових

актів про заборону звернення стягнення за зобов'язаннями на закріплене за юридичними особами публічного права майно – див. напр. положення ч. 3 ст. 5 Закону України «Про господарську діяльність у Збройних Силах України» [8]); питання колізії чинного законодавства щодо механізму реалізації субсидіарної відповідальності з боку держави за зобов'язаннями створених нею юридичних осіб публічного права (зокрема, актуальним на часі в умовах систематичного неповного бюджетного фінансування окремих галузей постає питання залучення держави до субсидіарної відповідальності за зобов'язаннями, які виникли у процесі здійснення державними установами прибуткової діяльності); питання формування підходів у визначенні (персоніфікації) осіб, що повинні виступати від імені держави у випадку настання субсидіарної відповідальності останньої за зобов'язаннями заснованих нею юридичних осіб та під час притягнення держави до безпосередньої майнової відповідальності за завдану шкоду; окремим гострим питанням в нинішніх економічних умовах стоїть питання джерел додаткової відповідальності держави.

При вирішенні цих питань, на нашу думку, слід дотримуватися змісту цивільно-правових принципів рівності всіх суб'єктів права власності перед законом, судового захисту цивільного права та інтересу, справедливості, добросовісності та розумності. Як наслідок, пропонується внести наступні пропозиції у чинний ЦК України: п. 3 ст. 96 ЦК України слід викласти в такій редакції: «Засновник юридичної особи не відповідає за зобов'язаннями юридичної особи, крім випадків, передбачених цим Кодексом». У положення ст. 619 ЦК України пропонується внести окремий пункт про встановлення субсидіарної відповідальності власника майна – держави при недостатності в момент несення відповідальності за виниклими зобов'язаннями у юридичній особі публічного права грошових засобів. На зміну редакції ч. 1 ст. 174 ЦК України, пропонується закріпити правило, відповідно до якого держава несе відповідальність як учасник цивільних відносин та субсидіарну відповідальність як власник майна створених нею осіб засобами державного бюджету в особі своїх фінансових органів державної влади та іншим незакріпленим за юридичними особами державним майном, крім майна, яке відповідно до закону не підлягає стягненню.

***Використані джерела*:**

1. *Про звернення Вищого господарського суду України до Верховної Ради України і Кабінету Міністрів України щодо необхідності законодавчого унормування відповідальності юридичних осіб : інформаційний лист Вищого господарського суду України від 09.11.2001 р. № 01–8/1187 // Вісник господарського судочинства. – 2002. – № 1. – С. 119.*
2. *Щодо відповідальності юридичних осіб, за якими майно закріплено на праві оперативного управління : лист Вищого арбітражного суду України від 27.06.2001 р. № 01–2.2/165 // Бюлетень «Бізнес: законодавство та практика». – 2002. – № 2.*
3. *Про центральні органи виконавчої влади: Закон України від 17 березня 2011 року., № 3166-VI. // ВВР – 2011. – N 38. – ст.385.*

4. *Трубін, І. Загальні проблеми юридичної відповідальності за бюджетні правопорушення / І. Трубін // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 6. – с. 95 – 100.*
5. *Кучеренко, І. М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права : [монограф.] / І. М. Кучеренко ; НАН України; Ін–т держави і права імені В. М. Корецького. – К., 2004. – 218 с.*
6. *Рипинский, С. Ю. Институт внедоговорной имущественной ответственности государства в зарубежном праве и праве Европейского Союза / С. Ю. Рипинский // Правоведение. – 2002. – № 4. – С. 142.*
7. *Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / за ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. – К. : Істина, 2006. – 368 с.*
8. *Про господарську діяльність у Збройних Силах України: Закон України від 21 вересня 1999 р., № 1076-XIV. // ВВР. – 1999. —№ 48. – ст.408.*

А. Я. Ізрайло
студент юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

НЕПРЯМИЙ ПОЗОВ ЯК СПОСІБ ЗАХИСТУ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ

Актуальною проблемою в Україні, насьогодні є поліпшення захисту прав власності та прав інвесторів. Зокрема, важливим для розвитку економічних відносин є ефективний правовий захист учасників товариств, у відносинах з особами, які здійснюють управління цими товариствами. В більшості країн розвинутих ринкових відносин, існує такий важливий механізм захисту прав акціонерів як непрямий, або як його ще називають похідний позов. Суть цього механізму полягає у тому, що учасники товариства, зазвичай ті, що не мають більшості у статутному капіталі товариства, можуть подати позов від імені товариства до осіб, які входять до складу органів управління акціонерного товариства у разі зловживань таких управляючих, які завдали шкоди товариству.

Справа в тому, що фізичні та юридичні особи, придбаваючи акції, набувають певні майнові права вимоги до акціонерного товариства – на участь у розподілі прибутку, на отримання частини майна у разі ліквідації товариства. Майнові права вимоги також є «майном», а тому забезпечуються правовими гарантіями, включаючи охорону законом прав акціонерів, у т.ч. міноритарних (дрібних) акціонерів як слабкої сторони в системі корпоративних відносин, і судовий захист порушених прав.

Непрямий позов пред’являється акціонером на захист інтересів акціонерного товариства, яке зазнало збитків внаслідок неправомірних дій його посадових осіб. Однак у кінцевому рахунку акціонери захищають і власні інтереси, оскільки після відшкодування збитків чи повернення неправомірно відчуженого майна збільшуються активи акціонерного товариства. Крім цього, може підвищитися ринкова вартість його акцій. Однак пред’явлення непрямих

позовів спрямоване не лише на захист приватних інтересів акціонерів, але й на досягнення таких публічних цілей, як залучення приватних інвестицій в економіку та забезпечення стабільності суспільних відносин у сфері цивільного обороту.

В Україні, чинне законодавство на жаль не передбачає права акціонерів на звернення до суду за захистом інтересів акціонерного товариства. Хоча ч.4 ст.23 Закону України «Про господарські товариства» закріплює відповідальність посадових осіб за заподіяну ними товариству шкоду. Враховуючи непоодинокі випадки зловживання посадовими особами господарських товариств та/або вчинення ними правочинів, що суперечать як інтересам товариств, так і їх учасників, останні намагаються захистити інтереси товариств (та опосередковано свої інтереси) шляхом подання позовів до суду. Однак судові органи у задоволенні таких позовів відмовляють, посилаючись на відсутність у учасників товариств наданого законом права на звернення до судів з подібними позовами. Виняток становить правило, закріплене у ч.2 ст.72 ЗУ «Про акціонерні товариства», згідно з яким, закріплено право будь-кого з акціонерів вимагати визнання судом недійсним правочину, щодо вчинення якого є заінтересованість, укладеного акціонерним товариством з юридичною особою, всі акції (частки, паї) якої належать особі, заінтересованій у вчиненні товариством правочину, та/або її афілійованим особам, у разі недотримання вимог, передбачених статтею 71 цього Закону, а також відшкодування збитків та/або моральної шкоди. Проте єдиний такий випадок не спростовує необхідності законодавчого закріплення інституту похідного позову.

Введення такого способу захисту прав міноритарних акціонерів також наблизить українську правову систему до стандартів провідних країн світу, а також суттєво покращить ситуацію із гарантуванням прав акціонерів що мають незначний пакет акцій, чиї права в Україні досить часто нівелюються.

На мою думку, право похідного позову необхідно закріпити для кваліфікованої меншості акціонерів. Такий підхід був би логічним продовженням положень ЗУ «Про акціонерні товариства», а також унеможливив би технічні зловживання таким правом.

Таким чином я вважаю, що необхідним є введення інституту похідного позову в правову систему України, і з цією ціллю доповнити положення ЗУ «Про акціонерні товариства», ГК і ГПК відповідними нормами, які б дозволили застосування похідного позову акціонерами, чиї права порушені.

Використані джерела:

1. *Закон України «Про акціонерні товариства» від 17.09.2008 року // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2008. – №50-51. – Ст.384.*
2. *Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 р. № 1798-XII // Відомості Верховної Ради. – 1992. – №6. – ст.56.*
3. *Корпоративне управління: Монографія / І.В.Спасибо-Фатєєва, О.Кібенко, В.Борисов. – Х.: Право, 2007. – 500с.*
4. *Глусь Н.С. Корпорації та корпоративне право: поняття, основні ознаки та особливості захисту: автореф. дис... канд. юр. наук: 12.00.03 / Н.С. Глусь; Київ. нац. ун-т ім. Т.Шевченка. – К., 2000. – 23 с.*

5. *Корпоративне право України : підручник за заг. ред. В.В.Луця – К.:Юрінком Інтер, 2010 – 384 с.*

А. В. Іщенко
студент юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

МАЙНОВІ ПРАВА АВТОРА ТА ОСОБИ, ЯКА МАЄ АВТОРСЬКЕ ПРАВО: ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ

Майнові права автора та особи, що має авторське право не можна розглядати лише як науково-теоретичне питання. Передусім, воно має значення для правозастосовної практики, законотворчої діяльності, а отже для навчального процесу. Усі наведені обставини зумовлюють актуальність цього дослідження.

Питання майнових прав інтелектуальної власності ще не зайняли належне місце у планах науково-дослідної роботи наукових установ і навчальних закладів. Хоча проблеми прав інтелектуальної власності досліджувалися багатьма як вітчизняними, так і зарубіжними науковцями. Актуальність теми посилюється тим, що на практиці виникає чимало питань, які потребують теоретичного осмислення та законодавчого уточнення. Завданням даної роботи є виявлення у системі майнових прав інтелектуальної власності суперечок, колізій та норм, що не відповідають світовому досвіду і практичній доцільності, а також шляхи їх вирішення.

Майнові права інтелектуальної власності на твір у ЦК України поділені на виключні і просто майнові права. На думку Шишки Р.Б. цей поділ викликає великий сумнів, у своїй доцільності. З ним пов’язаний початок чинності майнових прав на зазначені об’єкти [5,32].

Просто майновими правами інтелектуальної власності на твір Цивільний кодекс України визнав: право на використання твору; право перешкоджати неправомірному використанню твору, в тому числі забороняти таке використання; інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом.

Закон України «Про авторське право і суміжні права» одним із майнових прав визнає право автора на плату за використання його твору. Частина 5 ст. 15 цього Закону встановила, що суб’єкт авторського права має право вимагати виплати винагороди за будь-яке використання твору [2]. До виключних прав інтелектуальної власності на твір ЦК України відносить: виключне право дозволяти використання твору.

За Законом України «Про авторське право і суміжні права» право на використання визнається як виключне. Проте п.1 ч.1 ст.440 ЦК України не визнає його виключним [1]. Звертає увагу певна некоректність формулювання цієї норми. Дане право за своєю юридичною природою є виключним, тому що

лише сам автор може використовувати створений ним твір і тільки він як суб'єкт цього права може дозволяти його використання іншими особами. На мою думку, розмежування майнових прав на виключні і невиключні в такому випадку буде недоцільним.

За авторським договором можуть передаватися як перші, так і другі права. Залежно від обсягу переданих прав статус автора та видавництва по відношенню один до одного відрізняється. Передача виключних прав означає, що до видавництва переходить виключне право використання об'єкта авторського права всіма відомими способами та право дозволяти і забороняти використання твору.

З цього випливає, що лише те видавництво, яке отримало такі права, може використовувати твір (наприклад, публікувати) протягом певного строку, на який ці права передано, і автор не може укласти договір з іншим видавництвом. Проте як автор, так і видавництво мають право захищати твір від посягань третіх осіб. Фактично це договір, який передбачає, що ніякі особи, окрім володільця виключних прав, не мають права на використання твору.

При передачі невиключних прав, автор може передати такі ж права в тому ж обсязі й іншому видавництву. Звісно, якщо книга обіцяє успіх, передача невиключних прав, скоріше всього, видавництво не влаштує, оскільки є ризик того, що книга вийде на ринок в іншому видавництві, а це може зумовити зменшення очікуваного прибутку.

Салфетник Г. звертає увагу на те, що ЦК України не визначає, що означає перешкоджати неправомірному використанню творів, в тому числі забороняти таке використання [4,25]. Термін «перешкоджати» новий в ЦК України, ст. 16 ЦК України також не містить його серед способів захисту цивільних прав. Перешкоджання неправомірному використанню права стосується інтелектуальної власності і, безперечно, є одним із способів захисту права інтелектуальної власності. Термін «перешкоджання» включає в себе і заборону неправомірного використання творів.

ЦК України взагалі не визначає дати набуття чинності майновими правами інтелектуальної власності на твори. ЦК України лише визначає строки чинності цих прав і з якого моменту вони починають свій перебіг. Часина 1 ст. 437 ЦК України проголошує, що авторське право виникає з моменту створення твору. Ст. 446 ЦК України «Строк чинності майнових прав інтелектуальної власності на твір» встановила: «строк чинності майнових прав інтелектуальної власності спливає через сімдесят років, що відліковуються з 1 січня року, наступного за роком смерті автора чи останнього із авторів, який пережив інших співавторів, крім випадків, передбачених законом» [1].

На думку Ришкової О.В. із наведеної статті випливає, що майнові права інтелектуальної власності на твір виникають з моменту створення твору і закінчуються (спливають) через сімдесят років після смерті автора. Семидесятирічний строк відліковується з 1 січня року, що настає за роком смерті автора [3,142].

Отже, майнові права інтелектуальної власності на твір припиняють свою чинність в день смерті автора, а потім знову з'являються у правонаступників, і починають діяти з 1 січня року, який настає за роком смерті автора. Між днем

смерті автора, наприклад 5 січня поточного року, і 1 січня року, що настає, майнові права інтелектуальної власності на твір формально не діють, не мають чинності.

На підставі наведеного можна зазначити, що чинне законодавство України про інтелектуальну власність містить ряд недоліків та прогалин. Разом з тим, позитивною рисою є його прагнення максимально наблизитись до міжнародних стандартів.

***Використані джерела*:**

1. *Цивільний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2004, N 40-41, 42, ст.492*
2. *Закон України «Про авторське право та суміжні права» // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 1994. – № 13. – ст. 64*
3. *Ришкова О.В. Захист прав інтелектуальної власності за цивільним законодавством України: Дис.... канд. юрид. наук: 12.00.03/Одеська юридична академія. – О., 2007. – 247с.*
4. *Салфетник Г. Захист прав у сфері інтелектуальної власності // Інтелектуальна власність. – 2002. – № 2-3., 24-26 с.*
5. *Шишка Р.Б. Охорона прав суб'єктів інтелектуальної власності у цивільному праві України : автореф. дис.... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Національний ун-т внутр. справ. – Х., 2004.*

В. Я. Калакура

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри міжнародного приватного права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ЗАСТОСУВАННЯ *LEX VOLUNTATIS* В МІЖНАРОДНОМУ СІМЕЙНОМУ ПРАВІ

В умовах сьогодення значно зростає обсяг сімейних відносин ускладнених іноземним елементом, що зумовлює актуальність питань присвячених теоретичним засадам правового регулювання міжнародних сімейних відносин (сімейних відносин ускладнених іноземним елементом).

Проблеми принципів колізійного регулювання приватних відносин з точки зору загальнотеоретичних засад досліджувалися в працях Довгерта А.С. [2], Кисіля В.І. [3], Мережко О.О. [4]. Окремі питання колізійного регулювання сімейних відносин знайшли своє відображення в працях Бурлай О.Є. [1]. У вітчизняній літературі, нажаль, не знайшли належного теоретичного обґрунтування та опрацювання загальні принципи колізійного регулювання міжнародних сімейних відносин, в тому числі принцип lex voluntatis (принцип автономії волі).

Розглянемо теоретичне підґрунтя, та особливості застосування цього принципу в українському колізійному праві, його взаємодію з іншими принципами колізійного регулювання.

Здійснивши порівняльний аналіз особливостей колізійного регулювання міжнародних сімейних відносин, можна констатувати, що до кола правопорядків, які мають тісний зв'язок з цими відносинами, слід включити: право країни місця укладення шлюбу (*lex loci celebrationis*); право країни, що є особистим законом (*lex personalis*) суб'єктів сімейних відносин (у самих різних конфігураціях поєднання права країни громадянства та права країни місця проживання); право країни, місця знаходження майна (*lex rei sitae*); право країни, яке обрали самі сторони для регулювання своїх відносин (*lex voluntatis*) [5, 238-279].

Одне з центральних місць в колізійному регулюванні сімейних відносин з іноземним елементом займають положення щодо правових наслідків шлюбу (стаття 60 Закону України «Про міжнародне приватне право» – далі Закон про МПрП). Необхідно враховувати, що стаття 36 СК України «Правові наслідки шлюбу» передбачає, що шлюб є підставою для виникнення прав та обов'язків подружжя. Стаття 60 Закону про МПрП передбачає, що правові наслідки шлюбу визначаються спільним особистим законом подружжя, а за його відсутності – правом держави, у якій подружжя мало останнє спільне місце проживання, за умови, що хоча б один з подружжя все ще має місце проживання у цій державі, а за відсутності такого – правом, з яким обидва з подружжя мають найбільш тісний зв'язок іншим чином. У другій частині цієї статті на регулювання правових наслідків шлюбу поширюється принцип автономії волі – lex voluntatis, що передбачено статтею 5 цього закону. Однак, при цьому, подружжя повинно відповідати певним вимогам. Вибір застосовуваного права може здійснювати подружжя, яке не має спільного особистого закону, якщо подружжя не має спільного місця проживання або якщо особистий закон жодного з них не збігається з правом держави їхнього спільного місця проживання. Угода про вибір права припиняється, якщо особистий закон подружжя стає спільним.

Колізійний принцип автономії волі (*lex voluntatis*) все в більшій мірі поширюється на регулювання сімейних відносин. Це стосується правових не тільки правових наслідків шлюбу, але й шлюбного договору, регулювання різних видів майнових відносин подружжя тощо. Так, наприклад, подружжя має можливість здійснити вибір права, яке буде застосовуватися до шлюбного договору. Однак, коли мова йде про вибір права, постає питання про коло правопорядків, серед яких сторони можуть здійснювати цей вибір. Стаття 5 цього Закону передбачає, що сторони можуть здійснювати вибір застосовуваного права з необмеженого кола правопорядків, якщо інше не передбачене законом. На нашу думку особливість реалізації принципу «автономії волі» в міжнародних сімейних відносинах, як раз повинно містити певні обмеження. Подібний підхід знайшов своє відображення і в Гаазькій конвенції «Про право, що підлягає застосуванню до правових режимів майна подружжя». Саме він (в певній модифікації) згодом був сприйнятий в Законі про МПрП. У відношенні шлюбного договору встановлюється перелік правопорядків, серед яких можна здійснювати вибір права. Це може бути:

1) право країни, що є особистим законом одного з подружжя; 2) право країни, у якій один з них май звичайне місце перебування; 3) право країни де знаходиться майно, яке є предметом регулювання (щодо нерухомого майна).

На думку автора, в якості постановки проблеми та визначення перспектив подальшого розвитку колізійного регулювання шлюбного договору (в контексті принципу «автономії волі») доцільно розглянути можливість встановлення ще одного способу обмеження свободи вибору, а саме – з урахування принципу застосування більш сприятливого права. Справа в тому, що особи, які укладають шлюбний договір, не дивлячись на те, що з правової точки зору є юридично рівними учасниками відповідних відносин, по суті цих відносин можуть знаходитися в нерівних умовах (це може стосуватися майнового стану, особливостей особистих відносин тощо). А це в свою чергу може створити небезпеку, що вибір застосовуваного права може бути здійснено під впливом однієї із сторін, або навіть нав'язаний цією стороною. Можливо варто передбачити колізійне правило, згідно з яким, обране сторонами право не повинно значно погіршувати стан дитини чи одного з подружжя в порівнянні з тим правом, яке застосовувалося б за відсутності здійсненого вибору.

Ґрунтовне забезпечення здійснення принципу lex voluntatis в міжнародному сімейному праві буде сприяти належному правовому регулюванні сімейних відносин з іноземним елементом.

Використані джерела:

1. *Бурлай О.Є. Правовідносини подружжя в міжнародному приватному праві. Дисерт. ... канд. юрид. наук. – К. : КНУ ім. Т.Шевченка, 2007. – 182 с.*
2. *Довгерт А.С. Сучасні приватноправові реформи в Україні з огляду на формування всесвітньо цивільного права // Проблеми систематизації приватного права України та Європи : Монографія / За заг. ред. Ю.В.Білоусова. – К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва АПрН України, 2009. – 94-109.*
3. *Кисіль В.І. Міжнародне приватне право. Питання кодифікації. 2-е вид., доп. і переробл. – К.: Україна, 2005. – 480 с.*
4. *Мережко О.О. Проблеми теорії міжнародного публічного та приватного права / Олександр Мережко. – К.: Юстиниан, 2010. – 320 с. – Бібліогр.: с.309-316.*
5. *Міжнародне приватне право. Науково-практичний коментар Закону / за ред.. А.С.Довгерта. – Харків: «Одіссей», 2008. – 352 с.*

А. С. Калітенко
студентка Інституту прокуратури та слідства
Національного університету «Одеська юридична академія»,
Одеса, Україна

ІСТОРИЧНІ АСПЕКТИ РОЗВИТКУ ЗАКОНОДАВСТВА З ПИТАНЬ ДОГОВІРНОГО РЕГУЛЮВАННЯ СІМЕЙНИХ ВІДНОСИН

Вивчення історії права (зокрема окремих її аспектів) є одним із найважливіших чинників формування національної правосвідомості народу. «Без знання минулого неможливо точне поняття про сучасне», – справедливо наголошував видатний український історик М.С.Грушевський.

Історія розвитку права України має величезне значення, насамперед тому, що сприяє усвідомленню складного, багатогранного і часто суперечливого нашого історичного минулого, зокрема державотворення. Важливою, багато в чому визначальною віхою історії права є те, що вона розглядає політичні та правові інститути практично до наших днів. Тому не випадково спостерігається зв'язок з чинним правом, спонукання відповідним чином з'ясувати його сутність, недоліки, переваги. Досліджуючи, систематизуючи досвід минулих поколінь, історико-правова наука сприяє пізнанню й використанню у державному будівництві закономірностей державно – правового розвитку інших країн, дозволяє уникати повторення необдуманих кроків. Проте це можливо, з одного боку, лише за умови об'єктивного дослідження наявного історико-правового матеріалу, процесів, що здійснювалися свого часу у ході розбудови держави, з іншого – за наявності у практиці сьогодення глибокого бажання і реальних можливостей здійснити багатовікову мрію українського народу про побудову й існування демократичної держави і громадянського суспільства.

21 вересня 2011 року в Верховній Раді України відбулися парламентські слухання на тему «Інститут сім'ї в Україні: стан проблеми та шляхи їх вирішення» на яких в черговий раз зверталася увага на нагальні практичні та законодавчі проблеми в сфері сімейних відносин. Суттєві зміни, що відбуваються останнім часом в суспільстві мають своє безпосереднє відображення і в галузі законодавства. Так, наприклад, всебічне поширення договірного регулювання суспільних відносин призвело до сучасного поширення правової конструкції договору і для регулювання сімейних відносин. Враховуючи таку новизну договірних сімейних відносин з метою порівняння та визначення принципових тенденцій та перспектив розвитку договірного регулювання сімейних відносин проаналізуємо основні законодавчі акти в сфері сімейного права, починаючи з минулого століття саме на предмет дозволу договірного регулювання в цій особливій сфері суспільних відносин.

Регулювання сімейних відносин протягом останніх десятиліть здійснювалося за допомогою прямих приписів законодавства, а правові норми імперативно визначали обсяг і зміст особистих та майнових прав і обов'язків учасників сімейних відносин. Самі ж сторони не набували права за своїм бажанням змінювати законодавчі приписи. У науці широкого поширення набула думка про те, що договірні відносини в сімейному праві не є типовими, а якщо

вони й існують, то в основному мають поодинокий і, як правило, безвідплатний характер. З урахуванням цього в сімейно-правовій науці проблемам договірного регулювання, яке було б альтернативним законному регулюванню відносин між подружжям, членами сім'ї та родичами, увага практично не приділялася.

Загальна демократизація суспільства, яка відбувається в Україні останнім часом, та зміна економічних орієнтирів поставили питання щодо перегляду основних концепцій правового регулювання сімейних відносин. Розширення диспозитивних засад регулювання відносин в сім'ї стало підставою збільшення ролі договору в сімейному праві, створило умови для виникнення поряд із законним регулюванням системи договірного регулювання сімейних відносин. Аналізуючи положення Сімейного кодексу України, можна зробити висновок про появу цілого комплексу нових різновидів договорів подружжя. Поступово формується нотаріальна та судова практика укладення подружніх договорів [1, 1].

Однак, незважаючи на значну кількість праць, присвячених проблемам правового регулювання майнових відносин у сім'ї, теорія договору в сімейному праві розроблена не була, а комплексного наукового дослідження договірного регулювання відносин подружжя не проведено. Це вимагає теоретичного аналізу загальних засад та історичних аспектів розвитку договірного регулювання відносин що виникають між членами сім'ї та родичами.

Як відомо з часів римського права і дуже тривалий період часу пізніше шлюб розглядався як договір.

Однак поступово тенденція до посилення державного контролю призвела до майже повного виключення інститут договору з сімейно правових відносин.

Так Кодекс законів про сім'ю, опіку, шлюб та акти громадянського стану УССР (прийнятий 31 травня 1926 року) [2] фактично не містив жодної статті, яка б дозволяла використання правової конструкції договору в сімейних відносинах. Єдине побічне згадування про договір (домовленість) містилося в статті 13 цього Кодексу, де зазначалося, що у разі наявності у батьків різного прізвища – прізвище дитини встановлюється за їх домовленістю. Такий підхід законодавця можна пояснити бажанням держави та владних органів взяти під контроль сімейні відносини та встановити вигідний для них порядок їх регулювання.

Кодекс законів про шлюб та сім'ю УРСР 1969 року [3] тривалий час також не містив норм, які б безпосередньо стосувалися можливості застосування договірних конструкцій в сімейних відносинах. І лише в 1992 році (майже 20 років тому) з'явилася перша стаття 27-1, яка закріпила можливість осіб, що беруть шлюб, укладати між собою шлюбний договір. Така прозахідна категорія отримала абсолютно протилежні оцінки, як фахівців, так і народних мас, однак не дивлячись на негативні відгуки вже майже 20 років досить вдало функціонує в суспільстві.

Корінним чином змінилася ситуація із прийняттям чинного Сімейного кодексу України [4] (вірніше з набранням ним чинності) в 2004 році. Справа в тому, що на відміну від попередніх кодифікованих актів в чинному кодексі договірне регулювання сімейних відносин закріплюється у якості однієї з загальних засад регулювання сімейних відносин (ч. 2 ст. 7 СК).

Висновок. Проведений аналіз дає змогу говорити про сучасну тенденцію всебічного поширення правової конструкції договору на регулювання сімейних відносин. Вирішення сімейних проблем шляхом укладення договору позбавить сторони неприємних процесів та судових процедур. В цілому ідея застосування договорів в сімейному праві направлена на забезпечення прав, свобод та законних інтересів дітей, батьків, подружжя та інших членів сім'ї та родичів.

Використані джерела:

1. *Антошкіна В. К. Договірне регулювання відносин подружжя: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. / В.К.Антошкіна, – Х., 2006., 20 с.*
2. *Кодекс законів про сім'ю, опіку, шлюб і акти громадянського стану УРСР від 31.05.1926 р. // Собр. Узаконений УССР. – 1926. – № 67 – 69. – Ст. 440.*
3. *Кодекс про шлюб та сім'ю України: (Затверджено Законом № 2006-VII (2006а-07) від 20.06.1969 р.) // Відомості Верховної Ради України. – 1969. – № 26. – Ст. 204.*
4. *Сімейний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 21 – 22.*

Д. В. Каменська
студентка юридичного факультету
Харківського національного університету ім. В. Н. Каразіна,
Харків, Україна

СТРАХУВАННЯ ПРОФЕСІЙНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЛІКАРЯ

Будь-яка професійна діяльність в сфері людського буття містить в собі потенційний ризик нанесення шкоди іншій особі або її майну внаслідок випадкової помилки чи збігу негативних обставин. Особливо гостро це сприймається в галузі медицини, оскільки помилки медичних працівників можуть призвести не тільки до погіршення стану здоров'я, але й до смерті людини [3].

Взаємовідносини лікаря й пацієнта є основою регулювання медичного законодавства. В умовах реформування системи охорони здоров'я й поступового переходу її на платну основу, відносини між медичними працівниками та пацієнтами переходять у сферу цивільно-правового регулювання. Найважливіші для людини і суспільства поняття – життя та здоров'я – стають предметом цивільно-правових угод.

Страхування професійної відповідальності лікарів є для України порівняно новим явищем, яке досліджується в контексті добровільного страхування. З огляду на це, теоретичні та практичні аспекти запровадження страхування професійної відповідальності лікарів як системного феномену, що визначає професійні гарантії надавачів медичної допомоги, залишаються недостатньо вивченими. Інтерес науковців сьогодні зосереджено в першу чергу

на проблемах та перспективах введення в Україні загальнообов'язкового медичного соціального страхування [1].

Питання якості медичних послуг, відповідальності лікарів та страхування їх професійної відповідальності висвітлювали у своїх працях такі українські науковці та спеціалісти: Д.В. Карамишев, О.Г. Рогова [1], І.М. Дрозд [3], О.Мусій [4], О. Файєр [5], С.В. Антонов [6], також цій проблематиці приділяли увагу в своїх працях Д.Бланд [7], В.Д. Базилевич [8]. Але на сьогодні визначення поняття «професійна відповідальність лікаря» досі не подано. На нормативно-правовому рівні особливості здійснення страхування професійної відповідальності лікарів не закріплені [5,269].

Професійна відповідальність – це майнова відповідальність спеціалістів різних професій, недостатня кваліфікація, помилки чи упущення яких внаслідок необачності або недбалості можуть спричинити шкоду споживачу їх діяльності. З метою захисту майнових інтересів страхувальників (фізичних та юридичних осіб – самих лікарів та медичних закладів будь-якої форми власності), що спричинили шкоду третім особам та майновим інтересам постраждалих, які здійснювали професійну діяльність, вводиться страхування професійної відповідальності. У розвинутих країнах таке страхування є обов'язковим у разі започаткування приватної практики [8, 374].

На думку С.В. Антонова, страхування професійної відповідальності лікарів – це страхування самої медичної практики на випадок настання відповідальності перед пацієнтом [6]. О. Файер не розділяє цих поглядів та зазначає, що предметом страхування професійної відповідальності лікарів є майнові інтереси, пов'язані з відповідальністю лікарів перед пацієнтами, життю та/або здоров'ю яких може бути завдана шкода, внаслідок помилкових рішень або дій (бездіяльності) при наданні медичних послуг [5,272].

Проаналізувавши законодавство та позиції вчених, можна зробити висновок, що страхування професійної відповідальності лікаря – це вид цивільно-правових відносин щодо захисту майнових інтересів третіх осіб (пацієнтів), що не суперечать законодавству України, пов'язаних з відшкодуванням шкоди, заподіяної їх життю та здоров'ю внаслідок прийняття помилкових рішень або дій (бездіяльності) при наданні їм медичних послуг фізичними особами (лікарями – фахівцями медичної галузі, які мають відповідний дозвіл чи ліцензію на проведення професійної лікарської діяльності) або юридичними особами (медичними закладами будь-якої форми власності), за рахунок грошових фондів, що формуються шляхом сплати останніми страхових платежів (страхових внесків, страхових премій) та доходів від розміщення коштів цих фондів.

Слід зазначити, що в Україні на практиці виконання рішень суду щодо відшкодування шкоди, завданої здоров'ю людини, досить ускладнене, а іноді взагалі нереальне. Особливо це стосується стягнення коштів з державних медичних закладів. Щодо вирішення цієї проблеми була висунута пропозиція нормативного закріплення обов'язку медичних організацій укладати договори страхування професійної відповідальності, але, по-перше, ця пропозиція стосувалась лише приватних медичних закладів, а по-друге, навіть у такій редакції не здобула свого законодавчого закріплення [6].

Страхування професійної відповідальності лікаря – це специфічний сегмент страхового ринку і досить невелика кількість страховиків оперують такими ризиками, оскільки вірогідність виникнення претензій є дуже великою. Як і у випадку страхування цивільної відповідальності, перелік ймовірних факторів ризику є безкінечним [7,101].

Розвитку страхування професійної відповідальності лікарів, насамперед, перешкоджають такі фактори, як недосконалість і невизначеність структури системи охорони здоров'я України. Не слід очікувати значної популярності цього виду страхування серед медичних установ, що перебувають на бюджетному фінансуванні. Укладати договори страхування професійної відповідальності лікарів можуть дозволити собі лише приватні медичні установи або госпрозрахункові підрозділи державних закладів охорони здоров'я [3, 86].

Сприяти поширенню страхування професійної відповідальності лікарів в Україні буде запровадження цього виду страхування в обов'язковій формі шляхом внесення лікарів до переліку осіб, професійна відповідальність яких має бути застрахована, встановленому Кабінетом Міністрів України, або шляхом прийняття відповідної норми закону про обов'язковість цього заходу. Також страховикам доцільно здійснювати роз'яснювальні заходи серед лікарів шляхом проведення семінарів, через ЗМІ, соціальну рекламу, а також налагоджувати співпрацю з професійними об'єднаннями лікарів [5, 273].

Використані джерела:

1. *Д.В. Карамишев, О.Г. Рогова. Державна політика щодо запровадження в Україні страхування професійної відповідальності медичних та фармацевтичних працівників. Державне управління: удосконалення та розвиток. Електронне наукове фахове видання Академії муніципального управління [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.dy.nayka.com.ua/index.php?operation=1&iid=157/*
2. *Закон України «Про страхування» [Електронний ресурс] – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=85%2F96-%E2%F0.*
3. *І.М. Дрозд. Страхування професійної відповідальності медичних працівників // Наука й економіка. – 2007. – №1(5). – С. 85-90.*
4. *О.Мусій. Аналіз стану захисту прав та інтересів медичних працівників України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу:http://sfult.org/analiz-stany/*
5. *О.Файер. Правові засади здійснення страхування професійної відповідальності лікарів // Право України. – 2010. – №9. – С. 268-274.*
6. *С.В. Антонов. Особливості відшкодування шкоди, заподіяної пацієнтові невдалим медичним втурчанням // Журнал «Управління закладом охорони здоров'я». – 2007. – №7. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.medlawcenter.com.ua/ru/publications/76.html/*
7. *Страхование: принципы и практика / Составитель Дэвид Бланд: Пер. С англ. – М.:Финансы и статистика, 2000. – 416с.*
8. *Страхування: Підручник / За ред. В.Д. Базилевича. – К.: Знання, 2008. – 1019с.*

Б. П. Карнаух
аспірант Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», Харків, Україна

ВИНА В ДЕЛІКТНОМУ ПРАВІ КРАЇН АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СІМ'Ї

Одним із найдієвіших засобів диверсифікації юридичного знання та удосконалення правозастосовної практики є вивчення та критичне осмислення правового досвіду інших країн. Компаративний метод дає можливість по-новому подивитися на проблему й подолати методологічну задогматизованість підходів до її вирішення. Додає ваги цьому методу також дифузія правових систем у сучасному світі.

Саме тому з метою реалізації цілей наукового пізнання на часі застосувати цей метод до дослідження концепту вини в його цивілістичному трактуванні.

Насамперед слід визначитися термінологічно. Лексема «вина» («fault») не є загальноприйнятою в деліктному праві англо-американських країн. Натомість перевага віддається терміну «negligence», що дослівно перекладається як «необережність». Це пов'язано із пануванням так званого об'єктивного підходу до визначення вини, зміст якого буде розкрито нижче. Тут же варто лише сказати, що той правовий **феномен, який в українській цивілістиці звично позначати словом «вина», у Загальному праві виражається категорією «необережність» (negligence).**

Заслуговують на увагу філософські начала, на яких ґрунтується цивілістична концепція вини в країнах Загального права. Так відправною точкою правового розуміння вини в англо-американських юрисдикціях є твердження про те, що **вина в правовому сенсі відмінна від вини у сенсі морально-етичному.** Людина не може судити іншу людину, вона може лише засуджувати її вчинки. Людина неспроможна винести *моральний* вирок проти правопорушника, адже останній повинен враховувати усі фактори, що вплинули на скоєння делікту. Очевидно, нікому не під силу зважити те, як уплинули на людину спадковість, виховання, оточення та безліч знакових подій її життя [7, 70]. Відтак, судове рішення – це не моральний вирок, а функція судді – не в тому, щоб *судити* людину, а в тому, щоб сприяти зменшенню правопорушень, захищаючи суспільство від антисоціальних актів. Іншою ціллю правосуддя у цивільних справах є відновлення попереднього становища потерпілого (компенсація). Суддя розглядається як утілення інститутів кримінальної і цивільної відповідальності, а тому повинен насамперед зважати на їх цілі [7, 70].

Виходячи із таких філософських начал, британські вчені наголошують, що **вина – це відхилення від стандарту належної поведінки, а не психічне ставлення до вчинку** [7, 70-71]**.**

Так, Дж. Флемінг (J. G. Fleming) наполягає: «Слід виходити з того, що вина це не психічне ставлення, а радше спосіб поведінки, який не відповідає належному стандарту, що вимагається в суспільстві» [2, 105].

Американські вчені визначають винною поведінку, що порушує стандарт, встановлений для захисту інших від безпідставного ризику завдання шкоди [6, 129].

Відтак проблема встановлення вини як елементу цивільного правопорушення (делікту) зводиться до співвіднесення поведінки відповідача із деяким належним стандартом. І в англійському, і в американському деліктному праві цей **стандарт описується як «поведінка розумної людини»** (*behaviour of the reasonable man*) [6, 129]. Так Д. Говарс (D. Howarth) ставить контрольне запитання, відповідь на яке дає змогу розв'язати проблему вини у кожній конкретній справі: «Як поводилася б розумна людина за таких же обставин?» [3, 37]. Іншими словами, вина розглядається як невжиття тих заходів обачності, до яких вдалася б розумна людина за таких же обставин.

Проте визначення критеріїв того, *як саме* поводилася б розумна людина у кожній конкретній справі, є чи не найскладнішим питанням усієї теорії деліктного права. Намагаючись визначити критерії розумності (reasonability), судді та вчені висловлювали різні здогадки про характеристики «розумної людини». Зокрема відзначалося, що розумна людина вільна як від надмірної застережливості, так і від надмірної самовпевненості (справа *Glasgow Corporation v. Muir*); вона володіє загальновідомими на час вчинення дії знаннями [5, 137]; вона передбачає недбалість інших там, де досвід свідчить про поширеність останньої (справа *London Passenger Transport Board v. Upson*); вона залишається спокійною, урівноваженою і зібраною, незважаючи на несподівано виниклі обставини [4, 146] тощо.

Утім, такі партикулярні судження не можуть вважатися достатніми для наукового розв'язання проблеми розумності. Найбільш послідовний і логічно досконалий підхід пропонується теорією економічного аналізу.

На думку прихильників цієї теорії заходи обачності є розумними, якщо вони є *раціональними*; заходи обачності є раціональними, якщо вони є *вартісно-виправданими*; заходи обачності є вартісно-виправданими, якщо їх вартість нижча від вартості імовірних збитків, зменшеної множенням на коефіцієнт імовірності їх настання [1]. Позначивши вартість заходів обачності через P, розмір збитків – D, а коефіцієнт імовірності – L, отримаємо що особа вважається винуватою якщо вона не вжила заходів обачності в ситуації, коли $P < DL$ (див. справу *US v. Carroll Towing Co.*). Однак навіть у тому разі, коли ризик є незначним поведінка особи вважатиметься винною, якщо такого ризику можна було уникнути фактично без додаткових витрат.

Підбиваючи підсумок проведеного дослідження варто відзначити, що концепція розуміння вини у деліктному праві англо-американських країн має багато позитивних рис, серед яких: логічна послідовність, глибока аналітичність та доречне використання методів точних наук. Поза всяким сумнівом, такими підходами варто послуговуватися при конструюванні національного бачення вини в цивільному праві, відкидаючи при цьому надмірну прагматичність та економічно-односторонній редукціонізм.

Використані джерела:

1. *Coleman J. Theories of tort law [Electronic source] / J. Coleman, G. Mendlow // Stanford encyclopedia of philosophy. – Regime of access : http://plato.stanford.edu/entries/tort-theories/*
2. *Fleming J.G. The Law of Torts : 8th ed. / J.G. Fleming. – Sydney : The Law Book Company Limited, 1992. – 732 p.*
3. *Howarth D. Textbook on Tort / D. Howarth. – London: Butterworths, 1995, – 683 p.*
4. *Jones M.A. Textbook on torts : 5th edition / M.A. Jones. – London: Blackstone Press Limited, 1996. – 567 p.*
5. *Kionka E.J. Torts : 2nd ed. / E.J. Kionka – Minn.: West Publishing Co. St Paul, 1999. – 513 p.*
6. *Lahe J. Subjective fault as a basis of delictual liability / J. Lahe // Juridica International. – 2001. – Numb 6. – P. 125-132*
7. *Tunc A. The proper place of fault in a modern law of tort / A. Tunc // International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. 11: Torts. – Brill: Martinus Nijhoff Publishers, 1983 – P. 63-86.*

Т. П. Карнаух
аспірант Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

КЛАСИФІКАЦІЯ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ

Сучасний стан наукового аналізу класифікації особистих немайнових прав дає можливість зробити висновок про її актуальність для цивільного права. Майже усі вчені, які проводять дослідження у цій галузі, прагнуть класифікувати особисті немайнові права, використовуючи досвід попередників. У юридичній літературі послуговуються різноманітними поділами особистих немайнових прав, залежно від того чи іншого критерію: цільової спрямованості чи призначення, способу їх виникнення, структури зв’язку учасників в особистому немайновому відношенні, ступеня пов’язаності з майновими правами, їх змісту, об’єкта особистого немайнового права тощо. Деякі автори здійснюють диференціацію особистих немайнових прав за відсутності чіткого критерію їх поділу або за змішаним критерієм.

На думку Чуманова Є. В.: «Якість класифікації означає її придатність. Показниками придатності служать: затребуваність, а звідси і частота використання у правових актах конкретної форми класифікації; сталість, загальновизнаність інтерпретації класифікації; рівень її розповсюдженості» [4, с. 14]. Вдалим прикладом є наукова класифікація особистих немайнових прав фізичних осіб російських учених М. М. Малеїної та Л. О. Красавчикової, без посилання на які в наш час не обходиться жодне цивільно-правове дослідження у цій галузі.

Слід зазначити, що в радянській цивілістиці проблемам класифікації особистих немайнових прав юридичних осіб не приділялося належної уваги.

Після прийняття нового ЦК, якісних змін у структурі вітчизняних наукових досліджень особистих немайнових прав юридичних осіб не відбулося. Натомість стосовно аналогічних прав фізичних осіб вчені понад півстоліття розробляють критерії їх поділу на відповідні види (групи, рівні і т.д.), що вбачається з праць українських та російських цивілістів, а саме: Т. В. Дробишевської, Н. Д. Єгорова, Н. В. Устименко, М. Л. Нохріної, З. В. Ромовської, В. О. Рясенцева, В. С. Синенка, Р. О. Стефанчука, Л. В. Федюк тощо.

Класифікацію особистих немайнових прав юридичних осіб, на наш погляд, варто здійснювати за наступними критеріями: а) об'єкт, б) цільова спрямованість, в) забезпечення діяльності юридичної особи як учасника суспільних відносин, г) належність цих прав відповідній юридичній особі.

Поклавши в основу класифікації особистих немайнових прав юридичних осіб **об'єкти (немайнові блага)**, їх можна розмежувати на такі види: 1) правосуб'єктні або індивідуалізуючі блага (фірмове найменування, комерційне позначення, товарні знаки і знаки обслуговування, найменування місць виробництва товарів); 2) захисно-інформаційні блага (комерційна таємниця, службова таємниця, секрети виробництва (ноу-хау); 3) репутаційні блага (ділова репутація); 4) інтелектуально-творчі або інтелектуальні блага (мовлення організацій ефірного або кабельного мовлення) і похідні (такі, що передаються) блага (винаходи, патенти, промислові зразки, службові твори тощо), набуті юридичною особою на підставі цивільно-правових договорів) [1, с. 2750].

Залежно від **цільової спрямованості** [3, с. 9-10] особисті немайнові права юридичних осіб можна поділити на ті, що направлені на: а) індивідуалізацію юридичної особи (право на найменування); б) недоторканість соціального статусу юридичної особи (право на недоторканність ділової репутації); в) забезпечення автономії існування юридичної особи (право на особисті папери та розпорядження ними; право на таємницю листування, телеграм, телефонних розмов, телеграфних повідомлень та інших видів кореспонденції, право на інформацію); г) забезпечення охорони результатів інтелектуальної діяльності.

Будучи самостійним суб'єктом цивільних відносин, юридична особа бере активну участь у житті соціуму, а тому для забезпечення нормального функціонування їй необхідні особисті немайнові права, що забезпечують її соціальне буття. Тому, взявши за основу запропонований Р. О. Стефанчуком поділ особистих немайнових прав, що забезпечують соціальне буття фізичної особи [2, с. 262], та, провівши відповідну аналогію з юридичною особою, можна класифікувати особисті немайнові права юридичної особи, які **забезпечують її діяльність як суб'єкта суспільних відносин**, на такі:

1. *особисті немайнові права, які забезпечують участь юридичної особи у соціальному житті:* а) права, що забезпечують індивідуалізацію юридичної особи в суспільстві (право на найменування – повне і скорочене, комерційне (фірмове найменування), право на індивідуалізацію за допомогою символіки (прапору, емблеми, гімну, торгівельної марки, знаки для товарів і послуг тощо); б) права, що забезпечують соціальний статус юридичної особи (право на недоторканність ділової репутації); в) права, що забезпечують свободу соціального буття (право на вибір та зміну форм і видів діяльності, право на

свободу об'єднання); г) права, що забезпечують особисту інформованість юридичної особи (право на інформацію).

2. *особисті немайнові права, які забезпечують приватність юридичної особи від зовнішнього втручання з боку соціальної групи:* а) право на особисті папери та розпорядження ними; б) право на ознайомлення з особистими паперами, які передані до фонду бібліотек або архівів; в) право на таємницю листування, телеграм, телефонних розмов, телеграфних повідомлень та інших видів кореспонденції; г) права, що виникають із цивільно-правового захисту інтересів юридичної особи при проведенні фото-, кіно-, теле- та відео зйомок та охорони інтересів юридичної особи, яка зображена на фотографіях та в інших художніх творах; право на недоторканість приміщень та будівель.

За **належністю** особисті немайнові права юридичних осіб можна класифікувати на ті, що належать: юридичним особам публічного права (лише ті особисті немайнові права, які відповідають повноваженням цієї юридичної особи та здійснюються в порядку та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.); юридичним особам приватного права (всі без виключення особисті немайнові права, встановлені ЦК та іншими законами).

Отже, наукова класифікація слугує стимулом у здійсненні теоретичних пошуків з актуальних проблем цивільного права. Водночас, класифікації є динамічними і мінливими, оскільки змінюються з розвитком держави, наукової доктрини та правових норм. Тому з часом кожна класифікація потребує корегувань, уточнень і доповнень.

Використані джерела:

1. *Нуждин Т. А. К вопросу о понятии нематериальных благ физических и юридических лиц в современной российской цивилистике / Т. А. Нуждин // Право и политика. – 2008. – № 11. – С. 2744-2750.*
2. *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: Вид-во Хмельн. ун-ту упр-ня та права, 2007. – 626 с.*
3. *Устименко Н. В. Таємниці особистого життя людини та їх цивільно-правова охорона: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: 12.00.03 / Н. В. Устименко. – Х., 2001. – 20 с.*
4. *Чуманов Е. В. Классификация в российском законодательстве: автореф. дисс. на соиск. науч. степ. канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; История учений о праве и государстве» / Е. В. Чуманов. – Н. Новгород, 2005. – 30 с.*

Д. В. Кирилюк
Здобувач Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва національної Академії правових наук України
приватний нотаріус Київської міського нотаріального округу
Київ, Україна

ОБ'ЄКТ НЕЗАВЕРШЕНОГО БУДІВНИЦТВА ЯК ПРЕДМЕТ ІПОТЕКИ

Договір є однією з підстав виникнення іпотеки, оскільки, відповідно до статті 3 Закону України «Про іпотеку» від 5.06.2003 року іпотека виникає на підставі договору, закону або рішення суду. взагалі та іпотеки – як одного з її видів. Причому, до іпотеки, яка виникає на підставі закону або рішення суду, застосовуються правила щодо іпотеки, яка виникає на підставі договору, якщо інше не встановлено законом [1, ст. 3].

Іпотечний договір укладається у письмовій формі та підлягає нотаріальному посвідченню, а обтяження нерухомого майна – державній реєстрації.

Стаття 638 Цивільного кодексу України зазначає, що договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. Істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди [2, ст. 626]. Так, до істотних умов іпотечного договору ст. 18 Закону України «Про іпотеку» відносить, серед іншого, опис предмета іпотеки, достатній для його ідентифікації, та/або його реєстраційні дані. Стаття 5 зазначеного Закону окремо зазначає. Що предметом іпотеки може бути об'єкт незавершеного будівництва. Специфіка об'єкту незавершеного будівництва дозволяє казати про особливості іпотечного договору, предметом якого він є.

Об'єкт незавершеного будівництва визначається ст. 1 Закону України «Про іпотеку» як об'єкт будівництва, на який видано дозвіл на будівництво, понесені витрати на його спорудження та не прийнятий в експлуатацію відповідно до законодавства.

Таким чином, відомості стосовно дозволу на будівництво, що передбачає наявність затвердженої в установленому порядку проектної документації, вихідних даних та проектування, мають розглядатися як істотні умови іпотечного договору, коли предметом іпотеки є об'єкт незавершеного будівництва, що випливає з самої його суті останнього.

Укладанню іпотечного договору, за яким предметом іпотеки є об'єкт незавершеного будівництва, має передувати здійснення державної реєстрації права власності на цій об'єкт. За загальним правилом така реєстрація має здійснюватись після прийняття об'єкту в експлуатацію. Водночас, ст. 331 Цивільного кодексу України встановлює, що, у разі необхідності особа – власник матеріалів, обладнання тощо, які були використані у процесі будівництва, може укласти договір щодо об'єктів незавершеного будівництва, право власності на який реєструється органом, що здійснює державну

реєстрацію прав на нерухоме майно, на підставі документів, що підтверджують право власності або користування земельною ділянкою для створення об'єкта нерухомого майна, проектно-кошторисної документації, а також документів, що містять опис об'єкту незавершеного будівництва.

Предметом іпотеки може бути тільки індивідуально визначена річ. Водночас об'єкт незавершеного будівництва характеризується відсутністю внутрішньої стабільності, що є специфічною ознакою саме об'єктів незавершеного будівництва, їх відмінною рисою від інших об'єктів нерухомості. Сама складова «незавершеного» у терміні, що застосовується, передбачає наступну трансформацію об'єкту. Можливість такої трансформації створює певні складнощі при здійсненні правочинів стосовно такого об'єкту. На сьогодні немає однозначної відповіді на питання, чи має бути забезпечення внутрішньої стабільності об'єкта незавершеного будівництва обов'язковою передумовою для вчинення правочинів з таким об'єктом. Питання може вирішуватись по-різному. Наприклад, Вищий арбітражний суд Російської Федерації в Інформаційному листі від 13 листопада 1997 року № 21 «Огляд практики вирішення спорів, що виникають з договорів купівлі-продажу нерухомості» зазначає, що об'єкт незавершеного будівництва може бути предметом цивільно-правових угод, а, отже, виступати об'єктом цивільного обігу, але необхідною умовою для укладення угод щодо такого об'єкта необхідна консервація будівництва (для можливості фіксації та індивідуалізації предмета цивільного обігу), а також державна реєстрація прав на нього [3, 152]. Така позиція вбачається не зовсім виправданою, оскільки доцільність забезпечення внутрішньої стабільності об'єкту незавершеного будівництва безпосередньо залежить від виду плануємого правочину. Якщо забезпечення такої стабільності при укладанні, наприклад, договору купівлі-продажу об'єкту є необхідною, оскільки обумовлено самою сутністю цього правочину (подальша добудова об'єкта неминуче призведе до зростання ціни, яка у даному випадку, у зв'язку з індивідуалізованим характером об'єкта, є істотною умовою договору), то для іпотечного договору ситуація є дещо іншою: подальше будування об'єкту у відповідності до проектної документації не зменшує його вартості і, таким чином, не порушує прав заставоодержувача. Таким чином, питання стосовно консервації об'єкта незавершеного будівництва має вирішуватись на розсуд сторін. Водночас, стан завершеності будівництва на момент укладення іпотечного договору має бути читко визначений, оскільки він є складовою опису предмету іпотеки.

Підсумовуючи, слід також звернути увагу на те, що, незважаючи на те, що ст. 5 Закону України «Про іпотеку» допускає, що предметом іпотеки може бути право оренди чи користування нерухомим майном (а об'єкт незавершеного будівництва відноситься саме до нерухомого майна), розповсюдження цієї норми на об'єкти нерухомого будівництва при укладанні іпотечних договорів є неприпустимим.

Використані джерела:

1. *Закон України від 5.06. 2003 року № 898-IV «Про іпотеку» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=898-15&p=1320244348384860.*

2. *Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року N 435-IV [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=435-15&p=1320244348384860.*
3. *Практика применения Гражданского кодекса РФ частей второй и третьей / А. Б. Бабаев [и др.]; под. общ.ред. В. А. Белова. – М.: Юрайт-Издат, 2009. – (Практика применения). – С. 152.*

А. О. Клименко
студент юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ПРОБЛЕМИ УЧАСТІ АДВОКАТА У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Ч. 1 ст. 59 Конституції України встановлює, що кожний має право на правову допомогу. Ч. 2 цієї статті також передбачає, що для надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура [1]. Таким чином, усі фізичні та юридичні особи можуть реалізувати надане їм конституційне право за допомогою адвокатів. Оскільки адвокат є важливим суб'єктом здійснення правосуддя, захисту прав, свобод та законних інтересів, дослідження особливостей участі адвоката в цивільному процесі є важливим та актуальним.

Одним з проблемних питань участі адвоката у цивільному процесі є можливість прийняття ним доручення на ведення справи відповідно до ч.2 ст.7 ЗУ «Про адвокатуру» [3], якщо суддею у справі є родич адвоката. Зрозуміло, що часто адвокат не знає, який суддя буде розглядати справу. Тому можна зробити висновок, що адвокат повинен у будь-якому випадку прийняти доручення на ведення справи, а у подальшому заявити самовідвід за п.3 ч.1 ст.20 ЦПК має суддя. У зв'язку з цим виникає питання, чи можна заявити відвід адвокату? Ч.2 ст.23 ЦПК називає осіб, яким може бути заявлено відвід і серед них немає представника, тому робимо висновок, що адвокату заявити відвід не можна.

Відповідно до ст.42 ЦПК, повноваження адвоката посвідчуються ордером, який виданий відповідним адвокатським об'єднанням, договором або довіреністю. Ч.2 ст. 44 ЦПК вказує, що обмеження повноважень представника на вчинення певної процесуальної дії мають бути застережені у виданій йому довіреності [2]. Я вважаю, що в ній повинні бути зазначені права, які надаються адвокату, а не ті, якими він не наділяється, щоб недобросовісний представник не скористався ними у своїх інтересах.

Під час участі адвоката у цивільному процесі виникають питання: чи може особа мати двох адвокатів, чи може адвокат одночасно представляти інтереси позивача і третіх осіб, які заявляють самостійні вимоги щодо предмета спору? Відповідь на перше питання можна дати виходячи з положення, що законом таке право особи не обмежене, тобто, що не заборонено те дозволено. Що стосується другого питання, то ч. 2 ст. 40 ЦПК встановлює принцип процесуальної

несумісності, згідно якого одна й та сама особа не може бути одночасно представником іншої сторони, третіх осіб, які заявляють самостійні вимоги щодо предмета спору або беруть участь у справі на другій стороні.

Найбільшою проблемою в забезпеченні участі адвоката в цивільному процесі є неможливість отримання громадянами безкоштовної правової допомоги при веденні цивільних справ у судах. Сьогодні ні ЗУ «Про адвокатуру», ні ЦПК України не передбачають випадків надання безоплатної правової допомоги. Фурса С. Я вважає, що навіть у випадку запровадження такої процедури безоплатна правова допомога лише умовно буде вважатися такою, оскільки «тягар» переміститься на державу та територіальні громади, які оплачуватимуть правову допомогу незаможним громадянам в цивільних справах[5,41-42]. Я не погоджуюся з цією позицією, оскільки держава гарантує право на правову допомогу, і коли особа не може оплатити послуги адвоката, то в реалізації цього права їй повинна допомогти держава.

Дуже цікавим є питання запровадження адвокатської монополії у цивільному процесі, яке досліджував у своїй дисертації «Добровільне представництво у цивільному процесі України» Чванкін С.А. [6,169-175]. Проект Закону «Про адвокатуру» № 1430 від 25.12.2008 визначає: «представництво та захист в судах України прав, свобод і законних інтересів фізичних і юридичних осіб здійснюється лише адвокатами»[4], тобто передбачає адвокатську монополію. На мою думку, введення монополії має як позитивні так і негативні аспекти. Позитивним є те, що захист прав та законних інтересів буде здійснюватись юридично обізнаними професіоналами – адвокатами, що підвищить ефективність захисту. Негативним є те, що в Україні не передбачено надання безкоштовної правової допомоги адвокатами особам, які не мають матеріальної можливості оплати їх послуг, тому у разі запровадження адвокатської монополії ці особи не матимуть доступу до правосуддя.

Таким чином, підсумовуючи викладене, хочеться сказати, що свідченням демократичності держави є можливість отримання ефективної правової допомоги. Головне місце у сфері надання такої допомоги повинні посісти адвокати як юристи – професіонали, а участь адвоката у цивільному процесі повинна отримати належне нормативно-правове регулювання, зокрема через внесення змін до ч.2 ст. 44 ЦПК, яку я пропоную викласти у такій редакції: «Права, які надаються представнику для вчинення певної процесуальної дії мають бути передбачені у виданій йому довіреності», через прийняття нового ЗУ «Про адвокатуру», який відповідав би сучасним реаліям, забезпечував можливість отримання безкоштовної правової допомоги.

Використані джерела:

1. *Конституція України // ВВР. 1996. № 30. Ст. 141*
2. *Цивільний процесуальний кодекс України // ВВР. 2004. N 40-41, 42. Ст. 492*
3. *Закон України «Про адвокатуру».// ВВР. 1993. N 9. Ст. 62*
4. *Проект Закону України «Про адвокатуру» № 1430 від 25.12.2008 [Електронний ресурс]. Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/plszweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=31490.*

5. *Фурса С.Я., Фурса Є.І. Адвокат у цивільному процесі: Науково-практичний посібник. – К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ,2006. – 448 с. – (Серія «Процесуальні науки»)*
6. *Чванкін Сергій Анатолійович. Добровільне представництво у цивільному процесі України : дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Одеська національна юридична академія. – Одеса, 2005.*

Х. І. Книгиницька
студентка юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ПРО ПРИРОДУ АВТОНОМІЇ ВОЛІ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

Коли мова йде про автономію волі, то перш за все необхідно з'ясувати, що являє собою домовленість сторін про вибір права, яке підлягає застосуванню до їх взаємних відносин. Визначення природи даного поняття має важливе значення. В залежності від того, чим визнається автономія волі залежить механізм її реалізації.

За час розвитку науки МПрП багато вчених так чи інакше приділяли увагу питанню автономії волі, проте варто відзначити те, що проблема з'ясування сутності автономії волі є малодослідженою.

Щодо розуміння, що собою являє таке поняття як автономія волі, в МПрП існують різні точки зору. На сьогодні склалась велика кількість концепцій щодо природи цього інституту і його ролі в процесі правового регулювання приватних відносин з іноземним елементом.

Один із найвідоміших вчених МПрП – А.А. Лунц зазначає, що автономія волі не є джерелом колізійного права, а є однією з колізійних норм чи одним з колізійних інститутів права, встановлених внутрішнім правопорядком держави чи її міжнародною угодою [3,212-213]. Сучасні вчені, такі як М.Ю. Саранський, посилаючись на Преамбулу Резолюції «Автономія волі в міжнародних контрактах між фізичними та юридичними особами», що була прийнята Інститутом міжнародного права на Базельській сесії 1991 р., схиляється до визнання автономії волі як фундаментального принципу МПрП [5,96].

Одне з найбільш глибоких досліджень щодо з'ясування природи автономії волі, провів Кисіль В.І. Він вважає, що найчастіше вчені-правознавці при встановленні сутності автономії волі зводять своє розуміння до трьох підходів.

Автори першого підходу розглядають автономію волі як загальновизнане правило, або принцип міжнародного публічного права, якого дотримуються держави у своїй практиці. Кисіль В.І. з такою точкою зору категорично не погоджується. Він звертає увагу на те, що цей підхід є хибним з огляду на специфіку суб'єктного складу МПП і МПрП. Якщо держава за певних умов може виступати суб'єктом МПрП, основні суб'єкти МПрП, такі, як фізичні та

юридичні особи, згідно з домінуючою концепцією, не можуть брати участь у відносинах, регульованих міжнародним публічним правом. Загальновизнаними принципами МПП вважаються правила, закріплені в певних міжнародно-правових документах. Сумнівним є також, що автономію щодо вибору права можна вивести з якогось загального принципу МПП. Нарешті, за своєю сутністю, на думку Кисіля В.І., автономія волі – це взагалі не принцип, а правовий інститут [2,93].

У другій групі концепцій наведених Кисільом В.І., які пов'язують автономію волі з внутрішньодержавним правом, виокремлюється кілька підходів: від розуміння волі сторін як однієї з колізійних прив'язок, яка є основою всіх диспозитивних норм колізійного права, до пояснення цього інституту як своєрідного засобу регулювання приватних правовідносин з іноземним елементом. Прихильники останньої концепції критикують віднесення автономії волі до колізійних норм, адже, на їхню думку, цей інститут не обов'язково призводить до визначення компетентного закону, як це буває у випадку з нормами колізійного права.

Існує також третя концепція наведена Кисільом В.І., за якою вибір права сторонами має юридичні наслідки, оскільки йому притаманна правотворча функція незалежно від того, визначають відповідні системи автономію волі як правовий інститут чи ні [2,94].

У своїй статті Г. Онищенко також систематизувала пануючі підходи до розуміння такого явища як автономія волі. По-перше, вона вказує на найпоширенішу думку, що автономія волі – це інститут, створений відповідно національною правовою системою для вирішення колізії законів. При цьому воля сторін розглядається як одна з колізійних прив'язок. Іншим підходом є те, що автономія волі є наслідком свободи договору, що закріплюється та підтримується законодавством різних країн. Крім того автор зазначає, що існує підхід за яким автономія волі – це взагалі не колізійна прив'язка, а своєрідний спосіб регулювання правовідносин з іноземним елементом [4, 77-78].

Важливий внесок у розвиток досліджень поняття автономії волі внесла Задорожна С.М. Нею також наводяться три групи теорій про природу автономії волі. За першою теорією автономія волі є правовим інститутом, заснованим на його визнанні національною правовою системою. За другим підходом автономія волі розглядається як воля сторін, виражена в акті вибору, як джерело права саме по собі, незалежно від його визнання якою-небудь правовою системою. Третя група не визнає, що сторони уповноважені визначати застосовний закон, і вважає вибір сторін простою обставиною, що підлягає оцінці суддею поряд з іншими елементами при встановленні правової системи, що має найбільш тісний зв'язок з договором [1,48].

Цікавим видається питання про те, чому існує стільки підходів до розуміння поняття автономії волі. В науці висловлюється припущення, що така складність у розумінні обумовлена тим, що юридична природа автономії волі відрізняється від інших колізійних прив'язок підставою свого виникнення.

Висновок: Вітчизняні вчені хоч і притримуються певної думки стосовно природи автономії волі, проте всі сходяться на тому, що однозначно важко

визначити, чим же є це явище. Велика кількість підходів до розуміння поняття автономії волі ускладнює вибір.

Не погоджуюсь я з підходом згідно якого автономія волі має правотворчу функцію, оскільки автономія волі не передбачає створення якихось нових норм. Простою колізійною прив'язкою автономію волі також важко визнати, оскільки це явище може приймати різні форми, зокрема у формі договору.

Найпоширенішим є розуміння природи автономії волі як інституту МПрП. Якщо виходити із доктринального визначення поняття інституту права як системи відносно відокремлених від інших і пов'язаних між собою правових норм, які регулюють певну групу (вид) однорідних суспільних відносин, то можна визначити автономію волі як інститут МПрП.

Використані джерела:

1. *Задорожна С.М. автономія волі у міжнародному приватному праві:принцип абсолютності вибору права//Науковий вісник Чернівецького університету.- 2009. Випуск 489*
2. *Кисіль В.І. Міжнародне приватне право: питання кодифікації.- 2-е доповн. і перероб. вид.- К.: Україна, 2005.*
3. *Лунц Л.А. Курс международного частого права: в 3-х т. –М.: Спартк, 2002*
4. *Онищенко О. Автономія волі як основоположний принцип при визначенні права, що підлягає застосуванню до довірчих відносин з іноземним елементом //Підприємництво, господарство і право. – 2009. №3*
5. *Международное частное право:современная практика /сб-к статей под. ред. М.М. Богуславского и А.Г. Светланова. – М.:ТОН-Осторожьє,2000*

І. Ф. Коваль

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного і процесу
Донецького національного університету,
Донецьк, Україна

ЩОДО ПОПЕРЕДЖЕННЯ ПРАВОПОРУШЕНЬ У СФЕРІ ПРОМИСЛОВОЇ ВЛАСНОСТІ

Високий рівень економічної небезпеки правопорушень, пов'язаних із промисловою власністю, зумовлений посяганням на базові засади функціонування суспільного господарського порядку. Це, в свою чергу, вимагає розробки дієвих та ефективних засобів протидії правопорушенням у цій сфері господарських відносин та впливу на порушників. За умов існування сучасної тенденції «декриміналізації» відповідальності за економічні злочини та обмеженості суб'єктного складу кримінальної відповідальності лише фізичними особами зростає потреба в нейтралізації перешкод у руйнуванні правопорядку в підприємницьких відносинах саме за допомогою дії господарсько-правових охоронних засобів щодо попередження економічних правопорушень.

Діяльність, пов'язана з неправомірним використанням об'єктів промислової власності, складає один із найпоширеніших проявів правопорушень у сфері господарювання, який формує значну частину обсягу тіньової економіки, що нині дійшла вже до критичної межі і завдає великих збитків іноземним та національним правовласникам, порушує об'єктивні ринкові закони розвитку господарських процесів. Фактично йдеться про формування тіньового сектору обороту об'єктів промислової власності. При цьому встановлення реально існуючих форм та масштабів цього сектору ускладнюється тісним переплетінням тіньових структур із легальними видами діяльності у сфері розподілу і споживання, тобто диверсифікацією у легальну економічну діяльність (зокрема через схеми «маскування» протиправної діяльності).

За таких умов очевидно, що виключно ринкова саморегуляція процесів використання об'єктів промислової власності не здатна забезпечити правопорядок у сфері формування інноваційної економіки. Потрібні системні заходи щодо підтримки правомірного порядку введення прав промислової власності до господарського обороту. На державному рівні здійснюються певні загальноспрямовані кроки, які свідчать про розуміння національних інтересів, пов'язаних із боротьбою з економічними порушеннями. Зокрема, прийнята Концепція Державної програми профілактики правопорушень на період до 2015 року, затв. Розпорядженням КМ України від 29 вересня 2010 р. В обґрунтуванні цієї Концепції зазначається, що кризові процеси, які відбуваються в соціально-економічній сфері, зумовили виникнення нових форм і способів вчинення протиправних діянь, збільшення кількості правопорушень у сфері економіки. З-поміж численних шляхів вирішення проблеми передбачено й такі, що можна віднести до господарсько-правових заходів попередження правопорушень, зокрема, щодо: удосконалення нормативно-правової бази; підтримки підприємницької ініціативи громадян, удосконалення податкової політики, запровадження системи дієвого контролю за реалізацією товарів на внутрішньому ринку; запобігання незаконному переміщенню товарів через митний кордон України, протидії контрабанді. Очікується, що виконання зазначених заходів сприятиме зменшенню кількості вчинюваних правопорушень, оздоровленню соціально-економічної ситуації в державі, покращенню міжнародного іміджу України, підвищенню рівня її інвестиційної привабливості.

Господарсько-правове забезпечення попередження правопорушень у сфері промислової власності є складовою більш загальної проблеми детінізації національної економіки. Її розв'язання в контексті відносин промислової власності вимагає забезпечення системи господарсько-правових заходів попередження та недопущення правопорушень у цій сфері шляхом удосконалення: а) порядку набуття прав на об'єкти промислової власності, закріплення та розподілу прав на службові об'єкти промислової власності, об'єкти, створені за рахунок коштів державного бюджету; б) правових засад залучення майнових прав до господарського обороту у вигляді інвестицій, нематеріальних активів, застави тощо; в) правових засад функціонування ринку виключних прав; г) організаційно-управлінських і правових основ виявлення та попередження фактів, які потенційно складають загрозу порушенню

правопорядку в сфері виробництва і реалізації продукції, що містить охоронювані об'єкти промислової власності; д) передумов, які роблять економічно невигідним та обтяжливим здійснення незаконної економічної діяльності з впровадження об'єктів промислової власності до господарського обороту тощо.

Завдяки встановленню правових норм, які закріплюють засади превентивної протидії порушенням у сфері набуття та здійснення прав промислової власності, ознаки й різновиди правопорушень у цій сфері, способи правового захисту прав промислової власності, інші аспекти охоронних правовідносин забезпечується одна з найважливіших, фундаментальних функцій господарського права – охоронна функція. При цьому ефективність функціонального впливу правоохоронного інструментарію господарського права на сферу промислової власності залежить не тільки від того, наскільки адекватно відтворюються у відповідних правових нормах моделі поведінки, забороненої законом, охоронювані правом інтереси учасників цих правовідносин, способи подолання можливих конфліктів правових інтересів, а й від стану реалізованості правових приписів у реальному господарському житті шляхом їх дотримання, використання, виконання учасниками господарських відносин та застосування юрисдикційними органами.

У широкому розумінні зміст правоохоронної функції господарського права стосовно сфери промислової власності складається з превентивної (попереджувальної) системи протидії правопорушенням, а також локалізації їхніх негативних наслідків і впливу на організаційно-майновий стан фактичних правопорушників (шляхом застосування економічних санкцій). Превентивні прояви охоронної функції проявляються у забезпеченні створення економіко-правових передумов правомірного використання об'єктів промислової власності (шляхом сприяння активної комерціалізації науково-технічних розробок, розвитку інноваційної діяльності, формуванню ринку майнових прав промислової власності); законодавчої регламентації видів та ознак забороненої поведінки щодо використання об'єктів промислової власності та обороту виключних прав, системи господарських санкцій, застосування яких здатне спричинити негативні майнові та організаційні наслідки для економічного становища правопорушників.

Із наведеного вбачається, що превентивна (попереджувальна) складова охоронної функції взаємопов'язана й тісно переплетена із змістом регулятивного напрямку дії господарського права, який проявляється у встановленні позитивних правил розвитку відповідних господарських відносин (створення сприятливого «клімату» у сфері правомірного залучення прав промислової власності до господарського обороту). Такий об'єктивний взаємозв'язок відображує єдність, цілісність господарсько-правового регулювання та відповідає загальним принципам функціонування права.

В. В. Колєснік
студентка факультету підготовки кадрів для органів юстиції
Національного університету «Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого», Харків, Україна

ПРОБЛЕМИ ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ ПОЛОЖЕНЬ МОДЕЛЬНОГО ЗАКОНУ «ПРО ТЕХНОПАРКИ» У ВІТЧИЗНЯНЕ ЗАКОНОДАВСТВО

Відсутність належної законодавчої бази, яка б чітко регулювала організацію та діяльність суб'єктів інноваційної діяльності та інфраструктури в Україні зумовлює необхідність удосконалення законодавства, вивчення світового досвіду та міжнародно-правових стандартів в цій сфері. Та слід зазначити, що національна інноваційна система, знаходячись на стадії розвитку, вже має власні особливості, що відповідають сучасним політико-правовим та економічним реаліям. Цей аспект має бути врахований в перспективі імплементації положень модельного закону «Про технопарки», проект якого розроблено Міжпарламентською Асамблеєю держав-учасниць СНД, консультативним органом для підготовки проектів законодавчих документів, що представляють спільний інтерес держав-учасниць СНД з метою зближення та гармонізації їх законодавчо-нормативної бази.

Модельний закон «Про технопарки» створює принципово відмінну від діючої вітчизняної модель діяльності технопарків, безальтернативно будуючи її за територіальним принципом організації, який попри свою розповсюдженість у світі не знайшов відображення в Україні, хоча і передбачений Законом України «Про загальні засади створення і функціонування спеціальних (вільних) економічних зон» [2]. Національна інноваційна система не відкидає територіальний принцип створення технопарків, більше того вона прагне до нього, але не за рахунок унеможливлення подальшого існування вітчизняних технопарків, що, у своїй більшості, створюються на базі ВНЗ та наукових установ, використовуючи їх матеріально-технічну базу.

Технопарк відповідно до проекту модельного закону визначається як суб'єкт інноваційної інфраструктури, яка здійснює функцію сприяння та створення умов для інноваційної діяльності, але слід зазначити, що діяльність створених в Україні технопарків є суто інноваційною, оскільки вони самостійно реалізують всі етапи інноваційного процесу, від наукової розробки до впровадження інновації у виробничу сферу. До речі, питання визначення правової природи технопарку в Україні є дискусійним, як на науковому, так і на законодавчому рівні, оскільки Законом України «Про інноваційну діяльність» від 04.07.2002 р. він визначається як «інноваційне підприємство» (ст.1)[3], а в Законі України «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків» передбачено, що технопарк діє з метою «створення організаційних засад виконання проектів технопарків». Ця дискусія може бути вирішена з прийняттям Інноваційного Кодексу України, в проекті якого технологічний парк розглядається як суб'єкт інноваційної діяльності, а не інфраструктури. Тож закріплення у вітчизняному законодавстві підходу щодо визначення правової

природи технопарків за проектом модельного закону може поглибити протиріччя з цього питання, попри спроби їх вирішити засобами вітчизняного нормотворення.

Аналізуючи нечисельні поняття, розкриті в проекті модельного закону слід зазначити, що вони носять звужений та спірний характер. Так, з визначення інноваційних продуктів як вперше створених або покращених технологій, товарів та послуг, а також нових організаційних та управлінських процесів,витікає, що в ньому не розмежовуються поняття «інновації», «інноваційний продукт» та «інноваційна продукція», які не містяться у переліку термінів. Зазначені об'єкти за своєю природою є результатами різних стадій проходження ідеєю інноваційного процесу [1; с. 249].

Визначаючи інноваційний проект як взаємопов'язаний по ресурсам та строкам проект, направлений на досягнення конкретних цілей та задач по пріоритетним напрямкам науки та техніки, – автори модельного закону не розкривають його сутності, практичного значення, мети, для досягнення якої він розробляється: а саме спрямованості інноваційного проекту на створення та впровадження інноваційного продукту та (або) випуску інноваційної продукції. Звісно, будь-який інноваційний проект направлений на вирішення задач по пріоритетним напрямам науки і техніки, але це віддалена мета, досягнення якої неможливе без інновації – створення якої, у свою чергу, є першочерговою, найближчою метою будь-якого інноваційного проекту.

Також неприйнятним для вітчизняної інноваційної системи є визначення в модельному законі поняття «резидента технопарку», що включає в себе і учасників технопарку і суб'єктів, що надають фінансові, юридичні та інші послуги (наприклад, інноваційні бізнес-інкубатори). Сумніви викликає, як термінологічне визначення цієї групи суб'єктів (оскільки поняття «резидента» передбачає національну приналежність, якої вітчизняне законодавство не вимагає від учасників технопарку), так і об'єднання під одним «дахом» суб'єктів інноваційної діяльності (які безпосередньо здійснюють діяльність, спрямовану на використання і комерціалізацію результатів наукових досліджень та розробок – тобто учасників) і суб'єктів, які, по суті, обслуговують та сприяють їх діяльності перших (суб'єктів інноваційної інфраструктури). Урівнення в статусі зазначених суб'єктів зумовлює здійснення ними діяльності в умовах єдиного, спеціального пільгового режиму господарювання, що викликає заперечення з огляду на обсяг таких пільг, що ними отримуються.

Але слід наголосити, що проект модельного закону містить деякі положення, прийняття яких (навіть не в разі імплементації, а шляхом розробки) матиме суттєве значення, зокрема щодо переліку підстав втрати суб'єктом статусу технопарку, хоча її наслідки для учасників такого технопарку в проекті модельного закону не передбачені.

Отже, модельний закон «Про технопарки», розроблений для країн СНГ, не може стати повноцінною заміною вітчизняного законодавства, яким регулюється порядок організації та діяльності технопарків в Україні, хоча деякі його положення можуть бути використані з метою удосконалення інноваційного законодавства та усунення наявних в ньому прогалин. Проблема імплементації норм розглядуваного модельного закону у вітчизняне законодавство полягає в

тому, що він будує дещо відмінну від створеної в Україні модель технопарків, яка, що зазначалося раніше, унеможливить подальшу діяльність зазначених суб'єктів і не відомо чи вдасться забезпечити ефективне їх функціонування у майбутньому.

Використані джерела:

1. *Атаманова Ю.Є. Господарсько-правове забезпечення інноваційної політики держави: Монографія. – Х. : «ФІНН», 2008. – с. 424.*
2. *Про загальні засади створення і функціонування спеціальних (вільних) економічних зон: Закон Укаїни від 13.10.1992 № 2673-XII // Відомості Верховної Ради. – 1992. – №50. – Ст. 676.*
3. *Про інноваційну діяльність: Закон України від 04.07.2002 року № 40-VI // Відомості Верховної Ради. – 2002. – № 36. – Ст.266.*
4. *Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків: Закон України від 16.07.1999 року № 991-XIV // Відомості Верховної Ради. – 1999. – № 40. – Ст. 40.*

Х. Г. Колінчук

старший викладач кафедри галузевих правових наук
Національного університету «Києво-Могилянська академія»,
Київ, Україна

ПРАВО ВАГІТНОЇ ЖІНКИ НА ВІДМОВУ ВІД ЛІКУВАННЯ ТА ЗЛОВЖИВАННЯ ЦИМ ПРАВОМ

Особливість правового регулювання здійснення особистих немайнових прав полягає не в законодавчому встановленні меж їх реалізації, а у встановлені меж втручання сторонніх осіб в особисту сферу. Такий підхід до правового регулювання особистих немайнових відносин не означає, що неможливі випадки зловживання цими правами, адже здійснення особистого немайнового права, як і будь-якого суб'єктивного цивільного права, може завдати шкоди правам та інтересам інших учасників цивільних відносин.

Відповідно до ч. 4 ст. 284 Цивільного кодексу України (далі – ЦКУ) повнолітня дієздатна фізична особа, яка усвідомлює значення своїх дій, має право відмовитися від лікування. Відмовляючись від необхідного для плоду (ненародженої дитини) лікування чи проведення пологів шляхом операції кесарів розтин та створюючи цим загрозу для життя дитини вагітна жінка здійснює свої особисті немайнові права такі як особиста недоторканність та право на відмову від медичного втручання. Які ж правові наслідки такої поведінки? Чи є тут підстави говорити про зловживання правом та можливість прийняття судом рішення про зобов'язання припинити такі дії, примусово піддати лікуванню вагітну?

Однією з необхідних умов для кваліфікації дій по здійсненню суб'єктивного цивільного права як зловживання правом є завдання або

можливість завдання шкоди іншій особі. Тобто, зі змісту ч. 3 ст. 13 ЦКУ випливає, що зловживанням правом завдається або створюється потенційна небезпека завдання шкоди, зокрема, фізичній особі. У зв'язку з тим, що правосуб'єктність фізичної особи виникає у момент народження людини, говорити про можливість порушення прав особи в контексті дій вагітної, яка відмовляється від лікування, що може негативно вплинути на здоров'я майбутньої дитини, ми не можемо, адже у нас відсутній суб'єкт, якому така шкода завдається. Такі дії вагітної жінки не можуть бути кваліфіковані як зловживання правом виходячи з норми права, що міститься у ч.3 ст. 13 ЦКУ.

Як нами було зазначено в попередніх дослідженнях, необхідно розширити норму ЦКУ щодо зловживання правом, передбачивши, що здійснення суб'єктивного цивільного права, яким завдається шкода законним інтересам інших осіб та держави, також мають визнаватися зловживанням правом [1]. В такому разі ми можемо говорити про два аспекти вирішення поставленої проблеми.

По-перше, у світлі негативної демографічної ситуації, що склалася в Україні, держава має інтерес у народженні здорової дитини. Поняття «інтерес держави» розкрито, зокрема, у Рішенні Конституційного Суду України від 8 квітня 1999 року, де зазначено, що в основі державного інтересу завжди є потреба у здійсненні загальнодержавних (політичних, економічних та інших) дій, програм, тощо. Так, Стратегією демографічного розвитку в період до 2015 р., затвердженою постановою Кабінету Міністрів України 24.06.2006 р., серед основних завдань Стратегії названо підвищення рівня народжуваності та поліпшення здоров'я населення України. Очевидно, що інтерес держави полягає у народжені здорової дитини, а, отже, відмова вагітної жінки від лікування, якщо це може призвести до народження дитини з фізичними вадами або ж до її смерті, суперечить зазначеному інтересу.

По-друге, відмова матері від лікування може спричинити порушення інтересу ненародженої дитини (плоду) народитися живою та здоровою. Частина 2 ст. 25 ЦКУ зазначає, що у випадках, встановлених законом, охороняються інтереси зачатої, але ще не народженої дитини. Як приклад можна навести ч. 2 ст. 1298 ЦКУ, яка передбачає, що видача свідоцтва про право на спадщину і розподіл спадщини відбувається тільки після народження дитини, зачатої за життя спадкодавця і народженої після його смерті. Тобто, законом охороняється майновий інтерес ще не народженої дитини. Проаналізувавши норми ЦКУ (ст. 281) та Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» (ст. 50) можна сказати, що закон, забороняючи проведення аборту після двадцять другого тижня вагітності навіть при наявності соціальних та медичних показань, фактично забезпечує можливість плоду народитися, охороняючи тим самим інтерес набути після народження право на життя.

При кваліфікації дій вагітної жінки, яка відмовляється від лікування, здійснюючи право на відмову від лікування, і цим створює потенційну загрозу законному інтересу ненародженої дитини набути право на життя, як зловживання правом основне питання полягає у співвідношенні цих права та інтересу. Яке з них підлягає пріоритетному захисту? Якщо віддати перевагу праву матері на відмову від лікування та її праву на особисту недоторканність,

то такі дії вагітної жінки, навіть при завданні суттєвої шкоди здоров'ю дитини і навіть смерті плоду, не може розглядатися як зловживання правом. А, отже, немає законного способу примусити жінку лікуватися заради здоров'я майбутньої дитини. Якщо ж буде віддаватися перевага захисту потенційного життя – інтересу ненародженої дитини набути право на життя, то така вагітна жінка може бути визнана такою, що зловживає своїми особистими правами, завдаючи шкоди законним інтересам ще не народженої дитини. В цьому випадку суд, за наявності достовірних відомостей про необхідність медичного втручання для забезпечення народження здорової дитини, може прийняти рішення про зобов'язання припинити зловживання.

Цікавим є становлення підходів до вирішення дилеми співвідношення права вагітної жінки на особисту недоторканність і права на відмову від лікування та інтересу плоду в судовій практиці США. У 80 роках минулого століття зросла кількість справ, в яких лікарні та окремі лікарі позивалися до суду про примусове проведення операції кесарів розтин вагітним жінкам за медичними показаннями. З 1982 по 1986 рік було розглянуто 15 справ, і по 13 з них було прийнято рішення про зобов'язання жінок зробити операцію. Так, наприклад, 1981 року у справі Jefferson v. Griffin Spalding County Hospital Authority Верховний суд Джорджії постановив, що жінка на останніх тижнях вагітності не має права відмовлятися від операції або будь-якого іншого лікування, якщо це ставить під загрозу життя ненародженої дитини [2]. А вже в 1994 році в штаті Іллінойс була розглянута справа Doe v. Doe, яка була порушена лікарнею з метою примусити жінку на 35 тижні вагітності погодитися на операцію кесарів розтин через те, що за даними лікарів плід недоотримував кисень. Відмова від операції була обґрунтована релігійними переконаннями. Апеляційний суд Іллінойсу підтримав право жінки на відмову від операції кесарів розтин, зазначивши при цьому, що лікарі зобов'язані поважати це право, і не має жодного закону чи судового рішення по штату, яке б дозволяло змусити вагітну погодитися на операцію та прооперуватися [3]. Таким чином, остаточно судовими рішеннями визнано пріоритет прав матері на особисту недоторканість та відмову від медичного втручання перед інтересами ненародженої дитини. Думка щодо поваги до права вагітної жінки відмовитися від лікування підтримана такою авторитетною організацією як Американська медична асоціація, яка в Резолюції 2010 року за №420.999R зазначила, що не можна допускати судового втручання в разі прийняття поінформованою вагітною жінкою рішення про відмову від лікування, призначеного на користь плоду (ненародженої дитини) [4].

Підсумовуючи зазначене вище, можна зробити висновок, що виходячи з норм цивільного законодавства України здійснення вагітною жінкою права на відмову від лікування, що має наслідком завдання шкоди інтересам ненародженої дитини, не може бути кваліфіковане як зловживання правом, а, отже, немає законного способу впливу на вагітну з метою примушення її до лікування.

Використані джерела:

1. *Колінчук Х. Г. Відмова в захисті права – правовий наслідок зловживання суб'єктивними цивільними правами // Наукові записки НаУКМА. Т. 103: Юридичні науки. – 2010. – С. 96-99.*
2. *Fetal Rights – Forced Cesarean Sections [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://law.jrank.org/pages/6851/Fetal-Rights-Forced-Cesarean-Sections.html. – Назва з екрана.*
3. *Family Law: cases, text, problems // Ira Mark Ellman, Paul M. Kurtz, Elazabeth S. Scott – Charlottesville, Virginia, 2002. – 1307 p.*
4. *2010 Digest of Action – 420.999R Fetal/Maternal Rights [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ama-assn.org/resources/doc/rfs/digest_of_actions.pdf- Назва з екрана.*

Б. О. Колісник
аспірант Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

АКЦІОНЕРНИЙ ДОГОВІР ЯК ІНСТРУМЕНТ ЗАХИСТУ ІНТЕРЕСІВ АКЦІОНЕРІВ

У країнах англо-американської правової системи договори між акціонерами є загальнопоширеним правовим інструментом, за допомогою якого регулюється великий обсяг питань, пов'язаних з управлінням компанією, голосуванням при прийнятті важливих управлінських рішень, порядком врегулювання конфліктів, механізм виходу учасників договору зі складу акціонерів і т.п. [1, 22]. На практиці акціонерні договори укладалися в Україні і до набрання чинності Законом України «Про акціонерні товариства» від 17.09.2008 р. № 514–VI (Закон, Закон про акціонерні товариства), але через відсутність законодавчого регулювання були позбавлені судової перспективи та більше нагадували напівлегальні, криміналізовані домовленості щодо діяльності товариств. Тому саме ч. 1 ст. 29 Закону стала підґрунтям та точкою відліку легітимності існування акціонерних договорів в Україні.

Головною метою акціонерних договорів є встановлення правил щодо ключових аспектів функціонування товариства, а саме:

1) розподіл місць та балансу сил в наглядовій раді, виконавчому органі (зокрема, визначення кількості, порядок висування та обрання директорів, які представляють інтереси конкретних акціонерів, а також іноді й незалежних директорів);

2) різні обмеження на продаж та купівлю акцій товариства (заборона продавати акції до певного моменту або продавати їх без згоди інших учасників акціонерного договору, закріплення переважного права купівлі акцій за одним із учасників акціонерного договору, заборона на збільшення відсотку належних акціонеру акцій);

3) встановлення спеціальних вимог до порядку прийняття рішень загальними зборами акціонерів, наглядовою радою товариства (встановлення

підвищеного кворуму для проведення засідань цих органів, закріплення рівня кваліфікованої більшості для прийняття рішень), а також визначення виходу із ситуації, коли таке рішення не може бути прийняте через протилежність позицій акціонерів);

4) обмеження вільного голосування акціонерів на загальних зборах акціонерів (це може бути як і встановлення обов'язку акціонера голосувати певним чином, так і визначення механізму попереднього узгодження позиції голосування).

По суті, такий перелік не є вичерпним і надає акціонерам широкі можливості для включення до нього інших необхідних в кожному окремому випадку умов [2, 28].

Відсутність детального законодавчого регулювання інституту акціонерних договорів (згадка про них лише одним реченням в ч. 1 ст. 29 Закону про акціонерні товариства), досить таки негативно впливає на розуміння їх юридичної природи, можливості використання як способу захисту прав акціонерів в правовому полі України та породжуватиме серйозні проблеми в правозастосовчій практиці.

1. Насамперед, закон не дає нам відповіді на запитання чи можуть умови акціонерного договору відрізнятися від положень статуту товариства? З одного боку, статут регулює тільки відносини між товариством та акціонерами та ніяк не зачіпає відносини акціонерів між собою, а з іншої сторони, є норма ч. 1 ст. 29 Закону про акціонерні товариства, яка передбачає, що статут товариства обов'язковий для виконання усіма його акціонерами. Невирішення в законі цього питання призводить до того, що сторони договору при вирішенні одного і того ж питання можуть застосовувати різні норми одного й того ж закону, що безсумнівно призведе, як мінімум, до непорозуміння між сторонами і, як максимум, до повного розриву відносин [3, 13].

Окрім того, до проблем застосування на практиці акціонерних договорів, слід віднести і той факт, що до числа сторін, наділених правом брати участь в такому договорі, не включено акціонерне товариство як учасник корпоративних відносин, для регулювання яких саме укладається такий акціонерний договір [4, 5].

2. Друга досить значна проблема практичного застосування акціонерного договору, пов'язана із законністю встановлення обмежень на проведення операцій щодо належних акціонерам акцій. Так, обмеження права на купівлю та/або продаж акцій, прямо не передбачене законом. Договір, який обмежує право акціонера придбавати та/або продавати свої акції, суперечить ч.ч. 1, 2 ст. 319 ЦК України, що гарантує власнику право розпоряджатися належним йому майном будь-яким не забороненим законом способом, а також ст. 7 Закону України «Про акціонерні товариства».

Також, під час укладання фізичними особами акціонерного договору, який містить умови про те, що сторони договору можуть втратити право на належні їм акції, слід отримувати згоду чоловіка (дружини) на здійснення цієї операції в порядку, передбаченому сімейним законодавством України. В іншому випадку, виникає ризик оспорювання такого договору в судовому порядку з боку іншого з подружжя. Договір, укладений одним з подружжя, щодо розпорядження

спільним майном подружжя може бути визнаний судом недійсним з підстав відсутності згоди другого з подружжя. Однак з цього питання в ст. 29 Закону про акціонерні товариства, яка присвячена акціонерному договору, немає жодної згадки.

3. Наступною проблемою являється надзвичайно висока імперативність вітчизняного корпоративного законодавства, вірніше, надання положенням законів зі сторони судових органів зайвої імперативності, що проявляється в неготовності українських судів сприймати умови акціонерних договорів не як таких, що суперечать імперативним нормам, а, навпаки, як їх доповнюючих [5, 9]. Так, включення в договір обов'язку голосувати певним чином чи погоджувати варіант голосування може бути сприйняте судовою практикою як таке, що суперечить праву особи здійснювати свої права вільно, на власний розсуд (ч. 1 ст. 12 ЦК України), а також принципу «особа не може бути примушена до дій, вчинення яких не є обов'язковим для неї» (ч. 2 ст. 14 ЦК України).

На жаль, законодавець не вніс ясності в питання співвідношення договору про здійснення прав, укладеного між акціонерами, із вказаними положеннями ЦК України.

У такій ситуації, більш правильним, на нашу думку, є позиція, що акціонер не відмовляється від своїх прав, а, навпаки, він лише визначає порядок їх здійснення. Але чи будуть українські суди дотримуватися такої ж логіки, наразі невідомо, це питання часу.

4. Однак, навіть презюмуючи легітимність встановлення обов'язку описаного в попередньому абзаці, ми отримуємо іншу, не менш вагому проблему – це забезпечення примусового виконання такого обов'язку (наявності ефективних заходів відповідальності) [6, 14].

У разі відсутності реальних важелів впливу на контрагента у випадку невиконання ним своїх зобов'язань за акціонерним договором, практична цінність цього інституту зводиться до нуля.

На жаль, законодавець в Законі про акціонерні товариства дуже лаконічно (ч. 1 ст. 29) надав своє бачення відповідальності сторін акціонерного договору: «договором між акціонерами передбачається відповідальність за його недотримання».

Таке обмежене правове регулювання зі сторони законодавця в будь-якому випадку не є позитивним моментом, оскільки для того, щоб договір став виконуваним та реальним регулятором відносин, він має передбачати ефективні заходи відповідальності. Так, зокрема, в країнах англосаксонської правової системи в рамках акціонерного договору виконання обов'язків досягається через визначення порушень, які спричиняють «подію невиконання» (*event of default*). Така подія, в свою чергу, зобов'язує винного акціонера продати свої акції іншому акціонеру або ж, навпаки, купити акції іншого акціонера по заздалегідь визначеній ціні (такий підхід являється більш ефективним способом відповідальності в порівнянні з можливістю стягнення завданої шкоди) [7, 19]. Більш гнучким та виконуваним є законодавство країн системи загального права в частині застави акцій компанії, що забезпечує можливість примусового викупу

акцій акціонера-порушника [8, 17]. На жаль, чинне українське законодавство не надає можливості використовувати аналогічний механізм.

Виходячи з реалій цивільного та корпоративного законодавства України забезпечення захисту прав та інтересів сторін акціонерного договору є можливим виключно за допомогою відшкодування збитків, стягнення неустойки або спонукання винного контрагента до виконання обов'язку в натурі. Хоча і в цій ситуації кінцева мета акціонерного договору, можливо, не буде досягнута в повній мірі, оскільки не можна забувати про повноваження суду зменшити або взагалі звільнити винну сторону від договірної неустойки згідно із ч. 3 ст. 551 ЦК України, ст. 233 ГК України, тобто ефективність фінансових заходів примусу у такій ситуації є мінімальною.

В цілому акціонерним договорам властивий ще один спільний істотний недолік – складність їх виконання і сама можливість судового примусу до їх виконання [9, 11]. Суд не вправі призначити, наприклад, члена наглядової ради – а отже, не може і примусити акціонерів – учасників акціонерного договору – до виконання прийнятого на себе зобов'язання в натурі. Навіть якщо сама по собі вимога акціонерного договору не суперечить нормам закону, і судом все-таки буде прийнято рішення про виконання акціонерного договору, то практично виконати це рішення неможливо через відсутність процесуального порядку виконання таких рішень – як у відповідних процесуальних кодексах, так і в законі про виконавче провадження.

5. Ще однією суттєвою проблемою є те, що закон не містить заборони акціонеру бути учасником декількох акціонерних договорів та не зобов'язує акціонерів укладати на рівні товариства тільки один договір. Як наслідок, акціонерних договорів, укладених щодо одного товариства, може бути необмежена кількість, а також акціонер вправі бути учасником як одного, так і декількох таких договорів.

У зв'язку з цим, цілком можливою є ситуація, при якій акціонер може бути учасником декількох акціонерних договорів, положення яких суперечать та/або взаємовиключають один одного [10, 11]. У той же час, суперечливість таких договорів не є підставою для визнання одного з них недійсним (повністю чи в частині) і, відповідно, виникне питання, який саме з них використовувати. І, на жаль, ця проблема також не врегульована законом.

6. Закон про акціонерні товариства не передбачає механізму вирішення тупикових ситуацій, коли внаслідок недосягнення згоди між акціонерами з певного питання акціонер/група акціонерів відмовляються голосувати за прийняття рішення, яке вимагає простої або кваліфікованої більшості. У країнах англо-американської правової системи для таких ситуацій договір акціонерів зазвичай передбачає процедуру вирішення тупикових ситуацій шляхом, наприклад, залучення експерта, думка якого має для акціонерів обов'язкову силу, використання зустрічних опціонів чи інших механізмів примусового викупу.

У зв'язку з цим, доцільно включити до закону положення про право акціонерів визначати на рівні акціонерного договору способи виходу з тупикових ситуацій [11, 17].

Порівнюючи всі переваги, що виникають в результаті використання акціонерних договорів («інструмент точного регулювання» корпоративних відносин; додатковий спосіб захисту прав акціонерів та товариства в цілому; можливість розвантаження судів в частині справ, пов'язаних з вирішенням корпоративних конфліктів), а також проблеми, що виникають у зв'язку із застосуванням таких договорів на практиці, слід визнати, що головним досягненням Закону про акціонерні товариства, безумовно, є офіційне визнання акціонерних договорів як найважливішого інструменту забезпечення ефективного балансу прав та законних інтересів акціонерів з урахуванням їх реальних економічних потреб.

Разом з тим, через несформованість судової практики у справах про акціонерні договори, важко передбачити подальший розвиток цього інституту в українській правовій системі. До моменту, поки не буде прийняте принципове рішення – бути чи не бути акціонерним договорам в Україні – українські компанії вимушені будуть використовувати можливості, що надаються правовими системами Великобританії, США, Швеції, Кіпру чи Нідерландів, а також офшорних країн зі схожими правовими системами [12, 14].

Одним з пріоритетних завдань розвитку вітчизняного корпоративного законодавства є підвищення рівня моделі корпоративного управління в акціонерному товаристві. У зв'язку з цим, встановлення гнучкого законодавчого регулювання правовідносин між акціонерами, які можуть бути перенесені в сферу договірного регулювання, буде повною мірою сприяти досягненню поставленої мети.

Акціонерний договір є сучасним, гнучким та ефективним інструментом здійснення та захисту прав, що дозволяє його сторонам в повній мірі реалізувати свої інтереси в галузі інвестування та управління компанією.

Однак у зв'язку з широким колом питань, які можуть бути предметом регулювання такого договору, а також у зв'язку з індивідуальними особливостями української правової системи необхідне подальше детальне опрацювання усіх питань, пов'язаних з укладенням, виконанням, правовим захистом і припиненням такого договору.

Використані джерела:

1. *Жаворонков, А. И. Договор между акционерами / А. И. Жаворонков // Корпоративный юрист. – 2005. – № 2. – С. 22–23.*
2. *Никифоров, И. Л. Соглашения между акционерами в праве: есть ли альтернатива? / И. Л. Никифоров // Корпоративный юрист. – 2006. – № 11. – С. 26–28.*
3. *Корнев, И. Н. Акционерное соглашение: заключение, содержание и исполнение / И. Н. Корнев, В. К. Арутюнян // Корпоративный юрист. – 2010. – № 1. – С. 13–16.*
4. *Костырко, А. Б. Акционерные соглашения: проблемы и перспективы / А. Б. Костырко // Закон. – 2007. – № 12. – С. 5–8.*
5. *Чернова, В. А. Акционерные соглашения как инструмент эффективного управления обществом / В. А. Чернова // Юридический справочник руководителя. – 2009. – № 5. – С. 7–9.*
6. *Инеджан, Н. Договоры акционеров по швейцарскому праву / Н. Инеджан, Ж. де Монмолин, Д. Г. Пенцов // Корпоративные споры. – 2010. – № 8. – С. 14–17.*

7. *Гуреев, В. А. Проблемы защиты прав и интересов акционеров в Российской Федерации : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / В. А. Гуреев. – М., 2007. – 23 с.*
8. *Федотов, И. Д. Соглашения акционеров в отечественной юридической практике И. Д. Федотов // Рынок ценных бумаг. – 2009. – № 6. – С. 15–19.*
9. *Левинский, Е. Н. Использование модели соглашений акционеров в России / Е. Н. Левинский // Закон. – 2006. – № 10. – С. 10–12.*
10. *Кононов, В. С. Проблемы предмета и содержания соглашения участников хозяйственных обществ по Российскому праву / В. С. Кононов // Корпоративный юрист. – 2010. – № 10. – С. 9–11.*
11. *Евдокимова, Е. К. Ваш выход, господа! Можно ли отчуждать свою долю обществу? / Е. К. Евдокимова // Корпоративные споры. – 2009. – № 7–8 (66). – С. 16–20.*
12. *Кириллов, О. С. Выкупаем акции у миноритариев: как обойти бюрократические препоны / О. С. Кириллов // Юрист Компании. – 2007. – № 2. – С. 14–17.*

А. С. Коломієць
аспірантка Харківського національного університету ім. В. Н. Каразіна, Харків, Україна

РЕГУЛЮВАННЯ СУРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА У ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ

Права людини в системі міжнародного права займають особливе пріоритетне місце. Одним із проблемних питань цієї системи, до якого прикута загальна увага, є проблема регламентації й реалізації репродуктивних прав людини. У зв’язку із численними моральними, етичними й релігійними суперечками, що виникають навколо даного питання, національні законодавства іноземних держав дуже по різному регулює питання сурогатного материнства.

В Англії хоч і дозволено сурогатне материнство але законодавець притримується протилежної точки зору до описаної у ч. 2 ст. 123 СК. Якщо вітчизняний законодавець встановлює право подружжя на дитину народжену сурогатною матір’ю з моменту запліднення, то у Великобританії при народженні дитини сурогатна матір має усі батьківські права і вона може дати свою згоду на передачу дитини тільки через шість тижнів після пологів. У Англії подружжя замовників у судовому порядку отримає спеціальний документ – батьківське розпорядження, вже після отримання дитини від сурогатної матері. В Англії дозволено тільки не комерційне сурогатне материнство, якщо суд виясняє, що замовники не просто відшкодовували витрати пов’язані з вагітністю, а якось винагородили чи оплатили сурогатній матері її послуги, то батьківське розпорядження видане не буде. [1, 10-11]

Законодавство таких країн як Німеччина, Франція, Австрія, Італія, Іспанія та ін. взагалі забороняє здійснювати сурогатне материнство. У Франції угода сурогатного материнства є нікчемною, а в Німеччині лікар несе кримінальну

відповідальність за перенесення ембріона до жінки, яка має намір відмовитися від нього після народження. У Нідерландах дозволено сурогатне материнство але обмежені деякі його прояви, наприклад, заборонена реклама сурогатного материнства, пропонування послуг сурогатних матерів та їх підбір. В Угорщині та Данії сурогатною матір'ю може стати тільки родичка генетичних батьків. [2]

Одна з країн у яких дозволено і широко використовується сурогатне материнство – це США. Конгрес дозволив сурогатне материнство у 1991 році, хоча у штатах Нью-Гемпшир та Вірджинія воно заборонено до сих пір. Америка стала першопрохідником у плані освоєння законодавцями непаханої правової цілини в області застосування допоміжних репродуктивних технологій і, зокрема, сурогатного материнства. Є штати, де сурогатне материнство (вірніше, сурогатні контракти або посередництво в області сурогатного материнства) заборонено. Є штати, які є землею обітованої для тисяч бездітних пар із усього миру. Це, насамперед, Арканзас. Контракт про надання послуг сурогатної матері є тут обов'язковим до виконання, батьки (або один батько), тобто замовники, що фігурують у контракті, записуються у свідоцтво про народження виношеного сурогатною матір'ю дитини без юридичних зволікань. Головним при вирішенні питання про батьків сурогатної дитини закон справедливо вважає виражений в контракті намір батьків-замовників, завдяки якому й з'являється на світ «сурогатна» дитина. Відповідно сама можливість виникнення яких-небудь суперечок і судових битв за дитину виключена в принципі. Якщо через кілька років після народження маляти батьки розводяться, то суд при визначенні того, з ким залишиться дитина, виходить не з біологічного споріднення, якого може й не бути, а з того, з ким з батьків дитині буде краще. [3, 54] Найбільш прогресивним щодо цього є штат Каліфорнія. По законодавству Каліфорнії надання послуг сурогатного материнства не суперечить суспільній свідомості, у зв'язку із чим на її території дозволене сурогатне материнство, незалежно від того, на яких початках воно буде засноване. Основні критерії, яким повинна відповідати сурогатна мати, є вік (від 20 років) і наявність власних дітей.

У Канаді договір про сурогатне материнство не має юридичної чинності, хоча воно не заборонено законом і здійснюється приватними агентствами. При цьому судові позови по цьому питанню в Канаді не розглядаються, так само як і у Великобританії.

У Австралії у штатах Вікторія та Квінсленд сурогатне материнство дозволено і регулюється відповідно «Актом про допоміжні репродуктивні технології» №76 від 1 грудня 2008 р. та «Актом про сурогатне материнство» від 1 червня 2010 р. В цих документах забороняється комерційне сурогатне материнство (то б то будь яка винагорода або заохочення для сурогатної матері окрім компенсації витрат пов'язаних з вагітністю) за порушення накладається штраф та/або позбавлення волі (на 2 і 3 роки відповідно у штаті Вікторія та у штаті Квінсленд). У Вікторії створюється спеціальний комітет який вирішує чи допускати кожну окрему угоду з сурогатного материнства, керуючись медичними показами для безплідного подружжя, віком та наявністю своїх дітей у сурогатної матері, чи впевнилися сторони угоди про можливі наслідки сурогатного материнства та ін., також у цьому штаті сурогатна матір може відмовитися передавати народжену дитину подружжю і залишити її собі. [4] У

штаті Квінсленд подібно до Англійського законодавства при укладенні сурогатної угоди замовник/и (У Квінсленді скористатися сурогатним материнством може і одна людина якщо в неї є відповідні медичні покази), має право на опіку і з часом на оформлення в судовому порядку батьківського розпорядження, але батьківські права при народженні дитини належать сурогатної матері і її чоловіку (якщо такий є). [5]

В зарубіжних країнах дуже цікавий досвід регулювання сурогатного материнства він потребую більш докладного вивчення не тільки теорії але й судової практики для подальшого його використання для удосконалювання вітчизняного законодавства.

Використані джерела:

1. *Борминская Д.С. Права ребёнка в контексте суррогатного материнства на примере Англии и Франции/ Семейное право на рубеже XX – XI векав: к 20-летию Конвенции ООН о правах ребёнка: Материалы международной научно-практической конференции г. Казань, Казанский федеральный университет, 18 декабря 2010 г./ отв. Ред. О.Н. Низамиева. – М.: Статут, 2011 г. – с. 8 – 13.*
2. *Померанцев Е. И., Козлова А. Ю., Супряга О. М. Законодательное обеспечение вспомогательных репродуктивных технологий // Проблемы репродукции. 2001. № 2.*
3. *Свитнев К.Н. Суррогатное материнство: проблемы правового регулирования и правоприменения. (Русский) // Правовые вопросы в здравоохранении. – 2011. – № 9. – С. 52-61.*
4. *Assisted Reproductive Treatment Act No. 76, from 1 December 2008, Victoria.*
5. *Surrogacy Act, from 1 June 2010, Queensland.*

Ю. І. Корнієнко

науковий співробітник відділу проблем приватного права
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
Національної академії правових наук України,
Київ, Україна

ОСОБЛИВОСТІ ЗВЕРНЕННЯ СТЯГНЕННЯ НА ПРЕДМЕТ ІПОТЕКИ

Фінансова криза останніх років негативно вплинула на спроможність боржників виконувати свої зобов’язання за кредитними договорами. Невиконання боржниками кредитних зобов’язань спричинило масові звернення банками (іпотекодержателями) стягнень на іпотечне майно. У зв’язку зі змінами в законодавстві про іпотеку виникла низка питань, пов’язаних з практичним аспектом звернення стягнення на предмет іпотеки.

Закон України «Про іпотеку» передбачає, що у разі порушення іпотекодавцем обов’язків, встановлених іпотечним договором, іпотекодержатель має право вимагати дострокового виконання основного зобов’язання, а в разі його невиконання – звернути стягнення на предмет іпотеки. Стаття 33 цього

Закону встановлює порядок звернення стягнення на предмет іпотеки, який здійснюється на підставі рішення суду, виконавчого напису нотаріуса або згідно з договором про задоволення вимог іпотекодержателя. Верховною Радою України 25 грудня 2008 року було прийнято Закон України «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва» № 800-VI, який набрав чинності 14.01.2009 р. Вищезазначеним законом було внесено зміни до низки законодавчих актів, в тому числі до Закону України «Про іпотеку» (далі – Закон). Ці зміни до Закону стосувались, зокрема, позасудової процедури звернення стягнення на предмет іпотеки. Зокрема, з прийняттям названого Закону застереження про задоволення вимог іпотекодержателя, яке міститься в іпотечному договорі, прирівняне за правовими наслідками до окремого договору між боржником і кредитором про задоволення вимог кредитора.

Закон України «Про іпотеку» встановлює, що сторони іпотечного договору можуть вирішити питання про звернення стягнення на предмет іпотеки шляхом позасудового врегулювання на підставі договору, зокрема:

– згідно із застереженням про задоволення вимог іпотекодержателя, що міститься в іпотечному договорі;

– згідно з окремим договором між іпотекодавцем та іпотекодержателем про задоволення вимог останнього (такий договір може бути укладений одночасно з іпотечним договором або в будь-який час після укладення іпотечного договору, але до набрання законної сили рішенням суду про звернення стягнення на предмет іпотеки) [1].

Обираючи форму позасудового врегулювання, сторони можуть на власний розсуд обрати і спосіб звернення стягнення на предмет іпотеки в позасудовому порядку. До таких способів належать:

– передача іпотекодержателю права власності на предмет іпотеки в рахунок виконання основного зобов’язання;

– продаж іпотекодержателем від власного імені предмета іпотеки будь-якій особі.

Більше того, за правовими наслідками Закон прирівнює договір про задоволення вимог іпотекодержателя до застереження в іпотечному договорі.

Договір про задоволення вимог іпотекодержателя може передбачати:

– передачу іпотекодержателю права власності на предмет іпотеки в рахунок виконання основного зобов’язання у порядку, встановленому ст. 37 Закону України «Про іпотеку»;

– право іпотекодержателя від власного імені продати предмет іпотеки будь-якій особі на підставі договору купівлі-продажу у порядку, встановленому ст. 38 Закону України «Про іпотеку».

Після завершення позасудового врегулювання будь-які наступні вимоги іпотекодержателя щодо виконання боржником основного зобов’язання є недійсними.

При цьому слід зауважити той факт, що боржники можуть ініціювати перед банками саме застосування процедури позасудового врегулювання на підставі договору, що вказано вище, з метою затягування процедури фактичного погашення зобов’язань, що в подальшому може супроводжуватись умисним

(можливо, навіть без наявних законних чи мотиваційних підстав) оскарженням кожної цивільно-правової та будь-якої іншої процесуальної дії, починаючи від ініціювання судових спорів по визнанню договорів недійсними і закінчуючи оскарженням наслідків набуття іпотекодержателем права власності на предмет іпотеки (його реєстрації) та наслідків здійснення реалізації предмета іпотеки тощо [2].

У зв'язку з чисельними зверненнями фізичних та юридичних осіб щодо застосування нових змін, внесених до Закону України «Про іпотеку», відносно позасудового звернення стягнення на предмет іпотеки на підставі договору Міністерство юстиції України зазначило у своєму роз'ясненні, що ці зміни можуть бути застосовані лише до іпотечних договорів, укладених після набрання чинності Законом України «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва», тобто – до іпотечних договорів, укладених після 14 січня 2009 року [3].

Згідно зі статтею 33 Закону України «Про іпотеку» однією з підстав звернення стягнення на предмет іпотеки є здійснення виконавчого напису нотаріуса. Виконавчий напис на договорі іпотеки вчиняється нотаріусом незалежно від місця виконання вимоги, місця знаходження іпотекодержателя або іпотекодавця. На підставі виконавчого напису не здійснюється лише звернення стягнення на майно, що є предметом іпотеки і належить державному чи комунальному підприємству або підприємству, більш як 50 відсотків акцій (часток, паїв) якого перебуває у державній власності; таке стягнення здійснюється на підставі рішення суду.

У разі звернення стягнення на предмет застави через рішення суду, окрім процесуальних положень, будуть також застосовуватися окремі положення Закону України «Про іпотеку». Саме ст. 39 вказаного Закону визначає порядок реалізації предмета іпотеки за рішенням суду, згідно з яким у разі задоволення судом позову про звернення стягнення на предмет іпотеки у рішенні суду зазначаються: загальний розмір вимог та всі його складові, що підлягають сплаті іпотекодержателю з вартості предмета іпотеки; опис нерухомого майна, за рахунок якого підлягають задоволенню вимоги іпотекодержателя; заходи щодо забезпечення збереження предмета іпотеки або передачі його в управління на період до його реалізації, якщо такі необхідні; спосіб реалізації предмета іпотеки шляхом проведення прилюдних торгів або застосування процедури продажу, встановленої статтею 38 цього Закону; пріоритет та розмір вимог інших кредиторів, які підлягають задоволенню з вартості предмета іпотеки; початкова ціна предмета іпотеки для його подальшої реалізації. Одночасно з рішенням про звернення стягнення на предмет іпотеки суд за заявою іпотекодержателя вправі винести рішення про виселення мешканців, якщо предметом іпотеки є житловий будинок або житлове приміщення.

Аналіз матеріалів справ свідчить, що більшість спорів майнового характеру становлять спори, пов'язані з вимогами комерційних банків (які в основному виступають позивачами у цій категорії спорів) про стягнення заборгованості за кредитними договорами у зв'язку з невиконанням зобов'язань. Основними причинами виникнення цих спорів є порушення позичальниками вимог ст. 526 Цивільного кодексу України у частині виконання зобов'язання

належним чином і в установлений строк відповідно до договору. Майже в усіх випадках ця обставина пов'язана з відсутністю коштів на рахунках, а також іншого майна у позичальника.

Разом з тим затягування процесу звернення стягнення на предмет іпотеки можливе шляхом оскарження кожної процесуальної дії, вчиненої судом, державним виконавцем, нотаріусом, тощо[4]. Водночас вивчення практики вирішення спорів за участю комерційних банків виявило, що останні все ще припускаються порушень вимог чинного законодавства у застосуванні норм матеріального права і процесу як на стадії укладання договорів, так і у процесі їх виконання та судового захисту своїх прав як кредитора.

Використані джерела:

1. *Черкащина Ю., Глозман О. Застереження в іпотечному договорі: спрощення чи ускладнення? // Правовий тиждень. – № 8 (186). – 23 лютого 2010 р.*
2. *Шершун Л., Стус О.. Несприятливі правові обставини як перешкода стягнення кредитів банками // ЮрГазета. – № 14 (195). – 7 квітня 2009 р.*
3. *Щодо змін до Закону України «Про іпотеку» відносно стягнення в позасудовому порядку майна, яке виступає предметом застави чи іпотеки [Електронний ресурс] / Режим доступу: http://www.minjust.gov.ua/0/18660.*
4. *Сітарчук О. Договір іпотеки та його наслідки для позичальника. // Юридичний журнал. – № 5(107). – 2011 р. – С.97 – 104.*

И. И. Королев

аспирант Казанского (Приволжского) федерального университета,
Казань, Российская Федерация

ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА ВРЕД, ПРИЧИНЕННЫЙ НЕЗАКОННЫМИ ДЕЙСТВИЯМИ ОРГАНОВ ДОЗНАНИЯ, ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО СЛЕДСТВИЯ, ПРОКУРАТУРЫ И СУДА В РФ

Вся деятельность государственных органов подчинена принципу законности, «диктатуре закона». Однако в силу наличия субъективной составляющей в реализации государственной функции возможны случаи злоупотребления либо нарушения норм права со стороны должностных лиц органов государственной власти, местного самоуправления. Данное негативное социальное явление, перерастающее в правовую категорию – незаконные действие (бездействие), становится катализатором недоверия членов общества государству, как следствие, приводит к правовому нигилизму, делающей идею «социального и правового государства» утопией.

Анализируя нормы ГК РФ можно прийти к выводу, что законодатель установил исчерпывающий перечень оснований, при наличии которых у государства возникает обязанность возместить вред:

1) причинение вреда гражданину или юридическому лицу в результате действий (бездействий) государственных органов, органов местного самоуправления;

2) причинения вреда гражданину в результате незаконного осуждения, незаконного привлечения к уголовной ответственности;

3) причинение вреда гражданину или юридическому лицу в результате незаконной деятельности органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры, не повлекших последствий, предусмотренных п. 1 ст. 1070 ГК РФ;

4) причинение вреда гражданину или юридическому лицу при отправлении правосудия.

Сущность гражданско-правовой ответственности за вред, причиненный незаконными действиями органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда проявляется в ее частно-публичном назначении. Правоотношения, при осуществлении которых был причинен вред физическому либо юридическому лицу органами дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда, являются публично-правовыми. Это связано с тем, что во всех правоотношениях по возмещению (компенсации) вреда, в качестве обязательного субъекта выступают публично-правовые образования, реализующие государственную карательную функцию.

Возмещение вреда, причиненного незаконными действиями органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда регулируется нормами различных отраслей права, таких как: Гражданское право (принцип полного возмещения вреда, основание возникновение гражданских прав и обязанностей, доказательственная презумпция), арбитражное и гражданское процессуальное право (перераспределение бремени доказывания в силу доказательственной презумпции, установленной нормами материального права), бюджетное право (вопросы участия главного распорядителя средств федерального бюджета, бюджета субъекта РФ или муниципального бюджета при предъявлении иска к публично-правовым образованиям), исполнительное процессуальное право (исполнение судебных решений в отношении публично-правовых образований). При этом гражданско-правовое регулирование имеет преобладающее значение по сравнению с иными отраслями права. Имущественная (гражданско-правовая) ответственность является институтом гражданского права, вне зависимости от отраслевой принадлежности основания возникновения правонарушения.

Гражданско-правовой механизм возмещения (компенсации) вреда, причиненного незаконными действиями органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда это система гражданско-правовых средств, которые направлены на возмещение (компенсацию) причиненного органами дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда вреда. Элементами указанного механизма являются: во-первых, нормы гражданского права, определяющие основание возникновения внедоговорного вреда, во-вторых, юридические факты, а именно незаконные действия (бездействия) прямо определенные в гражданском законодательстве, в-третьих, процедурные правоотношения по возмещению (компенсации) причиненного вреда, в-

четвертых, правореализационные акты, а именно решения судебных органов, восстанавливающие нарушенное субъективное право.

М. П. Короткевич
кандидат юридических наук,
доцент кафедры гражданского и хозяйственного права
Академии управления при Президенте Республики Беларусь,
Минск, Республика Беларусь

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ ПРИЗНАНИЯ БРАКОВ, ЗАКЛЮЧЕННЫХ ГРАЖДАНАМИ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ С ИНОСТРАННЫМИ ГРАЖДАНАМИ ЗА ПРЕДЕЛАМИ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

В современном мире каждое государство самостоятельно устанавливает порядок заключения и прекращения брака своих граждан с иностранными гражданами, что отражается не только в положениях внутреннего законодательства, но и в обязательствах, которые принимает на себя государство при заключении международных договоров или присоединении к ним. Особенности национально-исторических условий развития разных государств обусловливают различия в правовом регулировании условий и порядка заключения брака, что способствует возникновению так называемых «хромающих браков», получающих правовую защиту в одном государстве, но не признаваемых в другом. Такая же проблема существует и в области прекращения брака, при этом признание или непризнание брака, заключенного за рубежом, влияет на возможность прекращения такого брака в отдельно взятом государстве. Поэтому рост числа браков с иностранными гражданами повышает интерес к проблемам признания браков, заключенных с гражданами государства за рубежом. Внешняя политика Республики Беларусь, направленная на развитие экономических и социально-культурных отношений со странами ближнего и дальнего зарубежья, способствует постоянному расширению деловых и личных контактов граждан Республики Беларусь с гражданами различных государств. Естественным следствием данных процессов является увеличение количества браков, заключаемых с иностранными гражданами в Республике Беларусь и за ее пределами.

В соответствии с пунктом 1 ст. 229 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье (далее – КоБС) браки граждан Республики Беларусь с иностранными гражданами заключаются в Республике Беларусь в соответствии с законодательством Республики Беларусь. Соблюдение требований, предъявляемых для заключения брака, обуславливает санкционирование брачного союза государством. При этом санкционирование возможно путем оформления брака уполномоченными органами государства, а также путем признания браков, заключенных по условиям, установленным правовыми либо неправовыми нормами иностранного государства.

КоБС, с одной стороны, закрепляет условия признания действительности документа, выданного компетентными органами иностранного государства для удостоверения заключения брака, совершенного вне пределов Республики Беларусь (ст. 236), а с другой, – требования, касающиеся условий заключения такого брака и его формы (ч. 2 ст. 230). Такой документ должен быть легализован в установленном порядке, если иное не установлено международными договорами Республики Беларусь (ст. 236, п. 2 ст. 237 КоБС). Например, Республика Беларусь является участницей Конвенции, отменяющей требование легализации иностранных официальных документов, заключенной 5 октября 1961 г. в Гааге (действует для Беларуси с 25 декабря 1991 г.). Участие в указанной Конвенции позволяет принимать документы государств – участников Конвенции при условии проставления на них только апостиля. В соответствии с положениями двусторонних соглашений Республики Беларусь о правовой помощи, заключенных с Республикой Польша, с Латвийской Республикой, с Литовской Республикой, Китайской Народной Республикой, и другими странами, а также Конвенций СНГ 1993 г. и 2002 г. о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, не требуется легализация тех официальных документов, а также проставления на них апостиля, которые заверены гербовой печатью и предназначены для использования на территории стран, с которыми Республика Беларусь заключила такие договоры.

Пункт 2 ст. 230 КоБС для признания браков граждан Республики Беларусь с иностранными гражданами или лицами без гражданства, заключенных за пределами Республики Беларусь, требует соблюдение формы брака места его совершения и соответствия требованиям статей 17–19 КоБС, определяющих условия заключения брака.

Таким образом, в соответствии с положениями КоБС для признания браков, совершенных за пределами Республики Беларусь с иностранными гражданами или лицами без гражданства, необходимо соблюдение требований, предъявляемых к оформлению документа, удостоверяющего факт заключения брака (требования к оформлению), и требований, предъявляемых к условиям заключения брака (требования к содержанию). Признание документов, выданных компетентными органами иностранных государств, совершенных с соблюдением законодательства соответствующих государств, – это признание совершенных ранее актов применения иностранного права.

Законодательство Республики Беларусь не устанавливает какой-либо специальной процедуры признания браков, совершенных за пределами Республики Беларусь. На практике вопрос о признании иностранного брака должен решаться, например, в случае его расторжения судами Республики Беларусь. Поэтому суды, принимая документы, выданные уполномоченными органами иностранных государств в удостоверение заключения брака, обязаны, во-первых, проверить соблюдение требований легализации, а, во-вторых, удостовериться, что при совершении брака с участием граждан Республики Беларусь были соблюдены требования законодательства Республики Беларусь в отношении условий заключения брака и законодательства места совершения брака – в отношении его формы.

Анализ гражданских дел о расторжении браков, рассмотренных в судах Фрунзенского и Московского районов г. Минска за 2007–2008 годы, показал, что на практике нередки случаи рассмотрения дел о расторжении браков граждан Республики Беларусь с иностранцами, заключенных за пределами Республики Беларусь. Из содержания материалов изученных гражданских дел следует, что представленные в суд документы, удостоверяющие заключение брака за границей, оформлены в установленном законодательством порядке [1; 2; 3]. На этом основании можно сделать вывод, что судами проверяется соблюдение требований к оформлению таких документов (ст. 236 КоБС). При этом факт выдачи компетентным органом иностранного государства документа в удостоверение заключения брака свидетельствует о соблюдении формы брака места его заключения (то есть соблюдении требований ч. 2 ст. 230 КоБС в отношении формы заключения брака). В то же время нельзя сделать однозначного вывода, устанавливается ли судебными органами при расторжении браков между гражданами Республики Беларусь и иностранцами соответствие таких браков требованиям статей 17–19 КоБС. Полагаем, в целях правильного рассмотрения и разрешения гражданского дела о расторжении брака судами должны проверяться указанные обстоятельства, что следует отражать в протоколе судебного заседания.

Використані джерела:

1. *Архив суда Московского района г. Минска за 2008 г. – Дело № 2-4593.*
2. *Архив суда Московского района г. Минска за 2008 г. – Дело № 2-736.*
3. *Архив суда Московского района г. Минска за 2007 г. – Дело № 2-945.*

А. В. Коструба

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного і трудового права
Таврійського національного університету ім. В. І. Вернадського,
Сімферополь, Україна

РІШЕННЯ СУДУ ЯК ПРАВОПРИПИНЯЮЧИЙ ЮРИДИЧНИЙ ФАКТ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

Рішення суду як юридичний факт взагалі є спірним питанням цивільного права і процесу. С.М. Абрамов стверджував, що судове рішення за своєю юридичною природою є наказом суду. Під останнім він мав на увазі припис суду про відповідну поведінку сторін і всіх тих, кого це рішення стосується. Наказ розглядався ним як джерело примусовості й загальнообов’язковості судового рішення. З точки зору М.А. Гуревича, рішення – це судження суду про те, чи існують між сторонами правовідносин, і якщо так, то який їх дійсний зміст. Таке судження на його думку є нічим іншим як підкресленням суб’єктивного права й обов’язку або їх відсутності. Вивчаючи його сутність О.Ф. Клейман також

вважав, що в рішенні по будь-якому позову основним, вирішальним моментом є констатація, підтвердження прав та обов'язків сторін [1, с. 76].

У зв'язку з наведеним склалося три підходи до правової природи судового рішення. Перший полягає у визначенні його як окремого, самостійного юридичного факту, другий – у визначенні як частини фактичного складу, третій – у визначенні судового рішення як результату діяльності суду, який лише підтверджує певні обставини дійсності і не має характеру юридичного факту. Наприклад, на думку М. Г. Авдюкова, «судебное решение… не заключает в себе ни нормативного характера права, ни правообразующего характера юридических фактов». Вчений вказував, що юридичними фактами є не судові рішення, а факти, що мали місце «поза процесом». На його думку судове рішення ніколи не виступає у якості матеріально-правового юридичного факту, що перетворює право; воно завжди є актом правосуддя, що захищає права [2, с. 40]. В той же час ряд процесуалістів, до яких відноситься і В. В. Комаров зазначали, що рішення суду, як правозастосовчій акт, характеризується також і тим, що воно є юридичним фактом [1, с. 78-79]. Такої самої точки зору притримується і М. А. Гурвич, на думку якого перетворювальне (конститутивне) рішення передбачається нормою матеріального права і набуває значення юридичного факту матеріального права, з яким пов'язуються матеріально-правові наслідки [2, с. 40].

Щодо судового рішення як частини фактичного складу, то слід відмітити, що ця думка активно підтримувалася радянським вченим-юристом О. О. Красавчиковим. Вчений вважав, що судове рішення акумулює юридичний склад і фіксує факти складу здійснення цього права, тому рішення суду виступає останнім елементом юридичного складу і є юридичним фактом процесуального і матеріального права [1, с. 79; 2, с. 45]. Пізніше подібна позиція була висловлена В. Б. Ісаковим, який стверджував, що рішення суду є одним з елементів складного юридичного складу і в цій якості виступає як самостійний юридичний факт матеріального права [2, с. 45].

Вважаємо, що на відміну від звичайних юридичних фактів судові рішення мають ряд особливостей. З одного боку, вони, як і інші правоприпиняючі юридичні факти припиняють права та обов'язки сторін як окремий, самостійний юридичний факт. З іншого боку, судове рішення може бути юридичним фактом, який входить до фактичного складу, але воно є не завершальним юридичним фактом, який підтверджує всі попередні на підставі яких виноситься, а навпаки, дає поштовх для включення механізму правоприпинення. Судове рішення як самостійний юридичний факт – це рішення про визнання права власності, про виділ частки у спільному майні, про визнання договору дійсним, тощо. Особливістю цих судових рішень є те, що всі вони породжують правоприпиняючі юридичні наслідки з моменту набрання законної сили. Прикладами судових рішень як правоприпиняючих юридичних фактів, які входять до юридичного складу є рішення про визнання договору недійним і здійснення реституції, про примусовий викуп нерухомого майна з мотивів суспільної необхідності, про конфіскацію майна, про припинення права власності на об'єкт, який за законом не може належати особі. Особливістю цих рішень є те, що всі вони породжують реальні наслідки лише після вчинення ряду

заходів і дій іншими суб'єктами цивільно-правових відносин. Як правило, з винесенням цих рішень і набранням ними чинності пов'язується момент початку дії механізму правоприпинення, а не сам момент правоприпинення. Правоприпинення в такому сенсі розуміється одна з ознак судового рішення – виконуваність. Її сутність полягає у тому, що сторони можуть звернутися до органів виконання за реалізацією даного рішення [3, с. 114].

Для визначення рішення суду як окремої підстави припинення зобов'язань слід взяти до уваги норми ЦК України, зокрема, ч. 2 ст. 652, ст. 755, п. 10 ч. 1 ст. 1045, п. 1 ч. 1 ст. 1141 ЦК України [4] та ін. Прикладом рішення суду як правоприпиняючого юридичного факту з-поміж переліченого є розірвання договору довірчого управління у випадку здійснення довірчим управителем дій, спрямованих проти інтересів установника управління або вигодонабувача, чи інших протиправних дій [5, с. 14].

Беручи до уваги вищенаведене, можна констатувати, що рішення суду як правоприпиняючий юридичний факт має більш якісну правоприпиняючу властивість ніж інші юридичні факти. Це пояснюється тією обставиною, що в більшості випадків припинення прав і обов'язків учасників цивільно-правових відносин на підставі норм права відбувається за посередництвом належної правової свідомості і правомірної поведінки учасників цивільно-правових відносин. В той же час, коли учасники цивільно-правових відносин не виконують належних нормативних приписів і, відповідно, не допускають реального виконання механізму правоприпинення сторона, чиї права порушені, або особа, яка зацікавлена в результаті завершення дії механізму правоприпинення можуть звернутися до суду для встановлення юридичних фактів, які мали місце в правовідносинах між визначеними сторонами. В такому разі рішення суду, яке встановило юридичні факти може бути виконано як за посередництвом правової свідомості осіб, тобто добровільно, так і в порядку примусового виконання, коли рішення виконується спеціальними органами. В такому разі юридичну і фактично правоприпинення будуть забезпечені примусовою силою держави.

Використані джерела:

1. *Талан Л. Г. До питання про сутність судового рішення в цивільному й господарському судочинстві / Л. Г. Талан // Проблеми законності: Респ. міжвідом. наук. зб. / Відп. ред. В. Я. Тацій. – Х.: Нац. юрид. акад. України, 2009. – Вип. 103. – С. 75 – 81.*
2. *Хорунжий С. Н. Решение суда в теории юридических фактов как основание возникновения, изменения и прекращения гражданских прав и обязанностей / С. Н. Хорунжий // Государство и право. – 2008. – № 7. – С. 39 – 47.*
3. *Алиев Т. Т. Презумпция истинности судебного решения в гражданском процессе / Т. Т. Алиев, Н. А. Громов // Государство и право. – 2004. – № 8. – С. 110 – 115.*
4. *Цивільний кодекс України : від 16.01.2003р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради. – 2003. – №№ 40-44. – Ст.356. (із змінами).*
5. *Венедіктова І. В. Договір довічного управління майном як форма реалізації правового інституту довічного управління майном в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» /*

І. В. Венедіктова – Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого. – Х., 2003. – 20 с.

В. В. Кочин
молодший науковий співробітник відділу проблем приватного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва Національної академії правових наук України, Київ, Україна

ДОЦІЛЬНІСТЬ ЗАСТОСУВАННЯ СПЕЦІАЛЬНОЇ ПРАВОЗДАТНОСТІ ДО НЕПІДПРИЄМНИЦЬКИХ ТОВАРИСТВ

Теоретики права поділяють правоздатність на загальну і спеціальну [4, 341], або ж у загальному всю правосуб'єктність на загальну та спеціальну [7, 245]. При цьому, можливість мати окремі права та обов'язки, пов'язані з набуттям особливих властивостей (ведучи мову про людину – знань, віку, кваліфікаційні вимоги).

Ці складові є тими необхідними властивостями, які дозволяють бути суб'єктом правовідносин, оскільки є очевидним, що для такої можливості достатньо мати лише абстрактні права (правоздатність). Натомість, поширювати ці теоретичні положення на усі галузі права є невиправдним, зважаючи на предмети правового регулювання та їх принципи.

Законодавець не використовує поняття «цивільна правосуб'єктність». Натомість, передбачено, що юридична особа здатна мати такі ж цивільні права та обов'язки (цивільну правоздатність), як і фізична особа, крім тих, які за своєю природою можуть належати лише людині (ч. 1 ст. 91 ЦК), а отже рівні цивільні права та обов'язки (ч. 1 ст. 26 ЦК), що забезпечує описаний вище принцип рівності учасників – *принцип універсальної правосуб'єктності* (*універсальної правоздатності*, якщо бути точнішим).

Проте, існують думки, що непідприємницькі товариства мають спеціальну правоздатність, що полягає у можливості мати права та обов'язки, які не повинні виходити її за межі, а отже обґрунтовується концепція, що була закріплена ст. 26 ЦК УРСР 1963 р. щодо «статутної правоздатності» [1, 28-29; 2, 79; 3, 120; 5, 8].

Вважаємо, що спеціальна правоздатність суперечить принципу рівності учасників цивільних відносин, а тому не може бути застосований до юридичних осіб приватного права як до характерних його учасників. Для доведення цієї позиції слід звернути увагу на такі положення.

Принцип «спеціальності» (*principe de la specialite*) виник в адміністративній, державній практиці Франції на початку XIX ст., а до цього моменту юридичні особи мали загальну правоздатність [8, 129]. Таке обмеження використовувалися для унеможливлення різних махінацій, яке дістало назву доктрини *ultra vires* («поверх сили», чи навіть «поверх влади»).

Сучасний розвиток суспільства не дозволяє виокремити суто цивільні та суто підприємницькі відносини, що призводить до так званої «комерціалізації» цивільного права, а межа між цими галузями права стала умовною. Але, не зважаючи на цей стан, з усього кола прав та обов'язків все ж можна виокремити господарську (підприємницьку) правосуб'єктність, що визначатиметься через господарську компетенцію [9, 13].

Тому, слід вести мову не про спеціальну цивільну, а про спеціальну *господарську правоздатність* (чи господарську (підприємницьку) правосуб'єктність) юридичних осіб, зважаючи на наступне:

1) інститут юридичної особи виник не для участі у підприємницькій діяльності, оскільки визнання непідприємницьких товариств та установ відбулося значно раніше ніж підприємницьких;

2) передумовами створення юридичної особи є не ті задачі, які ставлять засновники, а можливість участі у правових відносинах як першооснова реалізації цих задач та мети;

3) принцип спеціальної правоздатності характерний для чітко централізованої системи управління господарством (економікою) з публічний елементом – principe de la specialite та доктрина ultra vires.

4) цивільне законодавство розмежовує *загальну правоздатність* (ч. 1 ст. 91 ЦК) та спеціальні права та обов'язки – *ліцензовану діяльність* (ч. 3 ст. 91 ЦК). Тому, не є доречним виділення цієї спеціальної частини загальної правоздатності у приватноправовому акті, адже існує публічно-правовий акт, який врегульовує ці відносини в межах господарської правосуб'єктності – Закон України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності».

Звернувшись до сфери договірних відносин, у якій виокремлюють договори (контракти) у підприємницькій діяльності. В. В. Луць наголошує, що у сфері господарської діяльності реалізується державна регуляторна політика, що має ґрунтуватися на принципах доцільності, адекватності, ефективності, збалансованості, передбачуваності, прозорості [6, 21].

За відсутністю «належного обсягу» правоздатності відбуватиметься виключно порушення норм публічного права (звісно, якщо не говорити про зобов'язання, які виникають у зв'язку з заподіянням шкоди) – адміністративне (відповідно до глави 12 КУпАП) або кримінальне правопорушення (відповідно до розділу VII КК) оскільки публічна караність забезпечує стабільне функціонування приватних відносин, однак не впливає на цивільну правоздатність.

Слід прийти до висновку, що будь-які обмеження правоздатності, передбачені ліцензуванням чи наданням інших дозволів, є публічно-правовим, а не приватноправовим впливом на учасників цих відносин і лише за умови провадження ними окремих видів діяльності. З огляду на це, пропонуємо викласти частину 2 ст. 9 ЦК в наступній редакції: «Законом можуть бути передбачені особливості регулювання відносин у сфері підприємництва».

Використані джерела:

1. *Борисова В. Інститут юридичної особи у праві України // Право України. – 2010. – № 12. – С. 25-31.*

2. *Гражданское право. В 2-х томах. Том 1. Учебник / Под ред. Е. А. Суханова. – М.: БЕК, 1994. – 384 с.*
3. *Гражданское право. Ученик. Часть I. Издание второе, переработанное и дополненное. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.: «ПРОСПЕКТ», 1997. – 600 с.*
4. *Загальна теорія держави і права: [Підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів] / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.; За ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. НАПрН України М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. НАПрН України О. В. Петришина. – Харків: Право, 2011. – 584 с.*
5. *Зозуляк О. І. Договір як правова форма реалізації цивільної правосуб'єктності юридичних осіб: дис.... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Зозуляк Ольга Ігорівна. – К., 2010.– 225 с.*
6. *Луць В. В. Контракти в підприємницькій діяльності: навч. посіб. – 2-е вид., перероб. і допов. / В. В. Луць. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 576 с.*
7. *Теория права и государства. Учебник / Под ред. проф. В. В. Лазарева. – 2-е, перераб. и доп. изд-е. – М.: Право и закон, 2001. – 576 с.*
8. *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. 1. – 480 с.*
9. *Щербина В. С. Суб'єкти господарського права: монографія / В. С. Щербина. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – 264 с.*

І. Л. Кравець
здобувач наукового ступеня
Хмельницький, Україна

ПРАВО МАЧУХИ, ВІТЧИМА НА УЧАСТЬ У ВИХОВАННІ ПАСИНКА, ПАДЧЕРКИ

Чинним законодавством до кола інших членів сім'ї відносяться такі суб'єкти сімейних правовідносин як мачуха та вітчим, основним покликанням яких є не лише спільне проживання з одним із рідних батьків дитини, але і вжиття усіх можливих заходів для того, щоб компенсувати падчерці та пасинку відсутність рідної матері чи батька. З огляду на це, в системі особистих немайнових прав та обов'язків інших членів сім'ї та родичів важливе місце займає право мачухи, вітчима брати участь у вихованні пасинка, падчерки.

У вітчизняній правовій науці питання правового статусу членів сім'ї, зокрема вітчима та мачухи, досліджувалися Л. Коротковою, О. Віхровим, З.В. Ромовською, С.Я. Фурсою, В.П. Мироненко, О.М. Калітенко, Г.С. Волосатим, В.А. Ватрасом, Р.О. Стефанчуком, С.Д. Русу та іншими вченими. Проте, аналіз публікацій і наукових праць свідчить, що ця проблема залишається мало розробленою і потребує вивчення.

Необхідно визначити, що Сімейний кодекс України, поклавши на вітчима і мачуху низку прав та обов'язків, не лише майнового, а й немайнового характеру, не дає конкретного визначення цих термінів. Серед науковців також

немає єдності щодо визначення термінів «вітчим» і «мачуха». Деякі автори стверджують, що мачухою є дружина (нерідна матір) рідного батька дитини, з якою батько й дитина постійно проживають однією сім'єю. Відповідно вітчимом слід вважати чоловіка (нерідного батька) рідної матері дитини, з яким мати і дитина постійно проживають однією сім'єю [1, с. 387–388]. На думку інших авторів, особа може набути правового статусу мачухи або вітчима внаслідок реєстрації її шлюбу з батьком чи матір'ю дитини або проживання з ними у фактичних шлюбних відносинах [2, с. 454]. І.В.Апопій визначено, що вітчим – це чоловік, який перебуває у шлюбі з матір'ю дитини, проживає з дитиною однією сім'єю і не є її усиновлювачем, опікуном чи піклувальником; відповідно, мачуха – це дружина батька дитини, яка проживає з дитиною однією сім'єю і не є її усиновлювачем, опікуном чи піклувальником [3;с. 3].

Ми вважаємо, що вітчим – це чоловік рідної матері дитини, який набув цей правовий статус внаслідок реєстрації шлюбу з матір'ю дитини або фактичного проживання з нею, а також в результаті проживання однією сім'єю з дитиною, не будучи при цьому її усиновлювачем, опікуном чи піклувальником. Мачуха – це дружини рідного батька дитини, яка набула цей правовий статус внаслідок реєстрації шлюбу з батьком дитини або фактичного проживання з ним, а також в результаті проживання однією сім'єю з дитиною, не будучи при цьому її усиновлювачем, опікуном чи піклувальником

Законодавчо передбачене право мачухи, вітчима брати участь у вихованні пасинка, падчерки (Ст. 260 СК). Однак висувається вимога – проживання таких осіб однією сім'єю [4; с. 121]. Тому, можливо визначити наступні умови виникнення прав та обов'язків мачухи, вітчима: 1. реєстрація шлюбу з батьком (матір'ю) дитини або їх фактичне проживання разом; проживання з дитиною однією сім'єю. Для виникнення в особи правового статусу мачухи, вітчима необхідна сукупність обставин передбачена ст. 3 СК України, а саме: спільне проживання з дитиною, спільний побут та наявність взаємних прав та обов'язків; 3. відсутність оформлення усиновлення, опіки чи піклування над дитиною цією особою.

Слід розрізняти випадки, коли вихованням та утриманням дитини займаються вітчим або мачуха разом з матір'ю або батьком дитини, від тих випадків, коли той з батьків, з ким проживала дитина, помре. Тобто відносини між вітчимом або мачухою і дитиною мають бути узаконені, оскільки можуть існувати в такої дитини рідні батько або матір, а тому потребуватиметься встановити їх позицію з приводу їхніх прав на дитину. Мачуха або вітчим повинні бути наділені правами на дитину. Коли у дитини не залишиться батьків, тоді така особа має визначитися, чи вона здійснюватиме опіку або піклування над дитиною, чи усиновить її, чи укладе патронатний договір.

Позитивним з боку законодавця слід визначити те, що на мачуху та вітчима покладається право на участь у вихованні, а не обов'язок. Це можна обґрунтувати тим, що на відміно від опікуна та піклувальника, для яких виховання дитини є обов'язком, мачуха, вітчим після реєстрації шлюбу, чи встановлення фактичного проживання з рідним батьком, матір'ю дитини додатково отримують права та обов'язки щодо пасинка, падчерки.

Особисті немайнові правовідносини між мачухою, вітчимом та пасинком, падчеркою будуються на взаємних засадах. Так, обов'язок останніх після досягнення повноліття піклуватися про вітчима, мачуху виникає лише за умови, що ці особи виховували їх та надавали матеріальну допомогу. Ми вважаємо, у цьому випадку необхідно враховувати два критерії – це строк та характер реалізації виховання та утримання падчерки, пасинка.

Строк виховання та утримання мачухою, вітчимом пасинка, падчерку слід визначити не менше 5 років, а його характер має бути визнаний як належний. Обидва критерії є оціночними і встановлюються на розсуд суду в кожній конкретній ситуації. Поведінка вітчима, мачухи визнається як неналежна у випадку, якщо вони ухилялись від виконання покладених на них обов'язків щодо виховання та утримання. Щодо строку, як критерію, то його умовність полягає у тому, що можуть бути поважні причини, що сприяли припиненню утримання та виховання до закінчення п'ятирічного строку (в юридичній літературі вказують такі причини, як досягнення дитиною повноліття, укладення шлюбу, хвороба вітчима чи мачухи).

Отже, вітчим і мачуха мають особливий правовий статус у сімейному праві України, що істотно відрізняється від статусу усиновлювача, опікуна та піклувальника, характеризується мінімально необхідним набором прав та обов'язків щодо пасинка, падчерки.

Використані джерела:

1. *Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України [за ред. Ю.С. Червоного.] – К.: Істина. – 2003. – 464 с.*
2. *Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України [за ред. С.О. Харитонова.] – Х.: Одіссей. – 2006. – 552 с.*
3. *І.В. Апопій Правовий статус мачухи і вітчима у сімейному праві україни // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2009. – № 1. – С. 2-7.*
4. *В.А. Ватрас Суб'єкти сімейних правовідносин / Дис. канд. юрид. наук 12.00.03 / Інститут держави і права ім. В.М. Корецького. – К.: 2008. – 227 с.*

П. С. Кравчук
студент відділення міжнародного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ПОСЕРЕДНИЦТВО ПРИ ПРАЦЕВЛАШТУВАННІ ЗА КОРДОНОМ

У зв'язку з незадоволенням нашими громадянами соціальними умовами життя, недостатньою кількістю робочих місць, зростанням у останні роки безробіття, невеликими зарплатами. Наші співгромадяни вирушають за кордон з метою працевлаштування та отриманням гідного заробітку. Проте і там, їх зустрічають багаточисельні проблеми, які стають на заваді для досягнення мети своєї поїздки, адже більшість громадян виїжджають туди нелегально.

Слід зазначити, що держава є єдиним органом, який несе відповідальність за життя та здоров'я своїх громадян, які перебувають за кордоном на роботі, незважаючи на те, яким чином вони туди виїхали, легально, чи нелегально. Законодавство нашої країни не містить чітких норм щодо захисту громадян України, які вирушили з метою працевлаштування за кордон. У цьому випадку слід звертатися до міжнародних договорів та інших міжнародних нормативно-правових актів, які містять у собі досить чіткий перелік положень захисту прав трудових мігрантів. Невід'ємною умовою роботи іноземців за кордоном є дотримання наступних принципів: принцип захисту державою, громадянином якої є працівник; принцип захисту від дискримінації працівників-мігрантів; принцип рівності звертання за працевлаштуванням за кордоном;

Але на що ж слід звертати увагу особі, яка вирішила виїхати для працевлаштування за кордон? Необхідно зауважити, що при працевлаштуванні у іншій країні значну роль відіграють особи посередники. В даний момент в Україні зареєстровано понад 500 суб'єктів господарської діяльності, що мають ліцензію на діяльність у сфері надання посередницьких послуг у працевлаштуванні за кордоном згідно з двосторонніми міжнародними договорами стосовно працевлаштування та відповідного соціального захисту працівників-мігрантів. Така велика кількість посередників є негативним чинником при працевлаштуванні за кордоном. Наслідком невпорядкованості їхньої діяльності є порушення прав наших громадян за кордоном.

Згідно з чинним законодавством, посередництво у працевлаштуванні на роботу за кордоном – це надання суб'єктами господарювання послуг з пошуку роботи відповідно до заявок роботодавців щодо незайнятих робочих місць (вакантних посад) та надання інформаційно-консультативних послуг щодо можливостей працевлаштування, умов та розмірів оплати праці, найменування та місцезнаходження роботодавців. З метою забезпечення правового регулювання діяльності у сфері посередництва у працевлаштуванні на роботу за кордоном, затверджені нові Ліцензійні умови. Порядок контролю за дотриманням цих Ліцензійних умов. Згідно з ліцензійними умовами суб'єкт господарювання, який має намір бути посередником у працевлаштуванні на роботу за кордоном, особисто або через уповноважений ним орган чи особу звертається до Мінпраці із заявою про видачу ліцензії та документами до нього.

Якщо ліцензіат подав заяву та відповідні документи про переоформлення ліцензії, то він може провадити свою діяльність на підставі довідки про прийняття заяви про переоформлення ліцензії.

При працевлаштуванні за кордоном ліцензіат не має права стягувати з клієнтів будь-які види попередніх оплат за послуги з посередництва до отримання клієнтом завізованого іноземним роботодавцем трудового договору або робочої візи (у разі наявності між Україною і країною працевлаштування візового порядку в'їзду) в посольстві, чи консульстві іноземної країни.

При зверненні до посередника, слід обов'язково звернути увагу, чи є у такого суб'єкта, який виконує посередницькі функції договір з іноземним роботодавцем. Контракт з надання посередницьких послуг у працевлаштуванні за кордоном-це письмова угода, яка укладається між суб'єктом господарської діяльності, який виступає посередником при працевлаштуванні за кордоном з однієї сторони та іноземним роботодавцем з іншої сторони. Зміст такого договору повинен відповідати чинному законодавству країни роботодавця та міжнародним договором України. Його метою є встановлення прав та обов'язків при підборі необхідних працівників.

Що стосується проекту трудового договору, то особа, яка має намір виїхати на роботу до іншої країни повинна звернути увагу, чи є такому договорі реквізити роботодавця, термін дії такого договору, права та обов'язки сторін, відомості про характер роботи, умови праці, розмір оплати, соціальний захист, порядок щодо дострокового припинення дії договору.

До укладання договору з посередником громадяни України повинні впевнитись у наявності в нього:

- копії дозволу на працевлаштування громадян України, виданого роботодавцю уповноваженим органом країни працевлаштування, якщо зовнішньоекономічний договір укладено з роботодавцем (крім випадків посередництва у працевлаштуванні моряків на судна іноземних власників);
- копії дозволу (ліцензії) на провадження посередницької діяльності у працевлаштуванні громадян України, виданого уповноваженим органом країни працевлаштування посереднику, якщо зовнішньоекономічний договір укладено з посередником;
- копії документу (витяг із торговельного, банківського або судового реєстру), що підтверджує факт реєстрації іноземного суб'єкта господарської діяльності у країні місцезнаходження, якщо зовнішньоекономічний договір передбачає тільки посередництво у працевлаштуванні моряків на судна іноземних власників. Тільки за наявності цих документів клієнт може укладати з посередником договір про надання послуг з посередництва у працевлаштуванні на роботу за кордоном

Необхідно внести відповідні зміни до ряду нормативно-правових актів щодо працевлаштування за кордоном, а також, наша країна повинна максимально можливо підвищити рівень співробітництва на міжнародній арені відповідно до питань щодо працевлаштування наших громадян за кордоном. Адже більша частина наших громадян виїжджає за кордон на роботу нелегально. А це призводить до ряду негативних наслідків, таких як: потрапляння їх у

боргове та сексуальне рабство, дискримінація, погані умови праці, проживання, низька заробітна плата, відсутність соціального забезпечення та ін.

Л. В. Красицька
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права та процесу
Донецького національного університету,
Донецьк, Україна

МАЙНОВІ САНКЦІЇ ЗА НЕВИКОНАННЯ БАТЬКАМИ ОБОВ'ЯЗКУ УТРИМУВАТИ ДИТИНУ

Конституція України у ст. 51 проголошує: «Батьки зобов'язані утримувати дітей до їх повноліття». Цей конституційний обов'язок батьків знайшов своє закріплення і в ст. 180 Сімейного кодексу України. За повідомленням Міністерства юстиції України, щонайменше 10 тис. осіб в Україні навіть після рішення суду уникають сплати аліментів, брутально порушуючи права своїх дітей [1, с.83-84]. Невиконання батьками (одним із них) обов'язку щодо утримання дитини до досягнення нею повноліття є порушенням сімейних обов'язків і підставою для притягнення особи до сімейно-правової відповідальності та застосування до такої особи санкцій, передбачених сімейним законодавством.

Санкція розглядається в юридичній літературі у декількох значеннях, в межах цього дослідження будемо виходити з поняття санкції як державної міри, що застосовується до порушника встановлених норм та правил, форми і міри відповідальності, передбаченої в правових нормах, які мають каральний характер.

Згідно зі ст. 196 СК України при виникненні заборгованості з вини особи, яка зобов'язана сплачувати аліменти за рішенням суду, одержувач аліментів має право на стягнення неустойки (пені) у розмірі одного відсотка від суми несплачених аліментів за кожен день прострочення. Розмір неустойки може бути зменшений судом з урахуванням матеріального та сімейного стану платника аліментів. Неустойка не сплачується, якщо платник аліментів є неповнолітнім.

Вперше в сімейному законодавстві України передбачена така майнова санкція за прострочення сплати аліментів як неустойка (пеня). Якщо розглядати сутність неустойки у сімейному праві, то можна стверджувати, що в залежності від підстав встановлення неустойку, передбачену ст. 196 СК України, можна визначити як законну. Відповідно до ст. 8 СК України, якщо особисті немайнові та майнові відносини між подружжям, батьками та дітьми, іншими членами сім'ї та родичами не врегульовані СК України, вони регулюються відповідними нормами Цивільного кодексу України, якщо це не суперечить суті сімейних відносин. Отже, до відносин, що виникають при стягненні неустойки за прострочення сплати аліментів, субсидіарно слід застосувати положення

ст. 624 ЦК України. Частина 1, 2 ст. 624 ЦК України передбачають: якщо за порушення зобов'язання встановлено неустойку, то вона підлягає стягненню у повному розмірі, незалежно від відшкодування збитків. Договором може бути встановлено обов'язок відшкодувати збитки лише в тій частині, в якій вони не покриті неустойкою. Таким чином, можна зробити висновок, що в ст. 196 СК України закладено принцип саме штрафної неустойки, яка підлягає стягненню незалежно від відшкодування збитків. Положення про залікову неустойку можна передбачити тільки аліментним договором між батьками дитини.

Натомість, наприклад, п.2 ст. 115 Сімейного кодексу Російської Федерації закріплює залікову неустойку: при утворенні заборгованості з вини особи, зобов'язаної сплачувати аліменти за рішенням суду, винна особа сплачує одержувачеві аліментів неустойку в розмірі однієї другої відсотка від суми несплачених аліментів за кожний день прострочення. Одержувач аліментів вправі також стягнути з винної в несвоєчасній сплаті аліментів особи, зобов'язаної сплачувати аліменти, всі завдані простроченням виконання аліментних зобов'язань збитки в частині, не покритою неустойкою.

Л. Є. Чичерова вказує, що з винного боржника при несвоєчасній сплаті аліментів можна стягнути не тільки неустойку, але й збитки в частині, не покритій неустойкою (залікова неустойка). Цей збиток може бути виражений у продажі речі за ціною нижче ринкової у зв'язку з терміновістю продажу; сплаті відсотків за договором позики або кредиту тощо. Стягнення збитків можливо тільки в судовому порядку, оскільки факт заподіяння збитків необхідно доводити та давати йому правову оцінку, що можливо тільки в суді [2, с. 146-147].

В українській юридичній літературі висловлюється точка зору про можливість стягнення реальних збитків у разі прострочення сплати аліментів. Так, Я. В. Новохатська вказує, що можливість стягнення одержувачем аліментів реальних збитків не повинна виключатися [3, с. 613].

Видається, що можливість субсидіарного застосувати положень ст. 624 ЦК України до відносин, які виникають у зв'язку з простроченням сплати аліментів, надає правові підстави для стягнення неустойки та збитків. Хоча, дійсно, для того, щоб стягнути збитки, необхідно у суді довести наявність збитків, завданих простроченням сплати аліментів, та обґрунтувати їх розмір.

Слід також зазначити, що пункт 22 постанови Пленуму Верховного Суду України від 15 травня 2006 року №3 «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів» передбачає: якщо аліменти сплачуються не за рішенням суду, а згідно з укладеним між батьками договором, передбачена ст. 196 СК санкція застосовується за наявності прямої вказівки про це в договорі. Це роз'яснення Пленуму Верховного Суду України є дещо суперечливим, оскільки згідно ч.1 ст. 10 СК України якщо певні сімейні відносини не врегульовані СК України, іншими нормативно-правовими актами або домовленістю (договором) сторін, до них застосовуються норми СК України, які регулюють подібні відносини (аналогія закону). Пункт 2 постанови Пленуму Верховного Суду України № 14 від 18.12.2009 р. «Про судове рішення у цивільній справі» також передбачає, що рішення є законним тоді, коли суд, виконавши всі вимоги

цивільного судочинства відповідно до статті 2 ЦПК, вирішив справу згідно з нормами матеріального права, що підлягають застосуванню до даних правовідносин відповідно до статті 8 ЦПК, а також правильно витлумачив ці норми. Якщо спірні правовідносини не врегульовані законом, суд застосовує закон, що регулює подібні за змістом відносини (аналогія закону), а за відсутності такого – суд виходить із загальних засад законодавства (аналогія права).

Таким чином, чинне сімейне та цивільне законодавство України за невиконання батьками обов'язку утримувати дитину до досягнення нею повноліття, а саме за прострочення сплати аліментів, дозволяє застосувати до правопорушника такі майнові санкції, як стягнення неустойки та збитків.

Використані джерела:

1. *Спеціальна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини «Стан дотримання та захисту прав дитини в Україні» до 20-річчя ратифікації Україною Конвенції ООН про права дитини. – Київ, 2010. – 228 с.*
2. *Чичерова Л. Е. Ответственность в семейном праве: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Чичерова Людмила Евгеньевна. – Рязань, 2004. – 212 с.*
3. *Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар / за ред. І.В. Жилінкової. – Х.: Ксилон, 2008. – 855 с.*

М. О. Кривенко

студент факультету цивільної та господарської юстиції
Національного університету «Одеська юридична академія»,
Одеса, Україна

ОСОБЛИВОСТІ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ СПРАВ ПРО ПРИПИНЕННЯ СПІЛЬНОЇ ЧАСТКОВОЇ ВЛАСНОСТІ

Право спільної власності є правовою формою об'єднання майна фізичних і юридичних осіб, держави, територіальних громад з метою співробітництва і взаємодопомоги, об'єднання зусиль у досягненні певних цілей. При взаємному порозумінні співвласників, їх добросовісності і гармонії інтересів це сприяє досягненню успіху у використанні і володінні спільною власністю.

Цивільним кодексом України розрізняється два види спільної власності: часткова і сумісна. [1,С.129]

Спільна власність вважається частковою, якщо договором або законом не передбачена спільна сумісна власність на майно. У спільній частковій власності кожному її учаснику належить право на визначену частку (1/2, 2/3, 3/5 і т. ін.) Це є підставою називати такий вид спільної власності спільною частковою. Кожному співвласнику належить частка у праві на спільне майно, це є характерною особливістю часткової власності бо в спільній сумісній власності частка не виділяється.

Умови і правила користування, володіння спільною частковою власністю можуть узгоджуватися усно, письмово, а також нотаріально посвідченим договором. В останньому випадку він є обов'язковим для особи, яка придбає згодом свою частку. Частка у праві спільної часткової власності визначається з урахуванням вкладу в майно кожного зі співвласників, якщо інше не визначено домовленістю між ними чи не встановлено законом. Правовий режим спільної часткової власності визначається з урахуванням інтересів усіх її учасників.

У науковій літературі питання щодо правової природи частки власника у спільній власності є спірним. Одні правники вважають, що кожному із співвласників належить частка в праві власності на майно [2, С.340] другі, що кожному із співвласників належить ідеальна частка у самому майні [3, С.32], а треті, що кожному із співвласників належить частка у вартості майна. [4, С.23] Кожна з вказаних концепцій має свої переваги та недоліки. Втім, найбільш прийнятною вбачається перша з них, відповідно до якої кожному із співвласників належить частка у праві власності на річ.

Існує декілька підстав припинення права спільної часткової власності. Традиційно їх поділяють на дві групи. До першої групи належать підстави, які взагалі припиняють право власності, і внаслідок цього вони ставляться як до односуб'єктної, так і до спільної часткової власності: загибель речі, перехід права власності на неї до іншої особи і т.п. Наприклад, до суду звернулася громадянка К. з позовною заявою про визнання права власності на ½ квартири в порядку спадкування за законом. Син громадянин Н. також являвся сином померлого і претендував на ½ квартири. Згідно ст. 1268 ЦК України на спадкування за законом мають діти спадкодавця, той з подружжя, який його пережив, та батьки. Відповідно до ст.1269 вони прийняли спадщину, але не оформили її через спір, а згідно ст.1267 вони успадкували в рівних долях по ½ вказаної квартири. Позивачка запропонувала відшкодувати вартість ½ квартири проте відповідач відмовився. В зустрічній позовній заяві просив визнати за собою право на ½ квартири, а також заперечував проти стягнення з нього витрат на поховання вмотивувавши це своїм фізичним станом. Через деякий час до суду надійшла заява громадянки П. про процесуальне правонаступництво в зв'язку з смертю громадянина Н. Він залишив заповіт згідно до якого все його майно, де б воно не знаходилось, та з чого б воно не складалось, і взагалі все те, що на день смерті буде належати йому, на що він законом буде мати право, заповідає громадянці П. Відповідно судом в порядку процесуального правонаступництва була залучена громадянка П., якою було подано зустрічний позов про визнання права власності на ½ частини квартири в порядку спадкування за заповітом. Згідно ст.ст.1233,1269,1270 ЦК України громадянка П. є спадкоємцем за заповітом та прийняла у встановленому порядку законом порядку спадщину.

Була проведена судова будівельно-технічна експертиза якою була встановлена ринкова вартість квартири. Позивач запропонувала виплатити ½ вартості відповідачу в свою чергу, відповідач повинна була відшкодувати ½ на похорони. Згідно з ч. 1 ст.1232 ЦК України спадкоємці зобов'язані відшкодувати розумні витрати, які були зроблені одним із них або іншою особою на утримання, догляд, лікування та поховання.

Суд постановив припинити право часткової власності відповідачки П. з виплатою відповідної грошової компенсації, а також стягнуто з відповідачки П. на користь позивачки К. компенсацію витрат пов'язаних з похованням спадкодавця у розмірі ½.[5]

Друга група підстав включає в себе такі специфічні способи, як розділ і виділ з спільної часткової власності.

Відповідно до ст.364 ЦК України співвласник має право вимагати виділу своєї частки із спільного майна. Таким чином, право на виділ є елементом правомочності розпорядження часткою, а отже, співвласник має право в будь-який момент заявити про свою вимогу.

У разі неможливості цього він має право вимагати від інших учасників, що володіють і користуються майном, відповідної компенсації. Договір про виділ у натурі частки з нерухомого спільного майна укладається у письмовій формі та підлягає нотаріальному посвідченню. Частки у праві спільної власності вважаються рівними, якщо їх розмір не визначений домовленістю сторін або законом. Зі змісту статті випливає, що співвласники вправі самі визначити за на свій розсуд спосіб виділу частки. У разі ж виникнення розбіжностей кожен з них може звернутися до суду і вимагати виділу своєї частки в натурі.

Ст.367 ЦК України передбачено, що майно, яке перебуває у спільній частковій власності, може бути поділене між співвласниками згідно з їх домовленістю. У разі недосягнення співвласниками згоди про спосіб і умови поділу спільного майна або виділу частки майна того зі співвласників, який бажає виділу, спір між співвласниками вирішується судом.

В тих випадках, коли учасники права спільної часткової власності не можуть досягти згоди щодо їх участі у виплаті грошової компенсації. В такому випадку виділяється співвласник який має право вимагати виплати компенсації як від усіх співвласників, так і від кожного з них окремо, причому як повністю, так і в частині. Співвласники залишаються зобов'язаними до тих пір, поки грошова компенсація не буде виплачена повністю. Якщо при цьому відбудеться збільшення внеску однієї з співвласників непропорційно розміру його частки у праві власності, останні підлягають перегляду.

Однак ст.365 ЦК України передбачає виключення з зазначеного загального правила. Так, згідно зі ст. 365 ЦК України у випадках, коли частка співвласника незначна, не може бути реально виділена і він не має суттєвого інтересу у використанні спільного майна, суд може і за відсутності згоди цього співвласника зобов'язати інших учасників часткової власності виплатити йому компенсацію. Формулювання подібного виключення є, мабуть, результатом пошуку оптимального співвідношення інтересів всіх співвласників та інтересу окремого учасника права спільної часткової власності.

Позитивне вирішення питання про виплату компенсації співвласнику замість виділу його частки в спільному майні можливо в тих випадках, коли є всі три умови: частка співвласника незначна, в натурі його виділити не можна, співвласник не має істотного інтересу у використанні спільного майна.

Чинне цивільне законодавство не надає суду права позбавляти такого співвласника належних йому прав щодо спільного майна. Сформована судова практика розгляду спорів, пов'язаних із загальною власністю, виробила правило,

відповідно до якого відсутність згоди співвласника, який виділяється отримати замість частини спільного майна грошову компенсацію при неможливості виділу може служити підставою для відмови у позові про виділ частки в натурі.

Використані джерела:

1. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України :У двох томах /За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. -2-е вид., перероб. і доп. -Київ :Юрінком Інтер,2006.-Том І. – 2006. – С.129*
2. *Цивільне право України: Академічний курс: Підруч. / За ред. Я. М. Шевченко. -К.,2003.-Т. 1.-С. 340.*
3. *Мисник Н. Н. Правовая природа общей собственности // Правоведение. – 1993. -№ 1.-С. 32.*
4. *Мананкова Р. П. Правоотношение общей долевой собственности по советскому законодательству. – Томск, 1977. – С. 23.*
5. *Матеріали практики Н-ського суду м. Одеси.*

Б. М. Криволапов

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри міжнародного приватного права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

РЕФОРМУВАННЯ СУЧАСНОЇ СИСТЕМИ ФІНАНСОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТА КОНТРОЛЮ В ПРАВІ ЄС

1. Фінансова криза, яка потрясла світове співтовариство не тільки виявила всі проблеми світової фінансової системи в умовах глобалізації, але й змусила багатьох країн здійснити необхідне реформування ринку фінансових послуг. Ця доповідь торкається наслідків реформування Європейської системи фінансового регулювання та контролю для покращення фінансового нагляду та своєчасного попередження можливих фінансових струсів.

2. Для подальшого зміцнення фінансової стабільності в ЄС та удосконалення регулятивної системи в жовтні 2008 року, з ініціативи Європейської комісії була створена незалежна експертна група високого рівня з метою удосконалення нагляду за фінансовою ситуацією. Очолив групу Жак де Ларозьєр. В доповіді де Ларозьєра наводяться основні причини фінансової кризи та була наведена нова модель системи регулювання та нагляду. Аналізуючи причини фінансової кризи, автори доповіді по-перше вказують на непродуману політику іпотечного кредитування в США [1; с.7]. Емісія іпотечних сертифікатів створила незрозумілі відносини між боржником та кредитором. Іпотечний позикодавець знаючи заздалегідь, що він буде передавати (продавати) всі свої кредитні ризики, не мав стимулу вимагати забезпечення високих стандартів для кредитних зобов’язань [1; сс.8-9]. Серед причин кризи автори докладу також

називають діяльність рейтингових агентств. Даючи явно завищуванні рейтинги (ААА), ці агентства знизили сприйняття кредитного ризику. Тим паче, що такі рейтинги однаково застосовувались як для стандартних державних облігацій так і для приватних корпоративних облігацій [1; с.9].

4. Що стосується нової моделі регулювання, то слід зазначити, що мета даної запропонованої моделі наступна:

- згладжування системних шоків через збільшення ролі менеджменту ризиків;
- послаблення факторів проциклічності, які є каталізаторами кризових явищ та підвищення прозорості;
- застосування для Європи єдиних та взаємодоповнюючих один іншого систем мікро- та макропруденційного нагляду, що забезпечує єдині для внутрішньо європейського ринку справедливі правила конкуренції;
- запровадження ефективних процедур управління кризами (менеджмент кризи), поліпшення взаємодії та підвищення взаємної довіри органів регулювання та нагляду в різних країнах ЄС та у всьому світі [2; сс.19-20].

5. Щодо конкретних рекомендацій, то вони зводяться до того, що необхідно змінити регулювання по наступним напрямкам:

1. Посилення макроекономічної політики та макропруденційного аналізу.
2. Реформування вимог до достатності банківського капіталу в рамках процесу Базель 2.
3. Кредитно рейтингові агентства (КРА).
4. Стандарти фінансової звітності.
5. Сектор страхових послуг
6. Санкції та повноваження органів фінансового нагляду
7. Паралельна банківська система
8. Секютиритизовані фінансові продукти/ ринки похідних фінансових інструментів.
9. Інвестиційні фонди
10. Подальша гармонізація, послідовна та єдине застосування вимог регулювання та нагляду в країнах ЄС.
11. Корпоративне управління: компенсаційна політика та ризик менеджмент.
12. Створення на рівні ЄС системи управління кризою (менеджмент кризи).

6. Доклад де Ларозьєра являє собою виключний інтерес також тим фактом, що в ньому чітко та повно сформульовані положення щодо створення наднаціональних інститутів регулювання. На базі даного докладу Комісія 27 травня 2009 року представило Комюніке «Європейський фінансовий нагляд», яке запропонувало кардинальним чином змінити існуючу систему в даній сфері [3]. 24 листопада 2010 року було прийнято декілька регламентів, які закріпили створення нової системи фінансового нагляду в ЄС. Був прийнятий Регламент Європейського парламенту та Ради № 1092/2010 о про створення Європейської Ради з Системних ризиків (ЄРСР). Згідно цього регламенту ЄРСР

відповідальний за макропруденційний нагляд за фінансовою системою в ЄС за метою запобігання та пом'якшення наслідків системних ризиків в рамках ЄС. В його структуру входить Генеральна Рада, Керівний комітет, Секретаріат, Консультативна наукова Рада та Консультативний технічна Рада [4]. Також був прийнятий Регламент ЄС № 1093/2010 про створення Європейського банківського органа (ЄБО), що входить в Європейську систему фінансового нагляду. ЄБО розташована в Лондоні. В сферу компетенції ЄБО входить оцінка системних ризиків, рівня розвитку та координації фінансових показників, забезпечення високого рівня захисту вкладників та інвесторів по всьому ЄС та розробка методів оцінювання відповідних інструментів фінансування [5]. Наступний Регламент № 1094/2010 створив Європейську організацію страхування та пенсійного забезпечення (ЄОСПЗ). Згідно даному Регламенту ЄОСПЗ здійснює нагляд за страховими компаніями, фінансовими конгломератами, закладами пенсійного забезпечення та страховими посередниками [6]. Регламент ЄС № 1095/2010 засновує Європейську організацію з цінних паперів (ЄОЦП). ЄОЦП згідно регламенту здійснює нагляд за обігом цінних паперів включаючи питання корпоративного управління, аудиту, фінансової звітності, злиття, взаємних розрахунків [7]. Директива № 2010/78/ЄС вносить зміни в діюче законодавство у відношенні визначення деяких повноважень ЄОБН, інтеграції деяких повноважень передбачених правовими актами ЄС та поправки для забезпечення ефективного та безперебійного функціонування ЕОБН [8].

7. Аналізуючи ті моделі банківського і фінансового регулювання, які були створені на основі доповіді Ларозьєра, можна виділити наступні характерні риси:

- Створена модель наднаціонального регулювання має на меті згладжування системних шоків через збільшення ролі менеджменту ризиків;
- Запропонована модель є взаємодоповнюючою один одного системою мікро-та макропруденційного нагляду, що забезпечує єдині для внутрішньо європейського ринку справедливі правила конкуренції;
- В новій схемі наднаціонального фінансового регулювання та нагляду Європейському центральному банку відводиться роль спостерігача за загальним станом економіки, а не за конкретними кредитними організаціями.

Використані джерела:

1. *The high level group on financial supervision in the eu, chaired by jacques de larosoere. Report. Brussels. 25 february 2009, available at:http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/publication14529_en.pdf*
2. *Институт посткризисного мира. Финансовая архитектура посткризисного мира: эффективность решений. Международное исследование апрель –май 2009// www.postcrisisworld.org*
3. *Communication from the commission. European financial supervision.//http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/committees/supervision/communication_may2009/impact_assessment_fulltext_en.pdf*
4. *Regulation (eu) no 1092/2010 of the european parliament and of the council of 24 november 2010 on european union macro-prudential oversight of the financial system*

and establishing a european systemic risk board//http://www.esrb.europa.eu/shared/pdf/esrb-en.pdf
5. *Regulation (eu) no 1093/2010 of the european parliament and of the council of 24 november 2010 establishing a european supervisory authority (european banking authority), amending decision no 716/2009/ec and repealing commission decision 2009/78/ec//http://www.eba.europa.eu/shared/pdf/eba -en.pdf*
6. *Regulation (eu) no 1094/2010 of the european parliament and of the council of 24 november 2010 establishing a european supervisory authority (european insurance and occupational pensions authority), amending decision no 716/2009/ec and repealing commission decision 2009/79/ec http://www.eiopa.europa.eu/shared/pdf/eiopa -en.pdf*
7. *Regulation (eu) no 1095/2010 of the european parliament and of the council of 24 november 2010 establishing a european supervisory authority (european securities and markets authority), amending decision no 716/2009/ec and repealing commission decision 2009/77/echttp://www.esma.eu/shared/pdf/esma -en.pdf*
8. *Directive 2010/78/eu of the european parliament and of the council of 24 november 2010 amending directives 98/26/ec, 2002/87/ec, 2003/6/ec, 2003/41/ec, 2003/71/ec, 2004/39/ec, 2004/109/ec, 2005/60/ec, 2006/48/ec, 2006/49/ec and 2009/65/ec in respect of the powers of the european supervisory authority (european banking authority), the european supervisory authority (european insurance and occupational pensions authority) and the european supervisory authority (european securities and markets authority)*

С. Ю. Кужко
здобувач Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва Національної академії правових наук України,
Київ, Україна

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ ВИЛУЧЕННЯ ТА РЕАЛІЗАЦІЇ ВАНТАЖІВ, ЩО ЗНАХОДЯТЬСЯ У МОРСЬКИХ ТОРГОВЕЛЬНИХ ПОРТАХ ПОНАД УСТАНОВЛЕНІ ТЕРМІНИ

З початку 2008 року, відбувалося затоварювання складських приміщень морських торговельних портів України контейнерами з імпортним вантажем, що призвело до чималих збитків судноплавних ліній, так як судна простоювали на рейдах в очікуванні постановки. Це змусило встановити квоти для всіх судноплавних ліній з боку портових терміналів. Введення квот на зберігання контейнерів та тривале невивезення їх з портів спричинили простої суден в очікуванні постановки до причалу. Спеціальний нормативно-правовий акт регулюючий проблему розвантаження морських торговельних портів від вантажів, що знаходяться там понад встановлені терміни та стримують вантажообіг – Декрет Кабінету Міністрів України «Про порядок вилучення та реалізації вантажів, що знаходяться у морських торговельних портах і на припортових залізничних станціях понад установлені терміни» від 08.04.1993 р. № 33-93 (далі за текстом – Декрет № 33-93), вже не повністю відповідає реаліям

сьогодення та практично не вирішує завдань передбачених його сучасною редакцією. Наразі, для торговельного морського порту, де скопилась велика кількість незапитаних вантажів, відповідно до нормативно-правових актів України існують наступні шляхи вирішення ситуації, що утворилася.

Насамперед необхідно відмітити, що можливість застосування відповідних законодавчих важелів залежить від суб'єктів договору зберігання вантажу у морських торговельних портах України. Першим суб'єктом, у ланцюгу оперування з вантажем є його безпосередній власник, а саме особа, що здала вантаж на зберігання у морському торговельному порту чи особа, що повинна одержати вантаж у морському торговельному порту. При взаємодії з особою власником чи/або володільцем вантажу у сфері морського агентування та транспортного експедирування застосовується суто цивільно-правова конструкція відмови від вантажу (власності).

Відповідно до ст. 347 Цивільного кодексу України (далі за текстом – ЦК України) особа може відмовиться від права власності на майно, заявивши про це або вчинивши інші дії, які свідчать про її відмову від права власності. Таким чином, при можливості реалізації вантажу, що знаходиться на зберіганні у морському торговельному порту вантажовласник має право оформити відмову від вантажу, яка може виражатися у складанні письмового підтвердження з відмовою або складанням індосируваного надпису на коносаменті і право власності на вантаж повинно переходити особі, яка в на цей час безпосередньо володіє цим майном. У міжнародній практиці морських перевезень вантажу передбачається, що перевізник/експедитор належно виконав зобов'язання з доставки вантажу, якщо він належним чином повідомив вантажоодержувача в порту прибуття про доставку вантажу, та, в разі відсутності відповідного реагування, і вантажовідправника у порту відправлення. Письмове повідомлення (notice), як правило містить посилання, що якщо вантаж не буде забраний до певної календарної дати та відсутності відповіді на повідомлення – може розцінюватися, як відмова від вантажу. Але, однією з особливостей вантажів, що зберігаються у морських портах України визначається їхнім статусом – ці вантажі знаходяться під митним контролем. З урахуванням цієї позиції необхідно звернутися до спеціального нормативно-правового акта у митній сфері. Відповідно до законодавства вантаж, що не є конфіскованим і не є власністю держави, знаходиться під митним контролем, тому його реалізація на внутрішньому та зовнішньому ринках України повинна здійснюватися з дотриманням норм і правил, регулюючих загальний порядок імпорту товарів.

Митним кодексом України (ст. 246) передбачена інша можливість відмовитися від вантажу – відмова на користь держави. Правильне застосування цього нормативно-правового інституту передбачає можливість не сплачувати митні платежі та податки. Однак, цей спосіб можливо використати тільки при наявності власника вантажу. У багатьох випадків власник (вантажовідправник чи вантажоодержувач) відсутній і перш за все необхідно визнати за будь-яким суб'єктом права – право власності на цей вантаж (експедитор, агент лінії). При відсутності листів-відмов від вантажовласника застосування ст. 347 ЦК України вважається неможливим.

Наступним варіантом, що передбачений законодавством України – можливість реалізації вантажів, як безхазяйних. Відповідно до ст. 335 ЦК України безхазяйним майном визнається річ, що не має власника чи власник якої невідомий. При цьому, керуючись загальними нормами цивільно-правового законодавства можливо зробити висновок, що відсутність здійснення дій по відношенню до речей, які не є нерухомими чи транспортними засобами, що свідчать про відмову від власності робить таку річ «безхазяйною». Але, необхідно застосовувати спеціальну норму щодо набувальної давності, передбаченої ст. 344 ЦК України, згідно з якої, особа, яка добросовісно заволоділа чужим майном і продовжує відкрито, безперервно володіти рухомим майном – протягом п'яти років, набуває право власності на це майно. Звичайно бракує і відповідних супровідних документів на вантаж (сертифікатів відповідності, ветеринарних сертифікатів, рахунку-фактури на предмет відмови та інші). Однак, знаходження вантажу під митним контролем передбачає необхідність отримання також рішення суду (загального чи господарського) для підтвердження факту безхазяйності майна.

На сьогоднішній день, існує відповідна судова практика щодо вирішення цього питання. У судовій практиці господарських судів Одеської області існує здебільшого позовні заяви податкових інспекцій до митних органів з проханням зобов'язати митницю звільнити вантаж від митного контролю. Однак до недавнього часу Вищім господарським судом України відмінялися деякі постанови, що задовольняють такого роду позови, по-перше, мотивуючи це тлумаченням, що із самого визначення поняття «безхазяйна річ» вбачається, що дана річ має бути такою, щодо якої право власності ніким не оспорюється, а при подачі позовної заяви експедитором цей факт вже втрачає вірогідність. По-друге, з норм права вбачається, що до повноважень податкового органу відносяться лише певні дії щодо обліку, оцінки та реалізації у встановленому законом порядку, безхазяйного майна. При цьому податковий орган не може набути право власності на безхазяйні чи загублені речі, виходячи із повноважень, визначених законами. І третім аргументом зазначалося, що реалізація такого виду вантажів повинна здійснюватися відповідно до Декрету №33-93, та кошті, що отриманні від реалізації направляти на митну очистку [5,6,7,8].

В цей же час, застосування Декрету №33-93 передбачає відповідно правову підставу, що міститься у Кодексі торговельного мореплавства України (далі за текстом – КТМ України). Відповідно зі ст. 167 КТМ України вантажі, що зберігаються у портах понад встановлені терміни, підлягають продажу в порядку, встановленому чинним законодавством України, з компенсацією портам витрат на зберігання відповідно до правил статті 169 цього Кодексу.

На виконання Декрету № 33-93 та Постанови Кабінету Міністрів України «Про порядок обліку, зберігання, оцінки конфіскованого та іншого майна, що переходить у власність держави, і розпорядження ним» від 25.08.98 № 1340 № 536 створюється комісія з питань вилучення та реалізації вантажів, що зберігаються в морських торговельних портах і на припортових залізничних станціях понад встановлені терміни. Рішення про реалізацію вищевказаного вантажу приймається за заявою керівника морського торговельного порту

комісією з питань вилучення та реалізації вантажів відповідно вимог Декрету № 33-93. Акт комісії є підставою для реалізації майна, зазначеного в п. 1 Постанови № 1340 через торгові біржі та аукціони, безоплатної передачі, знищення. Згідно з п. 2, 3 вищезгаданих постанови Кабінету Міністрів України та Декрету Кабінету Міністрів України відповідно реалізацію вантажів з простроченим терміном зберігання доручено здійснювати портам та припортовим залізничним станціям на підставі рішень комісії, які оформляються актами, що підписуються всіма членами комісії, визначеними постановою Кабінету Міністрів України. При цьому, на практиці до реалізації належать тільки вантажі, що становлять реальний комерційний інтерес для покупців. Всі інші вантажі підлягають утилізації. При відсутності коштів для утилізації вантажів виникає знов таки небезпека накопиченності нереалізованих вантажів на території морських торговельних портів України.

Таким чином, необхідно зазначити, що існуючий правовий механізм утилізації/реалізації незапитаних вантажів є недіючим та застарілим. Існуючі цивільно-правові норми щодо можливості відмови та визнання власності річ, не можуть застосовуватися до вантажів, з огляду на їхній специфічний статус та потребують неодмінної модернізації.

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України: за станом на 31 травня 2007 року // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.*
2. *Кодекс торговельного мореплавства України: за станом на 07 квітня 2011 року // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 47. – Ст. 349*
3. *Митний кодекс України: за станом на 06 липня 2011 року // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – №38-39. – Ст. 288*
4. *Постанова Кабінету Міністрів України «Про порядок обліку, зберігання, оцінки конфіскованого та іншого майна, що переходить у власність держави, і розпорядження ним» від 25.08.98 № 1340 № 536*
5. *Декрет Кабінету Міністрів України «Про порядок вилучення та реалізації вантажів, що знаходяться у морських торговельних портах і на припортових залізничних станціях понад установлені терміни» від 08.04.1993 року №33-93*
6. *Постанова Вищого господарського суду України від 13.05.2009 р. № 13/362-ПН-08 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://reyestr.court.gov.ua/Review/3669037*
7. *Постанова Вищого господарського суду України від 26.08.2008 р. № 15/315-07-8195 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://reyestr.court.gov.ua/Review/1984621*
8. *Постанова Вищого господарського суду України від 08.04.2009 р. № 6-15-23/71-05-2589 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://reyestr.court.gov.ua/Review/3441561*
9. *Постанова Вищого господарського суду України від 16.05.2008 р. № 21-108/04-6733 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.arbitr.gov.ua/docs/28_1252654.html*

І. В. Кузь
студент юридичного факультету
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ОСОБЛИВОСТІ ПОДІЛУ МАЙНА, ЯКЕ ПЕРЕБУВАЄ У СПІЛЬНІЙ СУМІСНІЙ ВЛАСНОСТІ ПОДРУЖЖЯ, ОДИН З ЧЛЕНІВ ЯКОГО Є ЗАСНОВНИКОМ (УЧАСНИКОМ) ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ

Безпосередньо питання, пов'язані з поділом майна, яке перебуває у спільній сумісній власності подружжя, один з членів якого є засновником (учасником) юридичної особи, не розглядалося жодним з науковців та йому не приділено належної уваги в науковій та періодичній літературі, хоча ця тема на даний час є актуальною.

Проблема поділу спільного майна подружжя розглядається не лише у контексті сімейного та цивільного права України, а й у контексті господарського права України, а саме тоді, коли йде мова про поділ майна, яке перебуває у спільній сумісній власності подружжя, один з членів якого є засновником або учасником юридичної особи.

Перш за все вирішуючи спори між подружжям про майно, яке належить їм на праві спільної сумісної власності, необхідно встановлювати обсяг спільно нажитого майна, наявного на час припинення спільного ведення господарства, з'ясовувати джерело і час його придбання. Це важливо враховувати, тому що у разі, якщо особа стала засновником (учасником) юридичної особи до того, як вступила у шлюб, то інший член подружжя, при поділі спільного майна, не має права заявляти вимоги на таке майно та на права стосовно цієї юридичної особи.

Спільною сумісною власністю подружжя, що підлягає поділу, можуть бути будь-які види майна, за винятком тих, які згідно із законом не можуть їм належати (виключені з цивільного обороту), незалежно від того, на ім'я кого з подружжя вони були придбані чи внесені. Спільною сумісною власністю подружжя, зокрема, можуть бути засоби виробництва, грошові кошти, акції та інші цінні папери. Те, що акції, цінні папери можуть бути спільною сумісною власністю подружжя, зазначено в Постанові Пленуму Верховного суду України від 21 грудня 2007 року «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійним та поділ спільного майна подружжя».

До складу майна, що підлягає поділу, включається загальне майно подружжя, наявне у нього на час розгляду справи, та те, що знаходиться у третіх осіб.

До цього майна застосовуються ті самі положення, що й до інших видів майна, що перебувають у спільній сумісній власності подружжя.

Акції, цінні папери будуть належати подружжю на праві спільної власності, якщо вони набуті подружжям за час шлюбу. Тобто у разі розлучення у такому випадку дружина/чоловік мають рівні права на таке майно. Але після аналізу судової практики можна сказати, що не все так просто.

При розгляді справ, пов'язаних з поділом майна, яке перебуває у спільній сумісній власності подружжя, один член якого є засновником (учасником) юридичної особи або є фізичною особою-підприємцем, суди йдуть двома шляхами. У першому випадку суди приймають рішення про поділ спільного майна подружжя, в якому визнають право кожного на ½ від частки в статутному капіталі юридичної особи того з подружжя, який є учасником або засновником юридичної особи.

В іншому випадку суди приймають рішення про визнання за членом подружжя, який є засновником або учасником юридичної особи, права власності на всю його частку в статутному капіталі, а на користь іншого члена подружжя стягують грошові кошти на належну частку в статутному капіталі юридичної особи. Тобто суд вирішує, що один з подружжя має право на грошову компенсацію лише в розмірі ½ частини вкладу, внесеної відповідачем за рахунок спільних коштів подружжя до статутного капіталу юридичної особи на момент її створення.

Така ситуація є недопустимою, суди мають вирішувати однотипні справи однаково. Товариство є власником майна, переданого йому засновниками і учасниками у власність. Одним з внесків (вкладів) учасників та засновників юридичної особи є грошові кошти. Внесок, оцінений в гривнях, становить частку учасника у статутному капіталі. Зазначені правові норми дають підстави для висновку, що грошові внески заснованого товариства, які є одним із джерел формування майна останнього, вкладаються до його статутного капіталу як вклад, є часткою учасника в ньому та стають власністю товариства, а засновник, в свою чергу, з моменту вчинення зазнаних дій набуває корпоративного права, яке включає в себе право на: управління справами товариства в порядку, визначеному в установчих документах; участь в розподілі прибутку товариства та одержання відповідної його частки, а також грошових внесків у разі ліквідації товариства відповідно до чинного законодавства. Таким чином, при вирішенні спору стосовно поділу майна, що є спільною сумісною власністю подружжя, одним із предметів якого є частка одного з подружжя у статутному капіталі господарського товариства, необхідно виходити з того, що вклад, внесений до статутного капіталу товариства, зокрема, за рахунок спільних коштів чи майна подружжя, відповідно до вимог чинного законодавства, є власністю цього товариства, тому не може бути предметом поділу за вимоги поділу спільного майна подружжя.

Оскільки чинне законодавство не відносить корпоративне право, яке набувається засновником або учасником товариство, до особистих майнових прав, то саме воно може бути предметом спільної сумісної власності подружжя, і саме воно буде підлягати поділу між подружжям.

Отже, якщо в юридичну особу, під час здійснення нею підприємницької діяльності, подружжя вкладало сімейні кошти, то чоловік чи жінка мають право на частину корпоративних прав, які належать іншому з подружжя, який є засновником чи учасником юридичної особи. І це, як правило, ½ від обсягу корпоративних прав, які належали до поділу одному із подружжя, який є засновником (учасником) юридичної особи.

Тому суди мають приймати рішення про визнання за одним з подружжя права на частку в корпоративних правах іншого подружжя, а вже за наявності згоди сторін, одна з ним може виплатити грошову компенсацію еквівалентну обсягу корпоративних прав, іншій стороні, а за собою залишити корпоративні права у повному обсязі.

Прогалини в питаннях, пов'язаних із здійсненням підприємницької діяльності, із порядком функціонування юридичних осіб, із обсягом корпоративних прав певної особи, порядком поділу загального обсягу таких корпоративних прав між декількома особами, із статусом майна юридичної особи, призводять до створення перешкод для розвитку підприємництва в Україні. Тому було б доцільним внести відповідні доповнення про порядок поділу майна, яке перебуває у спільній сумісній власності подружжя, один з членів якого є засновником (учасником) юридичної особи, до Господарського кодексу України, до норм, які регулюють питання, пов'язані з діяльністю юридичних осіб та з правами їх засновників (учасників).

О. О. Кулініч
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права
Національного університету «Одеська юридична академія»,
Одеса, Україна

ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ОБМЕЖЕНЬ ПРАВА НА ФОТОГРАФУВАННЯ

Мистецтво фотографування останніми роками набуває все більшої популярності не тільки у сфері художньої творчості, але й у технічній. Фотографія дозволяє зафіксувати будь-яку мить з життя та майже у всіх випадках є носієм певної інформації. Право на фотографування не є необмежним. При створенні фотографічних творів не слід забувати про положення чинного законодавства України або іноземного щодо визначення окремих заборон на фотографування. Особливої актуальності дане питання набуває для туристів, під час знаходження у іноземній країні. Так, російська туристка навіть не підозрювала, що невинне бажання зробити знімок веж Азріель (комплекс хмарочосів у Тель-Авіві) перетворить її на підозрювану в шпигунстві на користь «Хезболли» з наступним занесенням до бази туристів, які підозрюються Службою безпеки Ізраїлю, що у подальшому може ускладнити процедуру отримання візи до Ізраїля [3]. Саме тому певного значення набуває питання ознайомлення з положеннями законодавства щодо обмеження на фотографування.

Розглядаючи обмеження права на фотографування відповідно до норм чинного законодавства України, слід відзначити, що ці обмеження є декількорівневими, носять як абсолютний, так і відносний характер, можуть

бути умовними чи безумовними. Встановлюються вони, як правило, окремими нормативно-правовими актами чи за рішенням суду.

Перший рівень обмеження права на фотографування – абсолютний – відображається у нормах чинного законодавства та полягає у закріпленні безумовних та умовних обмежень на фотографування.

По-перше, ***безумовна заборона на фотографування***, наприклад, у закритому пленарному засіданні Верховної Ради, забороняється використовувати фото-, кіно-, відеотехніку, засоби зв'язку, звукозапису та обробки інформації для осіб, які беруть участь у них (ст. 4 Закону України «Про Регламент Верховної Ради України» № 1861-VI від 10.02.2010 р.).

По-друге, ***умовна заборона*** (що передбачає проведення зйомки тільки за попереднім погодженням з особою): фотозйомки інженерних та технічних засобів охорони ядерних установок для осіб, що перебувають на території ядерної установки (ст. 46 Закону України «Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку» № 39/95-ВР від 08.02.1995 р.); фотографування фізичної особи при наданні їй психіатричної допомоги (потрібна згода особи або її законного представника та лікаря-психіатра, який надає психіатричну допомогу) (ст. 6 Закону України «Про психіатричну допомогу» № 1489-III від 22.02.2000 р.); фотографування ВІЛ-інфікованих та хворих на СНІД осіб у випробуваннях медичних засобів і методів, науковому вивченні або навчальному процесі (ст. 17 Закону України «Про запобігання захворюванню на синдром набутого імунодефіциту (СНІД) та соціальний захист населення» № 1972-XII від 12.12.1991 р.)

За кордоном також встановлюються окремі випадки щодо обмеження права на фотографування. Зокрема, закон, що забороняє фотографувати на вулицях або в приміщеннях поліцейських був прийнятий у Великобританії в рамках Антитерористичного законодавства у 2000 році. У випадку його порушення особі, що здійснили зйомку або намагалася зняти на фотоапарат, відеокамеру або мобільний телефон поліцейського, загрожує арешт і подальше ув'язнення до 10 років. Дана міра повинна захистити поліцейських від спроб використовувати їхні фотографії «в цілях терористичної діяльності або актів тероризму».[1]

У іншому випадку керівництво Сейму Литви встановило обмеження для журналістів, що працюють в парламенті. Заборонено вносити відеокамери, фотоапарати, звукозаписну техніку, а також готувати інтерв'ю, робити відеозаписи і фотографувати в позначених спеціальним знаком місцях, в числі яких їдальні, ресторан, місця для куріння і туалети. Підставою для такого запровадження було бажання створити парламентаріям вільніші умови для роботи, щоб вони не боялися бути захопленими «папараці» в невигідних ситуаціях. Порушників, за словами спікера, чекають різні санкції – від попередження до позбавлення акредитації. Обмеження роботи журналістів у парламенті Литви пов'язане з тим, що преса неодноразово розкривала факти вживання депутатами алкоголю.[2]

Крім заборони фотографування, закріплених у нормативно-правових актах, слід звернути увагу на заборону, що встановлюються ***правилами професійної етики***. Прикладом порушення такої заборони було

розповсюдження чотирнадцяти фотографій шведською медсестрою, що тримала фрагменти видалених тканин пацієнта, зроблених під час нейрохірургічних операцій, які вона розмістила в Інтернеті, на своїй сторінці. Хоча за ними не можна ідентифікувати пацієнта, такий вчинок порушує основи медичної етики та правило на заборону на використання знімає апаратури в операційній (за винятком випадків зйомок освітніх фільмів для студентів-медиків), а також права пацієнта на таємницю особи і медичну таємницю.[5]

Другий рівень обмеження права на фотографування – відносний – встановлюється у кожному конкретному випадку на підставі рішення суду. Наприклад, Лондонський суд заборонив фотографам знімати поп-зірку Лілі Ален без її відома і згоди. Адвокат співачки оголосив, що просити про це його клієнтку змусило постійне переслідування з боку фотографів, якому вона піддавалася протягом декількох місяців. Припис суду стосується представників двох фото банків – Matrix і Big Pictures, фотографа Дена Босіновскі та інших «особистостей, відповідальних за фотографування Аллен в публічних місцях».[4]

Таким чином, викладене дає підставу визнати, що всі обмеження права на фотографування умовно можна поділити на абсолютні (умовні та безумовні) та відносні (тільки безумовні). Чітке визначення таких підстав у положеннях чинного законодавства та ознайомлення з ними пересічних громадян запобігатиме порушенням у цій сфері.

Використані джерела:

1. *В Англии запретили фотографировать полицейских // [Електроний ресурс] 17/02/09, 10:55 Источник: Фонтанка.ru http://www.yurpractika.com /news.php?id=0016819.*
2. *В Литве журналистам запретили работать в туалетах Сейма // [Електроний ресурс] 25/11/08, 08:55 Источник: Сегодня http://www.yurpractika.com /news.php?id=0016171.*
3. *Россиянка подает в суд на министерство обороны Израиля // [Електроний ресурс] 07/11/06, 12:05 Источник: MIGnews.com http://www.yurpractika.com /news.php?id=0010149.*
4. *Суд запретил папарацци фотографировать Л.Аллен // [Електроний ресурс] 17/03/09, 12:00 Источник: Хай вей http://www.yurpractika.com /news.php?id=0017106.*
5. *Шведскую медсестру могут судить за фотографии операции // [Електроний ресурс] 19/08/08, 18:40 Источник: Сегодня http://www.yurpractika.com /news.php?id=0015314.*

Н. О. Кухар
студентка юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ПРАВОВИЙ АСПЕКТ ВВЕДЕННЯ ОБОВ'ЯЗКОВОГО МЕДИЧНОГО СТРАХУВАННЯ В УКРАЇНІ

На сьогоднішній день актуальними є питання щодо забезпечення та вдосконалення особистих немайнових прав людини, зокрема право на медичну допомогу, яке гарантується Конституцією та Цивільним кодексом України. Однією з провідних ідей щодо вдосконалення медичної системи є пропозиції введення обов'язкового медичного страхування замість добровільного.

Обов'язкове медичне страхування – вид обов'язкового страхування спрямований на забезпечення конституційних прав громадян на охорону здоров'я та реалізацію державних гарантій на одержання безоплатної медичної допомоги [3].

Головною метою даного страхування є гарантія щодо фінансування витрат на діагностику, амбулаторне та стаціонарне лікування, надання готових лікарських засобів і виробів медичного призначення, профілактичні заходи, забезпечення медичною реабілітацією осіб, які перенесли особливо тяжкі операції або мають хронічні захворювання [1,70].

Договір про обов'язкове медичне страхування укладається між страхувальниками та страховиками:

- Страхувальниками є юридичні особи та дієздатні фізичні особи, які уклали із страховиками договори страхування або є страхувальниками відповідно до законодавства України [2].
- Страховики – юридичні особи, які відповідають умовам Закону України «Про господарські товариства», що одержали у встановленому порядку ліцензію на здійснення страхової діяльності. Страхова діяльність в Україні, за Законом України «Про Страхування» здійснюється страховиками – резидентами України та страховиками нерезидентами. В окремих випадках, встановлених законодавством України, страховиками визнаються державні організації, які створені й діють відповідно до чинного законодавства.

Аналізуючи можливість впровадження обов'язкового медичного страхування, можна говорити про наявність позитивних і негативних рис.

З одного боку, медичне страхування повинне надати більш інтенсивний розвиток медичної сфери, поліпшення умов, оскільки це є додатковим фінансуванням. Крім того, воно повинне створити рівне медичне обслуговування кожному громадянину та надання медичної допомоги за наявності її потреби. Але, з іншого боку, є ряд недоліків. Прихильники медичного страхування акцентують увагу на безоплатності медичної допомоги, яка, по суті, такою не являється. Оскільки кожен місяць особа повинна сплачувати певну суму на дане страхування, тобто громадянин частинами сплачує свою «безоплатну» медичну допомогу до того моменту, коли виникне потреба її надання.

Також варто звернути увагу на те, що більшість населення, особливо пенсіонери, просто не в змозі обов'язково оплачувати своє медичне страхування, оскільки ледве можуть забезпечити своє існування. Серед основних аргументів також виокремлюють збільшення податкового навантаження на фонд заробітної плати [6,73].

Обов'язкове медичне страхування вже намагалися на законодавчому рівні закріпити, про що свідчить прийняття до розгляду Верховної Ради України Проекту Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне медичне страхування» № 1040 від 27.11.2007 (відкликано), Проекту Закону України «Про фінансування охорони здоров'я та медичне страхування» № 4279 від 30.03.2009 (відкликано), Проекту Закону України «Про фінансування охорони здоров'я та обов'язкове соціальне медичне страхування в Україні» 4744 від 30.06.2009 (опрацьовується).

Для більш глибокого та ефективного аналізу впровадження обов'язкового медичного страхування варто звернутися до міжнародного досвіду.

Такі країни як Німеччина, Австрія, Бельгія, Нідерланди фінансують сферу охорони здоров'я шляхом соціального медичного страхування. У Німеччині медичне страхування складається з державного обов'язкового страхування та приватних страхових фондів, які забезпечують надання медичної допомоги на високому рівні. Уряд покриває вартість медичного страхування безробітних, літніх людей, дітей, державних службовців і непрацюючого подружжя. У Франції медичне страхування є однією з частин соціального забезпечення, яке фінансується податками на заробітну плату, пропорційними прибутковими податками, а також непрямими податками на алкогольні та тютюнові вироби[5,12].

У США медичне страхування не є обов'язковим, в них переважає приватна система охорони здоров'я. Але разом з тим американців, які за віком старше 65 років, страхує держава в рамках програми Medicare, яка фінансується за допомоги податку, який стягується з тих, хто працює, та із загальних надходжень прибуткового податку. Також існує програма Madicaid, яка страхує малозабезпечених американців (переважно жінок та дітей з бідних сімей) [5,12-13].

Можна прийти до висновку, що в нашій країні спостерігається занепад сфери медичного обслуговування й потрібні рішення для виходу із цієї ситуації. На нашу думку, державі слід більше приділяти уваги і фінансувати сферу охорони здоров'я і робити його більш відкритим і прозорим. Тому, введення обов'язкового медичного страхування є найкращим рішенням для вдосконалення медичної системи, за умови, якщо буде створенні гарні умови лікування та наявність висококваліфікованих лікарів. Також, аналізуючи міжнародну практику, є пропозиція, щоб такі групи населення як пенсіонери, малозабезпечені громадяни будуть застраховані, наприклад, за рахунок надходжень із загального податку.

Використані джерела:

1. *Боднарук М.І. Загальнообов'язкове державне соціальне медичне страхування в Україні: правові аспекти становлення та розвитку // Науковий вісник Чернівецького національного університету ім. Ю. Федьковича : Збірник*

наукових праць / Чернівецький національний університет ім. Ю. Федьковича. – Чернівці, 2002. – С.70-75. – (Правознавство ; Вип. 154). – ISBN 966-568-528-7.
2. *Закон України «Про страхування» від 07.03.1996 № 85/96-ВР. – Відомості Верховної Ради України. – 1996. – N 18. – ст. 78.*
3. *Проект закону України «Про фінансування охорони здоров'я та обов'язкове соціальне медичне страхування в Україні» від 30.06.2009 № 4744.*
4. *Солдатенко О. Перспективи реалізації конституційного права громадян на охорону здоров»я через медичне страхування // Право України : юридичний журнал / Міністерство юстиції України; Конституційний Суд України та ін. – Київ, 2009. – № 3. – С. 54-58. – ISSN 0132-1331.*
5. *Стеценко В. Організаційно правові засади медичного страхування зарубіжний досвід і пропозиції для України // Підприємництво, господарство і право : науково-практичний, господарсько-правовий журнал / Ін-т приватного права і підпр-ва АПрН України та інш. – Київ, 2009. – № 1 (157). – С. 10-13.*
6. *Яковлєва Т. Соціально правові передумови запровадження обов»язкового медичного страхування // Підприємництво, господарство і право : науково-практичний, господарсько-правовий журнал / Ін-т приватного права і підпр-ва АПрН України та інш. – Київ, 2008. – № 11. – С. 71-74.*

П. И. Кучура
доцент кафедры частного права кандидат юридических наук
УО ФПБ Международный университет «МИТСО»
Минск, Республика Беларусь

ПРАВОВОЕ ПОЛОЖЕНИЕ ПРИНЦИПОВ ДОБРОСОВЕСТНОСТИ, РАЗУМНОСТИ, СПРАВЕДЛИВОСТИ В ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ ОТНОШЕНИЯХ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

Одним из наиболее актуальных и перспективных научно-исследовательских направлений в области гражданского права является разработка проблемы сущности его основополагающих начал. Именно основные начала гражданского законодательства «принципы», наиболее ярко отражают направленность и главные особенности гражданско-правового регулирования, служат исходной базой для толкования гражданско-правовых норм, применения их по аналогии и т.д. Эволюция принципов добросовестности, разумности и справедливости отражает развитие гражданско-правовых отношений и всей гражданско-правовой системы в целом. Первоначально добросовестность, разумность и справедливость рассматривались в естественном и каноническом праве как морально-нравственные категории. С развитием европейского гражданского законодательства данные принципы получили нормативное закрепление. В настоящее время их содержание юридизировано и выведено за нормы морали и идеологии, чего требуют изменившиеся условия гражданского оборота и что соответствует современной гражданско-правовой доктрине. Принципы гражданских правоотношений - это исходные правила, обязательные для исполнения в правоприменительной, правоустановительной и

правореализационной деятельности участников гражданских правоотношениий, закрепленные в нормах гражданского законодательства.

Принцип добросовестности - это принцип гражданских правоотношений, устанавливающий необходимость заботливого, осмотрительного поведения, при котором исключается любое проявление неосмотрительности, небрежности, незнания прав, обязанностей и законных интересов других участников гражданских правоотношений, и предполагающий отношение к чужим обязанностям и правам как к своим собственным.

Принцип разумности - это принцип гражданских правоотношений, устанавливающий необходимость соотнесения действий участников правоотношений с условиями и явлениями объективной реальности, социально-экономической действительности, обычно предъявляемыми требованиями и обычаями, профессиональными правилами.

Принцип справедливости - это принцип гражданских правоотношений, при котором поведение субъекта данных отношений соответствует социальному назначению права и нормам нравственности, соблюдается соразмерность прав и законных интересов участников правоотношений, третьих лиц и публичных институтов.

Одна из важнейших особенностей принципов добросовестности, разумности и справедливости в отличие от других принципов гражданских правоотношений заключается в возможности их влияния на интересы участников гражданских правоотношений. Принцип справедливости, уравнивающий распределение прав с учетом общепринятых стандартов поведения, должен применяться совместно с принципами добросовестности и разумности в силу аксиологического значения и специфики практического использования. Их совместное применение позволяет рассматривать права и обязанности участников гражданско-правовых отношений в комплексе, с учетом социально-экономических условий хозяйствования. В связи с тем, что рассматриваемые принципы выступают как общие принципы гражданского права, их применение в каждом конкретном случае возможно только при условии согласования и соотнесения с другими принципами [1, с. 121].

Включение принципов добросовестности, разумности и справедливости в оценочные нормы институтов собственности, ответственности, обязательств и др. показывает их трансформацию в зависимости от института, отражает особенности процесса реформирования гражданского законодательства, предоставляет новые возможности в регулировании гражданских правоотношений в условиях рыночной экономики. Взаимодействие по горизонтали с правовыми нормами и институтами, влияние на правовое сознание и правовую культуру предопределяют в силу аксиологического характера этих принципов большое разнообразие их функций - от регулятивной как главной до правообразующей (формирующей) и воспитательной. Заложенная в гражданском законодательстве презумпция исследуемых принципов позволяет выделять, как одну из основных, восстановительную функцию [2, с. 215].

Принципы добросовестности, разумности и справедливости являются одним из ключевых факторов, позволяющих национальной гражданско-

правовой доктрине выработать отвечающие современным требованиям правила регулирования, в том числе и возможность применения судейского усмотрения. Развитие рыночных отношений привело к нормативному закреплению данных принципов в новых гражданско-правовых институтах возмещения убытков, причиненных недобросовестной конкуренцией, компенсации морального вреда, защиты чести, доброго имени и деловой репутации.

Применение принципов добросовестности, разумности и справедливости можно рассматривать и как цель, и как правовое средство, способствующее восполнению пробелов в правовом регулировании, позволяющее учитывать социальные, психологические, культурные, экономические, организационные, информационные и иные факторы, не относящиеся к правовым, при возникновении, осуществлении и прекращении гражданских правоотношений. Такой подход позволяет не ограничивается формально-правовыми методами и использовать при регулировании гражданских правоотношений достижения иных наук, что показывает отечественный и зарубежный опыт применения изучаемых принципов. Правовая практика требует постоянного расширения области применения рассматриваемых принципов, что влечет не только рост правосознания и правовой культуры, но и развитие правотворческой деятельности.

Использованные источники:

1.*Кучура, П.И. Реализация добросовестности и разумности в гражданском праве Республики Беларусь / П.И. Кучура // Вес. Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь. – 2009. - № 6.-С 120-131.*

2.*Суханов,Е.А. Гражданское право / Е.А. Суханов.-2-е изд.-М: РИОР, 1998. – 391 с.*

О. А. Латинін

заступник голови Севастопольського апеляційного господарського суду, Севастополь, Україна

ПОНЯТТЯ НЕСПРОМОЖНОСТІ, ЯК ТЕОРЕТИЧНЕ ПИТАННЯ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА

Механізми визнання суб’єктів господарювання неплатоспроможним (банкрутом) притаманні законодавству майже кожної країни світу.

Втім, не зважаючи на довгу історію існування, численні наукові дослідження та об’ємну практику застосування, в теорії та правовому регулюванні цього економіко-правового явища ще присутні прогалини та суперечності.

На мій погляд проблемою, яка залишається досить не визначеною, є відсутність узгодженості в розумінні деяких понять. Так, наприклад, що саме слід визначати неспроможністю, а що банкрутством. Національне законодавство оперує лише термінами неплатоспроможність та банкрутство. Перше поняття Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання

його банкрутом» (ст. 1) [1, 1] (надалі Закон про банкрутство) роз'яснює як неспроможність суб'єкта підприємницької діяльності виконати після настання встановленого строку їх сплати грошові зобов'язання перед кредиторами, в тому числі по заробітній платі, а також виконати зобов'язання щодо сплати страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування та інші види загальнообов'язкового державного соціального страхування, податків і зборів (обов'язкових платежів) не інакше як через відновлення платоспроможності. Банкрутство згідно з зазначеним Законом це – визнана господарським судом неспроможність боржника відновити свою платоспроможність та задовольнити визнані судом вимоги кредиторів не інакше як через застосування ліквідаційної процедури. Звісно ж нормативні визначення майже всіх понять не відображають їх сутність та значення у повному обсязі.

Російські вчені початку минулого століття розглядали неспроможність наступним чином. В.Л. Ісаченко визначав це поняття як майнове становище особи, фізичної або юридичної, при якому вона не в змозі задовольнити законні вимоги своїх кредиторів [2, с. 391].

Як офіційно підтверджене майнове становище, яке дає підстави для припущення про його недостатність для покриття всіх боргів власника розумів неспроможність Г.Ф. Шершеневич [3, с. 148]. Неспроможність платежів та неоплатність він вважав фактичними умовами неспроможності, однак лише після того як їх наявність встановлена судом [4, с. 17]. Банкрутство ж він трактував як необережне або навмисне спричинення неспроможним боржником шкоди кредиторам через зменшення або приховування майна [3, с. 580].

Сучасні погляди на визначення цих двох понять можливо умовно поділити на дві групи. Згідно першої позиції терміни неспроможність та банкрутство є синонімами [5, с. 22]. Розмежування цих двох категорій проводиться за критерієм оплатності боржника або ж за критерієм спричинення збитків кредиторам.

Прибічники іншої точки зору стверджують, що банкрутство є лише одним з можливих наслідків неспроможності [6, с. 172; 74] та не є зовсім вдало їх ототожнювати [7, с. 13]. Так, як відмічає Б.М. Поляков, поняття неспроможності є більш об'ємним за своїм змістом ніж банкрутство, яке історично розумілось як припинення діяльності господарюючого суб'єкта [8, с. 25].

Вбачається за потрібне нагадати про вже згадуваний термін «неплатоспроможність». Наведене його трактування за Законом про банкрутство підкреслює, що цей термін можна застосувати до визначення першої, досудової стадії неспроможності. Тобто, відповідність стану розрахунків боржника з кредиторами визначеним законодавством умовам. Стосовно Закону про банкрутство – це умови, за яких можливе подання до господарського суду заяви про визнання боржника банкрутом (ст. 6). Тоді дане поняття можна визначити таким чином як відома російська дослідниця проблем неспроможності М.В. Телюкіна розуміє саму неспроможність. Так, за її думкою, неспроможність – це такий стан боржника, коли він не сплачує свої борги протягом певного терміну при тому, що його пасив перевищує актив, тобто фінансове становище боржника є незадовільним [9, с. 27].

Таким чином, у відносинах неспроможності можливо виділити просту неплатоспроможність (невиконання боржником зобов'язань) та банкрутство як підтверджене господарським судом дійсне перевищення пасивів боржника над його активами та неможливість відновлення платоспроможності. Це розмежування дає змогу остаточно визначити, що неплатоспроможність та банкрутство є складовими відносин неспроможності.

З огляду на вищевикладене, *неплатоспроможність можна визначити як сукупність правових підстав неможливості виконання суб'єктом господарювання зобов'язань інакше як через проведення спеціальних заходів з відновлення його фінансово – господарського стану. Банкрутство ж уявляється як припинення господарської діяльності боржника на підставі підтвердженої у судовому порядку неможливості відновлення його платоспроможності.*

Таким чином *неспроможність – це комплекс досудових та судових заходів економічного та юридичного характеру, застосування яких до боржника має на меті вирішення питань про можливість відновлення його платоспроможності або доцільність припинення його господарської діяльності в спеціальному порядку.*

Використані джерела:

1. *Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом: Закон України від 14.05.1992 р. // Відомості Верховної Ради. – 1992. – № 31. – Ст. 440*
2. *Исаченко В.Л. Русское гражданское судопроизводство / Исаченко В.Л. – Спб., 1910. – Т. II. – 543 с.*
3. *Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права / Шершеневич Г.Ф. – Т. IV/ – М.: Башмаковы, 1912. – 378 с.*
4. *Шершеневич Г.Ф. Конкурсный процесс / Шершеневич Г.Ф. – М., 2000. – 529 с.*
5. *Баренбойм П. Правовые основы банкротства: Учебное пособие / Баренбойм П. – М., 1995. – 147 с.*
6. *Дубинчин А.А. Правовое регулирование несостоятельности (банкротства) юридического лица. Дис. ….канд. юрид. Наук / Дубинчин Александр Анатольевич. – Екатеринбург, 1999. – 183 с.*
7. *Кулагин М.И. Избранные труды / Кулагин М.И. – М.: Статут, 1997. – 347 с.*
8. *Поляков Б.М. Правовые проблемы регулирования несостоятельности (банкротства).: Дис. …доктора юрид. наук 12.00.04. / Поляков Борис Моисеевич – К. – 2003. – С. 194*
9. *Телюкина М.В. Соотношение понятий «несостоятельность» и «банкротство» в дореволюционном и современном праве / М.В. Телюкина // Юрист. – 1997. – № 12. – С. 26 – 31*

Б. К. Левківський
кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ВДОСКОНАЛЕННЯ НОРМАТИВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРИМУСОВОГО СТЯГНЕННЯ АЛІМЕНТІВ НА НЕПОВНОЛІТНІХ ДІТЕЙ

Вступ. За двадцять років незалежності сімейне законодавство України почало якісно змінюватися, було впроваджено низку нормативних актів, що по новому регулюють сімейні відносини. Своєрідним планом дій по удосконаленню ситуації щодо забезпечення прав дитини є Закон України, що прийняла Верховна рада у червні 2007 року «Про Загальнодержавну програму «Національний план дій щодо реалізації Конвенції ООН про права дитини» на період до 2016 року» [1].

Ставлення до дитини, зокрема до її природних та суб'єктивних прав, є виміром духовності та гуманності суспільства. Рівень життя та цивілізованості держави визначається тим, як живуть у ній діти, ступенем суспільної уваги до них та їх правової захищеності. Реальна ситуація стосовно дітей, що склалася сьогодні в Україні, далека не тільки від стандартів цивілізованості, але й реальних можливостей суспільства [2].

Сімейне законодавство України і надалі розглядає дитину як підвладного суб'єкта батьківських повноважень, не надаючи нормативного забезпечення самостійності дитини як суб'єкта сімейних правовідносин, іноді ігноруючи закріплення прав дитини, надаючи переваги нормативному закріпленню виключно обов'язків батьків у регулюванні цих відносин.

Прикладом може бути законодавче регулювання майнових прав неповнолітньої дитини, зокрема її права на отримання утримання.

Огляд основного матеріалу. Сімейний кодекс України [3] не містить читко виписаної норми яка б закріплювала право неповнолітньої дитини на отримання утримання від батьків. Сімейний кодекс містить норму яка закріплює тільки обов'язок батьків надавати утримання дитині до її повноліття (ст. 180 СК). Звичайно обов'язок батьків надавати утримання неповнолітній дитині до її повноліття має кореспондуватися праву дитини вимагати від батьків виконання цього обов'язку. Нажаль законодавець проігнорував необхідність закріплення у чинному СК норми яка б закріплювало таке право дитини. Така позиція законодавця призводить до подальших, як теоретичних так і практичних помилок при регулюванні аліментних відносин батьків і дітей.

Не можна погодитись з позицією законодавця щодо визначення власника аліментів, що сплачуються на утримання дитини. Викликає подив норма, яка вказує на перехід права власності на аліменти на утримання дитини від платника аліментів до одержувача (ч. 1 ст. 179 СК). По-перше, ЦК України не передбачено такої підстави набуття права власності, по-друге, аліменти мають цільове призначення і не можуть використовуватись на розсуд одержувача, по-третє, сплата аліментів є обов'язком платника, який виникає в силу прямого

припису закону утримувати неповнолітню дитину до її повноліття, тобто суб'єктами даних правовідносин є платник, одержувач та дитина, де одержувачем виступає зобов'язана законом або рішенням суду особа – розпорядник аліментів як повнолітня дієздатна особа яка має право самостійно вступати в цивільні правовідносини в інтересах дитини. Не коректно також виписано і норму закріплену в ч. 2 ст. 179 де зазначено, що у разі смерті того з батьків з ким проживала дитина, аліменти є власністю дитини, а опікун є розпорядником аліментів.

Вбачається, що у випадку надання утримання дитині шляхом виплати аліментів, власником аліментів залишається платник, який виконує свій обов'язок щодо дитини. Адже не буде відбуватися переходу права власності у випадку надання утримання дитині у повній сім'ї, у тому випадку коли обидва з батьків проживають з дитиною і надають їй утримання за рахунок власного доходу, як за рахунок спільного майна батьків (стипендія, заробітна плата, пенсія тощо) або за рахунок власного майна кожного з них (доходи від власності набутої до шлюбу, набутої в наслідок дарування або спадкування). Одержувач аліментів виступає як їх розпорядник, який в праві на власний розсуд визначати пріоритети у питанні задоволення потреб дитини та її утримання виходячи з нагальних потреб дитини.

Щодо примусового стягнення аліментів на утримання дитини законодавець так само не досить вдало формулює деякі норми, що регулюють дане питання. Так, згідно ч. 3 ст. 181 СК аліменти на дитину присуджуються судом як в частці від заробітку так і в твердій грошовій сумі. Згідно ст. 184 СК у випадку якщо платник аліментів має нерегулярний, мінливий дохід, частину доходу одержує в натурі, а також за наявності інших обставин, що мають істотне значення, суд за заявою платника або одержувача може визначити розмір аліментів у твердій грошовій сумі.

На перший погляд зазначені норми виписані достатньо вдало, надають можливість забезпечити право дитини на утримання у зазначених випадках. Однак, як свідчить практика застосування норми ст. 184 СК, вона є пріоритетною (спеціальною) для судів лише тоді коли мова іде про примусове стягнення аліментів на утримання однієї дитини. Щодо стягнення аліментів на двох і більше дітей то суди визначають розмір аліментів у частці від заробітку, відмовляючи у встановленні аліментів на двох і більше дітей у твердій грошовій сумі, посилаючись на спеціальну норму закріплену у ч.2 ст. 183 СК, що зобов'язує їх визначити єдину частку від заробітку (доходу) матері, батька на утримання двох і більше дітей.

У даному випадку мова іде про конкуренцію норм. Загальна норма (ч. 2 ст. 183 СК) конкурує зі спеціальною нормою (ст. 184 СК). У даному випадку загальною нормою слід визначити саме норму ч.2 ст. 183 СК оскільки вона встановлює положення згідно з яким у всіх випадках стягнення аліментів на двох і більше дітей аліменти мають бути встановлені у часті від заробітку. А ст. 184 СК є спеціальною оскільки встановлює відповідні умови її застосування, а саме можливість встановлення аліментів у твердій грошовій сумі за наявності передбачених в ній умов незалежно від кількісного суб'єктного складу аліментних правовідносин.

Використані джерела:

1. *Національний звіт «Зведена ІІІ та IV періодична національна доповідь про реалізацію Україною положень конвенції ООН про права дитини» (2002-2006), 2008 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://childrights.in.ua/upload/CRC_Ukraine%20state%20report_III%20and%20IV_2008_ukr_09.2008.pdf (дата звернення: 21.09.11).*
2. *Ольховик Л.А. Особисті немайнові права дитини за цивільним законодавством України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юр. наук: спец. 12.00.03 «цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Л.А. Ольховик. – Харків, 2006. – 21 с.*
3. *Сімейний кодекс України : [прийнятий 10 січ. 2002 р. № 2947-III] // Від. Верхов. Ради Укр. – 31.05.2002. – № 21, (дод.). – Ст. 135. – Зі змінами ; ост. ред. 14.10.2011 р.*

Ю. В. Лисенко

молодший науковий співробітник відділу проблем приватного права
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
Національної академії правових наук України,
Київ, Україна

ДО ПРОБЛЕМИ КОНКРЕТИЗАЦІЇ ПОНЯТЬ РЕКЛАМА, РЕКЛАМНА ДІЯЛЬНІСТЬ, РЕКЛАМНА ПОСЛУГА

Реклама – давно вже не просто слово в торгівлі.
Це слово в політиці, слово в суспільних
відносинах, слово в моралі.
Жак Сегел

Зростання ролі рекламної діяльності в сучасних умовах суспільного і економічного розвитку беззаперечне. Реклама має вплив на громадську думку, рух товарів, обсяги продажів, результати виборів і водночас є сферою підприємницької діяльності та засобом економічної конкуренції [2, 42].

Закономірно, що явище такого масштабного значення вимагає відповідного правового регулювання. Варто передусім розтлумачити поняття реклами, відмежувати його розуміння від рекламної діяльності та з’ясувати, яким змістом слід наділяти поняття рекламної послуги.

Відповідно до ст.1 Закону України «Про рекламу», *рекламою* є інформація про особу чи товар, розповсюджена в будь-якій формі та в будь-який спосіб і призначена сформувати або підтримати обізнаність споживачів реклами та їх інтерес щодо таких особи чи товару. Отже, законодавець насамперед визначає рекламу як інформацію. Згідно Закону України «Про інформацію», інформація – це документовані або публічно оголошені відомості про події та явища, що відбуваються в суспільстві, державі та навколишньому природному середовищі.

Поряд з тим, реклама є особливим видом інформації, адже метою створення і поширення реклами є вплив на споживача.

Поняття рекламної діяльності на законодавчому рівні не розтлумачено. У преамбулі Закону України «Про рекламу» вказано, що «...Закон визначає засади рекламної діяльності в Україні...», але ні серед визначень термінів, ні в тексті Закону це поняття не зустрічається. Відсутність дефініції рекламної діяльності породжує поєднання двох понять – «реклами» та «рекламної діяльності» в єдине ціле. Але це є помилкою, оскільки рекламна інформація є певним продуктом рекламної діяльності [5, 39-40].

На доктринальному рівні доволі чітким і обґрунтованим видається поняття рекламної діяльності, запропонована Л. Микитенко: *рекламна діяльність* – це ініціативна, самостійна, систематична, на власний ризик діяльність, яка спрямована на виготовлення реклами та спрямована на здійснення посередницьких функцій шляхом надання послуг, пов'язаних з просуванням товару на ринок та його передачею в належному вигляді від безпосереднього виробника такого товару його споживачеві, за допомогою рекламних засобів, з метою одержання прибутку, яка здійснюється фізичними та/або юридичними особами, зареєстрованими як суб'єкти підприємницької діяльності у порядку, встановленому законодавством.

Суб'єктами рекламної діяльності в Україні є:

- рекламодавець – особа, яка є замовником реклами для її виробництва та/або розповсюдження;
- виробник реклами – особа, яка повністю або частково здійснює виробництво реклами;
- розповсюджувач реклами – особа, яка здійснює розповсюдження реклами.

У сучасних умовах розвитку ринкової економіки зручним, ефективним та прибутковим інструментом виробництва і розповсюдження реклами серед потенційних споживачів є рекламні агентства. Види робіт, які пропонуються рекламодавцям рекламними агентствами, кваліфікуються останніми як *рекламні послуги*. На основі порівняльного аналізу пропозицій рекламних агентств можна виокремити найпоширеніші з них:

- розробка фірмового стилю (логотипів, папок, фірмових бланків, календарів, конвертів);
- дизайн плакатів, буклетів, листівок та іншої поліграфічної продукції;
- дизайн широкоформатної продукції будь-якої складності;
- дизайн зовнішньої реклами (бігборди, лайтбокси);
- верстка рекламних журналів, газет, буклетів;
- розробка web-сайтів будь-якої складності;
- виготовлення металоконструкцій, банерів, об'ємних літер та ін.;
- розміщення зовнішньої реклами, реклами на телебаченні, радіо, в Інтернеті, метро та інших альтернативних носіях інформації.

Згідно п.17 ч.1 ст.1 Закону України «Про захист прав споживачів» послугою є діяльність виконавця з надання (передачі) споживачеві певного визначеного договором матеріального чи нематеріального блага, що

здійснюється за індивідуальним замовленням споживача для задоволення його особистих потреб.

В.Рєзнікова окреслює послугу як певну діяльність, яка не пов'язана зі створенням речі, однак сама по собі породжує відповідне благо, що має споживчу вартість та в силу своїх корисних властивостей здатне задовольнити певні потреби [7, 235]. Окрім того, науковець виокремлює *структуру послуги*: 1) потреба; 2) мета; 3) мотив діяльності; 4) сам процес діяльності; 5) предмет, на який вона націлена; 6) засоби, спрямовані на досягнення мети; 7) результат діяльності [7, 237].

На думку С.Ємельянчика, послуга – це дія (діяльність), спрямована на задоволення потреб особи, яка виражається у відсутності втілення в певному майновому результаті, що є невіддільним від самої діяльності, якість якого не може гарантуватися і який споживається безпосередньо у момент здійснення [6,108]. Специфічні характеристики послуги (нематеріальність, синхронність надання і отримання, невичерпність, відсутність упредметненого результату тощо) відрізняють її від робіт, проте ця різниця не є чіткою [4, 617]. Рекламодавця насамперед цікавить не матеріальна конструкція чи електронний носій, а рекламна інформація, відтворена на ньому.

Отже, ***рекламну послугу*** можна визначити як дію творчого характеру, спрямовану на ознайомлення потенційних споживачів реклами з товарами, що виробляються і продаються, результат (якість впливу на споживача) якої неможливо передбачити. Корисний ефект рекламних послуг полягає у здатності задовольнити потреби споживачів у рекламній інформації.

***Використані джерела*:**

1. *Харитонов Є.О., Старцев О.В. Цивільне право України: Підручник. – Вид. 2, перероб. і доп. – К.:Істина, 2007. – С. 616.*
2. *Воєводін Б.В. Неналежна реклама та її види// Актуальні проблеми юридичної науки: Збірник тез міжнародної науково-практичної конференції «Сьомі осінні юридичні читання»: У 4-х частинах – Частина 3. – Хмельницький: Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2008. – С. 42 – 43.*
3. *Микитенко Л. Правове регулювання реклами та рекламної діяльності: проблеми теорії// Підприємництво, господарство і право. – 2003. – № 10. – С. 37 – 40.*
4. *Ємельянчик С. Послуга в цивільному праві// Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 3.- С.105 – 108.*
5. *Рєзнікова В. Послуга як правова категорія та ознака посередницьких договорів// Університетські наукові записки, 2007, №4 (24), с.234 – 240.*

С. А. Ліневич
студент факультету податкової міліції
Національного університету державної податкової служби України,
Ірпінь, Україна

СПАДКОВИЙ ДОГОВІР – НОВА СТОРІНКА ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Із набранням чинності Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 р. в Україні з'явився раніше невідомий вітчизняному законодавству інститут спадкових правовідносин – спадковий договір. У той час, як у багатьох країнах світу цей інститут є широко розповсюдженим, а порядок укладення й виконання спадкових договорів детально регламентований законодавством, у нашій країні спадковий договір дотепер поступається усталеним інститутам спадкування за законом і за заповітом [3,42].

Багато дискусійних питань виникає, коли йдеться про місце спадкового договору в структурі Цивільного кодексу України. Очевидно, що як і будь-який інший договір, спадковий договір, у випадку його укладення, передбачає виникнення певних зобов'язань між його сторонами. Законодавець визначив за доцільне включити спадковий договір до Книги шостої, що регламентує спадкові відносини, тим самим констатуючи його тісний зв'язок із спадкуванням.

У дисертаційній роботі, присвяченій дослідженню інституту спадкового договору (С.В. Мазуренко) розглядалися питання правової характеристики спадкового договору як підстави виникнення договірних відносин, досліджувалося питання предмету спадкового договору, його суб'єктного складу, порядку укладення, виконання та розірвання. Однак поза увагою залишилися питання щодо поняття спадкового договору, його змісту, не досліджено спеціальних підстав припинення спадкового договору та ін. Окремі питання, які стосуються спадкового договору, досліджувалися також у працях В.В. Васильченка (питання юридичної сутності інституту спадкового договору та його вдосконалення в рамках цивільного законодавства України), З.В. Ромовської (питання загальної характеристики спадкового договору, особливостей суб'єктного складу та змісту спадкового договору), С.Я. Фурси, Є.І. Фурси (питання правової природи та практики застосовування норм, які регулюють інститут спадкового договору, органами нотаріату; змісту, форми та особливостей укладення спадкового договору залежно від виду майна, що передається у власність, а також питання суб'єктного складу спадкового договору), Ю.О. Заіки (питання загальної характеристики інституту спадкового договору) [3,45].

Одним з основних методів дослідження спадкового договору є порівняння його із заповітом, шляхом встановлення тих найбільш суттєвих ознак, які різнять їх[6,57]. Адже саме цей прийом дасть змогу більш повно зрозуміти прогресивність та доцільність введення спадкування за договором у повсякденну юридичну практику нашої країни.

Спадковий договір, як і заповіт, покликаний регулювати суспільні відносини, які пов'язані із смертю особи, та виникненням у зв'язку із цим питань розподілу майна, прав та обов'язків, які належали померлому ще за життя[5,115]. Але підхід до врегулювання даних інститутів принципово різнить їх між собою. Зокрема можна виділити такі критерії розмежування: за природою правових зв'язків; за об'єктом; за суб'єктним складом; за порядком укладення та посвідчення.

Спадковий договір, на відміну від заповіту, є завжди двостороннім правочином. Відповідно, участь в його укладенні приймають дві особи, наділені взаємними правами та обов'язками. Саме в силу цієї ознаки «спадковий договір не можна скасовувати або змінювати в односторонньому порядку за життя відчужувача, як це має місце при заповіті» [1,138].

Згідно ст. 1234 Цивільного кодексу України право на заповіт має особа з повною цивільною дієздатністю[4,785]. Подібного правила щодо суб'єктів спадкового договору законодавець не встановлює. Тобто, укладати спадковий договір може й особа, яка не має повного обсягу дієздатності шляхом його укладення через представника, що діє за довіреністю, або на підставі закону (батьків, опікунів та ін.)

На відміну від заповіту, який може посвідчуватися, окрім нотаріуса, й іншими особами, встановленими ст. ст. 1251-1252 Цивільного кодексу України, така можливість стосовно спадкового договору законом не передбачена, тобто, посвідчувати цей договір може лише нотаріус.

Таким чином, можна стверджувати, що чинне законодавство України встановлює принципово різні підходи до регулювання заповіту та спадкового договору[2,58]. На відміну від заповіту, спадковий договір є двостороннім правочином неособистого характеру. Об'єктом цього договору є не лише майно, яке передається набувачеві, а й зустрічні дії з його боку. Крім цього, законодавством встановлюються певні особливості його посвідчення.

Щодо вдосконалення інституту спадкового договору можна виділити такі пункти:

- включити норму, яка б прямо передбачала, що при укладенні спадкового договору не може бути порушеним право осіб, вказаних у ст. 1241 Цивільного кодексу України, на обов'язкову частку у спадщині;
- доповнити ст. 1302 ЦК частиною 2 такого змісту: «Укладенням спадкового договору не може бути порушеним право осіб, вказаних у ст. 1241 Цивільного кодексу України, на обов'язкову частку у спадщині»;

Використані джерела:

1. *Васильченко В.В Юридична сутність інституту спадкового договору та його місце в системі цивільного права, – Право України. – 2003. – № 7. – с. 135 – 145.*
2. *Мазуренко С.В. Спадковий договір у цивільному праві, – Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.03 – цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право. – Одеська національна юридична академія, Одеса, 2004. – С. 56 – 67.*
3. *Шама Н.П. Зміст спадкового договору, – Вісник Академії адвокатури України. – 2007. – № 2 (9). – с. 45 – 51.*

4. *Науково – практичний коментар до Цивільного кодексу України, – 2010 р., – «Аста», – 1259с.*
5. *Фурса Є.І. Спадковий договір як новий спосіб охорони прав громадянина на випадок його смерті,- Мала енциклопедія нотаріуса. – 2003. –№ 2 (8). – 310 с.*
6. *Ромовская З.А Проблемы наследственного договора // Юридическая практика. – 2003. –№ 44 (306). – 256 с.*

Л. В. Лічман
аспірант Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

СФЕРИ ЗАСТОСУВАННЯ НІКЧЕМНОГО ПРАВОЧИНУ, ЩО ПОРУШУЄ ПУБЛІЧНИЙ ПОРЯДОК

Правочини, які посягають на публічний порядок, посідають особливе місце в системі недійсних правочинів, оскільки вони є особливо небезпечними для суспільства та держави.

До правочинів, які порушують публічний порядок вчені відносять правочини, якщо вони спрямовані на порушення публічно-правових нормативних актів держави, які визначають основи державного ладу, політичної системи та економічної безпеки держави.

У науковій літературі відбувається жваве обговорення даного виду нікчемного правочину та визначаються сфери його застосування.

Так, А. П. Бєлов зазначає, що зміст критерію «публічний порядок» позбавлено будь-якої визначеності, і це являє собою найбільш яскравий зразок так званих «каучукових норм», що дозволяє суду вкладати в них довільний зміст. Учений підкреслює, що в законодавчих актах відсутнє легальне визначення правової категорії «публічний порядок», а саме поняття є надто загальним для того, щоб застосовуватися як юридичний критерій [1, с.87].

На думку О.А.Беляневич, однозначна відповідь на запитання про можливу сферу застосування ст.228 ЦКУ, яка визначає нікчемність правочину, що порушує публічний порядок, навряд чи можлива… [2, с.332]

І далі вона зазначає, що термін «публічний порядок» може розумітися не тільки як порядок у сфері майнових відносин, які застосовані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників, які є предметом регулювання цивільного законодавства, але й відносинах, обтяжених владним компонентом, тобто, як відповідність поведінки суб’єктів договірних відносин інтересам суспільства і держави [2, с.334].

Досліджуючи особливості недійсності правочинів, які порушують публічний порядок, В.О.Кучер вважає, що під такі правочини повинні підпадати правочини, спрямовані на порушення публічних нормативно-правових актів: Конституції України, валютного, митного, податкового, антимонопольного та іншого публічно-правового законодавства, у якому закріплено основи державного ладу, політичної системи, економічної безпеки держави, і у той же

час є злочинами чи адміністративними деліктами [3, с.110].

А. М. Сібільов підкреслює, що ці правочини порушують виключно публічно-правові норми, які одночасно становлять правопорушення у вигляді злочину чи адміністративно-правового делікту [4, с.16-22].

Тобто, порушення «публічного порядку» може виникати у будь-якій сфері: соціальних відносин, економічних, кримінальних, адміністративних тощо.

Відповідна позиція знайшла своє відображення в п.18 постанови Пленуму Верховного Суду України від 06.11.09 р. № 9 «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» в якому зазначено, що такими є правочини, що посягають на суспільні, економічні та соціальні основи держави, зокрема: правочини, спрямовані на використання всупереч закону комунальної, державної або приватної власності; правочини, спрямовані на незаконне відчуження або незаконне володіння, користування, розпорядження об'єктами права власності українського народу – землею як основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави, її надрами, іншими природними ресурсами (ст. 14 Конституції України); правочини щодо відчуження викраденого майна; правочини, що порушують правовий режим вилучення з обігу або обмежених в обігу об'єктів цивільного права тощо [5, с.6].

Вчинення правочинів, що порушують публічний порядок, ЦК України виділяє як порушення законодавства, яке має антисоціальний характер. При цьому категорія публічного порядку застосовується, зокрема, до податкових правовідносин.

Правочини, вчинені платниками податків, можуть бути недійсними у разі, якщо вони порушують відповідні норми податкового законодавства, яке закріплює та оберігає публічний порядок в країні.

Слід зазначити, що серед платників податків набула масштабності практика вчинення правочинів без наміру створення цивільно-правових наслідків, лише з метою отримання певної преференції, зокрема, права на податковий кредит та відшкодування ПДВ з бюджету. Такі правочини спрямовані винятково на зменшення бази оподаткування, ненадходження до бюджету податків, а на отримання податкової вигоди (наприклад, відшкодування ПДВ), приховування доходів від оподаткування.

Вказані правочини порушують такі нормативно-правові акти держави, як Конституція України, Цивільний кодексу України, Податковий кодекс України, Господарський кодекс України, Закон України «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні» тощо. Тобто, відбувається порушення таких нормативно-правових актів, якими закріплюється публічний порядок держави.

Отже, правочини, спрямовані на порушення публічно-правових нормативних актів, якими визначаються податкові правовідносини, порушують публічний порядок, є нікчемними.

Використані джерела:

1. *Белов А.П. Публичный порядок. Законодательство, доктрина, судебная практика // Право и экономика. – 1996. – № 19-20.*
2. *Беляневич О.А. «Публічний порядок» як оціночна категорія договірного права: спроба тлумачення //Вісник господарського судочинства. 2004. № 1.*

3. *Кучер В. Особливості визначення правочину таким, що порушує публічний порядок // Право України. – 2003. – № 12.*
4. *Сібільов М.М. Загальна характеристика нікчемних правочинів (договорів) // Економіка. Фінанси. Право. – 2007. – № 5.*
5. *Вісник Верховного Суду України, № 12 (112) 2009.*

Д. А. Логачева
студентка Международного университета «МИТСО»,
Минск, Республика Беларусь

СУБЪЕКТЫ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ СТРАН ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА И БЫВШИХ СОЦИАЛИСТИЧЕСКИХ СТРАН НА СОВРЕМЕННОМ ЭТАПЕ

Понятие субъектов предпринимательской деятельности имеет свое характерное содержание в каждой правовой системе.

В Европейском Союзе, в соответствии со ст. 1 «Рекомендаций Европейской Комиссии по определению микропредприятий, малых и средних предприятий» предприятием считается любой участвующий в экономической деятельности субъект экономики, в независимости от его юридической формы. К ним относятся, в частности, индивидуальные предприниматели – владельцы бизнеса, работающие в нем [1]. Главным отличием индивидуального предпринимателя от юридического лица является уровень ответственности по обязательствам, возникшим в результате осуществления предпринимательской деятельности – индивидуальный предприниматель несет ответственность по ним всем своим личным имуществом. Эти основополагающие положения применимы в Болгарии, Великобритании, Германии, Италии, Латвии, Польше, Швеции, Франции, Дании, Норвегии и ряде других стран.

В Республике Беларусь вопрос о субъектном составе предпринимательской деятельности решен в законодательстве. Так, в соответствии с ч. 2 п. 1 ст. 1 Гражданского Кодекса Республики Беларусь, предпринимательскую деятельность могут осуществлять физические и юридические лица [2]. В Украине к субъектам малого предпринимательства относятся: индивидуальные предприниматели, т.е. физические лица, зарегистрированные как субъекты предпринимательской деятельности и занимающиеся ею без создания юридического лица; предпринимательские организации со статусом юридического лица, любой организационно-правовой формы и формы собственности [3].

Наряду с физическими лицами, субъектами предпринимательской деятельности выступают юридические лица, которые также наделены правами в соответствии с законодательством и учредительными документами. В предусмотренных законодательством случаях реализация этих прав возможна только с момента получения лицензии и в указанный в ней срок. Существуют различные классификации юридических лиц, что объясняется как

национальными особенностями юридических лиц и спецификой отдельных «семей правовых систем», так и используемыми критериями классификации [4]. Широко распространено деление юридических лиц на две большие группы: юридические лица публичного и частного права. К числу первых относятся юридические лица, наделенные властными полномочиями (департаменты, общины – во Франции, земли и общины – в ФРГ, провинции и коммуны – в Италии [5]), а также организации, осуществляющие образовательную, просветительскую, культурную, научную или лечебную деятельность. Во вторую группу включают частные и государственные учреждения. Существуют, однако, и другие классификации: юридические лица подразделяют на государственные, частные и смешанные. В литературе приводятся разные критерии указанного разграничения видов юридических лиц. Одним из таких критериев является природа акта, явившегося основанием для возникновения того или иного субъекта права. Если юридические лица публичного права возникают на основании публично-правового акта (закона, административного акта), то юридические лица частного права возникают на основании частноправового акта. К отличительным признакам юридических лиц публичного права, наряду с наличием у некоторых из них властных полномочий, относят также публичный характер преследуемых ими целей и особый характер членства. По основной цели деятельности различают коммерческие и некоммерческие организации. К коммерческим относятся организации, преследующие извлечение прибыли в качестве основной цели своей деятельности. К ним принадлежат 2 вида хозяйственных товариществ: полное товарищество и товарищество на вере и 3 вида хозяйственных обществ: общество с ограниченной или дополнительной ответственностью и акционерное общество. Последнее имеет 2 разновидности: закрытое и открытое акционерные общества.

Взаимосвязь имущества и деятельность некоторых хозяйственных товариществ и обществ порождает их деление на основные общества и дочерние общества либо зависимые и преобладающие общества. Например, гражданское право Германии предусматривает частные и публичные учреждения, союзы, акционерные общества и общества с ограниченной ответственностью; право Франции – союзы и акционерные общества; право Англии – юридические лица, инкорпорированные на основе акта парламента, компании с ограниченной или неограниченной ответственностью [6]. Обращаясь к зарубежному опыту, можно заметить, что под юридическими лицами традиционно понимаются не только коллективные образования, но и так называемые «компании одного лица», «одночленные общества», «la societe unipersonelle» (Франция), «Einmanngesellschaft» ФРГ)) [7]. Данное обстоятельство говорит об универсальности понятия и его сущности в различных законодательных системах. Интересным также представляется опыт Польши. Система субъектов предпринимательской деятельности, существующая в Польше, отличается от белорусской и в целом от систем стран бывшего советского союза и в большей степени соответствует системе, традиционно сложившейся в Западной Европе. Всех субъектов предпринимательской деятельности, осуществляемой в Польше, условно можно разделить на две основные группы: так называемые торговые

общества, деятельность которых регулируется специальным Кодексом торговых обществ, и иные субъекты, не являющиеся торговыми обществами: частные предприниматели и простые товарищества [8].

На основании вышеизложенного можно сделать вывод о том, что наличие различных трактовок понятия и разработанной классификации субъектов предпринимательской деятельности, свидетельствует о большом внимании мирового сообщества к развитию частного сектора в экономике. Опыт стран Европейского союза и бывших социалистических стран, представляет собой богатейший источник знаний и практики их применения, которая может быть интересна на уровне отдельно взятых стран в процессе улучшения правовой основы предпринимательской деятельности на современном этапе развития мирового экономического сообщества.

Использованные источники:

1. *Рекомендации Европейской Комиссии для определения микропредприятий, малых и средних предприятий от 6 мая 2003 года (опубликовано под номером К (2003) 1422) // Национальный институт системных исследований проблем предпринимательства [Электронный ресурс]. 2011. Режим доступа: http://www.nisse.ru/business/article/article_571.html?effort – Дата доступа: 16.10.2011*
2. *Гражданский кодекс Республики Беларусь: с изм. и доп. по состоянию на 10 авг.2010 г.-Минск: Нац. Центр правовой информ. Респ. Беларусь, 2010.-640 с.*
3. *Закон Украіны «Про державну підтримку малого підприємництва» // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2000, N 51-52, ст.447 Із змінами, внесеними згідно із Законом N 523-VI (523-17) від 18.09.2008, ВВР, 2009, N 6, ст.21 [Электронный ресурс].- 2011. Режим доступа: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main. cgi?nreg=2063-14- Дата доступа: 16.10.2011*
4. *Городисский А.М. Национальность юридических лиц и международный торговый оборот: Автореф. Дисс., канд. юрид. наук. М., 1987. С. 6*
5. *Van Gysel Alain Charles / Les Masses de Liguidation en Droit Prive. Bruxelles / 1994. Good R.M. Principles of Corporate Insolvency Law. London. 1990.*
6. *Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран. // Сб. нормативных актов: законодательство о компаниях, монополиях и конкуренции. М., 1987. С. 16, 63, 101, 154, 181.*
7. *Morse Geoffrey. Charleswarth and Morse. Company Law. Fourteenth Ed. London. 1991; Forrar J.M., Furey N.E. Hannigan B.M. Farrar's Company Law. Third ed. London. 1991; Pennington Robert R. Company Law. Sixth ed. London, Dublin, Edinburgh, 1990; Palmer's Company Law. Twenty-forh ed. Volume I. The treatise. London, Edinburgh, 1987; Fox Denis, Bowen Michael. The Law of private Companies. London. 1991; Morse G. Ets. The Companies Act 1989. Text and Comentary. London. 4 Roth G.H. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschrдnkter Haftung (GmbH). Mьnchen, 1983. S.158.*
8. *Денис Туровец. Осуществление предпринимательской деятельности на территории Республики Польша. // [Электронный ресурс].- 2011.- Режим доступа: http://www.vmp.by/ru/publications/reviews/poland.html – Дата доступа: 16.10.2011*

Н. Г. Лоза
студентка юридичного факультету
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПРАВО НА СТЕРИЛІЗАЦІЮ ЯК ОСОБИСТЕ НЕМАЙНОВЕ ПРАВО

В умовах сьогодення питання контрацепції відіграє чималу роль. Особливим видом цієї процедури є добровільна хірургічна стерилізація. Цей метод є найбільш поширеним методом регулювання народжуваності як у розвинених, так і в країнах, що розвиваються (за даними світової статистики, у 1990 р. стерилізації піддалися 145 мільйонів жінок і 45 мільйонів чоловіків). Такі безперечно свідчать про високу популярність такого виду хірургічного втручання.

Згідно з ВООЗ стерилізація – є хірургічним методом, що призводить до стійкої втрати фертильності [1]. Дещо відрізняється процедура стерилізації чоловіків і жінок.

Так, жіноча стерилізація – є постійним методом контрацепції і застосовується в тих випадках, коли жінка більш не хоче мати дітей [2]. Вона заснована на створенні штучної непрохідності маткових труб хірургічним шляхом під час лапароскопії, міні-лапаротомії або під час кесаревого розтину. На думку сучасної медицини найефективнішим і найменш травматичним є метод лапароскопічного доступу. Стерилізація не завдає жодної шкоди жіночому організму, оскільки не зачіпає ні гормональну сферу організму, ні зони сексуальної чутливості. Та все ж поряд із перевагами такої контрацепції існує значний недолік : жіноча стерилізаціє є безповоротною. Саме це і є вирішальним фактором у виборі методів контрацепції та обмежує спектр її застосування. Хоча у Європі та США стерилізація є найпопулярнішою процедурою, до якої звертаються подружні пари, які мають двоє і більше дітей. Та все ж, враховуючи мінливу природу жінки, через деякий час після стерилізації особа наполягає на відновленні прохідності труб. Такі операції складні і в більшості випадків неефективні.

Відповідно до наказу МОЗ хірургічна стерилізація жінок здійснюється за власним бажанням або добровільною згодою пацієнта при наявності таких медичних показань:

1. Повторний кесарський розтин при наявності дітей.
2. Рубець на матці після консервативної міомектомії.
3. Наявність в даний час або в минулому злоякісних новоутворень усіх локалізацій.
4. Хвороби ендокринної системи.
5. Хвороби крові та кровотворних органів.
6. Психічні розлади (поза загостренням.
7. Хвороби нервової системи та органів чуття.
8. Хвороби системи кровообігу (в стадії ремісії).
9. Хвороби органів дихання.
10. Хвороби органів травлення.

11. Хвороби сечостатевої системи.

12. Хвороби кістково-м'язової системи та сполучної тканини.

13. Спадкова патологія.

14. Моногенні хвороби.

15. Стан після оперативного втручення, пов'язаного з вилученням життєво важливого органа (легені або її частки, нирки та ін.) [3].

Чоловіча стерилізація (вазектомія) – це добровільна хірургічна операція необоротного припинення чоловічої репродуктивної функції. Механізм дії: Блокування прохідності сім'явивідної протоки (перетин), що запобігає потраплянню сперматозоїдів у сперму. [4]. Ефективність операції наближається до 100%. До того ж у чоловіків така процедура не є безповоротною. Реальні шанси на відновлення фертильності є тільки в перші 5 років після стерилізації. Пізніше організм перестає виробляти повноцінні сперматозоїди. Важливо відзначити, що стерилізація жодним чином, не впливає на статевий потяг, потенцію і ерекцію та гормональний фонд. Також перевагою чоловічої стерилізації є те, що чоловік перед операцією може додатково звернутися в банк сперми і заморозити її. Таким чином, якщо ще знайдеться жінка, від якої він захоче мати дитину, то така пара матиме шанс на біологічне продовження роду.

Що ж стосується медичних показань для стерилізації чоловіків, то вони зводяться до наявності: а) окремих психічних розладів (поза загостренням); б) спадкової патології; в) деяких із моно генних хвороб [5].

Таким чином, згідно з Основами законодавства України про охорону здоров'я застосування методів стерилізації може здійснюватися за бажанням повнолітнього пацієнта в акредитованих закладах охорони здоров'я за медичними показаннями, що встановлюються Міністерством охорони здоров'я України [6].

Варто зазначити, що стерилізація має важливий вплив на особисті немайнові права, як однієї особи, так і подружжя в цілому. Відповідно до ЦК України стерилізація може відбутися лише за бажанням повнолітньої фізичної особи. Але в законодавстві немає вказівки, щодо використання цього права подружжям. Так, один із подружжя не зобов'язаний повідомляти іншого про здійснення процедури стерилізації. А відповідно до Сімейного Кодексу України усі найважливіші питання життя сім'ї мають вирішуватися подружжям спільно, на засадах рівності. І в той же час вважається, що дії одного з подружжя стосовно життя сім'ї вчинені за згодою другого з подружжя [7]. Постає питання чи не порушується в такому разі право на інформації одного із подружжя? Яким чином регулювати такий спір?

На нашу думку, потрібно ввести обов'язкову вимогу щодо обізнаності обох членів сім'ї на рахунок стерилізації чоловіка або жінки. Таким чином подружжя зможе вирішити питання контрацепції і не будуть порушуватись їх особисті немайнові права. І, навпаки, неповідомлення одного із членів подружжя про проведення стерилізації має тягнути право на розірвання шлюбу в односторонньому порядку із відшкодуванням моральної шкоди, завданої іншому.

Отже, право на стерилізацію – це особисте немайнове право чоловіка чи жінки на припинення своєї репродуктивної функції. Дане право охороняється як

національним законодавством так і рядом міжнародних актів. У Міжнародному пакті про громадянські і політичні права також передбачається, що кожна людина має право на свободу та особисту недоторканність (п. 1 ст. 9) [8]. Як видно з системного аналізу положень названого документу, свобода і особиста недоторканність трактуються в ньому досить широко, охоплюючи сферу як біологічного, так і соціального життя.

Стерилізація є серйозним кроком у плануванні майбутнього сімейного фонду, тому має бути детально регламентована процедура її здійснення. Стерилізація є досить кардинальним методом. Тому перед тим як звертатись до хірургічного втручання кожна особа повинна зважити всі «за» і «проти». А до такого вирішення проблеми краще вдаватися тоді, коли діти вже є, або бажано їх не мати з серйозних медичних показань.

Використані джерела :

1. *Медичні критерії прийнятності використання методів контрацепції. Видання третє, 2004 р. / Всесвітня організація охорони здоров'я. Пер. з англ. – К.: МОРІОН, 2006. – 264 с*
2. *Методи та засоби контрацепції // Інтернет видання [Електронний ресурс]. – Режим доступу: //www.womenhealth.dsmu.edu.ua/infoline/kontra/kontra62.htm*
3. *Про застосування методів стерилізації громадян. Наказ МОЗ від 10 серпня 1994 р. N 187/396 // Інтернет видання [Електронний ресурс]. – Режим доступу://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=z0187-94*
4. *Вазектомія. Чоловіча стерилізація // Інтернет видання [Електронний ресурс]. – Режим доступу : //webbaby.org.ua/kontracepcija/vazektomija-cholovicha-sterylizacija.html*
5. *Стефанчук Р.О. Особисті немайнові права фізичних осіб(поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту): Монографія / Відп. ред. Я.М. Шевченко. – К: КНТ, 2008. – 626 с.*
6. *Основи законодавства України про охорону здоров'я. Закон України // Інтернет видання [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2801-12*
7. *Сімейний Кодекс України 2002 року.*
8. *Міжнародний пакт про громадянські і політичні права// Інтернет видання [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_043*

І. М. Лукіна
кандидат юридичних наук, доцент кафедри правознавства
Макіївського економіко-гуманітарного інституту,
Макіївка, Україна

ДИСКУСІЯ ПРО ЦИВІЛЬНУ ПРОЦЕСУАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ

Заходи юридичної відповідальності застосовуються у всіх галузях права, і цивільне процесуальне право в даному випадку не є виключенням. Основне питання, що виникає у більшості дослідників при аналізі норм про юридичну відповідальність в цивільному судочинстві, стосується самостійності цивільної процесуальної відповідальності як виду юридичної відповідальності.

Питання про існування самостійної цивільної процесуальної відповідальності вперше було підняте Н.О. Чечиной на початку 70-х років XX ст. [1]. Надалі, проблема самостійності цивільної процесуальної відповідальності вивчалася багатьма ученими. Останніми роками дискусіям цивільної процесуальної відповідальності в юридичній науки активізувалася, у зв'язку з ухваленням нових законодавчих актів у цивільній процесуальній сфері і, як наслідок, актуальністю питання про вдосконалення системи примушення в сучасному цивільному судочинстві.

Розробка категорії цивільної процесуальної відповідальності, що настає за скоєння процесуального правопорушення, виключно актуальна для теорії і практики цивільного права. Проблематика процесуальної відповідальності на даний час все більше притягує увагу не тільки представників цивільної процесуальної [1, 37 – 42; 2] науки, але й теоретиків права [3]. На фоні загальної невизначеності цієї проблеми існуючі наукові дослідження демонструють досить різнопланові відношення до інституту процесуальної відповідальності [4].

Як відмічала Н. О. Чечина, «потребности дальнейшей кодификации гражданского процессуального права требуют разработки понятия, видов и форм гражданской процессуальной ответственности как самостоятельного вида правовой ответственности, а также определение ее места в системе иных правовых видов ответственности, формы и порядок взаимодействия ее различными видами материально-правовой ответственности, способы ее существования» [5, 582].

Процесуальна відповідальність, як і юридична відповідальність узагалі, може будуватися на загальних підходах. Вона може бути позитивною та негативною. Позитивна цивільна процесуальна відповідальність – це покладена на суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин необхідність точно виконувати свої процесуальні обов'язки і використовувати надані ним процесуальні права відповідно до їх призначення. Своє виявлення позитивна цивільна процесуальна відповідальність знаходить у конкретних обтяжуючих обов'язках суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин, які порушили приписи ЦПК.

Негативна цивільна процесуальна відповідальність, так само як і негативна відповідальність узагалі, являє собою обов'язок правопорушника

зазнавати юридично несприятливих наслідків правопорушення у вигляді обмежень особистого чи майнового характеру. Її ознаками є державний і суспільний осуд поведінки правопорушника, державний примус і наявність негативних наслідків для порушника. На відміну від інших видів відповідальності, заходи цивільної процесуальної відповідальності передбачені нормами цивільного процесуального права й застосовуються до осіб, котрі учинили цивільне процесуальне правопорушення. вузькому сенсі [6, 240].

Треба визнати, що більшість дослідників відхиляють ідею існування позитивної відповідальності в цілому та процесуальної, зокрема. [7, 294; 8, 11].

Ні одна галузь права не може нормально функціонувати без існування власного інституту юридичної відповідальності. Тяжко собі представити галузь права, яка не має власних засобів забезпечення правових вимог і дозволень. Це в рівної мірі відноситься як до матеріальних, так і процесуальних галузям права [1, 34]. Визначаючи це, важко погодитися з І. С. Самощенко і М. Х. Фарукшиним про те, що «процессуальной юридической ответственности не существует. Процессуальные меры принуждения – это либо меры пресечения, либо меры административной ответственности» [9, 187]. Так чи інакше питання про самостійність виду юридичної відповідальності вирішується в залежності від самостійності галузі права і виду правопорушення.

Як зазначає І. М. Зайцев «Институт ответственности обязателен в механизме юридического регулирования правосудия по гражданским делам, коль скоро в правосудии действуют лица с несовпадающими интересами и наделенные многими процессуальными правами и обязанностями. Ответственность – средство обеспечения субъективных прав участников судопроизводства. Любая обязанность только тогда становится мерой должного поведения, когда ей корреспондирует ответственность» [10, 93].

Відповідно, немає і не може бути єдиної доктринальної моделі юридичної відповідальності, яка реалізується у різноманітних правовідношеннях. Кожна галузь права характеризується своїм видом відповідальності як одним із категорій галузевої самостійності. Не є винятком і цивільне процесуальне право.

Тривалий час у радянському праві цивільні процесуальні конструкції та поняття недооцінювалися, у результаті категорія цивільної процесуальної відповідальності досі є недостатньо розробленою. Проте різноманіття доктринальних підходів не означає, що це доцільно для процесуального законодавства. Законодавець повинен надавати чіткі та зрозумілі конструкції.

Відмова існування цивільної процесуальної відповідальності не дає можливості пояснити, як і за допомогою яких засобів державного діяння забезпечується нормальне функціонування цивільних процесуальних відносин.

Цей вид відповідальності можна охарактеризувати тим, що: виступає в формі суспільного відношення між державою в особі уповноваженого на це органу (суду) і громадянином; наступає за скоєння винних, протиправних, суспільно небезпечних діянь, що спричинили шкоду державі в сфері здійснення правосуддя; формально визначена; має чітко визначені в законі межі й умови виникнення та припинення; пов’язана з застосуванням заходів державного примусу [11, 84 – 85].

Цивільна процесуальна відповідальність як самостійний вид відповідальності має об'єктивну підставу: загальні підходи щодо методів впливу на поведінку учасників правовідносин де зобов'язання корегуються санкціями, положення цивільного процесуального права, що упорядковують цивільні процесуальні відносини. Галузь цивільного процесуального права передбачає існування цивільної процесуальної відповідальності. Метод правового регулювання і відповідальність – взаємозалежні поняття, що перетинаються. Відповідальність утворює один з елементів методу. У свою чергу, своєрідність методу поширюється і на відповідальність. Невизнання цивільної процесуальної відповідальності логічно тягне заперечення особливостей методу цивільного процесуального права. Тоді неминуче постає питання про самостійність галузі цивільного процесуального права в цілому.

Відзначальною ознакою наявності цивільної процесуальної відповідальності в правовій дійсності є процедура покладання й оскарження цивільних процесуальних заходів покарання. Галузеві розходження покладання й оскарження подібних примусових заходів занадто явні, щоб бути не врахованими. Більш того, подібна процедура в цивільному процесуальному праві диференційована залежно від обраного заходу відповідальності.

Для цивільної процесуальної відповідальності характерно те, що вона встановлюється санкціями цивільних процесуальних норм і реалізується в цивільному судочинстві. До цієї відповідальності можуть бути притягнені згідно з рішеннями й ухвалами суду тільки учасники процесу: особи, які беруть участь у справі; особи, які сприяють здійсненню правосуддя; а також громадяни, які присутні у залі судових засідань і при цьому порушують встановлений порядок. До відповідальності залучаються ті особи, чиє поводження відхиляється від приписів ЦПК: за невчасне і неналежне виконання цивільних процесуальних обов'язків. Цивільна процесуальна відповідальність призначена для забезпечення законності і правового порядку у судочинстві.

Використані джерела:

1. *Чечина Н. А. Об уголовно-процессуальной и гражданской процессуальной ответственности / Н. А. Чечина, П. С. Элькинд // Сов. государство и право. – 1973. – № 9. – С. 37–42.*
2. *Бутнев В. В. Сущность и порядок реализации гражданской процессуальной ответственности: текст лекций / В. В. Бутнев.– Ярославль: Яросл. гос. ун-т, 1989. – 48 с.*
3. *Ветрова Г. Н. Санкции в судебном праве / Г. Н. Ветрова – М.: Наука, 1991. – 160 с.*
4. *Гальперин М. Л. Ответственность в современном гражданском судопроизводстве: автореф. дис. на соискание уч. степени канд. юрид. наук.: спец. 12.00.15 «Гражданский процесс, арбитражный процесс» / М. Л. Гальперин.– Санкт-Петербург, 2009. – 27 с.*
5. *Чечина Н. А. Актуальные проблемы науки гражданского процессуального права / Н. А. Чечина // Избранные труды по гражданскому процессу. СПб., 2004.*
6. *Общая теория права и государства: учеб. для юрид. вузов / В. С. Афанасьев, А. П. Герасимов, В. И. Гойман и др.]; под ред. В. В. Лазарева. – [2-е изд., перераб. и доп.]. – М.: Юристъ, 1996. – 470,[1] с.*

7. *Цихоцкий А. В. Теоретические проблемы эффективности правосудия по гражданским делам: автореф. дис. на соискание ученой степени доктора юрид. наук:. спец. 12.00.03 «Гражданское право; Семейное право; Гражданский процесс; Международное частное право» / А. В. Цихоцкий. – Новосибирск, 1998. – 47 с.*
8. *Новиков А. Г. Гражданская процессуальная ответственность : дис. на соискание уч. степени канд. юр. наук: спец. 12.00.15 / А Г. Новиков. – Саратов, 2002. – 211с.*
9. *Самощенко Н. С., Ответственность по советскому законодательству / И. С. Самощенко, М. Х. Фарукшин. – М: Юрид. лит. 1971. – 239 с.*
10. *Зайцев И. М. Гражданская процессуальная ответственность / И. М. Зайцев // Государство и право. – 1999. – № 7. – С. 93 – 96.*
11. *Чечина Н. А. Гражданские процессуальные правоотношения. / Н. А. Чечина – «Юрлитиздат», 1993. – С. 84-85.*

А. О. Ляліна
студентка юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ДО ПИТАННЯ ПУБЛІЧНОЇ ОБІЦЯНКИ ВИНАГОРОДИ ЗА ЗНАХІДКУ

Актуальність даної теми обумовлюється значною поширеністю цивільно-правових відносин, що виникають у зв’язку з поверненням загубленої речі та винагородою за відповідну дію.

Привід для дискусії викликаний як низьким рівнем освіченості громадян, так і питаннями правового характеру: чи варто розглядати оголошення про повернення знайденої речі як оферту на укладення договору про виконання робіт, чи власне варто зазначати про односторонній правочин, для укладення якого достатньо волі особи, яка повертає знайдену річ?

Якщо розглядати певне оголошення саме як оферту на укладення договору про повернення загубленої речі, то згідно з ч. 3 ст. 1144 ЦК України істотними умовами вищеназваного договору мають бути завдання, строк та місце його виконання, форма та розмір винагороди. Без зазначення вищеназваних умов повідомлення не можна розглядати власне як пропозицію укласти договір. У ч. 1 ст. 1144 ЦК України передбачено, що особа має право публічно пообіцяти винагороду (нагороду) за передання їй відповідного результату (передання інформації, знайденняречі, знайденняфізичної особи тощо).

Публічний характер пред’явлення обіцянки винагороди – це можливість отримати інформацію щодо винагороди будь-якою особою, яка забажає. Про публічність винагороди може свідчити розміщення її у засобах масової інформації, на телебаченні, на дошках оголошень, у мережі Інтернет тощо. По-

друге, винагорода має мати майновий характер, оскільки якщо вона буде виражатися у іншій формі (диплом, подяка), то повинні застосовуватися положення не цивільного, а інших галузей права [1, с. 846]. Крім того, розмір винагороди, має бути чітко визначений, оскільки є істотною умовою договору. Отже, у разі якщо у змісті винагороди передбачається лише те, що вона гарантується – це означає, що зобов'язання не відповідає Закону, а отже, не виникає і відповідно не породжує правових наслідків.

Проте, згідно з правовою конструкцією знахідки: якщо особа, що знайшла загублену річ, заявила про знахідку міліції або органові місцевого самоврядування, а також не приховувала знайдену річ та вчиняла дії спрямовані на розшук власника, то у даному разі підставою виникнення зобов'язань виступає односторонній правочин, для якого характерною ознакою є вираження у ньому волі особи, яка знайшла знахідку. Вищезазначена особа має право:

- на відшкодування витрат, пов'язаних із знахідкою (зберігання, розшук власника, продаж речітощо);
- винагороду за знахідку, яка виплачується на умовах публічної обіцянки.
- винагороду за знахідку в розмірі до двадцяти відсотків вартості речі [2, с. 665].

Насамперед, необхідно розмежувати поняття «відшкодування витрат» та «винагорода», оскільки відповідно до логіки законодавця вони не є тотожними. Якщо провести системний аналіз положень ЦК України, то видається, що термін «відшкодування витрат» необхідно розуміти саме як певні збитки, що спричинені особі, яка знайшла знахідку, розшуком власника та зберіганням знахідки. Крім того, на нашу думку, такі витрати мають бути документально підтвердженими.

Що стосується «винагороди», то звернувшись до етимологічного визначення даного поняття [3, с. 126] важко відмежувати його від терміну «відшкодуванням витрат», оскільки «винагорода» визначається як плата за працю, оплата послуг (деталізуються зокрема такі види винагороди: за вислугу років, щорічна, за винахід тощо). Проте, аналізуючи положення ст. 339 ЦК України, варто підкреслити, що особа має право як на відшкодування витрат пов'язаних із знахідкою, так і на винагороду, тобто винагорода розглядається не як плата за виконану роботу, а як абстрактна категорія, яка ніяк не прив'язується до витрат.

Відкритим залишається питання також про обсяг повернутої знахідки, тобто випадки коли обсяг знахідки є меншим за обсяг втраченої речі. Для полегшення розуміння змоделюємо наступну ситуацію: особа А загубила портмоне, в якому містилася певна сума готівки та важливі для неї ділові папери, особа В знайшла даний гаманець в якому виявила візитівку особи А та документи, грошей нею виявлено не було. У вищенаведеному прикладі особа В стає добросовісним набувачем і має право на відшкодування втрат пов'язаних із знахідкою. Виникає питання про розмір винагороди, на яку має право претендувати особа В. Ділові папери можуть і не мати матеріальної цінності і бути важливими лише для їх власника, якому потрібно буде їх відновлювати. Таким чином, вартісний еквівалент винагороди у подібних ситуаціях

визначається виключно власником загубленої речі. Встановити чітко критерій для вирахування такої винагороди можна лише шляхом експертного визначення вартості знахідки, що видається юридично необґрунтованим і технічно складним.

Оскільки ч. 2 ст. 339 ЦК України передбачає, що особа, яка знайшла загублену річ, має право *вимагати* від власника винагороду, то необхідно підкреслити, що на сьогодні неможливо знайти судовий прецедент з даного приводу в Україні, що в свою чергу, на нашу думку, зумовлено розумінням винагороди як права власника, а не його обов'язку з огляду на моральний аспект питання. По-друге,встановлення законодавцем лише граничної величини такої винагороди породжує можливості варіації її розміру. Зокрема, така винагорода може становити й один відсоток. Тому доцільнішим, все ж таки, видається регулювання розміру шкоди відповідно до принципу розумності, з одночасним включенням його до змісту ч. 2 ст. 339 ЦК України, а саме: «особа, яка знайшла загублену річ, має право вимагати від її власника (володільця) винагороду керуючись принципом розумності, але не більше двадцяти відсотків вартості речі».

Отож, можна зробити висновок про необхідність розмежування публічної обіцянки винагороди та винагороди, яка сплачується за знахідку, виходячи з недоговірної природи останньої. Позиція законодавця з даного приводу є зрозумілою, адже стримує появу ринку цілеспрямованого розшуку речей з наступним відшкодуванням вартості цього розкушу за умовами виконання завдання на замовлення власником знахідки. Доволі суперечливим і таким, що потребує подальшого дослідження, залишається питання про механізми та критерії визначення і сплати винагороди за знахідку. У вищенаведеній ситуації найбільш правильним видається застосування принципів цивільного права, а саме принципу розумності.

Використані джерела:

1. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. – 3-є вид., перероб. і доп. / За ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. – К.: ЮрінкомІнтер, 2008. – Т. ІІ. – 1088 с.*
2. *Цивільне право України. Загальна частина: підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, Р. А. Майданика. – 3-тє вид., перероб. і допов. – К.: ЮрінкомІнтер, 2010. – 976 с.*
3. *Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред) та ін. – К.: «Укр. енцикл.», 1998. – Т. 1: А-Г. – 672 с.*

І. Ф. Марчук
аспірант Волинського національного університету імені Лесі Українки, Луцьк, Україна

ДО ПОНЯТТЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

Категорія «забезпечення виконання зобов'язань» не є новою у сучасній цивілістичній науці, вона відома звичаєвому та римському приватному праву, проте відсутнє єдине визначення категорії «забезпечення виконання зобов'язань» (чи «забезпечення зобов'язань»).

Перші згадки про забезпечення зобов'язань можна знайти ще в римському приватному праві. В ті часи способи забезпечення зобов'язань були покликані охороняти інтереси найменш захищеної сторони договору – кредитора. Їхня особливість зумовлена тим, що вони є додатковим зобов'язальним тягарем, покладеним на боржника з метою більш надійного захисту прав кредитора. Проте, римському праву не було відомо єдиного визначення категорії «забезпечення зобов'язань» [1, 84].

У статі 1554 Зводу законів цивільних (т. Х Зводу законів Російської Імперії) було закріплено, що договори та зобов'язання можуть бути «укріплюванні та забезпечувані» порукою, неустойкою, заставою нерухомості та закладом рухомого майна і цей перелік має вигляд вичерпного. Доктрина того часу, однак, відносила до забезпечень також завдаток, бо у ст.1685 Зводу законів цивільних йшлося про можливість «забезпечити свою попередню умову завдатком».

Так, на думку Д. І. Мейера «все те, що за правилами розсудливості може спонукати боржника до точного виконання договору, і є сумісним з існуючими юридичними визначеннями, може слугувати його забезпеченню» [2, 526]. Проте це визначення є вкрай неточним і навряд чи придатним використання у практиці. Це підтверджується і тим, що Д. І. Мейер у загальній частині розділу «Забезпечення договору» окремо характеризував кожний із способів забезпечення, говорячи про «розширення» зобов'язання (неустойка), про розширення кола осіб, зобов'язаних за договором (порука), про право вимагати продажу певної речі (застава), про особливий інтерес боржника продовжувати виконання договору під страхом майнових втрат (завдаток). Окрім вказаних способів, він вказує лише на можливість встановлення обов'язку утримуватись від певних дій, не сумісних з основним договором (але тут же зазначає, що таке зобов'язання не має ніякого значення, хіба що буде гарантоване неустойкою), та на можливість звернення за вирішенням спору до посередника, третейського або місцевого суду.

Так, Р. Хаметова та О.Миронової, які вважають, що під способами забезпечення зобов'язань маються на увазі спеціальні засоби, які достатньою мірою гарантують виконання основного зобов'язання та стимулюють боржника до належної поведінки [3, 567]. В даному визначені наведені конкретні ознаки, яким повинні відповідати способи забезпечення виконання зобов'язань. Проте, на нашу думку, доцільно було б вказане вище визначення дати в наступній редакції: «способи забезпечення зобов'язань – це сукупність передбачених

законом або договором спеціальних засобів, які достатньою мірою гарантують виконання основного зобов'язання та стимулюють боржника до належної поведінки». Наведене нами вище визначення заслуговує на увагу,оскільки включає в себе необхідні та достатні критерії,яким мають відповідати способи забезпечення виконання зобов'язань.

Способи забезпечення зобов'язань можуть бути передбачені не лише законом, а й договором. Так, Б. М. Гонгало визначає способи забезпечення виконання зобов'язань, як встановлені законом або договором забезпечувальні заходи майнового характеру, що існують у вигляді акцесорних зобов'язань, які стимулюють боржника до виконання зобов'язання та (або) іншим чином гарантують захист майнового інтересу кредитора у разі неспроможності боржника [4, 40]. Проте зазначене вище є спірним, оскільки визначення забезпечення як заходів, що існують у вигляді зобов'язань, виключає з переліку видів (об'єму) поняття застави та притримання, оскільки права кредитора із застави та притримання на одержання задоволення за рахунок заставленого (притриманого) майна є абсолютними, а не відносними, на чому будує свої погляди Б. М. Гонгало, хоч а і визнає наявність у комплексі прав із застави поряд із зобов'язальними речово-правових елементів [4, 163]. Поглядів Б. М. Гонгало дотримуються В. В. Вітрянський [5, 480], Н. Ю. Рассказова, яка розглядає категорії «спосіб забезпечення виконання зобов'язань» та «забезпечувальне зобов'язання» як синоніми [6, 125], і багато інших дослідників. Крім того, ми вважаємо, що способи забезпечення зобов'язань повинні бути встановлені лише законом і мати вичерпний перелік, що забезпечить єдність в регулюванні забезпечувальних відносин. Саме такий визначений законом перелік дозволить розробити належну нормативно-правову основу регулювання, і механізму використання способів забезпечення виконання зобов'язань.

В українській правовій літературі переважає досить обережне ставлення і до поняття забезпечення зобов'язань, і до його видів. Автори коментарів та підручників, як правило, не наводять прикладів не передбачених законом способів забезпечень зобов'язань [7], [8], [9], [10], а інколи навіть не намагаються дати визначення поняттю забезпечення зобов'язань [7], [10]. Такий підхід видається виваженим, оскільки сукупність видів, яка наведена у ч.1 ст.546 ЦК України, насправді являє собою поєднання різнорідних правових категорій. Винятком є лише неустойка та завдаток, які за своєю сутністю є досить близькими. Визначені у статті 546 ЦК України способи забезпечення зобов'язань є досить різними за своїм правовим змістом, а це в свою чергу, не дозволяє визначити поняття «забезпечення зобов'язань» через істотні ознаки або характеристики останніх через відсутність у них певних загальних та особливих ознак.

Усе зазначене і обумовило актуальність нашого дослідження. Наука сучасного цивільного права має різноманітні підходи до цих питань. Так, на думку Б. М. Гонгало, існує тенденція «розмивання» цього поняття, оскільки «способами забезпечення зобов'язання оголошуються … засоби, які тією чи іншою мірою гарантують права одного з учасників правового зв'язку» [4, 30]. Зрозуміло, що за такого підходу використання поняття забезпечення зобов'язання втрачає будь-який сенс. Друга тенденція базується на усвідомленні

наявності помилок у законодавстві, у зв'язку з чим формулюються численні пропозиції «de lege ferenda» щодо виключення окремих видів з об'єму поняття «забезпечення виконання зобов'язання» [11, 119]. Такі пропозиції, однак, здебільшого пропонуються з метою приведення законодавства у відповідність з доктринальним тлумаченням певних наукових шкіл. Інколи пропозиції є досить радикальними. Так, на думку, І. Пучковської, правова конструкція гарантії не може належати до інституту видів забезпечення зобов'язання [12, 120], вона ж підтримує думку про те, що неустойка та завдаток не повинні визнаватись забезпеченнями [12, 126], та ставить знак рівності між забезпеченням виконання зобов'язання та забезпечувальним зобов'язанням [12, 119]. За такого підходу з шести видів забезпечення виконання зобов'язання, перелічених у ч.1 ст.546 ЦК, залишився би один – порука.

Метою законодавства є врегулювання певних відносин, а не застосування для цього категорій, які на сьогодні не мають єдиного визначення та тлумачення. [13, 191]. Зміни у законодавстві, що регулює питання забезпечення виконання зобов'язань, є актуальними та дуже необхідними. Разом з тим неприпустимим є внесення змін до законодавства з метою втілення наукових поглядів тих чи інших вчених. Метою таких змін має бути виключно забезпечення належного регулювання таких питань у вдосконаленому нормативно-правовому акті, який би однозначно і визначав саме поняття забезпечення виконання зобов'язань, і види останніх та механізм застосування їх з метою гарантування прав та інтересів суб'єктів цивільних правовідносин. На нашу думку, варто було б на законодавчому рівні визначити категорію забезпечення зобов'язань, як сукупність законодавчо встановлених способів, які необхідною та достатньою мірою гарантують виконання основного обов'язку боржника та стимулюють його до належної поведінки на усіх етапах розвитку відповідних цивільних правовідносин. Усе зазначене нами дозволить усунути неузгодженості у визначенні поняття, забезпечить можливість визначення єдиного та вичерпного переліку таких способів та передбачити чіткий механізм застосування конкретних способів забезпечення виконання зобов'язань у цивільних правовідносинах.

Використані джерела?

1. *Римское право: Учебник. Издание второе, исправленное и дополненное. – М.: ТОН – Остожье, 2000 – 208 с.*
2. *Мейер Д. И. Русское гражданское право. – М.: Статут, 2000. – 831 с.*
3. *Хаметов Р., Миронова О. Обеспечение исполнения обязательств: договорные способы // Российская юстиция. – 1996. – №5. – С.18 – 20 (цитується за: Гражданское право. Том I / Под ред. А.П.Сергеева, Ю.К.Толстого. – М. – 2001. – С.632.*
4. *Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств. – М: Статут, 2002. – 222 с.*
5. *Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. – М.: Статут, 2001. – 848 с.*
6. *Рассказова Н. Ю. Вопросы общей теории обеспечительных обязательств // Університетські наукові записки. – 2006. – №3-4. – С. 124 – 138.*
7. *Цивільне право України / Є.О.Харитонов, Н.О.Саніахметова. – К.: Істина, 2005. – 776 с.*

8. *Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. – К. Істина, 2004. – 928 с.*
9. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України. – Т.ІІ. / За відповід. ред. О.В.Дзери, Н.С.Кузнєцової, В.В.Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – 1088 с.*
10. *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.*
11. *Попов Ю.Поняття забезпечення виконання зобовязань // Право України. – 2008. – № 6. – С.119-124.*
12. *Пучковська І. Щодо визначення характерних ознак і функцій видів забезпечення виконання зобов'язання // Вісник Академії правових наук. – 2006. – №4(47). – С.118 – 126.*
13. *Алексеев С.С. Теория права. – М.: Юр. лит., 1996 – 360 с.*

І. М. Масловський
асистент кафедри трудового, земельного та господарського права
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПРО ЗАСТОСУВАННЯ ТИПОВОГО ДОГОВОРУ ПРИ УКЛАДЕННІ ДОГОВОРІВ ОРЕНДИ КОМУНАЛЬНОГО МАЙНА

Відносини оренди комунального майна регулюються, окрім загальних положень Цивільного та Господарського кодексів України, спеціальним актом законодавства – Законом України від 10 квітня 1992 р. № 2269-ХП «Про оренду державного та комунального майна» (в редакції Закону від 14 березня 1995 р.), а також численними підзаконними нормативними актами.

Згідно зі ст. 2 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» орендою є засноване на договорі строкове платне користування майном, необхідним орендареві для здійснення підприємницької та іншої діяльності [1].

Законодавство не містить прямої вказівки на те, в якій формі повинен укладатися договір оренди державного та комунального майна. Проте згідно зі ст. 12 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» договір оренди вважається укладеним з моменту досягнення домовленості з усіх істотних умов і підписання сторонами тексту договору. Термін «підписання» вказує на обов'язковість укладання договору оренди у письмовій формі, а також на те, що він є консенсуальний. Згідно із ст. 638 Цивільного кодексу договір вважається укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. Істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди[2]. Аналогічні норми передбачені і ч. 2 ст.180 Господарського кодексу України. Відповідно до ч. 7 ст. 179 Господарського кодексу господарські договори укладаються за правилами, встановленими

Цивільним кодексом України з урахуванням особливостей, передбачених цим Кодексом, іншими нормативно-правовими актами щодо окремих видів договорів [3].

Ст. 10 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» передбачає процедуру укладання договору оренди, а також визначає істотні умови, за відсутності яких договір оренди може бути визнано неукладеним. За згодою сторін у договорі оренди можуть бути передбачені й інші умови.

Згідно з ч. 2 ст. 10 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» укладений сторонами договір оренди в частині істотних умов повинен відповідати типовому договору оренди відповідного майна. Типові договори оренди державного майна розробляє і затверджує Фонд державного майна України, типові договори оренди майна, що належить Автономній Республіці Крим або перебуває у комунальній власності, затверджують відповідно Верховна Рада Автономної Республіки Крим та органи місцевого самоврядування.

Щодо державного майна, типовий договір оренди цілісного майнового комплексу державного підприємства (структурного підрозділу підприємства), типовий договір оренди індивідуально визначеного майна (нерухомого або іншого), що належить до державної власності та примірний договір про відшкодування витрат балансоутримувача на утримання орендованого нерухомого майна та надання комунальних послуг орендарю були затверджені наказом Фонду державного майна України від 23 серпня 2000 р. № 1774.

А от щодо комунального майна – то типовий договір оренди комунального майна затверджується рішенням сесії відповідної ради на підставі пункту 4 статті 60 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні». Наприклад типовий договір оренди індивідуально визначеного (нерухомого або іншого) майна спільної власності територіальних громад сіл, селищ, міст Хмельницької області затверджений рішенням п’ятої сесії п’ятого скликання Хмельницької обласної ради від 20 грудня 2006 року № 21-5/2006 «Про впорядкування орендних відносин».

Однак, не зважаючи на положення ч. 2 ст. 10 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» та тривалу практику затвердження типових договорів оренди комунального майна рішеннями сесій відповідних рад, Господарський кодекс не передбачає можливості затвердження типових договорів органами місцевого самоврядування України. Так, ч. 4 ст. 179 Господарського кодексу України передбачає, що при укладенні господарських договорів сторони можуть визначати зміст договору на основі:

- вільного волевиявлення, коли сторони мають право погоджувати на свій розсуд будь-які умови договору, що не суперечать законодавству;
- примірного договору, рекомендованого органом управління суб’єктам господарювання для використання при укладенні ними договорів, коли сторони мають право за взаємною згодою змінювати окремі умови, передбачені примірним договором, або доповнювати його зміст;
- типового договору, затвердженого Кабінетом Міністрів України, чи у випадках, передбачених законом, іншим органом державної влади, коли

сторони не можуть відступати від змісту типового договору, але мають право конкретизувати його умови;

- договору приєднання, запропонованого однією стороною для інших можливих суб'єктів, коли ці суб'єкти у разі вступу в договір не мають права наполягати на зміні його змісту.

Із змісту вказаної статті випливає, що типовий договір може затверджуватися Кабінетом Міністрів України, або лише іншим органом державної влади, в той час коли органам місцевого самоврядування видається можливим затверджувати тільки примірні договори, за якими сторони мають право за взаємною згодою змінювати окремі умови, або доповнювати його зміст. Така позиція дещо суперечить вимогам Закону України «Про оренду державного та комунального майна».

Тому, для однакового регулювання правовідносин щодо затвердження типових договорів оренди комунального майна та уникнення протиріч, пропонуємо внести зміни до абз. 4 ч. 4 ст. 179 Господарського кодексу України, шляхом додавання слів «чи органом місцевого самоврядування» після слів «іншим органом державної влади». Таким чином абз. 4 ч. 4 ст. 179 Господарського кодексу України буде викладений у наступній редакції: «типового договору, затвердженого Кабінетом Міністрів України, чи у випадках, передбачених законом, іншим органом державної влади чи органом місцевого самоврядування, коли сторони не можуть відступати від змісту типового договору, але мають право конкретизувати його умови;».

Використані джерела:

1. *Про оренду державного та комунального майна: Закон України від 10 квітня 1992 року № 2269-XII// Відомості Верховної Ради України. – 1992. N 30. – ст. 416.*
2. *Цивільний кодекс України від від 16 січня 2003 року № 435-IV// Відомості Верховної Ради України.- 2003. N 41. – ст. 356.*
3. *Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року № 436-IV// Відомості Верховної Ради України.- 2003. N 18. ст. 144.*

М. Г. Миколюк

аспірантка Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПРОБЛЕМА СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТТЯ «ФІЛЬМ» ТА «ВІДЕОГРАМА» ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Одним із об'єктів суміжних прав є відеограма. Цей об'єкт викликає чимало дискусій стосовно необхідності його існування, а також відмежування його від аудіовізуального твору. Тому вважаємо, що цей об'єкт суміжних прав потребує детального дослідження. Крім того, вважаємо за потрібне розглянути

співвідношення поняття «фільм», яке вживається у законодавстві Європейського Союзу, та поняття «відеограма».

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» відеограма – це відеозапис на відповідному матеріальному носії (магнітній стрічці, магнітному диску, компакт-диску тощо) виконання або будь-яких рухомих зображень (із звуковим супроводом чи без нього), крім зображень у вигляді запису, що входить до аудіовізуального твору. Відеограма є вихідним матеріалом для виготовлення її копій [1].

Відеограма, насамперед, є записом зображень за аналогією з фонограмою, як записом звуків. У таких зображеннях можуть фіксуватись й певні твори, як-то, образотворчі, хореографічні, архітектурні та інші візуальні твори, які попередньо отримали іншу, традиційно їм притаманну об'єктивну форму втілення і вже потім були відтворені у формі запису. Винятком серед візуальних творів, для яких відеозапис – повторний/вторинний спосіб відтворення, є аудіовізуальні твори, оскільки первинною та єдиною формою їх втілення є відео-відеозвукозаписи, які у даному випадку не розглядаються самодостатніми об'єктами права інтелектуальної власності, оскільки їхнє вироблення підпорядковане творчому задуму не кінооператорів, як виробників відеограм, а інших осіб – режисерів – постановників аудіовізуальних творів, які усіма відповідними міжнародними та національними нормативними актами визнаються співавторами або одноосібними авторами аудіовізуальних творів [2].

Міжнародні акти не містять визначення терміну «відеограма». Проте в законодавстві ЄС існує поняття «фільм» та «виробник перших записів фільмів». Відповідно до частини 1 статті 2 Директиви Ради 92/100/ЄЕС від 19 листопада 1992 року про право на прокат і право на позичку та деякі суміжні права у сфері інтелектуальної власності та частини 3 статті 3 Директиви Ради 93/98/ЄЕС від 29 жовтня 1993 року про гармонізацію строку охорони авторського права і деяких суміжних прав «фільм» є кінематографічним або аудіовізуальним твором чи рухомими зображеннями із звуковим супроводом або без звукового супроводу [3, 696; 4, 713].

Ми погоджуємось із думкою, що цей термін є двозначним, адже дві перші його складові – «кінематографічний твір» та «аудіовізуальний твір» означають «твір», тоді, як поняття «рухомі зображення» вказує на те, що поняття «фільм» може поширюватись і на зображення, які не обов'язково є втіленням твору і не передбачають, зокрема, наявності оригінальності [5, 106].

На жаль, законодавство ЄС не дає чіткої відповіді на головне питання: «фільм» – це твір (об'єкт авторського права) чи запис (об'єкт суміжних прав). Неоднозначність цього визначення, напевно, викликане тим, що законодавство не всіх країн-членів ЄС містить такий об'єкт суміжних прав, як відеограма. На нашу думку, це визначення є універсальним та може водночас застосовуватись до об'єктів авторського права і суміжних прав.

Опосередкованим підтвердженням цього є те, що в частині 2 статті 3 Директиви 2001/29/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 22 травня 2001 року про гармонізацію певних аспектів авторського права та суміжних прав у інформаційному суспільстві «виробника перших записів фільмів» визнано

суб'єктом суміжних прав, і фактично він є аналогом «виробника відеограми» [6, 735].

Отже, на нашу думку, поняття «відеограма», яке наявне у чинному законодавстві про авторське право і суміжні права, тотожнє поняттю «фільм», наведеному у Директиві у частині «рухомих зображень із звуковим супроводом або без звукового супроводу».

Як вже зазначалося, термін «фільм» за Директивою включає в себе аудіовізуальний твір, а відповідно до Закону України «Про авторське право і суміжні права», видами «аудіовізуального твору» є кінофільми, телефільми, відеофільми, діафільми, слайдофільми тощо. Таким чином, відповідно до українського законодавства, «аудіовізуальний твір» охоплює будь-які фільми, в той час, як за директивами він є складовою фільму. Тому, на нашу думку, необхідно переглянути термін «аудіовізуальний твір», щоб зняти протиріччя, яке існує між українським законодавством та законодавством Європейського Союзу.

Використані джерела:

1. *Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23.12.1993 р. в редакції від 11.07.2001 р. (із зм. та доп.) / ВВРУ. – 2001. – № 43. – ст. 214.*
2. *Де проходить межа між «аудіовізуальним твором» і «відеограмою»?/ Ростислав Карий//Електронний ресурс – режим доступу: http://i-pro.kiev.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=239&catid=555&Itemid=62*
3. *Директива Ради 92/100/ЄЕС від 19 листопада 1992 року про право на прокат і право на позичку та деякі суміжні права у сфері інтелектуальної власності / Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавство України // За ред. Ю.М. Капіци: кол. авторів: Ю.М. Капіца, С.М. Ступак, В.П. Воробйов та ін. – К.: Видавничий Дім «Слово», 2006. – С. 694-700.*
4. *Директива Ради 93/98/ЄЕС від 29 жовтня 1993 року про гармонізацію строку охорони авторського права і деяких суміжних прав / Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавство України // За ред. Ю.М. Капіци: кол. авторів: Ю.М. Капіца, С.М. Ступак, В.П. Воробйов та ін. – К.: Видавничий Дім «Слово», 2006. – С. 709-715.*
5. *Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавство України / За ред. Ю.М. Капіци: кол. авторів: Ю.М. Капіца, С.М. Ступак, В.П. Воробйов та ін. – К.: Видавничий Дім «Слово», 2006. – 1104 с.*
6. *Директива 2001/29/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 22 травня 2001 року про гармонізацію певних аспектів авторського права та суміжних прав у інформаційному суспільстві // Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавство України / За ред. Ю.М. Капіци: кол. авторів: Ю.М. Капіца, С.М. Ступак, В.П. Воробйов та ін. – К.: Видавничий Дім «Слово», 2006. – С. 726-741.*

Ю. А. Михеева
студентка юридического факультета
Белорусского государственного университета,
Минск, Республика Беларусь

ПРИМЕНЕНИЕ ПРАВИЛА *NON REFORMATIO IN PEIUS* В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

Согласно Гражданскому процессуальному кодексу Республики Беларусь в ныне закрепленном институте обжалования не вступивших в законную силу постановлений суда (таким институтом выступает кассационное производство) вышестоящий суд рассматривает дело в полном объеме, как в обжалованной, так и в необжалованной части. При этом не исключен случай, когда новое решение ухудшит положение лица, подавшего кассационную жалобу, то есть возможен так называемый поворот к худшему (reformatio in peius). Поворот к худшему означает такой исход пересмотра дела, в результате которого лицо, подавшее жалобу, полностью или частично лишается того, что было ему присуждено обжалованным решением.

Для многих зарубежных стран свойственно функционирование сложившегося еще в римском праве правила non reformatio in peius. Оно означает недопустимость ухудшения положения стороны, обжалующей решение или приговор, по сравнению с тем, чего сторона добилась в суде первой инстанции. Данное правило либо закрепляется законодательно (например, ст. 528 ГПК Германии, ст. 384 ГПК Польши, ст. 313 ГПК Литвы), либо выводится в теории из положений о диспозитивности гражданского процесса, законной силы судебного решения, праве на справедливое судебное разбирательство, гарантиях лица, подающего жалобу в суд (например, гражданское судопроизводство Австрии) [1, с. 42]. Так, согласно статье 313 Гражданского процессуального кодекса Литвы суд апелляционной инстанции не может принять решение или определение для апеллянта худшее, чем обжалованное, если решение обжаловано только одной стороной. Статья 562 Гражданского процессуального кодекса Франции гласит: «вышестоящий суд не вправе отменить или изменить решение в ущерб интересам стороны, подавшей жалобу, за исключением случаев, когда другая сторона подала жалобу». Ухудшением положение не считаются также ситуации, когда после отмены обжалованного решения дело возвращается в суд первой инстанции на новое рассмотрение. В законодательстве Австрии данное правило законодательно не закреплено, а выводится в теории гражданского процесса из частичной законной силы судебного решения и запрета выходить за пределы обжалованной части решения [2, с. 121-122].

В результате анализа можно выделить два случая неприменения правила запрета поворота к худшему: первый случай – решение было обжаловано обеими сторонами; второй – это наличие оснований для безусловной отмены решения суда, когда дело передается на новое рассмотрение в суд первой инстанции.

Е.А. Борисова замечает также, что применение данного правила следует ограничить для сохранения баланса между частными и общественными интересами при рассмотрении дел с повышенной социальной значимостью: споров, связанных с воспитанием детей, трудовых споров и т.д. [1, с. 42].

Статья 386 Уголовно-процессуального кодекса Республики Беларусь устанавливает запрет ухудшения положения осужденного, обжаловавшего приговор в кассационном порядке. Процессуалисты не однажды высказывали мнение о распространении данного ограничения и на гражданское судопроизводство [5, с. 88]. Так, в 1968 г. Н.И. Авдеенко выступила с предложением о включении аналогичной нормы в гражданское процессуальное законодательство [1, с. 42]. Однако существовали и существуют достаточно убедительные доводы против применения данного правила в кассационном производстве в гражданском процессе. Так, В. К. Пучинский отмечал, что в гражданском процессе нет правила о запрещении так называемого поворота к худшему в связи с действием принципа объективной истины [6, с. 12-13]. В. Г. Тихиня также доказывал эффективность неприменения данного правила, что служит интересам всестороннего исследования материалов дела как с фактической, так и с юридической стороны, выявления всех нарушений, допущенных при разбирательстве дела в суде первой инстанции [3, с. 55]. Этого мнения придерживается и И. М. Зайцев, считая, что принцип запрета поворота к худшему ограничит возможности суда второй инстанции в борьбе с судебными ошибками [4, с. 112].

Следует отметить, что применение данного правила будет затруднено существующими пределами кассационного пересмотра дела в полном объеме и, как замечает Е.А. Борисова, отсутствием нормы об обязательном участии адвоката в судах проверочных инстанций, нежеланием или невозможностью граждан обратиться за помощью к профессиональным юристам [1, с. 42]. Поэтому введение правила запрета поворота к худшему может успешно функционировать лишь в рамках апелляционного производства.

Применение правила non reformatio in peius снимет опасения заинтересованного в исходе дела лица при решении вопроса, обжаловать вынесенное постановление суда или нет. Тем самым суд второй инстанции будет иметь возможность выявлять возможные ошибки нижестоящей инстанции и предотвращать вступление в силу незаконных и необоснованных решений.

Таким образом, можно говорить о том, что среди ученых нет единого мнения о необходимости закрепления в гражданском процессуальном законодательстве правила о запрете поворота к худшему. Однако это правило вполне успешно и оправданно применяется во многих зарубежных странах. Полагаем, что данный институт, являясь признаком демократизации судопроизводства, при его введении выступит гарантией обеспечения принципов диспозитивности и справедливости, защиты прав и свобод граждан и будет в полной мере служить интересам правосудия.

Использованные источники:

1. *Борисова Е. А. Правило о запрете поворота к худшему в гражданском процессе // Российская юстиция. – 2007. – № 1. – с. 42-44.*

2. *Будак Е. В. Апелляционное производство в России и Австрии. – М.: Городец, 2010 – 168 с.*
3. *Гражданский процесс БССР: Учебное пособие для юрид. фак. и вузов. Ч 3 / под ред. Н. Г. Юркевича, В. Г. Тихини. – Мн.: Высш. школа, 1981. – 174 с.*
4. *Зайцев И. М. Устранение судебных ошибок в гражданском процессе / Под ред. М. А. Викут. – Саратов: Изд-во Сарат. ун-та, – 1985. – 135 с.*
5. *Коваленко Е. И. Кассационное производство в гражданском процессе Республики Беларусь // Право Беларуси. – 2002. – № 4. – с. 84-91.*
6. *Пучинский В. К. Кассационное производство в советском гражданском процессе. – М., 1973. – 36 с.*

М. М. Мікуліна
кандидат юридичних наук, доцент,
докторант Національної академії Служби безпеки України,
Київ, Україна

ПРАВОВА ОХОРОНА СУБ'ЄКТИВНИХ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ ОСОБИ

Основиною захисту суб'єктивних прав фізичних осіб є норми Конституції України. Наразі, ч. 2 ст. 8 гарантує захист конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України; ч. 4 ст. 13 покладає обов'язок на державу щодо забезпечення захисту прав усіх суб'єктів права власності і господарювання; ч. 4 ст. 42 визначає обов'язок щодо захисту прав споживачів тощо.

Для реалізації наведених положень Конституція України визначає основних суб'єктів, на яких покладається обов'язок забезпечити захист прав та інтересів фізичних осіб. Відповідно до ст. 55 визначається, що права і свободи людини і громадянина захищаються судом. Крім цього, вказується, що кожен має право звертатися за захистом своїх прав до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. У випадку, коли всі національні засоби правового захисту використані, то Конституція гарантує право звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна.

У матеріальному праві відсутня єдність думок науковців щодо співвідношення суб'єктивного цивільного права й права на захист. Одна з позицій полягає у визнанні права на захист самостійним правом (однак відособлене суб'єктивне цивільне право, позбавлене захисного елемента, втрачає юридичні можливості його реалізації), інша – елементом суб'єктивного цивільного права (адже, з моменту відкриття провадження у справі суб'єктивне матеріальне право на захист трансформується у суб'єктивне процесуальне право на захист згідно з процесуальними процедурами). Можемо констатувати, що першоосновою є суб'єктивне цивільне право, а право на захист є похідним і підтвердженням цього є норма ст. 15 ЦК України відповідно до якої кожна особа

має право на захист свого цивільного права та п. 1 ст. 3 Цивільного процесуального кодексу України [1] згідно з яким кожна особа має право в порядку, встановленому цим Кодексом, звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів.

Підтримуємо тенденцію щодо визнання правової охорони поняттям ширшим від поняття правового захисту. Підґрунтям правової охорони є принципи забезпечення непорушності та здійснення цивільних прав і заходи, спрямовані на попередження порушень цих прав. Водночас захисні норми спрямовані, насамперед, на відновлення порушеного права та усунення перешкод у його здійсненні шляхом вчинення певних дій. У цих нормах передбачається низка заходів, за допомогою яких потерпіла особа реалізує право на захист порушеного права чи інтересу. З цього випливає, що цивільно-правовий захист – це «система активних заходів, що застосовуються суб'єктом цивільного права (у нашому випадку – фізичною особою), спрямована на усунення порушень цивільного права чи інтересу, покладення виконання обов'язку щодо відновлення порушеного права на порушника» [2, 35].

На нетотожність понять «охорона» і «захист» цивільних прав у цивільному законодавстві України зверталася увага у літературі [3, 224-229]. Розглядають охорону у широкому значенні – як сукупність заходів, спрямованих на профілактику правопорушень суб'єктивних цивільних прав, а у випадку їх порушення – як захист цих прав; і у вузькому – як вид діяльності, спрямованої на проведення профілактичних заходів щодо зміцнення правового стану носія суб'єктивного цивільного права, тобто охорона є сукупністю заходів, спрямованих на недопущення порушень суб'єктивного цивільного права.

Аргументацією щодо розуміння охорони як сукупності заходів, спрямованих на недопущення порушень суб'єктивного цивільного права є те, що: по-перше, цивільне право має низку інститутів, окремо спрямованих на профілактику правопорушень суб'єктивних цивільних прав, а також низку інститутів, спрямованих на захист суб'єктивних цивільних прав; по-друге, проаналізувавши низку норм цивільного права щодо охорони суб'єктивних цивільних прав, можна дійти висновку, що охорона не містить у собі захисту суб'єктивних цивільних прав.

Право на захист слід розглядати у єдності його матеріального змісту та процесуальної форми. Ця єдність полягає в тому, що можливості матеріально-правового характеру, надані правочинній особі правом на захист, передбачають і можливість їх здійснення у певній, встановленій законом процесуальній формі, у встановленому законом порядку. Власне, процесуальна форма, процесуальний порядок реалізації матеріально-правових вимог як форма життя матеріального права має і самостійне значення. Самостійність процесуальної форми полягає у тому, що: а) процесуальний порядок реалізації матеріально-правових вимог є особливим видом діяльності публічно-правового характеру, яка спрацьовує у випадку реалізації матеріального права завдяки діяльності апарату державного примусу стосовно правопорушника. Така діяльність регулюється спеціальним законодавством, що надає учасникам процесу особливих, процесуальних прав і обов'язків; б) у цій процесуальній формі втілюється реалізація і захист не тільки суб'єктивні матеріальні права, а й інтереси особи; в) звернення особи з вимогою

захисту до компетентних органів не зумовлено, як правило, обов'язковим попереднім доказуванням наявності самого матеріального цивільного права, так і факту його порушення чи оспорювання. Однак, ураховуючи зазначене, вважаємо, що, власне, порушення матеріального суб'єктивного права особи спричиняє виникнення матеріально-правової вимоги уповноваженої особи до правопорушника, яке утворює зміст права на позов лише у випадках, коли реалізація відповідно до закону може бути здійснена у позовній формі.

Можливість ефективного та своєчасного захисту суб'єктивного цивільного права безсумнівно пов'язана з моментом, коли особа – носій відповідного суб'єктивного права має можливість реалізувати своє повноваження щодо захисту такого права. Традиційно вважають, що таким моментом є момент порушення, невизнання або оспорювання цього права. Порушенням цивільного права [4,115] є такий стан суб'єктивного права, при якому воно зазнало протиправного впливу з боку правопорушника, внаслідок якого суб'єктивне право зазнало зменшення або знищення. Невизнання суб'єктивного цивільного права полягає у пасивному запереченні наявності у особи суб'єктивного цивільного права, яке безпосередньо не завжди завдає шкоди суб'єктивному праву, але створює непевність у правовому статусі носія суб'єктивного права. Оспорювання суб'єктивного цивільного права відображає такий стан правовідношення, коли суб'єктивне цивільне право заперечується у юрисдикційному органі [2, 36].

Отже, основу правової охорони складають принципи забезпечення непорушності та здійснення цивільних прав і заходи, спрямовані на попередження порушень цих прав та, водночас, захисні норми спрямовані, насамперед, на відновлення порушеного права та усунення перешкод у його здійсненні шляхом вчинення певних дій особою, яка їх зазнала.

Використані джерела:

1. *Цивільний процесуальний кодекс України: Закон від 18.03.2004 р. № 1618-IV.*
2. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. Т. 1 / За відповід. ред. О.В.Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – 832 с.*
3. *Цивільне право України. Загальна частина: підруч.; за ред. І.А.Бірюкова, Ю.О.Заіки. – К.: КНТ, 2008. – 480 с.*
4. *Стефанчук Р.О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві України: дис… доктора юрид. наук: 12.00.03 / Р.О.Стефанчук. – К., 2007. – 541 с.*

А. П. Місяць
аспірант Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПОНЯТТЯ «ВІДЧУЖЕННЯ МАЙНА» У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

У чинному цивільному законодавстві України використовуються різні поняття, які опосередковують перехід майна від однієї особи до іншої. Одним з таких понять є «відчуження майна», яке зустрічається у законодавстві найбільш часто. Так, його знаходимо у Цивільному кодексі України (ст. 47, 346, 348, 350, 351 та ін.) [1], Законі України «Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності» від 17.11.2009 р. [2], Законі України «Про мораторій на відчуження майна, яке перебуває у володінні Федерації професійних спілок України» від 22.02.2007 р. [3], постанові Кабінету Міністрів України «Про затвердження порядку відчуження об'єктів державної власності» від 6.06.2007 р. [4] та інших актах.

У філософській літературі під відчуженням розуміють волевиявлення, відповідно до якого суб'єкт не бажає більше розглядати речі як свої. Відчуження є істинним вступом у володіння речами. Безпосередній вступ у володіння є першим моментом права власності; власність набувається також шляхом споживання; третій момент становить собою єдність двох попередніх, тобто вступ у володіння шляхом відчуження [5, с. 121]. У цивілістиці «відчуження» визначається як один зі способів здійснення власником правомочності розпорядження належним йому майном шляхом передачі останнього у власність іншої особи [6, с.92]. Автори науково-практичного коментаря до ЦК України пишуть, що при відчуженні майна власник шляхом волевиявлення реалізує своє право щодо розпорядження належною йому річчю, визначаючи її юридичну та фактичну долю [7, с. 348]. Таким чином, бачимо, що у філософській та юридичній літературі «відчуження» кваліфікується як волевиявлення особи щодо передачі речі іншій особі.

Аналізуючи зміст ЦК України на предмет застосування терміну «відчуження», бачимо, що, перш за все, він використовується як одна з підстав припинення права власності (ст. 346 ЦК України). Буквальне формулювання названої підстави – «відчуження власником свого майна», дозволяє стверджувати, що таке терміновживання позначає випадки, коли власник за своєю волею і на свій розсуд здійснює належні йому повноваження власника та передає річ у власність іншої особи. Подібний зміст знаходимо і у окремих статтях Земельного кодексу України [8], де «відчуження» також є одним з видів припинення права власності на земельні ділянки (п. »в» ст. 140 ЗК України – «відчуження земельної ділянки за рішенням власника»). Разом з тим, у цій же статті знаходимо й іншу підставу припинення права власності, яка також оперує терміном «відчуження» – «відчуження земельної ділянки з мотивів суспільної необхідності та для суспільних потреб» (п. »ґ» ст. 140 ЗК України). Порівнюючи названі підстави, слід відмітити, що, якщо перша передбачає волевиявлення

власника, то інша − навпаки, виключає таке волевиявлення. Аналогічне терміновживання зустрічаємо й у інших статтях ЗК України. Слід відмітити, що ЦК України також не досить послідовно оперує терміном «відчуження». Так, у ст. 350 «Викуп земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, приватної власності для суспільних потреб чи їх примусове відчуження з мотивів суспільної необхідності» формулювання «примусове відчуження» не узгоджується зі змістом «відчуження», яке закладене у ст. 346 цього ж кодексу. Таким чином, на основі сказаного, можна констатувати неузгодженість застосування терміна «відчуження» не тільки в рамках чинного законодавства, але й у рамках одного і того ж акту, що вносить дисбаланс у регулювання цивільних відносин та не сприяє сталій правозастосовній практиці.

Дослідження застосування терміну «відчуження» у чинному законодавстві, дозволяє зробити такі загальні висновки:

1. Термін «відчуження» застосовується як видова категорія, а саме як одна із підстав припинення права власності і у такому розумінні його слід визначити як спосіб за яким власник речі (майна) шляхом здійснення волевиявлення вчиняє передачу речі (майнових прав) до іншої особи.
2. Термін «відчуження» застосовується як родова категорія на позначення усієї сукупності механізмів переходу речей (прав) від одних осіб до інших як за волею власника, так і поза нею.
3. Поряд із застосуванням терміна «відчуження» у чинному законодавстві використовуються також «перехід», «передача», «викуп», «вилучення» та інші терміни.

На наш погляд, вдосконалення чинного цивільного законодавства в частині застосування терміна «відчуження» повинно здійснюватися в напрямі уніфікації терміновживання. Перш за все, варто відійти від практики різновекторного застосування «відчуження» як видової та як родової категорії не тільки в межах одного акту, але й у рамках законодавства. Крім цього, потрібно чітко розмежувати суміжні поняття «перехід», «викуп» та інші. Так, наприклад, у ст. 178 ЦК України не досить послідовно та коректно застосовано терміни «відчуження» і «перехід», так як за змістом цієї статті названі терміни якщо не протиставляються, то використовуються як різні за змістом, що суперечить правилам формальної логіки та загальним положенням теорії права.

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.*
2. *Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності: Закон України від 17.11.2009 р. // Офіційний вісник України. – 2009. – № 97. – Ст. 3326.*
3. *Про мораторій на відчуження майна, яке перебуває у володінні Федерації професійних спілок України: Закон України від 22.02.2007 р. // Офіційний вісник України. – 2007. – №19. – Ст. 755.*
4. *Про затвердження порядку відчуження об'єктів державної власності: постанова Кабінету Міністрів України від 06.06.2007 р. // Офіційний вісник України. – 2007. – № 43. – Ст. 1714.*

5. *Гегель Г. В. Философия права / Г. В. Гегель. − М. : Мысль, 1990. – 526 с.*
6. *Юридичний словник-довідник [Текст] / За ред. Ю. С. Шемшученка. − Київ :Феміна, 1996. − 696 с.*
7. *Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар. – Х. : Одіссей, 2006. – 1200 с.*
8. *Земельний кодекс України від 25.10.2001 р. // Офіційний вісник України. – 2001. – № 46. – Ст. 2038.*

Г. М. Міхняк
студентка Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПРАВО НА ОБОВ'ЯЗКОВУ ЧАСТКУ В СПАДЩИНІ ЯК ОБМЕЖЕННЯ СВОБОДИ ЗАПОВІДАЛЬНИХ РОЗПОРЯДЖЕНЬ

ЦК України 2003р. значною мірою змінив правове регулювання цивільно-правових відносин. Насамперед змінилася ідеологія – від зарегульованості, імперативності до впровадження принципів та ідей ринкової економіки, лібералізації, стимулювання договірного регулювання відносин сторін. Спадкове право порівняно з іншими цивільно-правовими інститутами змінилося чи не найбільш. Проте окремі його ідеї та положення залишилися, хоча і в удосконаленому вигляді. Це безпосередньо стосується і права на обов'язкову частку у спадщині.

Відповідно до ст. 1235-1236 ЦК України заповідачу гарантується свобода заповідальних розпоряджень (свобода заповіту). Він вправі на власний розсуд заповідати майно будь-яким особам, будь-яким чином визначати частки спадкоємців у спадщині, позбавити права на спадкування одного, декількох або усіх спадкоємців за законом, не зазначаючи на причини такого позбавлення, а також включити у заповіт інші розпорядження, не заборонені законодавством, скасувати або змінити вже вчинений заповіт. Однак свобода заповіту не є безмежною. Вона обмежена правом на обов'язкову частку у спадщині на користь так званих «обов'язкових спадкоємців». За словами Т.Д. Чепигі, інститут обов'язкової частки втілює за допомогою закону ідею справедливого матеріального забезпечення соціально слабких спадкоємців, коригує заповідальне спадкоємство, суб'єктивна справедливість якого задана безпосередньо заповідачем [6,4].

В цілому спадкове право не позбавлене обмежувального характеру. Більше того, у сучасному спадковому праві обмеженням відводиться важлива роль [2,21]. Причому вони стосуються як спадкування за законом, так і спадкування за заповітом. Суб'єктивні права фізичних осіб при здійснені ними права на спадкування піддаються наступним обмеженням: щодо складу та обсягу спадщини; щодо суб'єктного складу спадкових правовідносин; щодо свободи заповідальних розпоряджень; щодо форми заповіту [2,21]. Зупинимося

детальніше на аналізі права на обов'язкову частку у спадщині. Цей правовий інститут не є новим для нашого законодавства. Інша справа, що за різних часів в основу обмежень свободи заповідальних розпоряджень покладалися різні чинники [2,28].

Згідно ст. 1241 ЦК України свобода заповідальних розпоряджень обмежується в інтересах неповнолітніх і повнолітніх непрацездатних дітей спадкодавця (в тому числі усиновлених), інших непрацездатних спадкоємців першої черги (крім онуків та правнуків), тобто непрацездатної вдови (вдівця) та непрацездатних батьків. Це обмеження полягає у тому, що зазначені особи успадковують, незалежно від змісту заповіту, половину частки, що належала б кожному з них при спадкуванні за законом. Наведений перелік осіб, які мають право на обов'язкову частку є вичерпним. Спадкоємці другої черги не мають права на обов'язкову частку при спадкуванні за заповітом. Не мають права на обов'язкову частку також онуки та правнуки спадкодавця, в тому числі і за умови, коли вони неповнолітні або непрацездатні.

Зміни, здійснені ЦК Украйни 2003р. порівняно з положеннями ЦК УРСР 1963р. торкнулося двох важливих моментів. З числа «обов'язкових» спадкоємців виключено утриманців померлого. А розмір обов'язкової частки, яку особа одержала би при спадкуванні за законом, зменшився з 2/3 до ½ [3,9]. Проте розмір обов'язкової частки у спадщині може бути зменшений судом з урахуванням відносин між цими спадкоємцями та спадкодавцем, а також інших обставин, які мають істотне значення. Разом з тим і деякі інші норми книги шостої «Спадкове право» ЦК України стосуються обов'язкових спадкоємців. Так, відповідно до ч. 2 ст. 1228 право на вклад у банку (фінансовій установі) входить до складу спадщини незалежно від способу розпорядження ним. Тобто, суми таких вкладів враховуються при визначенні розміру обов'язкової долі непрацездатних спадкоємців вкладника. В цілому до обов'язкової частки у спадщині зараховується вартість речей звичайної домашньої обстановки та вжитку, вартість заповідального відказу, встановленого на користь особи, яка має право на обов'язкову частку, а також вартість інших речей та майнових прав, які перейшли до неї як до спадкоємця. Будь-які обмеження та обтяження, встановлені у заповіті для спадкоємця, який має право на обов'язкову частку у спадщині, дійсні лише щодо тієї частини спадщини, яка перевищує його обов'язкову частку. Якщо заповідач позбавить обов'язкової частки своїх неповнолітніх чи непрацездатних дітей або інших непрацездатних спадкоємців (з числа вже згаданих), то заповіт у цій частині буде недійсним.

У наукових колах навколо права на обов'язкову частку у спадщині точиться дискусія щодо визначення природи даного правового інституту. Обговорюється питання, до якого виду спадкування слід відносити спадкування за правом на обов'язкову частку. Основних точок зору три: це є різновид спадкування за заповітом (згідно розташування у ЦК України); різновидом спадкування за законом [4]; окремим, третім видом спадкування [5,118]. Зокрема, Є. Фурса зазначає, що таке спадкоємство за заповітом слід називати змішаним, в якому має значення як воля заповідача, так і вимога закону про забезпечення права на обов'язкову частку [5,118]. При цьому вимога закону не поглинає права заповідача повністю, вона стосується лише половини частки, яка

б належала спадкоємцеві при спадкуванні за законом. Представники кожної із зазначених позицій висувають вагомі аргументи, які заслуговують на врахування. Проте слід погодитися з В. Васильченком, що спадкування обов'язкової частки є специфічним порядком спадкування, заснованого на заповіті [1,122]. Окрім того, науковець звертає увагу ще на окремі нерозв'язані питання, пов'язані з правом на обов'язкову частку: чи припустима «спрямована» відмова від обов'язкової частки, чи обґрунтоване з теоретичних позицій обмеження кола необхідних спадкоємців наведеним у законі переліком та половиною частки у спадщині, яка б належала кожному з них при спадкуванні за законом. Зазначені питання є спірними в юридичній літературі та потребують безумовного вирішення у найближчій перспективі [1,121].

Використані джерела:

1. *Васильченко В. Спадкування права на обов'язкову частку за новим цивільним законодавством: доктринальні проблеми // Право України. – 2003. – № 10. – С. 120-123.*
2. *Мічурін Є. Обмеження майнових прав фізичних осіб у спадковому праві // Нотаріат для Вас. – 2009. – № 1-2. – С. 21-32.*
3. *Ромовська З.В. Заповідач може винагородити або відлучити спадкоємця // Нотар. – 2001. – № 5 (січень). – С. 8-11.*
4. *Сураєва В. Право на обов'язкову частку у спадщині // Юридичний вісник України. – 2007. – № 6 (10-16 лютого). – С. 8-9.*
5. *Фурса Є. Новий погляд на термінологію спадкових правовідносин // Право України. – 2002. – № 3. – С. 115-120.*
6. *Чепыга Т.Д. Идеология и проблемы реформы наследственного права России // Наследственное право. – 2007. – № 2. – С. 4.*

К. Ю. Молодико

кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник
відділу міжнародного приватного права і порівняльного правознавства
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
Національної академії правових України,
Київ, Україна

ВПРОВАДЖЕННЯ В ЦИВІЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО КОНЦЕПЦІЇ ПРОФЕСІЙНИХ РИЗИКІВ (НА ПРИКЛАДІ КРЕДИТНИХ ПРАВОЧИНІВ)

Участь будь-якої особи у цивільному обігу за своїм характером об'єктивно пов'язана з прийняттям на себе певних ризиків. Оскільки повністю уникнути їх неможливо, завданням цивільного законодавства є досягнення принаймні більш-менш розумного та справедливого балансу таких ризиків.

У чинному Цивільному кодексі України (ЦК) термін «ризик» є доволі активно вживаним як в аспекті корпоративних відносин (наприклад, у ст.ст. 140, 142 тощо), так і безпосередньо в договірних правовідносинах (наприклад, у

ст.ст. 133, 323, 516, 527, 580 тощо). Однак, економічна криза 2008 року продемонструвала, що в існуючому в цивільному законодавстві розподілі ризиків щось не так. Пересічні громадяни виявились не захищеними від : а) ризику курсових коливань; б) ризику коливання ринкової вартості застави; в) ризику невчасного завершення будівництва. Це призвело до ситуацій стрімкого збільшення платежів за кредитами (в перерахунку на національну валюту) та здешевлення вартості застави, яка перестала покривати кредит. Більше того, багато громадян опинились в ситуації законсервованого на невизначений строк будівництва їх житла. Це також істотно збільшило платежі по кредиту, фактично призвело до їх непередбачуваності. Адже традиційно у кредитних договорах відсоткова ставка є вищою на стадії будівництва житла, яка згодом зменшується при введенні його в експлуатацію. Такі умови кредитних договорів пояснюються тим, що банки вважають, що на стадії незавершеного будівництва їхні ризики є вищими.

У цивільному законодавстві у певних випадках суб'єкти, що знаходяться в «особливих умовах», відповідають за особливими, більш жорсткими правилами. Типовий приклад – шкода, причинена джерелом підвищеної небезпеки. Також всім цілком зрозуміло, що в разі обвалу новозбудованого будинку нести відповідальність за таке має будівельник : це його професійний ризик, якщо він збудував щось не так як слід. Однак, відповідальність професіонала за професійні ризики, на жаль, ще далеко не є загальною у цивільно-правовому регулюванні в Україні. Це призводить до істотних негативних наслідків.

Загалом, існують ризики побутові та професійні. На думку автора, перші мають зазнавати всі, другі – лише професійні суб'єкти. Зокрема, курсовий ризик і ризик коливання ринкової вартості застави у майбутньому мають розглядатися як професійні підприємницькі ризики банку. А ризик невчасного завершення об'єкта – відповідно як професійний підприємницький ризик будівельника.

Законодавець нарешті врахував неприпустимість покладення на позичальника ризику курсових коливань, остаточно заборонивши в поточному році валютні споживчі кредити змінами, внесеними до Закону України «Про захист прав споживачів».

Проблема того, що у разі зниження цін на заставу позичальник може залишитися винним банку гроші, навіть віддавши предмет застави, є актуальною не лише для нашої країни, але й для розвинутих країн світу (відповідна ситуація там іменується терміном «*underwater mortgage*»). На нашу думку внесення змін до ЦК, Законів України «Про іпотеку», «Про заставу» «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» щодо обов'язкового припинення основного зобов'язання у разі передачі справного предмета застави не лише назріло, але й перезріло. Такі зміни до законодавства не лише захистили б позичальників, але й унеможливили спекулятивне зростання цін на житло, що підігрівається банківськими кредитами. Банкам просто не було б сенсу кредитувати під завищені спекулятивні ціни, адже вони знали б, що понесуть прямі збитки при зниженні цін.

Так саме є величезною законодавчою помилкою дозвіл банкам видавати кредити безпосередньо фізичним особам на будівництво житла (не має значення, безпосередньо грошима чи із застосуванням цінних паперів). Імперативно

встановлена законодавством схема відповідного кредитування, з врахуванням позитивного західного досвіду, має виглядати так:

— обов'язковість початкового внеску позичальника не менш як 20% вартості житла, при цьому не будівельній компанії, а на депозит у банку. Адже якщо людина не змогла зібрати початковий внесок, це свідчить або про її невисокі доходи, або про зайву марнотратність. В обох випадках кредитувати її не можна;

— будівельна компанія зводить будинок на власні кошті та/або взяті в кредит у цьому самому банку;

— коли будинок готовий, банк разом із позичальником, будівельною компанією і незалежною архітектурною інспекцією обстежують його. Реальні недоробки будівельна компанія зобов'язана оперативно усунути до вселення громадянина;

— при вселенні у житло банк переказує суму депозиту з нарахованими відсотками + суму кредиту будівельній компанії, і тільки в цей момент у позичальника виникають кредитні зобов'язання перед банком;

— незалежна архітектурна інспекція продовжує контролювати будинок на предмет прихованих дефектів упродовж гарантійного строку. Ці дефекти оперативно усуваються будівельною компанією за власний рахунок. Якщо це неможливо, власник житла усуває їх самостійно, але на відповідні витрати зменшуються його платежі за банківським кредитом.

Сама по собі ідея (на жаль, підтримана у вітчизняному законодавстві) про те, що людина може бути зобов'язана щось комусь платити за кредитом, не живучи в готовому будинку належної якості, є абсурдною. Якщо ж будівельна компанія не виконала своїх зобов'язань, тоді громадянин просто забирає з банку свій початковий внесок із нарахованими відсотками за депозитом.

Отже, комерційні банки мають ретельно аналізувати, під операції якої будівельної компанії видають кредит, і контролювати перебіг будівництва. Позичальник же бере кредит під будівництво будинку в конкретний строк і при цьому не зобов'язаний був діяти на свій страх і ризик, тому що не є у відповідних правовідносинах суб'єктом підприємницької діяльності.

Разом з тим, хоча у першу чергу слід захистити непрофесійних суб'єктів цивільного обігу, яким потрібно житло, принципи правового регулювання кредитування й суб'єктів підприємницької діяльності, на думку автора, мають бути в цілому аналогічними.

Д. В. Москаленко
студентка юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ЗАХИСТ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ: КОЛІЗІЙНІ АСПЕКТИ, ШЛЯХИ ВИРІШЕННЯ

Зі здобуттям Україною незалежності розвиток ринкових відносин супроводжується зростанням комерційного ризику придбання громадянами-споживачами товарів та послуг, що не мають споживчих властивостей. Це зумовлюється різноманітними факторами: бажання подавців (виробників) будь-якими способами (законними чи ні) уникнути відшкодування збитків споживачу, завданих переданням товару неналежної якості, необізнаність споживачів з їх законними правами, **колізії** між нормами Цивільного кодексу України та спеціальних законів тощо.

Система норм права, що регулює суспільні відносини щодо забезпечення захисту прав споживачів містить норми різних галузей права. Загальноприйнято, що споживче право визнається комплексним інститутом права [1,59]. Як слушно зазначала С. Поленіна, «необхідність активізації керування тією або іншою сферою соціальної дійсності, важливість посилення правової регламентації окремих сторін суспільного життя, наприклад, управління якістю можуть викликати множинність (подвоєння, потроєння) використання конкретної правової матерії окремих галузей права, її різноманітні комбінації й об'єднання» [2,20]. Також слід мати на увазі, що складені підсистеми законодавства про захист прав споживачів є водночас елементами інших галузей законодавства (конституційного, господарського, трудового, цивільного, адміністративного) і окремими елементами, що забезпечують єдність і внутрішній взаємозв'язок усієї системи законодавства на міжгалузевому рівні. Виходячи з вищенаведеного можна зробити висновок, що саме з урахуванням міжгалузевої взаємодії правових норм має формуватися **соціальна політика держави** із соціально-орієнтованою ринковою економікою. Нині, на нашу думку, споживач є уразливішим суб'єктом вільного ринку, у зв'язку з чим стає актуальною проблема захисту його прав [3,20;4,48]. Хоча, в науці існує протилежна точка зору, що вказує на те, що український споживач має значні переваги перед продавцем, реалізувати які він може самостійно, тобто звернутися безпосередньо до продавця чи виробника товару, до органів державної влади та органів місцевого самоврядування, суду (Г. Колісникова).

Чинне законодавство України в аспекті захисту прав споживачів очевидно поступово удосконалюється. Це здійснюється як на законодавчому рівні, так і на рівні нормативно-правових актів вищих органів виконавчої влади (правила, порядки ведення торгівлі, надання послуг).

Проте і в теорії, і на практиці виникають колізійні питання, які варто вирішувати виходячи з об'єктивної позиції задоволення прав та інтересів споживачів та продавців (виробників). Так, зрозумілою є суперечність норм статті 708 Цивільного кодексу України та статті 8 Закону України «Про захист

прав споживачів». Тут проблема постає в тому, що на практиці спеціальна норма закону не застосовується, оскільки спір може бути вирішено із застосуванням лише статті 708 Цивільного кодексу України. Очевидним є логічне неспівпадіння понять **«недоліки»** та **«істотні недоліки»**. Тому пропонуємо або уточнити формулювання понять «недоліки» та «істотні недоліки» у Законі України «Про захист прав споживачів» у відповідності з Цивільним кодексом таким чином, щоб поняття «істотні недоліки» включалося в «недоліки», або в Цивільному кодексі диференціювати поняття «недоліків», які б поділялися на просто недоліки та істотні недоліки.

Вагомої колізії хоча і не створює, проте, на нашу думку, вимагає уніфікації для ефективнішого і однозначного використання на практиці пункту 1 ч. 2 статті 678, що вказує на те, що у разі істотного порушення вимог щодо якості товару (виявлення недоліків, які не можна усунути, недоліків, усунення яких пов'язане з непропорційними витратами або затратами часу, недоліків, які виявилися неодноразово чи з'явилися знову після їх усунення) покупець **має право відмовитися** від договору і вимагати повернення сплаченої суми. Закономірно, що в даному випадку стаття 708 Цивільного кодексу субординаційно і дублюючи встановлює, що у разі виявлення покупцем протягом гарантійного або інших строків, встановлених обов'язковими для сторін правилами чи договором, недоліків, не застережених продавцем, або фальсифікації товару покупець **має право відмовитися** від договору і вимагати повернення сплаченої за товар грошової суми. Тому очевидною є невідповідність спеціальної норми пункту 1 абзацу 2 частини 1 статті 8 Закону України «Про захист прав споживачів», яка встановлює, що в разі виявлення протягом встановленого гарантійного строку істотних недоліків, які виникли з вини виробника товару (продавця, виконавця), або фальсифікації товару, підтверджених за необхідності висновком експертизи, споживач, в порядку та у строки, що встановлені законодавством і на підставі обов'язкових для сторін правил чи договору, має право за своїм вибором вимагати від продавця або виробника **розірвання** договору та повернення сплаченої за товар грошової суми. Проте формально розірвати договір не можна, оскільки частина 4 статті 678 Цивільного кодексу вказує на те, що положення цієї загальної статті застосовується, якщо інше не встановлюється Цивільним кодексом або іншим законом (відсилає до статті 708 Цивільного кодексу, де зазначена відмова від договору). Таким чином для уникнення колізії пропонуємо в третьому випадку також встановити **право на відмову** від договору купівлі-продажу.

Хоча на практиці така ситуація не знаходиться в надто критичному стані: сторони однаково або відмовляються від договору, або розривають його (як у добровільному, так і в судовому порядку). Однак, зазначені корективи щодо удосконалення законодавства про захист прав споживачів є такими, що за умови дійсного використання матимуть юридичну і фактичну значимість та ефективність.

Використані джерела:

1. *Левшина Т. Основы законодательства о защите прав потребителей: Курс лекций. – М. Юрид. лит-ра, 1994.*

2. *Іваненеко Л. Цивільно-правове забезпечення прав споживачів на належну якість товару: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – К., 1998 – 20с.*
3. *Осетинська Г. Цивільно-правовий захист прав споживачів за законодавством України: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – К., 2006. – 20с.*
4. *Поленина С. Теоретические проблемы системы советского законодательства. – М.: Наука., 1979.*

В. І. Нагнибіда
молодший науковий співробітник Подільської лабораторії
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
Національної академії правових наук України,
Хмельницький, Україна

ВИНИКНЕННЯ ПРАВ КОРИСТУВАННЯ ЧУЖИМИ РЕЧАМИ НА ПІДСТАВІ НАБУВАЛЬНОЇ ДАВНОСТІ

Встановлення прав користування чужими речами (сервітутів) у зарубіжних країнах традиційно тісно пов'язане із підставами виникнення прав на чужі речі. Найбільш поширеними з них є договір, закон, заповіт та рішення суду. Разом з тим, в чинному законодавстві України на сьогодні не до кінця відпрацьовані норми пов'язані із встановленням саме сервітутних прав як одного із найбільш поширених видів прав на чужі речі.

Більшість законодавств містять положення за якими сервітутні права встановлюються в силу договору та заповіту (ст.ст. 637, 649, 686 Французького цивільного кодексу (далі у тексті — ФЦК), ст.ст. 531 ЦК Іспанії тощо). Разом з тим в окремих країнах встановлення сервітутних прав здійснюється в порядку набувальної давності (ст. 690 ФЦК, ст. 453 ЦК Молдови тощо). Так, § 690 ФЦК передбачено, що безперервні та явні сервітути можуть встановлюватись на основі 30-річного строку набувальної давності. Такий підхід до встановлення сервітутів зумовлений на нашу думку тим фактором, що відповідно до французького законодавства сервітутні права віднесені до нерухомості, яка відповідно також може набуватись за набувальною давністю (§ 2262-2270[1] ФЦК). Так само, окремі норми про набувальну давність передбачені і при виникненні права узуфрукту. Зокрема, коли особа добросовісно, відкрито здійснювала узуфрукт протягом 10, 20 або 30 років, незалежно від волі власника така особа набуває права узуфрукту. Більш деталізовано механізм застосування норм про набувальну давність відносно сервітутних прав у ЦК Нідерландів. Тут, за набувальною давністю набуваються права на рухомі об'єкти, які не є зареєстрованим майном, і права здійснювані їх добросовісним володільцем в результаті безперервного володіння протягом 3 років. Права на усі інші види майна набуваються в результаті безперервного володіння протягом 10 років. При цьому, якщо особа стосовно якої встановлене сервітутне право помирає до закінчення встановленого строку, то її спадкоємці які успадковують майно в

порядку універсального правонаступництва, продовжують строк набувальної давності.

Маємо відмітити, що даний спосіб встановлення сервітутних прав є доволі поширеним в правозастосовчій практиці зарубіжних країн. Як правило йдеться про можливість встановлення постійних і явних сервітутів, а також прихованих та позитивних (наприклад ст. 431, 433 ЦК Молдови). Потрібно відмітити, що із введенням у сферу правового регулювання конструкції набувальної давності в Україні також існує можливість поширити даний інститут на виникнення не тільки права власності, але й прав на чужі речі. Так, якщо аналізувати ч. 1 ст. 244 ЦК України якщо добросовісний володілець протягом відповідного строку (10 років для нерухомого майна та 5 – для рухомого) відкрито і безперервно володів чужим майном він набуває права власності на це майно. При цьому, здійснення права набувальної давності підпорядковане умові передбаченій у ч. 4 ст. 344 ЦК України, а саме за рішенням суду. Вбачається, що даний порядок може цілком бути застосований і до сервітутів. Тим більше, що судова практика [1] йде по тому шляху, що у випадку, коли сторона заявляє вимогу про визнання за нею права власності на тій підставі, що вона уже протягом тривалого часу використовує, наприклад земельну ділянку для проходу, то суд керуючись тим, що сервітути встановлюються на підставі рішення суду визнає за особою таке право. Думаємо, що поширення дії норм про набувальну давність на механізм виникнення сервітутів дозволить більш повно врегулювати відповідні відносини та заповнити прогалину у праві, яка наразі вирішуються на основі розсуду суду. З цією метою ч. 1 ст. 402 слід викласти у такій редакції: «Сервітут може бути встановлений договором, законом, заповітом, за рішенням суду, а також внаслідок набувальної давності у порядку передбаченому цим кодексом». Реалізація даної статті в частині встановлення земельних сервітутів за набувальною давністю на практиці може створити ситуацію, коли особа — потенційний сервітуарій вимагатиме встановлення сервітуту лише на тій підставі, що він використовував земельну ділянку протягом відповідного строку. Вбачається, що необхідною підставою для встановлення сервітуту на основі набувальної давності повинно стати не просто випадкове, разове використання земельної ділянки, а свідоме та цілеспрямоване пристосування службової земельної ділянки для потреб використання. Наприклад, особа розчистила дорогу, засипала її щебенем, спорудила міст тощо. Саме за наявності таких дій можна вважати, що особа здійснювала сервітутне право до моменту заявлення вимоги про його встановлення, а від так про здійснення права набувальної давності.

Щодо реалізації механізму встановлення сервітутів на підставі набувальної давності варто також запозичити досвід ЦК Іспанії, де встановлюється момент з якого відраховується строк набувальної давності. Щодо вітчизняної конструкції набувальної давності такими моментами можна визнати для позитивних сервітутів — день, коли власник службової земельної ділянки чи особа, яка користується сервітутом почали користуватись ним на службовій ділянці, а для негативних сервітутів — день, коли власник панівної земельної ділянки заборонив у певний спосіб вчиняти дії, які він міг би законно вчиняти в разу відсутності сервітуту.

Використані джерела:

1. *Рішення Роменського міськрайонного суду Сумської області від 29 вересня 2008 р. № 2-403 // [Електронний ресурс]/ – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/pls/apex/f?p=204:2:1612105075807496::no::p2_dc_id,p2_dc_hash:10003147316%2c1eefb796c675847ccd6412facff7de25&cs=1fb5f049d81172ab8761bcc93637e6fa4.*

А. В. Найко
студентка юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВОРУ ФРАНЧАЙЗИНГУ

На даний час договір франчайзингу отримав поширення більше ніж в 80 країнах світу і є перевіреним методом ведення бізнесу, який з успіхом застосовується в багатьох галузях промисловості. Причиною зростаючої популярності франчайзингу є низка переваг, що дозволяють знизити операційні витрати та підвищити ефективність виробничої діяльності, що особливо важливо для України в сучасних умовах. Однак франчайзингові відносини в Україні є відносно новими, і на даний час обсяг та якість їх правового регулювання є недостатніми.

Слід нагадати, що українському законодавству невідомий термін «франчайзинг», еквівалентом йому виступає поняття «комерційна концесія». Зазначимо, що для уникнення додаткових незручностей на етапі пристосування франчайзингу до умов нашого законодавства, доцільним є використання загальновживаних у міжнародній практиці понять у законодавстві про франчайзинг [6, с. 63].

Договір комерційної концесії регулюється Цивільним Кодексом України (главою 76), Господарським кодексом України (главою 36), спеціальним законодавством у сфері захисту прав інтелектуальної власності, конкуренції, прав споживачів та нормами про відповідальність за якість товару. Існує думка, що для зміцнення законодавчої бази у необхідним є прийняття закону «Про франчайзинг». Вважаємо, що договір франчайзингу достатньо регулюється договірним правом, а отже нема потреби в спеціальних законах та регулюючих структурах [5]. Як показує практика, дублювання норм може призвести до ускладнень. Наочним прикладом є норми, що регулюють форму договору комерційної концесії та наслідки її недотримання, що передбачаються одночасно Цивільним (далі – ЦК) та Господарським (далі – ГК) кодексами.

ЦК і ГК містять вимогу про обов’язкову письмову форму договору франчайзингу, при цьому ГК додатково вимагає, щоб договір було укладено у вигляді єдиного документа. Українське законодавство не дає визначення поняттю «єдиний документ», але, якщо «єдиний документ» має включати всі

стандарти, описи бізнес-процесів із зобов'язаннями сторін, тощо, на які є прямі посилання у договорі франчайзингу, то виконання зазначеної вимоги є фактично неможливим через свій великий обсяг зазначених документів [7]. Крім того договір може містити комерційну таємницю, і укладення договору єдиним документом та його подальша обов'язкова державна реєстрація є особливо недоречними.

Невизначеність наслідків за недотримання форми договору також виникає через суперечності у нормах кодексів. В той час, як ЦК передбачає нікчемність договору франчайзингу за недотримання письмової форми, ГК передбачає його недійсність. Договір комерційної концесії укладений з порушенням встановленої законом форми відноситься до нікчемних договорів, що є недійсними в силу прямої вказівки закону, а відтак визнання недійсності нікчемного правочину судом не вимагається. Навпаки, в ГК як загальне правило встановлюється необхідність визнання договору недійсним, тобто пред'явлення відповідного позову та його задоволення судом.

Крім зазначених, існує проблема реалізації на практиці положень ЦК, що регулюють процедуру реєстрації договору франчайзингу. Згідно з ЦК реєстрація здійснюється органом, що здійснив державну реєстрацію правовласника, а якщо власник зареєстрований в іншій державі – органом, що здійснив реєстрацію користувача. Нажаль, невнесення до компетенції державних реєстраторів повноваження щодо реєстрації договорів комерційної концесії та відсутність у них відповідних знань теоретично позбавляє підприємців права використовувати цей інститут цивільного права. Цікаво, що судова практика свідчить про те, що, оскільки сторони позбавлені можливості виконати свій обов'язок здійснити реєстрацію, її відсутність не свідчить про неукладеність і, відповідно, недійсність договору [7]. Крім того ЦК містить норму за якою у відносинах з третіми особами сторони мають право посилатися на договір лише з моменту його державної реєстрації. Якщо припустити, що на практиці державна реєстрація не може бути здійснена, то виконувати договір та вирішувати спірні питання, так само як і посилатися на положення договору перед споживачами та судом, є юридично неможливим, а отже сторони незареєстрованого договору фактично позбавляються можливості захистити свої законні права [3].

Вирішенням зазначених проблем може стати Проект Закону про внесення змін до Цивільного та Господарського кодексів України (щодо договорів комерційної концесії), що було зареєстровано 16 травня 2011. Відповідні зміни запропоновано внести в частину 2 статті 1118 ЦК та частину 2 статті 367 ГК. Цим законом має бути прийнято рішення, що обов'язкову реєстрацію договорів здійснюватиме Державна служба інтелектуальної власності, що є більш обізнаною у даній сфері ніж державні реєстратори.

Законодавче забезпечення функціонування франчайзингу сприятиме економічному розвитку країни та залученню інвестицій в Україну. Доцільним є приведення у відповідність норм ЦК та ГК, внесення змін до розділу ЦК, що містить положення про договір комерційної концесії, використання у законодавстві про франчайзинг загальновживаних у міжнародній практиці понять.

Використані джерела:

1. *Цивільний Кодекс України: за станом на 30 вересня 2011 р. / (Офіц. Текст). – К. : Паливода А. В., 2011. – 380 с. – (Кодекси України).*
2. *Господарський Кодекс України: за станом на 19 вересня 2011 р. / (Офіц. Текст). – К. : Паливода А. В., 2011. – 212 с. – (Кодекси України).*
3. *Щербина В. С. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України, – 2008. Електронний ресурс. Режим доступу: http://apelyacia.org.ua.*
5. *Руководство по франшизе. – Женева : ВОИС, 1995. Електронний ресурс. Режим доступу: http://www.frshop.ru.*
6. *Данніков О. Проблеми побудови та функціонування франчайзингових систем в Україні // Маркетинг в Україні / Українська Асоціація Маркетингу. – Київ, 2008. – № 5. – С. 62-69.*
7. *Махинова А., Кулик Д. / / Юридична газета, —Київ, 2011. – №21. Електронний ресурс. Режим доступу: www.kisilandpartners.com/rus/knowledge/articles/924.*

О. Р. Новікова
курсант факультету морського права і менеджменту
Одеської національної морської академії,
Одеса, Україна

ARREST OF SHIPS FLYING FOREIGN FLAG DUE TO CLAIMS ARISING OUT OF LABOUR RELATIONS IN UKRAINE

Ukraine is considered as maritime state. And this status is not given by naval and merchant fleet, which are rather humble, but it is being supported exclusively by Ukrainian sailors. Accordingly to various sources, it is being supplied from 80 to 100 thousand Ukrainian seafarers for work on the vessels flying foreign flags. The popularity of this profession grows each year due to comparatively high wages by Ukrainian standards.

In view of above, the subject of protection of seafarers' labour rights becomes extremely popular. In case of infringement seamen can apply for legal aid to law firms which specialize in maritime and international labour law. There is possibility to settle the differences amicably. In case employer still does not fulfill his liabilities strict measures are available. The aim of the article is to study procedure of arrest and find the ambiguities in law concerning the issue.

Claims arising out of labour relations, claims for compensation due to injury, other impairment of health or death, which are rather often connected with labour relations, are referred to a category of preferred claims [3, p. 16 art. 42]. That means that the vessel may be arrested regarding this maritime claim.

The recent ratification of International Convention Relating to the Arrest of Sea-Going Ships [2] significantly facilitated the procedure of seizure of international ships in Ukraine.

Due to Article 2 of the Convention, the ambiguity in reason of arrest disappeared. «A ship flying the flag of one of the Contracting States may be arrested in

the jurisdiction of any of the Contracting States in respect of any maritime claim, but in respect of no other claim» [1, art. 2]. Joining the Convention leads to the situation when Ukrainian vessels could be arrested in the member countries under the maritime claims only, as well as vessels of the member countries could be arrested under the maritime claims only in the ports of Ukraine.

But still the signing of The Convention does not eliminate the problem of procedural unsettlement of seizure of ships. Accordingly to point 1 art. 14 of the Merchant shipping code of Ukraine, adopted in 1995, the rules of ship arrest stipulated in the Code are applicable only to vessels flying Ukrainian flag. A vessel flying the flag of the other country can be arrested in Ukraine under conditions provided by the Civil Procedure Codes and the Private International Law Act of Ukraine.

Due to art. 151 of the Civil Procedure Code, the court at the request of the parties involved in litigation may take measures to secure the claim. The claim can be secured by the seizure of property or money belonging to the defendant and are not possessed by other entities (p. 1 art 152 of the Civil Procedure Code). On the basis of the procedural legislation of Ukraine, it is impossible to arrest a vessel without placing a lawsuit, even if the claim is maritime and follows the relations of merchant shipping.

Consequently, the concept «security for a claim» replaces «ship arrest». And despite the fact of ratification of the Convention excludes the possibility of arrest of ships not for Maritime Claims, Ukrainian legislation is not ready to regulate proceedings for the seizure of vessels. Inclusion of standards on arrest of ships to the Civil Procedure Code would be logical. However, in respect of existing legislation, the arrest is to be carried out as security for a claim.

Therefore, for the recovery of the labor rights of seaman a suit for remuneration of areas of wages, for compensation of damage caused by the injury to the employee should be filed to Ukrainian court. The art. 76 of Private International Law Act of Ukraine stipulates the grounds for determining jurisdiction of the courts Ukraine. The most likely to be used are following conditions: if the defendant has personal or real estate in Ukraine (in this case, a vessel) [5, p. 2 art. 76]; in case for compensation of damage or injury the plaintiff has residence in Ukraine [5, p. 5 art. 76]; if an act or event which gave rise to an action, took place in Ukraine [5, p. 7 art 76].

The latter is applicable in case the salary was supposed to be transferred to the Ukrainian bank account of the seafarer or his next of kin.

After the litigation is started, the request for security for a claim should be made. This request has to contain reference to art. 151, 152 of the Civil Procedure Code, p. 2 art. 76 of Private International Law Act of Ukraine (condition when the defendant has personal or real estate in Ukraine).

Request is considered by the court dealing with the case, on the very day it is received without notice of the defendant and other entities involved in the case [4, p. 1 art. 153]. So the vessel can be arrested very fast, before it leaves Ukrainian port.

Nevertheless the plaintiff should take into account that the claim can be left without movement due to art. 121 of the Civil Procedure Code. So it should be filed in advance counting the schedule of vessel's staying in port. Such information is widely available in the web (http://www.marinetraffic.com, http://www.equasis.org, http://www.vesseltracker.com etc.).

Accordingly to art. 154 of Civil Procedure Code measures to secure the claim may be waived by the court considering the case. So, due to Civil legislation the vessel can be released on any justifiable reason. However, pursuant the norms of the Merchant shipping code, arrested vessel is released, if the security of maritime claim acceptable in form and sufficient in amount is posted [3, art. 44]. Of course, reiterative seizure is allowed [3, art. 45]. But vessel can leave the port while the bureaucratic procedure repeats.

In view of above, the ratification of The International Convention Relating to the Arrest of Sea-Going Ships excluded ship arrest by non-maritime claims, but Ukrainian Procedural Legislation runs counter to Substantive Law. This creates additional bureaucracy and time wasting, and, as result, loss of money by the seafarers who are entitled to receive their fair wages or compensation. To avoid such situation, legislation concerning seizure of foreign vessels needs to be improved by inclusion of special procedural rules of ship arrest to Civil Procedural Code of Ukraine.

Використані джерела:

1. *Міжнародна конвенція з уніфікації деяких правил щодо накладення арешту на морські судна (1952 р.)/ [Електронний ресурс – Режим доступу до документу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_g89 – Загл. з екрану. – мов укр.*
2. *Закон України Про приєднання України до Міжнародної конвенції з уніфікації деяких правил щодо накладення арешту на морські судна/ [Електронний ресурс – Режим доступу до документу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=3702-17 – Загл. з екрану. – мов укр.*
3. *Кодекс торговельного мореплавства України/ Відомості Верховної Ради України. –1995. – №№ 47, 48, 49, 50, 51, 52, ст.349*
4. *Цивільний процесуальний кодекс України/ Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 40-41, 42, ст.492.*
5. *Закон України Про міжнародне приватне право/ Відомості Верховної Ради України. – 2005. – N 32, ст.422.*

Ю. В. Носік

кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ПРАВО АВТОРА НАУКОВОГО ВІДКРИТТЯ

Наукове відкриття є знанням, яке становить особливу цінність для усього людства та для поступу науково-технічного прогресу. Закріплення в законі монополії чи виключного права на використання такого знання суперечило б суспільним інтересам. Тому правовий інститут охорони наукових відкриттів не передбачає встановлення ні виключних прав, ні фактичної чи юридичної монополії на використання знань, що становлять зміст наукового відкриття.

Наукове відкриття з моменту його створення стає суспільним надбанням. Будь-хто без дозволу особи, яка здійснила відкриття, і без виплати винагороди має право використовувати знання, отримані у зв'язку з науковим відкриттям, у власній науково-дослідній, виробничій, творчій чи іншій діяльності. Такий стан речей кардинально відрізняє правовий режим наукових відкриттів від інших об'єктів права інтелектуальної власності, щодо яких законом передбачається встановлення юридичної та/або фактичної монополії. Це є один з тих виняткових випадків, які маються на увазі у положенні частини 2 ст. 54 Конституції України, відповідно до якого ніхто не може використовувати або поширювати результати інтелектуальної діяльності особи без її згоди, за винятками, встановленими законом.

Суб'єктивні права автора, які має на увазі інститут права інтелектуальної власності на наукове відкриття, головним чином спрямовані на вияв державного визнання досягнень особи, на її моральне стимулювання та суспільне заохочення. Автор наукового відкриття відповідно до ч. 1 ст. 458 ЦК України має лише одну юридичну можливість – це право надати науковому відкриттю, яке він зробив, своє ім'я або спеціальну назву. Це право надати авторську назву тісно пов'язане з правом авторства, сформульованим у загальних положеннях про право інтелектуальної власності (Глава 35 ЦК України) як право на визнання людини творцем (автором, виконавцем, винахідником тощо) об'єкта права інтелектуальної власності (п. 1 ч. 1 ст. 423 ЦК України). Право автора надати науковому відкриттю своє ім'я перебуває у системному зв'язку також з іншим особистим немайновим правом фізичної особи – правом на використання імені. Як зазначено у ч. 1 ст. 296 ЦК України, фізична особа має право використовувати своє ім'я у всіх сферах своєї діяльності.

Здійснення суб'єктивного права на відкриття є добровільним і залежить від волі автора – в цьому виражається диспозитивний метод цивільно-правового регулювання. Відповідно, не виключається ситуація, коли науковому відкриттю не буде присвоєно ім'я автора або автор не надасть спеціальну назву такому відкриттю. Тим не менше, при згадуванні чи використанні цього відкриття інші особи вправі зазначати, ким саме воно було зроблено, кому належить авторство. Такий вияв наукової етики узгоджуватиметься з легальними засадами. Відповідно до ч. 3 ст. 296 ЦК України використання імені фізичної особи з метою висвітлення її діяльності або діяльності організації, в якій вона працює чи навчається, що ґрунтується на відповідних документах (звіти, стенограми, протоколи, аудіо-, відеозаписи, архівні матеріали тощо), допускається без її згоди.

Право автора надати назву зробленому ним науковому відкриттю є абсолютним особистим немайновим правом, яке може належати виключно авторові наукового відкриття, не може відчужуватись або переходити у спадщину.

Особисте немайнове право автора надати назву науковому відкриттю, яке закріплене у ч. 1 ст. 458 ЦК України, не має економічного змісту і будь-якого матеріального зиску для автора не передбачає. Жодних майнових суб'єктивних прав для авторів наукових відкриттів ЦК України не закріплює.

Разом з тим, слід зазначити, що системи правової охорони наукових відкриттів можуть передбачати певне матеріальне винагородження авторів наукових відкриттів. Так, у СРСР авторам зареєстрованих наукових відкриттів держава могла виплачувати винагороду в розмірі до п'яти тисяч карбованців. Подібні виплати ніяким чином не пов'язуються з використанням наукового відкриття, а слугують лише виявом державного визнання та заохочення автора, який результатами своєї науково-дослідної діяльності підвищує авторитет вітчизняної науки у світі. Відомі також інші пропозиції щодо забезпечення матеріального винагородження авторів наукових відкриттів. Наприклад, пропонується закріпити за автором наукового відкриття певну частку в майнових правах інтелектуальної власності на кожен винахід, який буде створено з використанням даних такого наукового відкриття.

Суб'єктом права на наукове відкриття, передбаченого ч. 1 ст. 458 ЦК України, є автор. Автором наукового відкриття може бути лише фізична особа. Юридична особа або інший учасник цивільних відносин, крім фізичних осіб, автором наукового відкриття вважатись не може. ЦК України не містить будь-яких обмежень для фізичних осіб у питаннях набуття і здійснення права на наукове відкриття за ознаками громадянства, віку, обсягу цивільної дієздатності тощо. Проте у світовій практиці відомі випадки, коли іноземні громадяни визнаються однією державою суб'єктами права на наукове відкриття лише в тому випадку, якщо громадяни цієї першої держави визнаються такими суб'єктами у відповідній другій іноземній державі. Застосування принципу взаємності у цій сфері вбачається обґрунтованим з огляду на те, що, як уже зазначалось, не всі країни світу розглядають наукові відкриття об'єктами права інтелектуальної власності у себе і забезпечують відповідну правову охорону.

Питання про права на наукове відкриття, здійснене у співавторстві, вирішується за загальними правилами про співавторство. Те ж стосується і службових відкриттів. При цьому слід мати на увазі, що єдине поки-що право автора наукового відкриття на присвоєння йому свого імені або авторської назви, є особистим немайновим правом. Таке право роботодавцеві автора відкриття належати не може, якщо інше не буде встановлено законом (ч. 4 ст. 423 ЦК України).

Юридичною формою закріплення прав інтелектуальної власності на наукове відкриття є диплом. Диплом про наукове відкриття є правопосвідчувальним, а не правовстановлюючим документом, адже права інтелектуальної власності на наукове відкриття виникають не з моменту видачі диплому, а з часу, відколи про наукове відкриття було заявлено або від коли суть відкриття була донесена до відома третіх осіб.

У ч. 2 ст. 458 ЦК України встановлено, що право інтелектуальної власності на наукове відкриття охороняється у порядку, встановленому законом. Таким чином, норма частини 2 ст. 458 є бланкетною і відсилає до іншого нормативно-правового акта. Така модель регулювання відносин щодо наукового відкриття вкладається в концепцію ЦК України, яка виходить з того, що в основному кодифікованому акті цивільного права України мають закріплюватись лише основні положення того чи іншого інституту права інтелектуальної власності. Тоді як детальна правова регламентація суспільних

відносин у відповідній сфері має здійснюватись за допомогою окремого спеціального правового акту. Цим пояснюється існування в Україні спеціальних законів, присвячених окремим об'єктам права інтелектуальної власності, як то: об'єктам авторського права і суміжних прав, винаходам, корисним моделям, торгівельним маркам тощо.

Однак на сьогодні в Україні спеціального закону, яким би регулювались відносини, що складаються з приводу наукових відкриттів, не прийнято. Відповідно, і порядок видачі дипломів про наукове відкриття, і порядок охорони кореспондуючих прав інтелектуальної власності залишаються невизначеними. Відтак, вимагати видачі дипломів чи забезпечення охорони наукових відкриттів від тих чи інших органів державної влади чи місцевого самоврядування неможливо в силу приписів частини 2 ст. 19 Конституції України, відповідно до якої 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. Оскільки режим роботи таких органів і посадових осіб по відношенню до забезпечення охорони наукових відкриттів законом не визначений, то й відповідних зобов'язань у цій сфері зазначені органи та особи не несуть.

Проте ситуація із законодавчим регулюванням відносин, які складаються з приводу наукових відкриттів, була б висвітлена неповно, якби не був згаданий зареєстрований у Верховній Раді України V скликання проект закону «Про охорону прав на наукові відкриття» (реєстраційний № 0926 від 25.05.2006 р.). Цей законопроект спрямований на визначення порядку надання правової охорони науковим відкриттям та забезпечення охорони особистих немайнових і майнових прав авторів наукових відкриттів. Проект закону має свої як позитивні, так і негативні моменти, і оцінити перспективність його прийняття, принаймні в існуючій редакції, практично неможливо.

В. І. Озель
аспірант Київського університету права НАН України,
Київ, Україна

ЗАРУЧИНИ В УКРАЇНСЬКОМУ СІМЕЙНОМУ ПРАВІ В X – XIX ст.ст. (ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ)

Заручини – це традиційний звичаєво-правовий обряд, що відзначається домовленістю про укладення шлюбу. Сімейний кодекс України до змін 2006 р. містив статтю 31, що мала назву «Заручини» та називала осіб,що виявили намір укласти шлюб – заручилися, нареченими [8]. Після змін 22.12.2006 р. Сімейний кодекс був позбавлений терміну «заручини», залишилися лише негативні наслідки у разі відмови від укладення шлюбу, що відзначаються, з історико-правового погляду, не новелою українського сімейного права, а відтворенням у сучасності давніх традицій укладення передшлюбних угод.

Вивчення історичного досвіду правового регулювання заручин на сьогодні є актуальним з позиції усвідомлення юридичної цінності цього інституту сімейного права. Дослідженню заручин присвячено досить багато робіт, але найбільшу цінність у вивчення цього інституту для нас являють праці вчених XIX ст. М.Ф. Владимирського-Буданова та О. Левицького. На сучасному етапі заручини здебільшого вивчаються істориками та етнографами, серед яких можна відмітити роботи О. Івановської, М. Гримич, С. Макарчука.

Обряд заручин, коріння якого сягають дохристиянських часів, із введенням на Русі християнської релігії набув ще й значення юридичного акту. За давньоруським звичаєвим правом змовини, що закріплювалися обрядом заручин, були договором, яким визначалася суто майнова сторона майбутнього шлюбу: з боку батьків нареченої – посаг (придане), з боку нареченого – віно. Недотримання цього договору тягнуло за собою сплату пені («заряд») [2, 407]. Заручини відбувалися підчас трапези у батьків нареченої. Їли пиріг-коравай, кашу та сир. Розрізання сиру означало, що заручини відбулися. У попередній домовленості про шлюб сторони визначали розмір приданого, день весілля тощо.

Візантійському праву була відома процедура заручин (spousalia), що передувала укладенню самого шлюбу, і являла собою угоду про укладення шлюбу у майбутньому. Еклогою було встановлено, що забезпеченням такого зобов'язання виступав завдаток. У разі невиконання зобов'язання, якщо це сталося з вини особи, що внесла завдаток, вона втрачала його, якщо це сталося з вини іншої сторони – вона була зобов'язана сплатити суму подвійного розміру завдатку. Таким чином візантійське законодавство, на думку В.В. Момотова, надавало слов'янській процедурі укладення шлюбу раціональної природи у формі договору, створювало юридичну конструкцію, що мала свої засоби забезпечення [5, 164]. Але О.С. Павлов, окрім позитивних моментів рецепції візантійського права у вигляді договірних засад передшлюбного зговору, вбачає також і негативний бік цього питання. Так, він вважає, що умова стосовно внесення завдатку, як способу забезпечення зобов'язання щодо майбутнього шлюбу, дуже часто породжувала вимушене укладення шлюбу, щоб уникнути сплати пені [6, 261]. Церква взяла у своє відомство регулювання таких питань, як порушення попередньої домовленості про майбутній шлюб, так званих «змовин», «зговору» (рос. «брачный сговор», «ряд»): «Про девку сыр краявши, за сором ей 3 гривны, а что потеряно, тое заплати, а митрополиту 6 гривен, а князь казнить» (ст. 35 Статуту Ярослава) [9, 39]. На нашу думку, згадана у Статуті князя Ярослава попередня домовленість про шлюб – це пряме свідчення впливу давніх звичаєвих шлюбних традицій на перші норми сімейного права. Змовини передували заручинам. Тобто можна засвідчити, що заручини не були цілковито наслідком рецепції візантійського права.

Вже з кінця XIII столітті заручини почали оформлюватися шляхом складання родичами наречених або сватами шлюбного договору («рядна грамота», «рядний запис»). Важлива роль у Литовську добу відводилася передшлюбним домовленостям між батьками молодих, що традиційно називалися «змовини». Змовини носили характер договору, який оформлювався відповідним чином і називався «передшлюбною інтерцизою» або «листом

змовним», а також заносився до актової книги [4, 6]. Такий порядок змовин і заручин, включаючи звичай «змовин малолітніх», коли батьки укладали формальний договір про майбутній шлюб своїх дітей до досягнення ними шлюбного віку, був поширений в Україні до кінця XVI ст. [1, 15-16]. У XVIII ст. ці питання вирішувалися дещо інакше. Заклади і штрафи за відмову від укладення шлюбу заборонялися (п. 1, арт. 3 гл. X Кодексу 1743 р. «Права, за якими судиться малоросійський народ»). Але ця заборона не поширювалася на передшлюбні дарунки, що називалися «завдатком між нареченою та наречним», та підлягали поверненню у подвійному розмірі стороною, що порушила домовленість (п. 2 арт. 3) [9, 205-206].

У XIX столітті вже існувала практика окрім відшкодування відшкодування і моральних збитків, так звана «плата за безчестя» або «штраф за сором». У Полтавській губернії, на Поліссі існувала практика, що у випадку, якщо від шлюбу відмовляються не пізніше, ніж через день після сватання, то позов за збитки і безчестя волосним судом не приймалися, а у деяких місцевостях України після заручин молоді вже не мали права відмовитися від весілля [4, 347-348]. Таким чином, заручини – це дуже важливий в юридичному значенні акт. Сьогодні, на нашу думку, заручини могли б відігравати вагому роль у перед шлюбних домовленостях наречених. Їхній характер зобов'язання спрямований на стимулювання зваженості рішення про одруження, покликаний створити міцну традиційну сім'ю. Тому, ми вважаємо не доцільним було рішення законодавця виключити з норм Сімейного кодексу поняття «заручини», залишивши лише негативну сторону відмови від шлюбу.

Використані джерела:

1. *Архив Юго-западной России, издаваемый временной комиссией для разбора древних актов. // Часть восьмая. Том III. Акты о брачном праве и семейном быте в Юго-западной Руси в XVI – XVII вв. – Киев, Типография Г. Т. Корчак-Новицкого, 1909.*
2. *Владимирский-Буданов М. Ф. Обзор истории русского права. – Ростов-на-Дону : Феникс, 1995. – 640 с.*
3. *Гримич М.В. Звичаєве цивільне право українців XIX–поч.XX ст. – К.: Арістей, 2006. – 560 с.*
4. *Левицкий О. Обычныя формы заключения браков в Южной Руси в XVI – XVII ст. // Киевская старина. Том 68. – Январь, 1900. – с. 1-15.*
5. *Момотов В.В. Формирование русского средневекового права в IX – XIV вв.: Моногафия – М., ИКД «Зерцало-М», 2003. – 416 с.*
6. *Павлов А. С. Курс церковного права. – СПб.: Издательство »Лань», 2002. – 384 с.*
7. *Пушкарёва Н.Л. Женщины в Древней Руси. – М., Мысль, 1989. – 286 с.*
8. *Сімейний кодекс України від 10.01.2002 року № 2947-III [http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2947-14]*
9. *Хрестоматія з історії держави і права України: Навч. посіб. / упоряд. А.С. Чайковський (кер.), О.Л. Копиленко, В.М. Кривоніс, В.В. Свистунов, Г.І. Трофанчук. – К.: Юрінком Інтер, 2003 – 656 с.*

О. В. Олійник
студент магістратури юридичного факультету
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ДО ПИТАННЯ ПРО ПОНЯТТЯ ПРИНЦИПІВ СІМЕЙНОГО ПРАВА

З давніх-давен принципи були основою правової системи, підґрунтям всіх явищ та процесів, що входять до неї. Принципи у найзагальнішому вигляді виражають сутність відносин, які регулюються тією чи іншою галуззю права, сприяють правильному тлумаченню та застосуванню правових норм.

Поняття наукової категорії принципів є надзвичайно актуальною проблемою у сучасній юридичній науці. У вітчизняній та зарубіжній науковій літературі немає єдиного підходу до визначення дефініції принципів. Загальна теорія права також не дає однозначної відповіді на це запитання. Не виключенням є і сімейне право, де серед різноманіття думок вчених не можливо однозначно визначити поняття принципу сімейного права. Саме тому необхідно дослідити існуючі підходи та погляди на цю проблему та сформулювати власне поняття принципів сімейного права, адже сімейне законодавство України не містить їх нормативно закріплене визначення.

У теорії права традиційно використовується етимологічне значення слова «принцип» (від лат. principium – первісне, визначальне, те, від чого походить усе інше) – засада, основа, керівна ідея, вихідне положення будь-якого явища (учення, організації, діяльності тощо) [6, с. 75]. Іншими словами, при характеристиці принципу зазвичай звертається увага на те, що він, по-перше, являє собою ідею, положення, вимогу і, по-друге, він є не простим положенням (ідеєю, вимогою), а основним, основоположним, засадничим, фундаментальним, вихідним, загальним, керівним, відправним, провідним, чільним [7, с. 10].

Найбільш часто поняття принципу використовується в значенні основного вихідного положення якої-небудь теорії, вчення, науки, світогляду [3, с. 960]. Аристотель розуміє принцип в об’єктивному сенсі як першу величину: виходячи з чого щось існує або буде існувати. М.Г. Александров розглядав принципи як «положення, які виражають загальну спрямованість і найбільш істотні риси змісту соціалістичного правового регулювання суспільних відносин» [1, с. 17]. Через категорію «ідея» принципи права визначали багато вчених. Як «категорію правосвідомості», «результат певного узагальнення, наукової абстракції», «керівну ідею правового регулювання» розглядали принципи Р.З. Лівшиць та В.І. Нікітінський. При цьому робилася застереження про те, що принципи права – це не тільки ідеї. Самі по собі ідеї, самі по собі правосвідомість не носять і не можуть носити нормативно-регулятивного характеру. Право ж за самою своєю природою має таку властивість. Тому принципи права є тільки ті ідеї, які втілилися в правових нормах [5, с. 31].

Інша група вчених поняття «принцип» визначає одночасно через категорії «ідея» і «початок». Зокрема, «вихідними наскрізними ідеями, началами, виражають головне і вирішальне у змісті права» називав принципи права С.С. Алексєєв. При цьому акцентується увага на те, що принципи права, існуючи

насамперед у юридичних нормах, властиві всієї правової матерії, всьому механізму правового регулювання. Вони виявляються і в юридичній практиці, і в правозастосовних актах [2, с. 105]. На думку С.І. Кожевнікова і А.П. Кузнєцова, принципи права – це основні ідеї, начала, які виражають його сутність, призначення в суспільстві, на базі яких воно виникає, розвивається і функціонує [4, с. 64]. Л.С. Явіч іменував принципами «такі початки, відправні ідеї його буття, які виражають найважливіші закономірності та підвалини даної суспільно-економічної формації, є однопорядкові за сутністю права і становлять його головний зміст, мають універсальністю, вищою імперативністю і загальнообов'язковістю; відповідають об'єктивній необхідності зміцнення пануючого способу виробництва [8, с. 11]. При цьому вчений вважав, що «юридичний (правовий) принцип лише термінологічно може уточнюватися в залежності від того, яка область його буття і який його характер» [8, с. 10].

Принципи сімейного права є основою, на якій побудовані шлюбно-сімейні відносини, вони слугують орієнтиром для розвитку галузі сімейного права, закріплюють визнані на міжнародному рівні загальносімейні цінності, сприяють правильному застосуванню сімейно-правових норм при вирішенні конкретних спорів. Варто сказати, що поняття принципів сімейного права визначається на основі того, що принципи, по-перше, володіють нормативним вираженням (тобто зафіксовані у відповідних сімейно-правових нормах), а, по-друге, вони визначають та формують політику держави щодо охорони сім'ї, дитинства, материнства та батьківства. Чинний Сімейний кодекс України не містить поняття та чіткий перелік принципів сімейного права, але у ст. 7 зафіксовані загальні засади регулювання сімейних відносин. Крім цього варто додати, що деякі принципи сімейного права необхідно виокремлювати шляхом аналізу окремих норм Сімейного кодексу України (таким чином виділяються принципи основних інститутів сімейного права). Необхідно також вказати і на те, що в сімейних правовідносинах мають значення і загальноправові принципи (принципи права, принципи публічного права, принципи приватного права). Сутність принципів сімейного права виражається через категорію правосуб'єктності суб'єктів сімейних правовідносин, суб'єктний склад сімейних правовідносин, юридичні факти, що мають значення в сімейному праві.

На основі проведеного нами аналізу теоретичних підходів до визначення поняття принципу ми можемо сформулювати власну дефініцію принципів сімейного права як керівних, вихідних положень на основі яких побудована галузь сімейного права, що виражають найзагальніші закономірності регулювання сімейно-правових відносин та характеризують механізм державно-правового захисту суб'єктів сімейних правовідносин.

Використані джерела:

1. *Александров Н.Г. Социалистические принципы советского права / Н.Г. Александров // Совет. государство и право. – 1957. – № 11. – С. 17.*
2. *Алексеев, С.С. Проблемы теории права: курс лекций: в 2 т. / С.С. Алексеев. – Свердловск: Свердл. юрид. ин-т, 1972. – Т. 1: Основные вопросы общей теории социалистического права. – С. 105.*
3. *Большой энциклопедический словарь / [Гл. ред. А.М. Прохоров]. – М.: Большая Рос. энцикл.; СПб.: Норинт, 1997. – С. 960.*

4. *Кожевников С.Н. Общеправовые и отраслевые принципы: сравн. анализ / С.Н. Кожевников, А.П. Кузнецов // Юрист. – 2000. – № 4. – С. 64.*
5. *Лившиц Р.З. Принципы советского трудового права / Р.З. Лившиц, В.И. Никитинский // Совет. государство и право. – 1974. – № 8. – С. 31.*
6. *Общая теория государства и права. Академический курс: В 3-х т. – Изд. 2-е, перераб. и доп. / [Отв. Ред. М.Н. Марченко]. – М.: Зерцало-М, 2001. – Т.2. – С. 75.*
7. *Погребняк С.П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика): Монографія / С.П. Погребняк. – Х.: Право. – С. 24.*
8. *Явич Л.С. Право развитого социалистического общества: сущность и принципы / Л.С. Явич. – М.: Юрид. лит., 1978. – С. 10.*

В. В. Опанасик
студент юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРАВОВІДНОСИН, ЩО ВИНИКАЮТЬ З ДОГОВОРІВ ГРИ ТА ПАРІ

Договори гри та парі завжди були договорами, що переважно позбавлені судового захисту. Це пояснюється тим, що зобов'язання з гри, парі, позбавлене санкції, що обумовлюється прямою вказівкою закону або загальних положень щодо дотримання моральних засад суспільства (зокрема, ч. 4 ст. 3 ЦК України). Дійсно, ніхто із законодавців не підтримував моральних позицій, відповідно до яких азарт, примха, пристрасть могли бути підставами збагачення.

Зобов'язання, пов'язані з ігровим ризиком, мають так званий «натуральний» характер. Він найбільш відповідає правовому режиму недорозвинутих, незавершених зобов'язань. Ці зобов'язання створюються суспільною правосвідомістю та не набули свого визнання правом. Тобто такі зобов'язання є зобов'язаннями совісті і право не примушує боржника до їх виконання. Крім того, захисту позбавлені не лише вимоги, що випливають з таких договорів, а й усі інші, що пов'язані з ними (наприклад, при відсутності у особи грошових коштів чи інших передбачених договором засобів виконання).

В той же час, якщо особа добровільно виконала зобов'язання, то вона не має права вимагати назад передане нею на виконання цього зобов'язання, якщо тільки з боку переможця не було обману, шахрайства, примусу тощо. Це пояснюється тим, що закон по замовчування охороняє виконання натурального зобов'язання як різновид моральних норм суспільства. Оскільки неправильно було би як заборонити особі сплатити певні кошти, які вона сама визнає як свій моральний борг, «борг честі», так і отримати блага, право на які особа набула справедливим шляхом.

Крім того, абсолютно логічно вважати гру та парі обставинами, з яких виникають права та обов'язки сторін. Це пояснюється принципом свободи

договору та диспозитивністю цивільно-правового регулювання. В такому разі постає питання: за аналогією до яких норм врегульовувати такі правовідносини?

Існує думка, про те, що договори гри та парі є різновидами умовних договорів, тобто таких, щодо яких правові наслідки пов'язуються з настанням певної події, а тому застосовувати до них варто положення ст. 212 ЦК України. Та у алеаторних договорах в залежності від настання або ненастання певної обставини сторона стає або переможцем, або переможеним. Тобто сам договір вважається укладеним, сторона просто не знає, який із двох обсягів прав та обов'язків до неї перейде, в той час як за умовним договором юридичні наслідки не обов'язково породжуються, а права та обов'язки чітко та заздалегідь встановлені для кожної зі сторін.

Крім того, окремі вчені припускають можливість участі в грі на погоджених умовах як послугу у випадку їх організації. Тобто на дані правовідносини мають поширюватись положення Закону України «Про захист прав споживачів». Дійсно, положенням цивільного законодавства про надання послуг абсолютно ніяким чином не суперечать умови про внесення певної плати як гарантії рівності учасників та забезпечення виграшу або умови про сплату організатором виграшу переможцю.

Хоча нюансом в даній ситуації є те, що у випадку поширення на такого роду відносини законодавства про захист прав споживачів у повному обсязі, тобто й гарантій захисту порушених прав та інтересів, то дана позиція вступить у суперечність із презумпцією натурального характеру зобов'язань з гри та парі. Тобто таке застосування є припустимим лише щодо тих зобов'язань, які забезпечені судовим захистом.

Хоча світовий досвід широко демонструє надання учасникам, що визнані більш слабкою стороною, судового захисту в прямо визначених випадках. Наприклад у випадку участі в іграх та парі під впливом насильства, зловмисної домовленості чи погрози, у випадках невиплати організаторами виграшів, виплати їх неналежним чином або у випадках заподіяння шкоди внаслідок проведення ігор. Тобто має місце презумпція покладення ризику незабезпечення належних умов організації та проведення гри, парі щодо організаторів.

У стаття ЦК України (230-232) також передбачаються наслідки вчинення правочинів під впливом обману, насилля або зловмисної домовленості. Але у такому разі застосуванню підлягають правові наслідки норм, що регулюють відповідний недійсний правочин, а такі у вітчизняному законодавстві відсутні.

Крім того, укладаючи будь-яким чином договори гри та парі, суб'єкти добровільно погоджуються на наслідки, які можуть з них виникнути, незалежно від їх характеру.

На підставі вищевикладеного пропоную вважати правовідносини, що виникають від укладання договорів азартної гри та парі такими, що не суперечать цивільному законодавству України, мають всі ознаки цивільних правовідносин. Просто їх перебіг спеціально не врегульований нормативно-правовими актами, що значною мірою ускладнює реалізацію прав та виконання обов'язків, що з них виникають.

М. В. Оприско
асистент кафедри цивільного права і процесу
Львівського національного університету імені Івана Франка,
Львів, Україна

ПОНЯТТЯ ТА ПРАВОВА ПРИРОДА ЧАСТКИ В СТАТУТНОМУ КАПІТАЛІ ТОВАРИСТВ З ОБМЕЖЕНОЮ ТА ДОДАТКОВОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ

Проаналізувавши ч. 1 ст. 113 ЦК України та ч. 1 ст. 1 Закону України «Про господарські товариства» можна прийти до висновку, що однією з основних ознак господарського товариства є наявність статутного (складеного) капіталу, який поділений на частки між учасниками. Повинні мати статутний капітал, поділений на частки, і товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю (ч. 1 ст. 140 ЦК України, ч. 1 ст. 50 Закону України «Про господарські товариства»).

Вказуючи на обов'язковий поділ статутного капіталу товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю на частки між учасниками, чинне законодавство не дає визначення самого поняття «частка». Немає єдності думок щодо визначення цього поняття та правової природи частки і в цивілістичній літературі.

Проаналізувавши законодавчі положення стосовно частки учасника товариства з обмеженою відповідальністю можна прийти до висновку, що частка є майном. Так, згідно з ч. 1 ст. 57 ЗУ «Про господарські товариства» звернення стягнення на частину майна товариства з обмеженою відповідальністю, пропорційну частці учасника товариства у статутному капіталі, за його особистими боргами допускається лише в разі недостатності у нього **іншого майна** (виділено авт.) для задоволення вимог кредиторів. У відповідності до ч. 1 ст. 191 ЦК України майном як особливим об'єктом вважаються окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки.

Як бачимо, віднісши частку учасника ТзОВ до категорії майна, законодавець не деталізував, до якого різновиду цієї категорії слід її зараховувати.

Очевидно, що частка учасника ТзОВ є певною частиною статутного капіталу товариства. Відповідно до ч. 1 ст. 144 ЦК України статутний капітал товариства з обмеженою відповідальністю складається з вартості вкладів його учасників. Відповідно до статутного капіталу визначається мінімальний розмір майна товариства, який гарантує інтереси його кредиторів. Розмір статутного капіталу товариства не може бути меншим розміру, встановленого законом.

Ст. 52 ЗУ «Про господарські товариства» взагалі не дає визначення статутного капіталу ТзОВ, а лише встановлює строк для його формування – 1 рік з моменту державної реєстрації товариства.

Таким чином можна прийти до помилкового висновку, що статутний капітал становить собою те майно та грошові кошти, які були внесені як вклади засновників, а частка учасника товариства у статутному капіталі – відповідна частина цього майна. Така думка зустрічається в літературі. Зокрема, В.А. Лапач

вважає, що частка у статутному капіталі є ідеальною квотою (часткою) у праві власності на майно організації [1, с. 491].

Однак, згідно з п. 1 ч. 1 ст. 115 ЦК України господарське товариство є власником майна, переданого йому учасниками товариства у власність як вклад до статутного (складеного) капіталу. Тобто, внісши певне майно як вклад до статутного капіталу учасник втрачає на нього право власності, а натомість набуває інших прав, які називаються корпоративними.

С.В. Томчишен під часткою учасника розуміє майнове право учасника одержувати у встановлених законом та установчими документами товариства випадках частину вартості майна у статутному капіталі та вартості іншого майна товариства пропорційно розміру належної йому частки [2, с. 71].

Р.С. Фатхутдінов під часткою в статутному капіталі ТзОВ розуміє різновид права участі в товаристві, який є суб'єктивним правом на участь в організації діяльності товариства і складається із єдиного і неподільного комплексу правомочностей учасника [3, с. 22]. Якраз ці правомочності і є корпоративними правами.

В.М. Кравчук визначає частку в статутному капіталі товариства як спосіб виміру обсягу (ступеня) участі в господарських товариствах [4, с. 34].

Таким чином, можна прийти до висновку, що акція в акціонерному товаристві, частка в статутному капіталі інших господарських товариств, пай у виробничому кооперативі тощо мають однакову правову природу і становлять собою право особливого роду – право участі у відповідній юридичній особі корпоративного типу.

Право участі у юридичній особі корпоративного типу можна визначити як суб'єктивне право особливого роду, яке визначає можливість правоволодільця брати участь в організації діяльності юридичної особи корпоративного типу і складається із сукупності корпоративних прав.

Зміст права участі становлять корпоративні права учасника. Наповнення цього змісту залежить від організаційно-правової форми юридичної особи – так в товаристві з обмеженою відповідальністю учасник має право на вихід з товариства, натомість таке право відсутнє у акціонера акціонерного товариства.

Формою закріплення права участі в залежності від організаційно-правової форми юридичної особи корпоративного типу може бути акція, частка у статутному капіталі, пай тощо. Право участі є оборотоздатним, може бути об'єктом цивільно-правових договорів.

Тому частку у статутному капіталі ТзОВ можна визначити як право участі у товаристві, яке складається із якісно неподільної сукупності корпоративних прав і у своєму кількісному вираженні визначає ступінь можливої участі в управлінні товариством та здійснення інших правомочностей.

Використані джерела:

1. *Лапач В.А. Система объектов гражданских прав: теория и судебная практика. – СПб. : Юридический центр «Пресс», 2002. – 544 с.*
2. *Томчишен С.В. Відчуження учасником частки у статутному капіталі як підстава припинення в нього та виникнення у її набувача корпоративних прав у товаристві з обмеженою відповідальністю (Аналіз чинного законодавства та*

проблем правозастосування його норм) // Актуальні питання цивільного та господарського права. – 2008. – №3. – с. 65-90.
3. *Фатхутдинов Р.С. Уступка доли в уставном капитале ООО: теория и практика: монография. – М.: Волтерс Клувер, 2009. – 184 с.*
4. *Кравчук В.М. Припинення корпоративних правовідносин в господарських товариствах: Монографія. – Львів: Край, 2009. – 464 с.*

Є. Ю. Отцевич
здобувач кафедри цивільного права та процесу
Донецького національного університету,
Донецьк, Україна

ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ КОЛА СУБ'ЄКТІВ ПРАВА НА КОМЕРЦІЙНЕ (ФІРМОВЕ) НАЙМЕНУВАННЯ

У сучасних умовах активізації підприємницької діяльності та посилення конкурентної боротьби на ринку все більш вагоме значення набуває такий засіб індивідуалізації суб'єктів господарювання як комерційне (фірмове) найменування, головне призначення якого полягає в розрізненні діяльності учасників господарського обороту. Комерційне найменування є найбільш значущим втіленням ділової репутації суб'єкта господарювання, що обумовлює цінність цього ідентифікуючого позначення для будь-якої особи, яка займається підприємницькою діяльністю. В той же час певні недоліки та неузгодженості у вітчизняному законодавстві, присвяченому інституту правової охорони комерційного найменування, свідчать про необхідність удосконалення та підвищення ефективності правового регулювання відносин щодо цього об'єкту інтелектуальної власності. Зокрема, невирішеним є питання визначення суб'єктів права на комерційне (фірмове) найменування та доцільності визнання в якості таких суб'єктів фізичних осіб-підприємців.

У нормах чинного законодавства суб'єктний склад права інтелектуальної власності на комерційне найменування визначено неоднозначно. Так, відповідно до ч. 2 ст. 90 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) комерційне (фірмове) найменування може мати лише юридична особа, що є підприємницьким товариством. Отже, з кола суб'єктів права на комерційне найменування законодавець виключає непідприємницькі товариства та установи. В свою чергу, в ст. 489 ЦК України для визначення володільця комерційного найменування застосовується більш широке поняття «особа». Між тим, судова практика в даному випадку трактує поняття «особа» обмежувально, визнаючи в якості суб'єктів права на комерційне найменування лише осіб, зазначених в ч. 2 ст. 90 ЦК України, тобто лише підприємницькі товариства [1]. На відміну від цивільного законодавства, Господарський кодекс України (далі – ГК України) до суб'єктів права на комерційне найменування включає як суб'єктів господарювання-юридичних осіб, так і громадян-підприємців (ст. 159).

З приводу існування вищезазначеної неузгодженості та непослідовності законодавства щодо визначення кола суб'єктів права на комерційне найменування науковцями висловлюються різноманітні точки зору. Так, на думку С.І. Іщука, у фізичних осіб-підприємців відсутня можливість бути суб'єктом права на комерційне найменування. Автором стверджується, що норма ст. 159 ГК України, за якою фізичних осіб-підприємців віднесено до суб'єктів права на комерційне найменування, не може бути практично реалізована і суперечить загальній концепції комерційного найменування, оскільки використання формули комерційного найменування фізичної особи-підприємця, яка включає прізвище або ім'я особи, нівелює принцип виключності комерційного найменування [2, с. 10]. Аналогічної позиції дотримується І.Г. Кривошеїна, яка зазначає, що необхідності в наданні приватному підприємцю права на використання комерційного найменування немає, оскільки в цивільно-правових відносинах він себе індивідуалізує через своє ім'я. Авторкою обґрунтовується висновок, що фізична особа-підприємець не може мати фірмове найменування, а може мати комерційне позначення, під яким виступає в цивільному обороті, та яке слід розглядати як підвид комерційного найменування [3, с. 6]. Не визнає за фізичною особою-підприємцем права на комерційне найменування і російський вчений А.П. Сергєєв, аргументи якого зводяться до наступних: індивідуалізація фізичної особи-підприємця у цивільному обороті цілком забезпечується тим, що він виступає в ньому під власним ім'ям; традиційну структуру комерційного найменування навряд чи можна застосовувати до найменування приватного підприємця; відсутня реальна небезпека колізії інтересів двох чи більшої кількості індивідуальних підприємців, які діють на одній ділянці ринку [4, с. 526].

Разом з тим існують й протилежні точки зору з досліджуваного питання. Так, О. Тверезенко [5, с. 6] та Ю.О. Кошова [6, с. 164] вважають, що оскільки відповідно до ст. 51 ЦК України до підприємницької діяльності фізичних осіб застосовуються нормативно-правові акти, що регулюють підприємницьку діяльність юридичних осіб, то це не виключає можливості громадян-підприємців мати комерційне найменування. Такої ж думки дотримується Т.М. Шевелева, яка розмежовуючи поняття фірмового та комерційного найменування, приходить до висновку, що поняття «комерційне найменування» за змістом, викладеним у ЦК України та ГК України, ширше ніж правова категорія «фірмове найменування», оскільки суб'єктами права на комерційне найменування можуть бути як юридичні особи, так і фізичні особи-підприємці [7, с. 12]. Прибічником позиції визнання за фізичною особою-підприємцем права на комерційне найменування виступає також адвокат, патентний повірений Н.В. Лемещук, за переконанням якої у всіх країнах, окрім Російської Федерації, фізична особа, яка займається бізнесом, є суб'єктом права на комерційне найменування [8, с. 4].

Враховуючи гостроту наведеної дискусії, більш слушною видається позиція, за якою право на комерційне найменування слід визнавати не тільки за підприємницькими товариствами, але й за індивідуальними підприємцями. Можливість фізичних осіб-підприємців мати комерційне найменування обумовлюється правовою природою комерційного найменування, яке є

своєрідним «псевдонімом» суб'єкта господарювання для індивідуалізації його підприємницької діяльності, яке може як збігатись, так і відрізнятись від найменування юридичної особи або імені фізичної особи-підприємця. Враховуючи наведене, не доцільно встановлювати відмінності у можливостях застосування комерційного найменування будь-якими суб'єктами підприємницької діяльності – чи то юридичними, чи то фізичними особами. Інший підхід призведе до штучного та невиправданого звуження обсягу прав фізичних осіб-підприємців порівняно з юридичними особами. Адже позбавлення індивідуальних підприємців можливості мати комерційні найменування фактично позбавляє їх права використовувати для ідентифікації своєї діяльності виразні та рекламоздатні назви, які б могли привертати увагу споживачів та стати відомими на ринку. Ризик використання для ідентифікації фізичних осіб-підприємців лише їх прізвища та ім'я пов'язаний також з тим, що у межах навіть однієї адміністративно-територіальної одиниці існує багато однофамільців, а тому використання найменування на кшталт «ФО-П Іванов» не лише не індивідуалізує підприємця, але й порушує вимоги закону щодо недопущення введення в оману споживачів. Звертає на себе увагу й законодавчий досвід зарубіжних країн з окресленого питання. Так, у більшості країн романо-германської правової системи за індивідуальним комерсантом визнається право на фірму (мається на увазі фірмове найменування), яке окрім повного прізвища та ім'я особи може містити доповнення з відрізняльними ознаками особи або її діяльності (напр., §18, §30 Німецького торгового уложення від 10.05.1897 р., Розділ 4 Комерційного закону Латвійської республіки від 13.04.2000 р.).

Підсумовуючи вищевикладене, слід виходити з позиції, викладеної в ст. 159 ГК України, відповідно до якої право на комерційне найменування може мати як юридична особа, так і громадянин-підприємець. Щодо ч. 2 ст. 90 ЦК України, не вбачається підстав будь-яким чином уточнювати дану норму, адже виходячи з її назви «Найменування юридичної особи» та предмету правового регулювання, включення в її зміст положень щодо іншого учасника цивільних відносин (фізичної особи-підприємця) є недоречним. Тим не менш, оскільки на практиці виникають випадки, коли суди з посиланням на ч. 2 ст. 90 ЦК України не визнають за фізичними особами-підприємцями право на використання комерційного найменування (напр., рішення Господарського суду Рівненської області від 15.08.2008 р. у справі № 15/76 [9]), видається доцільним окремо закріпити за фізичною особою-підприємцем право на комерційне найменування шляхом внесення відповідних доповнень до ст. 50 ЦК України та ст. 489 ЦК України.

Використані джерела:

1. *Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти інтелектуальної власності: Лист ВГСУ від 14.12.2007 р. № 01-8/974 // Вісник господарського судочинства. – 2008. – № 1. – С. 84-90.*
2. *Іщук С.І. Право інтелектуальної власності на комерційне (фірмове) найменування: Автореф. дис.... канд. юрид. наук: 12.00.03 / С.І. Іщук; НДІ приватного права і підприємництва Академії правових наук України. – К., 2009. – 20 с.*

3. *Кривошеїна І.В. Фірмове найменування: регулювання та правова охорона за законодавством України: Автореф. дис.... канд. юрид. наук: 12.00.03 / І.В. Кривошеїна; Київський національний університет ім. Т. Шевченка. – К., 2007. – 18 с.*
4. *Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации / А.П. Сергеев. – М.: «Теис», 1996. – 704 с.*
5. *Тверезенко О. Проблемні аспекти використання комерційних найменувань / Олена Тверезенко // Правовий тиждень. – 2008. – 13 травня. – № 20(93). – С. 6.*
6. *Кошова Ю.О. Проблемні аспекти використання комерційних найменувань / Ю.О. Кошова // Держава та регіони. – 2009. – № 1. – С. 163-166.*
7. *Шевелева Т. Комерційне найменування – проблеми правової охорони в Україні / Т. Шевелева // Інтелектуальна власність. – 2005. – № 7. – С. 11-16.*
8. *Лемещук Н.В. Охрана прав на коммерческие наименования: проблемные вопросы, сравнительный анализ, перспективы развития // Вісник адвокатури. – 2008. – № 3. – С. 1-6.*
9. *Рішення Господарського суду Рівненської області від 15.08.2008 р. у справі № 15/76 / Єдиний державний реєстр судових рішень. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://reyestr.court.gov.ua/Review/2422529.*

Л. В. Панова
кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ЗАКОНОДАВЧЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РИНКУ ЦІННИХ ПАПЕРІВ В УМОВАХ МОДЕРНІЗАЦІЇ РИНКОВОЇ ЕКОНОМІКИ

Процес формування українського ринку цінних паперів ще не завершився. Можна констатувати, що перші кроки вітчизняного законодавця для ефективного регулювання ринку цінних паперів були зроблені 23 лютого 2006 року, коли Верховна Рада України прийняла Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок» № 3480-IV (*незважаючи на існування раніше Закону України «Про цінні папери і фондову біржу» від 18 червня 1991 р. № 1201- IX, який втратив чинність на підставі Закону від 23 лютого 2006р.*). Норми Закону приведені у відповідність із нормами ЦК України, ГК України, інших законодавчих актів і спрямовані на вдосконалення законодавчого регулювання фондового ринку, яке має бути адаптоване до законодавства Європейського Союзу [1]. Положення Закону значною мірою враховують відповідні положення низки директив Європейського Союзу, у тому числі: Директиви Комісії ЄС № 2006 / 73 / ЄС від 10 серпня 2006 р., прийнятої на виконання Директиви Європейського парламенту та Ради № 2004/ 39/ ЄС від 21 квітня 2004 р., Директиви Європейського парламенту та Ради № 2004 /39/ ЄС від 21 квітня 2004р., Директиви Європейського парламенту та Ради № 2004 /109/ ЄС від 15 грудня 2004р., Першої Директиви Ради № 68/151/ ЄЕС від 9 березня 1968 р.,

Другої Директиви Ради № 77/91/ЄЕС від 13 грудня 1976р., Третьої Директиви Ради № 78 /855/ЄЕС від 9 жовтня 1978р., Шостої директиви Ради 82/891/ЄЕС від 17 грудня 1982р., Сьомої Директиви Ради № 83/349/ЄЕС, Директиви Європейського парламенту і Ради № 2006/43/ЄС від 17 травня 2006р.

Однак, в цілому положення на фінансовому ринку України не є ідеальним. Перед учасниками фінансового ринку постають різноманітні питання, що потребують законодавчого вдосконалення. Паралельно з цим, однією з причин нещодавньої світової кризи були процеси на ринку цінних паперів пов'язаних з використанням деривативів. Саме тому, при формуванні пропозицій по вдосконаленню розвитку фінансового ринку необхідно враховувати: побажання учасників фінансового ринку – існування більшості диспозитивних норм, та конкретні антикризові засоби – існування необхідних імперативних норм. Крім того, система основних цінностей, які захищаються правом, і система основних цілей, пріоритетів і цінностей державної діяльності не можуть розмежовуватися кардинально. В протилежному випадку можливі різні дисфункції, кризові явища, колізійні прояви та конфлікти.

Аналіз економічної складової фінансового ринку характеризується незначною капіталізацією фондового ринку, як складової фінансового ринку. Однією з причин такого стану на фінансовому ринку є відсутність нових компаній-емітентів на ринку цінних паперів. Другою причиною є високий ступінь концентрації капіталізації у незначної кількості емітентів. [2; 3]

Необхідно звернути увагу на небезпечну тенденцію, що складається на фондовому ринку – так звану еміграцію національних емітентів. Разом з тим наша країна залишається непривабливою для іноземних інвесторів, чия інвестиційна стратегія має довгостроковий характер [4, С. 459-464].

Істотним недоліком українського фінансового ринку можна вважати і невелику кількість працюючих на ньому вітчизняних інвесторів. Про це свідчить скорочення числа учасників українського фондового ринку (брокерів, дилерів, управляючих). При цьому вони покидають бізнес за власною ініціативою. Можливо ця тенденція пов'язана із регулятивним навантаженням з боку державних органів, що постійно зростає, а рентабельність бізнесу на ринку цінних паперів в Україні залишається невеликою.

Загальновідомим показником для оцінки ролі інститутів спільних інвестицій є вартість чистих активів відкритих та інтервальних пайових інвестиційних фондів. Незважаючи на прийняття Закону України «Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)» від 15 березня 2001р. № 2299 – III вказаний світовий показник залишається невеликим, що свідчить про недостатність зусиль по залученню колективних інвестицій в Україні. Стосовно іншого вектору інститутів інвестування, які в європейських країнах складають фундамент інвестиційної бази – недержавних пенсійних фондів (НПФ), то в Україні для формування системи недержавних пенсійних фондів зроблені тільки перші кроки. Існування Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення» від 9 липня 2003 р. № 1057–IV та не розповсюдженість такого інституту для залучення коштів в реальному житті, свідчить про існування «мертвої» норми Закону. Аналіз вказаного нормативного акту, також

наводить на думку про необхідність кардинального перегляду правової природу даного інституту.

Для українського фондового ринку характерно обмежене коло фінансових інструментів при одночасній високий концентрації базових активів. На нашу думку, таке стало можливим через високу конкретизацію законодавства яке регламентує відносини в сфері фінансового ринку. Конкретизація законодавства іноді сприяє обмеженому та не зовсім обґрунтованому тлумаченню: по-перше, понятійного апарату, що використовується, а по-друге, норм, які застосовуються, у випадках проведення транснаціональних правочинів з цінними паперами. У зв'язку з вищезазначеним актуальними стають питання, що пов'язані із застосуванням в національних умовах інститутів та норм різних правових систем (англосаксонської і континентальної) при регулюванні таких правочинів з фінансовими інструментами, а також при розгляді спорів у судах. Необхідно також визначитися з можливістю застосовувати правила ділового обороту або визнанні міжнародні принципи до регулювання відносин на фондовому ринку. Однією з важливих умов удосконалення правового забезпечення фінансового ринку є розуміння того, наскільки впливають звичаї та правила ділового обороту на його учасників та наскільки широко їх можна застосовувати для регулювання фінансових відносин з урахуванням національного та світового досвіду розвитку ринку цінних паперів. З точки зору сьогодення важко надати історичну оцінку часу в якому ми живемо. Однак, ринкова парадигма суспільного розвитку була б неможливою без повноцінного функціонування такого феномену, яким є фондовий ринок. Довготривале ігнорування принципів, правил, норм, юридичних механізмів фондового ринку, які вже були апробовані, а також відсутність надійної системи обліку прав на цінні папери та виконання зобов'язань на ринку цінних паперів підтверджують те, що фондовий ринок і до цього часу не є носієм чітких норм і правил. Таким чином можна констатувати, що спеціалісти які професійно займаються економікою, фінансами та правом, а також наукові співробітники вже досягли порозуміння щодо поняття фондового ринку, як важливого елементу ринкових відносин, фактору нарощування інвестиційних можливостей економічних систем і, таким чином, стабілізації і розвитку суспільного виробництва, однак деталі, проблемні питання з якими стикаються суб'єкти вказаних правовідносин, з яких і складається безпосередньо життя, потребують уваги з боку правників. Закінчити свій виступ хотілося цитатою Л. Кучми: «… Сьогодні в економічних реформах сучасний світ бачить ключ до вирішення проблем сучасного розвитку в цілому. Все це більше розуміє суспільність багатьох країн….. Останні події у світі – свідоцтво тому» [5; С. 13].

Використані джерела:

1. *Вовк Т., Друзенко Г., Зугравий Г., Качка Т., Коноваленко І., Парапан М., Перестюк Н. Регулювання сфери фінансиових послуг у праві європейського союзу та перспективи адаптації законодавства України // наукове-практичне видання / За наук. ред. к.ю.н. С. Шевчука. – Харків: Консум, 2002. – 912 с.;*
2. *Цінні папери : підручник / В.Д. Базилевич, В. М. Шелудько, Н.В. Ковтун та ін. ; за ред. В. Д. Базилевича. – К. : Знання, 2011. – 1094 с. ;*

3. *Познер Р. А. Экономический анализ права : В 2-х т. / Пер. с англ. Под ред. В.Л. Тамбовцева. СПб. : Экономическая школа, – 2004, – 921с.*
4. *Мороз С.П. Инвестиционное законодательство стран СНГ (сравнительный аналіз) // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку. Зб. статей / За ред. Ю.С. Шемшученка, Л. В. Губерського, І.С. Гриценка; упор. О.В. Кресін. – К. : Логос, 2009. – 712с. ;*
5. *Кучма Л.Д. Сломанное десятилетие : пер. с укр. / Леонид Кучма. – Изд. 2-е доп. – К. : Еженедельник «2000» : Довіра, 2011. – 567 с. : ил.*

О. Ю. Панькова
студентка магістратури юридичного факультету
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ ПОРЯДОК РОЗІРВАННЯ ШЛЮБУ ЗА ВЗАЄМНОЮ ЗГОДОЮ ПОДРУЖЖЯ, ЯКЕ МАЄ ДІТЕЙ

Питання охорони сім'ї завжди посідало чи не найперше місце серед завдань, які вирішує держава. Сім'я є первинним та основним осередком суспільства (ч. 1 ст. 3 СК України). Держава охороняє сім'ю, дитинство, материнство, батьківство, створює умови для зміцнення сім'ї (ч. 1 ст. 5 СК України). Держава забезпечує пріоритет сімейного виховання дитини (ч. 3 ст. 5 СК України). Турбота про свою дитину, її виховання, розвиток і становлення як особистості є моральним обов'язком батьків. Невипадково наявність дитини вимагає необхідності формального дотримання повної процедури розірвання шлюбу навіть тоді, коли і дружина, і чоловік бажають розлучення. Стаття 109 Сімейного кодексу є законодавчим відображенням нового погляду на цю проблему [5, с. 313] Це правило покликане по можливості захистити інтереси дитини у випадку розірвання шлюбу її батьками.

Питання судового розгляду справ, що виникають з сімейних правовідносин частково висвітлювали у своїх працях такі вітчизняні науковці, як З.В. Ромовська, В.П. Мироненко, С.А. Пилипенко, Ю.С. Червоний, О.В. Калітенко, Г.С. Волосатий, В.І. Труба, Є.О. Харитонов, В.І. Борисова, І.В. Жилінкова, С.Я. Фурса, С.В. Васильєв та ін. Водночас, на сьогодні відсутнє детальне законодавче врегулювання судової процедури розірвання шлюбу за спільною заявою подружжя, яке має дитину (дітей), зокрема досі не вирішено таких проблемних питань, як правова природа договору про участь у вихованні та утриманні дитини, а також договору між подружжям про розмір аліментів. За таких обставин стає надзвичайно актуальною проблема визначення сутності цих договорів, їх ролі та застосування в процесі судового розгляду справ про розірвання шлюбу подружжям за спільною заявою відповідно до статті 109 Сімейного кодексу України.

Так, за правилом ст. ст.. 109 СК ст. 234 ЦПК справи про розірвання шлюбу подружжя, яке має дітей, розглядаються у порядку окремого

провадження, при цьому заявники разом із відповідною заявою повинні подати письмовий договір про те, з ким із них будуть проживати діти, яку участь у забезпеченні умов їхнього життя братиме той з батьків, хто буде проживати окремо, а також про умови здійснення ним права на особисте виховання дітей, а також нотаріально посвідчений договір між подружжям про розмір аліментів на дитину

В контексті досліджуваної проблематики вважаємо за необхідне в першу чергу звернути увагу на договори оформлення яких вимагає законодавець для даної категорії справ, їх правову природу.

По-перше, виникає логічне запитання: чи буде відсутність хоча б одного х цих договорів підставою для відмови у прийнятті заяви чи буде розцінений судом як її недолік і така заява буде повернута для його усунення? З цього приводу в юридичній науці було висловлено думку, що відсутність такого договору може розцінюватися як її недолік, тому суддя має надати строк для усунення такого недоліку, про що постановити відповідну ухвалу [5, с. 313]. З цією точкою зору ми не погоджуємось з наступних підстав.

Якщо подружжя не може надати документального підтвердження узгодження між ними питання про виховання дітей чи оплати аліментів очевидно, що між ними має місце спір про право. На підставі цього відповідно до ч. 6 ст. 235 Цивільного процесуального кодексу України суд повинен залишити заяву без розгляду та роз'яснити заінтересованим особам, що вони мають право подати позов на загальних підставах [5, с. 313], а не залишати заяву без руху. Це на нашу думку свідчить про те, що відповідні договори не можуть бути визнані обов'язковим додатком до заяви до суду про розірвання шлюбу подружжя, яке має дітей, це – радше передумова пред'явлення заяви, без додержання якої звернення до суду в порядку окремого провадження буде неможливим.

В процесі ж відповідні договори будуть виступати доказами, що засвідчуватимуть в першу чергу безспірність вимог подружжя, а також гарантуватимуть врахування інтересів дитини (дітей) при розірванні шлюбу між її батьками.

З огляду на доказову природу вищезгаданих договорів конкретизації потребує питання про форму відповідних правочинів як необхідну умову допустимості їх як засобів доказування у цивільному процесі. Зокрема потребує уточнення питання про те чому законодавець передбачає нотаріально посвідчену форму договору про стягнення аліментів, не визначивши такої для договору про участь у вихованні та утриманні дитини? Чи може договір про участь у вихованні та утриманні дитини бути нотаріально посвідчений, як договір про аліменти. І чи можуть питання участі у вихованні дитини і питання аліментів бути оформлені одним договором?

Ці та інші питання яскраво свідчать про нагальну необхідність вдосконалення та детального правового регулювання як на рівні цивільного процесуального, так і сімейного законодавства порядку розірвання шлюбу за спільною заявою подружжя, яке має дітей.

Для вирішення даної проблеми, вбачається необхідним переш за все врегулювати загальні засади цього виду припинення шлюбу за Сімейним

кодексом України та на рівні цивільного процесуального кодексу слід визначити детальну процедуру розгляду справ про розірвання шлюбу за рішенням суду за спільною заявою подружжя, яке має дітей.

Використані джерела:

1. *Сімейний кодекс України від 16.01.2003р. №436 – IV// ВВРУ. – 2003. -№18. – ст.144.*
2. *Цивільний кодекс України від 10.01.2002р. № 2947 – III // ВВРУ. – 2002. – № 21–22. – Ст. 135.*
3. *Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618 – IV // ВВРУ. – 2004. – № 40-41,42. – Ст. 492.*
4. *Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2 т. / За заг. ред. С.Я. Фурси. – К.: Вид. Фурса С.Я.: КНТ, 2007. – 916 с.*
5. *Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар / За заг. ред. С.Я. Фурси. – К.: Вид. Фурса С.Я.: КНТ, 2008. – 1248 с.*
6. *Утримання дітей батьками після розлучення. Шаповал Л. // Підприємництво, господарство та право. -2009р. № 4. –С. 92-95.*
7. *Ромовська З.В. Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар. / З.В.Ромовська. – К.: Правова єдність, 2009. – 432с.*

Н. Б. Пацурія

кандидат юридичних наук, доцент кафедри господарського права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

АНАЛІЗ НАУКОВИХ КОНЦЕПЦІЙ ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ СУТНОСТІ СТРАХУВАННЯ

Точки зору представників різних теоретичних шкіл, щодо проблематики з'ясування сутності страхування, формують на сьогодні єдину страхову доктрину, яка дає потужний імпульс для необхідного оновлення як юридичної так і економічної страхової науки. Систематизуючи основні існуючі теоретичні концепції щодо визначення сутності страхування, стає зрозумілим, що їх положення зводиться до наступного.

Теорія евентуальної потреби. Засновником вказаної теорії у 1898 році став відомий представник італійської економічної школи У.Гоббі, який вбачав призначення страхування у забезпеченні майбутньої випадкової потреби, що полягає в усуненні наслідків шкоди. Відомий цивіліст В.І. Серебровський розглядав теорію У.Гобі як фундаментальну, і визначав, що метою страхування є задоволення випадкової потреби. Прихильником теорії евентуальної потреби був також видатний німецький економіст А. Манес, який писав «…страхування покликане слугувати задоволенню майнових або грошових випадково виникаючих потреб страхувальників за допомогою взаємних внесків багатьох осіб». [1, 40] Слід вказати, що всі наступні теорії, які з'являлися у страховій

доктрині, певним чином ґрунтували свої наукові позиції на теорії евентуальної потреби. Проте, як вірно визначають сучасні дослідники, теорія потреб не здатна розкрити природу будь-якого правового інституту, тому що відбиває лише наявність певних мотивів одного із учасників правовідносин.

Теорія страхового фонду передбачає необхідність його формування за допомогою внесків невизначеної кількості осіб. До представників теорії страхового фонду страхова доктрина відносить І.І. Степанова, К.Г. Воблого, В.К. Райхера, К.А. Граве, Л.А. Лунца, Ф.В. Коньшіна. Так, зокрема, К.А. Граве та Л.А. Лунц під страхуванням у широкому розумінні вбачали сукупність заходів, щодо створення ресурсів (матеріальних та/або грошових), за рахунок яких провадиться вирівнювання шкоди, відновлення втрат в суспільстві у разі настання стихійних лих або нещасних випадків. На нашу думку теорія страхового фонду, не охоплює всіх відносин, які виникають у суспільстві з приводу страхування, вона залишає без уваги систему зобов'язальних правовідносин, що вникають між страховиками і страхувальниками, як правило, на підставі договору страхування або відповідно до закону.

Теорія відшкодування шкоди полягає у розумінні страхування як способу боротьби з негативними наслідками випадкових небезпек, які спричиняють шкоду. Зрозуміло, що забезпечити шкоду можливо тільки при наявності заздалегідь накопичених для вказаних цілей коштів, проте метою акумулювання таких коштів, на думку представників вказаної теорії, виступає саме боротьба з наслідками страхових випадків. Опоненти прихильників теорії відшкодування шкоди (Г.Ф. Шершеневич) вказували, що вона повністю відповідає цілям страхування майна, поте не є придатною для деяких видів особистого страхування, бо при такому страхуванні у осіб не виникає збитків у їх класичному розумінні.

Теорія страхового ризику полягає у тому, що ризик, який пов'язаний з можливими небезпеками, спонукує страхувальників вступати в страхові відносини. Сучасні дослідники – економісти (С.Осадець, Л.Горбач, Т.Турбіна, І.Корчевський) визначають, що ризикова функція вважається головною функцією у страхуванні. Ризик, як можливість спричинення збитків, обумовлює необхідність формування і функціонування в суспільстві системи страхових правовідносин.

Теорія страхового договору. Представники правової науки, спробували об'єднати всі теоретичні напрямки для вироблення єдиного загального поняття страхування, яке вважали за можливе визначити через правову конструкцію договору. Так, зокрема, Г.Ф. Шершеневич відзначав, що страхування це договір, в силу якого одна сторона – страховик за обумовлену плату зобов'язується відшкодувати іншій стороні – страхувальнику збитки, які може зазнати майно останнього від передбаченого угодою нещастя. Недоліком вказаного наукового напрямку визнають вузьке розуміння страхування, виключно у якості страхового договірного зобов'язання, проте, інший бік страхування у розумінні господарської діяльності – не враховує. [2, 315]

Теорія господарської страхової діяльності. У зазначеному аспекті науковці розглядають страхування як діяльність страхових організацій по компенсації збитку, що виникає у страхувальників при настанні певних обставин

(страхових випадків), передбачених законом або договором, шляхом здійснення виплат із страхового фонду, сформованого із внесків страхувальників. На думку професора Шахова В.В.: «страхова справа являє собою багатофактурну, динамічну систему, яка складається із постійно взаємодіючих частин. Основними складовими страхової справи є: система страхових компаній, державного страхового нагляду, асоціацій страховиків, галузі, підгалузі, види і різновиди страхування». [3, 15] Вказана теорія також має свої недоліки, з огляду на звужене розуміння сутності страхування.

Теорія страхових відносин та/або правовідносин визнається найбільш науково обґрунтованою в страховій доктрині. З юридичної точки зору до найбільш істотних ознак страхування можна віднести ті, які виділив В.І. Серебровский, визначаючи страхування як правовідносини, найбільш характерними ознаками яких, є: їх ризиковий характер і мета. На думку дослідників 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 компенсації завданих збитків за рахунок заздалегідь акумульованих коштів, шляхом формування спеціально створеного страхового фонду особам, які постраждали внаслідок настання страхових випадків. [4, 97]

Слід вказати, що головним недоліком наведених вище визначень і теорій є намагання поєднати під назвою «страхування» різні явища. Сучасні науковці, розуміючи, що проблема визначення науково – обґрунтованого поняття страхової діяльності є актуальною, пропонують законодавчо більш точно сформулювати поняття «страхування» з цивільно-правової точки зору, з господарсько-правових позицій, визначитися із поняттям «фінансової діяльності у сфері страхування», в галузі зовнішньоекономічної діяльності і т.ін.

Використані джерела:

1. *Манэс А. Основы страхового дела (Пер.с нем. М.П.Побединского) / А.Манэс.- С.Пб.:Изд-е М.В.Кечеджи-Шаповалава, 1909.- 173 с.*
2. *Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права / Г. Ф. Шершеневич.-Т.1: Торговые деятели. СПб.: Изд. Бр. Башмачниковых,1908 – 624 с.*
3. *Шахов В.В. Страхование / В.В. Шахов – М.- ЮНИТИ,1997.- 311 с.*
4. *Пацурія Н.Б. Поняття і види страхових правовідносин у сфері господарювання. // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка.-№82.- 2010.-с.94-98.*

Д. А. Петренко
студент Юридичного інституту
Національного авіаційного університету,
Київ, Україна

ЗАТЯГУВАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ – АКТУАЛЬНА ПРОБЛЕМА УКРАЇНСЬКОГО СУДОЧИНСТВА

В останні роки навіть людина, яка не пов'язана з юридичною професією, не могла не чути про проблему так званих процесуальних диверсій в цивільному судочинстві, які уміло використовуються юристами для використання недоліків законодавства на свою користь. Зазвичай, досвідчені юристи під час розгляду справи вдаються не тільки до заходів, прямо передбачених процесуальним законодавством. Іноді корисно скористатися і прогалинами національного законодавства. Як показує практика, проблема навмисного затягування судового процесу окремими його учасниками стала звичайним явищем недосконалості українського судочинства.

Причин для затягування судового розгляду може бути декілька, їх умовно можна поділити на два типи: зумовлені об'єктивними факторами, та пов'язані з волею сторін чи суду.

Об'єктивними факторами затягування судового процесу можуть бути відомі всім факти відсутності суддів у суді. Наприклад, в Дніпропетровському районному суді Дніпропетровської області протягом 2007 – 2008 року з п'яти суддів, посади яких передбачені штатним розкладом, реально працювало двоє. При цьому судові засідання призначались через рік після подання документів до суду. А у разі неявки однієї зі сторін справи у засідання суду справа відкладалась на 10-11 місяців.

Факторами пов'язаними з волею однієї зі сторін справи можуть бути найрізноманітніші засоби та прийоми відомі нам як процесуальні диверсії. Крім того, існують випадки коли затягуванню процесу сприяє воля самого судді, при цьому, жодних видимих причин для цього немає. Просто суддя не має бажання до швидко вирішити спір, і це не задовольняє ні позивача ні відповідача.

У кожному демократичному суспільстві людина має право на ефективне поновлення в правах компетентними національними судами у разі порушення її основних прав, гарантованих конституцією чи законом. Цей принцип закріплено в статті 8 Загальної декларації прав людини. Він також знайшов відображення у конституціях багатьох демократичних держав. Крім того, це закріплено частиною 1 статті 55 Конституції України, в якій зазначено, що права і свободи людини і громадянина захищаються судом. Проте, механізми ефективної реалізації цього права, яке закріплено на конституційному рівні, залишаються недосконалими. Відповідно до статті 157 Цивільного процесуального кодексу України зазначено суд розглядає справи протягом розумного строку, але не більше двох місяців з дня відкриття провадження у справі, а справи про поновлення на роботі, про стягнення аліментів – одного місяця. У виняткових випадках за клопотанням сторони, з урахуванням особливостей розгляду справи,

суд ухвалою може подовжити розгляд справи, але не більш як на п'ятнадцять днів.

Аналогічні строки притаманні і господарському судочинству. Так у ч. 1 ст. 69 Господарського процесуального кодексу України вказує, що спір має бути вирішено господарським судом у строк не більше двох місяців від дня одержання позовної заяви. Для адміністративного та кримінального судочинства національним законодавством також закріплені відповідні строки розгляду справ.

Проте, незважаючи на таку чітку регламентацію строків розгляду певних категорій справ у національному законодавстві, на практиці спостерігається інша картина. На жаль, непоодинокими є випадки, коли цивільні справи в судах першої інстанції розглядаються роками, у середньому тривалість розгляду справи становить від 1 до 3 років. Така сама ситуація притаманна і при розгляді господарських, адміністративних і кримінальних справ.

У той же ж час, не менш актуальним в Україні є питанням забезпечення захисту прав учасників процесу від зловживань з боку суду. На цьому питанні наголошував Верховний Суд України в Листі № 1-5/45 від 25.01.2006 р., наводячи численні приклади порушення українськими судами права на судовий розгляд впродовж розумного строку.

Так, у справі «Лещенко і Толюпа проти України», що розглядалася Європейським судом з прав людини, розгляд цивільного позову про відшкодування шкоди розпочався в листопаді 1993 р. і закінчився винесенням ухвали Верховним Судом України 4 грудня 2003 р. Загальна тривалість провадження у справі становила понад 10 років і 1 місяць. Європейський Суд звернув увагу, що основною причиною затягування розгляду було неодноразове відправлення справи на новий розгляд.

Отже, з вище зазначеного можна зробити висновок, що процедура розгляду цивільних справ залишається недосконалою та потребує більш чіткого регулювання задля того, щоб судочинство здійснювалось базуючись саме на основоположних принципах, які зазначені в Конституції України та самому Цивільному процесуальному кодексі, зокрема принцип оперативності. У зв'язку з цим необхідно організувати більш жорсткий контроль як за діяльністю суддів, так і учасників процесу, які намагаються затягнути справу сподіваючись на те, що позивачу або відповідачу набридне оббивати пороги суду та чекати вирішення свого питання. Хоча, слід зазначати, що проблема криється не в самому законодавстві, а в правовій свідомості юристів. Тому для виправлення та зміни системи судочинства загалом, та процедури розгляду цивільних справ, зокрема необхідно змінити ставлення учасників цивільного процесу до реалізації своїх прав та обов'язків з метою уникнення випадків використання прогалин в законодавстві для задоволення власних інтересів.

С. М. Петрова
здобувач кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПРАВОВИЙ СТАТУС НОТАРІУСА У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМИ

Сучасний етап правової реформи в Україні характеризується прагненням побудувати правову державу та створити якісно нове суспільство, в якому мають забезпечуватися пріоритети загальнолюдських цінностей. Однією з основний позасудових форм захисту прав та законних інтересів фізичних, юридичних осіб та держави є в Україні нотаріат.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про нотаріат» [1] 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 цим законом, з метою надання їм юридичної вірогідності. Відтак нотаріат є одним із важливих чинників формування правової держави, який покликаний виконувати превентивне завдання, запобігаючи спорам між сторонами цивільних правовідносин, захищаючи права осіб від можливих порушень у майбутньому, утверджуючи між ними стабільні й передбачувані відносини.

Водночас правозастосовча практика свідчить, що законодавча регламентація нотаріальної діяльності потребує суттєвого удосконалення. Зокрема, збільшення кількості судових справ по спорах між учасниками цивільних правовідносин, яким надавав свої послуги нотаріус (наприклад, щодо посвідчення правочину чи юридично значимого факту) та залучення нотаріусів до судового провадження обумовлює нагальну необхідність привернення уваги наукової спільноти до **проблеми визначення правового статусу нотаріуса в судовому (в т.ч. цивільному) процесі**. Адже наразі це питання досі залишається неконкретизованим, що призводить до проблем правозастосування.

Так, в судовій практиці непоодинокими є випадки, коли учасники спірних правовідносин звертаються з позовними вимогами до нотаріусів стверджуючи, що вони нібито не брали участі у вчиненні нотаріальної дії, або звинувачуючи нотаріуса в тому, що він не роз'яснив значення чи правові наслідки вчинюваних нотаріальних дій, або взагалі зазначають, що посвідчений нотаріусом документ підроблено тощо. Нажаль подібні поодинокі епізоди мали місце в нотаріальній практиці і стали причиною для позбавлення окремих осіб права на заняття нотаріальною діяльністю [6] але в переважній більшості випадків нотаріуси сумлінно виконують свої обов'язки. Проте, зважаючи на нотаріальну таємницю підтвердити або спростувати подібні звинувачення нотаріусу дуже складно чим і користуються окремі особи, зловживаючи своїм правом на судовий захист, в той час як нотаріус змушений докладати значних зусиль аби довести, що діяв в межах закону [7].

Неоднозначно судами вирішується питання щодо участі в процесі нотаріусів і в тих випадках, коли останні не виступають стороною у справі: в

однорідних справах їх залучають і в якості третіх осіб, і в якості свідків чи спеціалістів.

Інакше кажучи, замість того, щоб виконувати обов'язки передбачені законодавством про нотаріат, нотаріуси витрачають свій час на участь у численних судових засіданнях в судах всіх інстанцій, що суттєво впливає на ефективність здійснення ними своїх безпосередніх функцій. Більше того, у випадку участі нотаріусів у судовому провадженні останні за таких обставин позбавлені можливості ефективно використовувати процесуальні гарантії здійснення їх прав та обов'язків як учасників цивільного процесу.

Крім того, аналіз матеріалів судової практики свідчить про специфічну роль нотаріусів в цивільному процесі, незалежно від того в якій якості вони беруть участь у справі (як сторона, третя особа чи інший учасник процесу). Це обумовлено тим, що по-перше, у всіх випадках участь особи в якості нотаріуса в цивільному процесі пов'язана із здійсненням нею нотаріальної діяльності. По-друге, нотаріус не є учасником цивільних правовідносин які виникають, змінюються чи припиняються на підставі посвідченого ним правочину чи юридично значимого факту. По-третє, участь цього суб'єкта в процесі завжди обумовлена змістом нотаріальних дій, які ним було вчинено. По-четверте, діючи в процесі нотаріус нарівні з процесуальним завжди керується законодавством про нотаріат, яке визначає зміст його діяльності в процесі. Ці та інші умови обумовлюють особливості участі нотаріусів в цивільному процесі і також **потребують законодавчої конкретизації**.

Про актуальність цієї проблематики свідчить і та обставина, що питання участі нотаріуса в судовому (зокрема цивільному) процесі не отримали достатнього висвітлення в юридичній науці. Так, основу сучасного вчення про нотаріат складають наукові дослідження багатьох вітчизняних та зарубіжних вчених, зокрема таких як М. Г. Авдюков, І. О. Алфьоров, В. М. Аргунов, В. В. Баранкова, А. П. Вєршинін П.П. Глущенко, А. В. Єрух, Ю. М. Козьяков, С. П. Кондракова В. В. Комаров, О. В. Коротюк Р. Г. Кочер´янц, Н. І. Куленко, Л. Ф. Лесницька, І. С. Мельник, С. Г. Пасічник, Ж.Ф.Пієпу, Н. І. Пінчук, Л. К. Радзієвська, А. М. Седов, Г. С. Сємаков, В.Ф. Сіренка, Л. А. Стешенко, К. І. Федорова, С. Я. Фурса, В. М. Черниш, Т. М. Шамба, К. С. Юдельсон, В.В. Ярков Л. Е. Ясінська та ін. Проте здебільшого в працях вказаних науковців діяльність нотаріуса розглядалась в матеріально-правовому аспекті, в той час навколо питання про статус і особливості участі нотаріуса в цивільному процесі існує своєрідний інформаційний вакуум, який потребує заповнення.

З огляду на вищезазначене вважаємо, що в умовах розбудови в Україні правової держави вирішення окреслених питань повинно стати пріоритетом науковців, що опікуються проблемами нотаріату.

Використані джерела:

1. *Про нотаріат: Закон України від 2 вересня 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 39. – ст. 383.*
2. *Про затвердження Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України: Наказ Міністерства юстиції України від 03.03.2004 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=z0283-04*

3. *Жуйков В. Нотариат как институт превентивного правосудия: общие цели, принципы и полномочия / В. Жуйков // Российская юстиция. – 1998. – № № 6-7. [Електронний ресурс]. – Режим доступу:* http://mirnot.narod.ru/g-pre.html
4. *Сміян Л.С. Нотаріат в Україні [Навчальний посібник] / Л. С. Сміян, Ю. В. Нікітін, П. Г. Хоменко / [за ред. Ю. В. Нікітіна]. – К.: КНТ, 2007. – 680 с.*
5. *Тимченко Г.П. Способи і процесуальні форми захисту цивільних прав: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право; цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Г. П. Тимченко. – Х., 2002. – 21 с.*
6. *Ухвала судової палати з цивільних справ Верховного Суду України (витяг) від: 19.09.2001 [Електронний ресурс]. Офіційний сайт: Верховний суд України – Режим доступу: http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/8D9B9AF68F79989742256D280048F336?OpenDocument.*
7. *Ухвала судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України) від: 5.08.2011 [Електронний ресурс]. Офіційний сайт: Єдиний державний реєстр судових рішень – Режим доступу: http://reyestr.court.gov.ua/Review/17882114.*
8. *Фурса С.Я., Теоретичні основи нотаріального процесу в Україні: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня докт. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право; цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / С. Я. Фурса. – К., 2003. – 34 с.*
9. *Фурса С. Я. Функції нотаріату і суду щодо захисту прав та охоронюваних законом інтересів громадян, юридичних осіб та держави / С. Я. Фурса // Вісник Верховного Суду. – 2001. – № 2. – С. 51-54.*
10. *Ясінська Л. Е. Становлення та розвиток інституту нотаріату в Україні (історико-правовий аспект): автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01. «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових вчень / Л. Е. Ясінська. – Львів, 2005. – 19 с.*

В. І. Платошина
студент Інституту прокуратури та слідства
Національного університету «Одеська юридична академія»,
Одеса, Україна

ПРИНЦИП ДОБРОСОВІСНОСТІ В НЕДІЙСНИХ ПРАВОЧИНАХ

Особливий інтерес правників викликає правова категорія добросовісності. Ця категорія носить оціночний характер, хоча почала застосовуватись у законодавстві України та практиці судів досить давно. На законодавчому рівні чіткого поняття добросовісності не закріплено. Так, вітчизняний законодавець включив дане поняття до переліку загальних засад цивільного законодавства (п.6 ст.3 ЦКУ) [1]. Сам же зміст добросовісності виражається через поняття «розумність і справедливість». На даний момент у цивільно-правовій доктрині сформувалася презумпція добросовісності, яка саме і полягає у захисті права власності на засадах добросовісного його набуття при укладенні недійсного

правочину. Виникає велика кількість спірних питань при вирішенні судових справ щодо даного явища, які потребують додаткової уваги, не лише з боку науковців, але й з боку законодавця і судових органів.

Хотілося б зазначити думку законодавця. Згідно ст. 388 ЦК визначено: якщо майно за відплатним договором придбане в особи, яка не мала права його відчужувати, про що набувач не знав і не міг знати (добросовісний набувач), власник має право витребувати це майно від набувача лише у разі, якщо майно: 1) було загублено власником або особою, якій він передав майно у володіння; 2) було викрадено у власника або особи, якій він передав майно у володіння; 3) вибуло з володіння власника або особи, якій він передав майно у володіння, не з їхньої волі іншим шляхом [2].

В узагальненні практики розгляду судами цивільних справ про визнання правочинів недійсними, підготовленої Верховним Судом України, рекомендується наступне. Так, якщо майно передане власником за правочином, який є нікчемним або оспорюваним, то позов про визнання правочину недійсним та про застосування наслідків недійсності правочину має пред'являтись тоді, коли майно залишається у набувача, тобто коли вчинено один правочин і повернути майно можливо шляхом застосування реституції. Якщо ж набувач, який набув майно за недійсним правочином, надалі відчужив його іншій особі, то потрібно звертатись з віндикаційним позовом. Якщо після укладення недійсного правочину було укладено ще декілька, то вбачається правильним визнавати недійсними не всі правочини, а лише перший, і заявляти позов про витребування майна в останнього набувача. Застосування реституції та повернення майна за недійсним правочином, враховуючи положення ст. 216 ЦК, є можливим тоді, коли предметом спору являється правочин за участю власника і першого покупця (набувача)[3].

На відміну від доброї совісті, добросовісність означає суб'єктивний стан особи при здійсненні юридичних дій, його непоінформованість про обставини, які змінюють зовнішню або внутрішню правомірність акта і здатні змусити чесну в юридичному сенсі особу відмовитися від їх вчинення, незважаючи на відсутність формальних для того перешкод. При оцінці юридичних наслідків багатьох актів такий суб'єктивний стан особи приймається до уваги і тягне за собою значну зміну цих наслідків для сумлінного контрагента, порівняно з недобросовісним. Б.Б.Черепахін звертає увагу на те, що сумлінне придбання права власності від неуправомоченого відчужувача є первісним способом набуття права власності, оскільки право власності набувача не у даному випадку не залежить від права власності відчужувача і від права власності колишнього власника[4].

Проте питання щодо сутності «доброї совісті» в науці цивільного права є досить дискусійним. Так, К.І.Скловський визначає сумлінність як вибачене незнання об'єктивних перешкод до досягнення переслідуваної юридичної мети, тобто як незнання факту, а не права[5].

Як зазначає І. Жолудь, перше терміни «добросовісний набувач» і «добросовісний володілець» були закріплені нормами ЦК РРФСР 1964 року. Причини, за якими законодавець зважився ввести дане поняття в ряд актів, що грають важливу роль у правовому регулюванні величезного пласту цивільних і

цивільно-процесуальних відносин, бачаться досить-таки смутно. У радянському праві громадянин не міг бути іншим, крім як чесним, справедливим, добросовісним. Досить влучною є його думка стосовно сьогоднішнього законодавства, адже зазначені причини зовсім не зрозумілі. Адже добросовісність є суб'єктивно-моральної категорією (так чесність, справедливість). Для однієї особи бути добросовісним означає одне, для іншої – зовсім інше. Хоча наше сучасне суспільство і визнається безкласовим,та все ж діапазон інтересів, поглядів різних верств населення великий, і однозначне розуміння з їхнього боку неоднозначного поняття «добросовісність» можливе тільки за однієї умови, якщо хоча б не всі, але більшість, будуть мислити однаково[6].

Не можна не погодитися з думкою І.Єфремова. Він вважає, що якщо набувач стверджує про свою добросовісність, то тим самим він визнає себе незаконним власником. Це, в свою чергу, може серйозно ускладнити для цієї особи захист свого володіння, наприклад, в тому випадку, коли позивач як спосіб захисту свого права на спірне майно обере не віндикаційний позов, а позов про визнання права власності. Посилання на «добру совість» в такій ситуації, по суті, являє собою визнання вимог позивача.

Якщо незаконність відчуження випливає безпосередньо із закону, то не може бути добросовісності. Незнання або нерозуміння закону тягне недобросовісність. Так, наприклад, обсяг прав унітарного підприємства щодо володіння, користування і розпорядження державним (або муніципальним) майном встановлений законом, а не договором: зокрема, розпорядження нерухомим майном можливе лише за згодою власника. Правочини, здійснені з порушенням цього порядку, є нікчемними. Виходячи з цього, «добра совість» незаконного набувача виключена, так як обмеження розпорядженням нерухомістю виходить із закону. Таким чином, добросовісність може бути лише результатом фактичної помилки[7].

Не погоджується із принципом добросовісності правочину (ст.204 ЦКУ) І.В. Спасибо-Фатеєва, яка вважає даний принцип каменем спотикання для перешкоди захисту прав власника. Адже, за словами вченої, принцип добросовісності правочину покликаний захищати цивільний оборот, та насправді він використовується задля унеможливлення захисту прав власника.

Насправді недійсний правочин не породжує юридичних наслідків, значить у даному випадку не породив права власності у набувача майна, але незважаючи на це набувач його відчужив. Досить влучно зазначається, що добросовісний набувач придбав майно не у власника, і тут є вади, бо передати можна лише те право, яке маєш, і якщо відчужував власником не був, то і право власності передати не міг. Попри це все право власності у добросовісного набувача виникає – і не на підставі правочину, а на підставі прямої вказівки закону щодо цього факту. Як бачимо, «правопорушення породжує право, як це не парадоксально»[8].

Проаналізувавши всі вищезазначені положення можна сказати про неоднозначність думок вчених щодо презумпції добросовісності правочинів. Хоча законодавством України прописано порядок набуття майна для добросовісного набувача, але це оціночна і досить суб'єктивна категорія, яка для

кожного має своє значення. Її використання у нашій цивільно-правовій системі є дуже проблематичним, бо досить часто ця презумпція стає предметом зловмисних дій з боку «добросовісного набувача». Не зрозуміло, як із недійсного правочину можуть виникати юридичні права та обов'язки, а особливо право власності. Законодавцеві варто звернути увагу на протиріччя думок науковців, і переглянути рішення на користь захисту права власника майна, а не добросовісного набувача, звісно при цьому повернувши тому всі витрати, пов'язані з даним майном. Я вважаю, що саме таким шляхом можна подолати проблему.

Використані джерела:

1., 2. Цивільний кодекс України. – Х.ООО «Одісей», 2010. – 352 с.

3. Про судову практику розгляду цивільних справ//Вісник ВСУ. 2009 – №12

4.Черепахин Б.Б. Юридическая природа и обоснование приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя//Антология уральской цивилистики. 1925 – 1989: Сборник статей. М., 2001. С. 270.

5. Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. М., 2002. С. 327.

И.Жолудь//»Добросовестность» в гражданском законодательстве Приднестровской Молдавской республики. http://www.minjust.org

6. Добросовестность приобретения как основание возникновения права собственности на недвижимость //http://www.efremov-partners.ru

7. І. Спасибо-Фатеєва. Спірні питання недійсності правочинів та її наслідків // Вісник академії правових наук України. 2007, № 3

Н. А. Плохотская

студентка юридического факультета
Белорусского государственного университета,
Минск, Республика Беларусь

О ТОЛКОВАНИИ ПОНЯТИЯ «ПРИНОСЯЩАЯ ДОХОДЫ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ УЧРЕЖДЕНИЙ»

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. Доходы, полученные от *приносящей доходы деятельности*, и

приобретенное за счет их имущество поступают в самостоятельное распоряжение учреждения, если иное не предусмотрено законодательством (п. 2 ст. 279 ГК).

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, а именно, лишь тогда, когда она необходима для достижения их уставных целей, ради которых они созданы, соответствует этим целям и отвечает предмету деятельности некоммерческих организаций, либо поскольку она необходима для выполнения государственно-значимых задач, предусмотренных в их учредительных документах, соответствует этим задачам и отвечает предмету деятельности данных организаций.

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*.

Следует отметить, что и в специальной литературе применительно к деятельности учреждений понятия «приносящая доходы деятельность» и «предпринимательская деятельность» употребляются как синонимы [3, с. 18; 4, с. 142; 5, с. 18].

Понятие «приносящая доходы деятельность» широко используется в бюджетном законодательстве. В частности, в том же порядке, в каком некоммерческие организации осуществляют предпринимательскую деятельность по ч. 4 п. 3 ст. 46 ГК, бюджетные организации (за исключением государственных органов, если иное не установлено Президентом Республики Беларусь) в соответствии с п. 2 ст. 78 Бюджетного кодекса Республики Беларусь (далее – Бюджетный кодекс) [6] имеют право осуществлять приносящую доходы деятельность. В данном случае понятие «приносящая доходы деятельность» шире понятия «предпринимательская деятельность», поскольку по смыслу норм Бюджетного кодекса под средствами от приносящей доходы деятельности понимаются любые внебюджетные средства, т.е. не связанные с бюджетным финансированием. Соответственно, в понятие «приносящая доходы деятельность» включается как непосредственно сама предпринимательская деятельность, так и любая иная деятельность, которая ведет к увеличению имущественных выгод.

Согласно ч. 3 п. 3 ст. 78 Бюджетного кодекса средства, получаемые бюджетными организациями от приносящей доходы деятельности, используются на обеспечение функционирования этих организаций и развитие их материально-технической базы, если иное не установлено Президентом Республики Беларусь, то есть *по целевому назначению*.

Применительно к учреждениям, имущество которых находится в *республиканской собственности*, неоднозначность толкования понятия «приносящая доходы деятельность» не влияет на определение *правового режима* доходов таких учреждений от приносящей доходы деятельности и приобретенного за счет их имущества. В соответствии с п. 14 Положения, утвержденного постановлением № 913, в отношении имущества учреждений, основанных на республиканской собственности устанавливается единый правовой режим имущества: имущество, независимо от того, за счет каких источников оно сформировано, принадлежит учреждению *на праве оперативного управления*.

В отношении учреждений, имущество которых находится в *коммунальной собственности*, неоднозначность толкования понятия «приносящей доходы деятельности» имеет принципиальное значение и приводит к противоречию ст. 78 Бюджетного кодекса нормам ГК о правовом режиме доходов учреждений от приносящей доходы деятельности и приобретенного за счет их имущества.

На основании вышеизложенного, основываясь на доктринальном анализе и руководствуясь ч. 2 ст. 32 Закона Республики Беларусь от 10 января 2000 г. № 361-З «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» [7], в соответствии с которой одни и те же термины в нормативных правовых актах должны употребляться в одном значении и иметь единую форму, считаем целесообразным внести изменение в п. 2 ст. 279 ГК и заменить слова «приносящая доходы деятельность» на «предпринимательская деятельность в соответствии с ч. 4 п. 3 ст. 46 настоящего Кодекса».

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, 2011.*
2. *О порядке создания унитарных предприятий, учреждений, имущество которых находится в республиканской собственности, их реорганизации и ликвидации и признании утратившими силу некоторых постановлений Правительства Республики Беларусь: постановление Совета Министров Республики Беларусь, 23 июля 2004 г., № 913 // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр. – Минск, 2011.*
3. *Коноплев, С.А. Особенности учреждения как организационно-правовой формы некоммерческой организации / С.А. Коноплев // Современное право. – 2009. – № 5. – С. 16 – 18.*
4. *Михаловский, А.М., Томашевский К.А. Правовое обеспечение деятельности некоммерческих организаций в Республике Беларусь: учеб.-метод. комплекс / А.М. Михаловский, К.А. Томашевский. – 2006. – 270 с.*
5. *Суханов, Е.А. Ограниченные вещные права / Е.А. Суханов // Хозяйство и право. – 2005. – № 1. – С. 5 – 19.*
6. *Бюджетный кодекс Республики Беларусь: Кодекс Республики Беларусь, 16 июля 2008 г., № 412-З // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр. – Минск, 2011.*
7. *О нормативных правовых актах Республики Беларусь: Закон Республики Беларусь, 10 января 2000 г., № 361-З // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр. – Минск, 2011.*

В. В. Поєдинок
кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри господарського права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ПРИМУСОВЕ ВИЛУЧЕННЯ ІНВЕСТИЦІЙ ЯК РЕГУЛЯТОРНИЙ ЗАХІД

Специфічною рисою правового регулювання інвестиційної діяльності є тісна взаємодія і взаємовплив національних (передусім господарсько-правових) та міжнародно-правових джерел (передусім дво- та багатосторонніх інвестиційних угод), що породжує ряд проблем їх співвідношення. Одна з таких проблем стосується обов'язку держави щодо виплати компенсації інвесторам у разі примусових вилучень інвестицій.

Міжнародне право дозволяє примусове вилучення (експропріацію) іноземних інвестицій приймаючими державами у разі дотримання певних умов, а саме: вилучення повинно здійснюватися у публічних інтересах та на підставі закону, мати недискримінаційний характер та супроводжуватися виплатою компенсації. Експропріація може бути: *прямою* (безпосереднє формальне позбавлення інвестора правового титулу або фізичне вилучення належних йому активів), або *непрямою* (втручання у здійснення інвестором своїх прав до такої межі, коли ці права втрачають свою цінність, що є співставним з повним позбавленням таких прав) [1, 3-4].

Існує небезпека того, що концепція непрямої («повзучої», фактичної) експропріації буде застосована до державного регулювання у сфері господарювання, спрямованого на захист життя та здоров'я населення, довкілля, економічної конкуренції, прав споживачів та інших публічних інтересів. Виникає питання: до якої міри держава може впливати на цінність інвестицій, застосовуючи регуляторні заходи у легітимних публічних цілях на підставі національного права, не здійснюючи при цьому «експропріацію», що породжує обов'язок виплати компенсації згідно з міжнародним правом? Це ж питання може бути поставлене іншим чином: хто повинен сплатити економічну ціну забезпечення задіяного публічного інтересу: суспільство в цілому, уособлене державою, чи окремий потерпілий інвестор?

Достатньо об'ємна практика інвестиційних арбітражів вказує на те, що межа між непрямою експропріацією та державними регуляторними заходами, які не потребують компенсації, не є чіткою і залежить від специфічних фактів та обставин справи. Разом з тим, є підстави говорити про формування в арбітражній практиці певних критеріїв розмежування двох вищевказаних концепцій, а саме: *а) ступінь втручання у реалізацію права:* для того, щоб становити експропріацію, державне втручання повинно позбавляти інвестора фундаментальних правомочностей власника, або перешкоджати реалізації інвестицій протягом тривалого часу; *б) характер (мета і контекст) державних заходів:* чи здійснюється захід в рамках забезпечення державою визнаної «соціальної цілі» або «загального добробуту». В контексті ст.1 Першого протоколу до Європейської конвенції з прав людини [2] Європейський суд надає

державам дуже широкий розсуд стосовно вжиття заходів у публічному інтересі та визнає, що національні органи влади повноважні здійснювати вихідну оцінку існування публічних потреб, що виправдовують вилучення власності. Це обґрунтовується тим, що національні органи влади краще знають власне суспільство та його потреби, відтак «вони, а не міжнародний суд, краще здатні визначити, що є у публічному інтересі» (справа *James v. United Kingdom,* 1986 р.) [3]. Суд визначив, що рішення держави повинне бути прийняте, якщо тільки воно не виражене явно нерозумним способом; *в) відповідність заходу розумним очікуванням, якими супроводжувалося здійснення інвестицій:* інвестор повинен довести, що його інвестиція базувалася на стані справ, який не передбачав змін регуляторного режиму. Заява інвестора повинна бути об'єктивно розумною і не ґрунтуватися на суто суб'єктивних очікуваннях інвестора.

Арбітражі, замість того, щоб зосереджуватися виключно на «одиночному ефекті» заходу щодо інвестора, беруть до уваги також мету і пропорційність заходів державного регулювання. У зв'язку з цим значна кількість винесених рішень визнає право держав захищати шляхом здійснення недискримінаційних дій, *inter alia,* довкілля, життя і безпеку населення, цілісність ринку і соціальні інтереси, без виплати компенсації за будь-яке супутнє вилучення іноземних інвестицій [1, 22].

Донедавна лише поодинокі міжнародно-правові документи (як-от Європейська конвенція з прав людини) розрізняли непряму експропріацію та регуляторні заходи, що не вимагають компенсації. Втім, у новому поколінні інвестиційних угод, включаючи інвестиційні розділи угод про вільну торгівлю, вже присутні спеціальні положення про непряму експропріацію та визначені її критерії, які загалом співпадають з тими, що випливають з арбітражної практики.

З огляду на те, що в спеціальній літературі проблема непрямої експропріації висвітлюється виключно в контексті захисту іноземних інвестицій, релевантність її для національних інвесторів залишається цілком поза увагою. Тимчасом, в Україні гарантії у разі непрямих вилучень інвестицій встановлені Законом «Про інвестиційну діяльність» (ч.2 ст.19), положення якого стосуються як іноземних, так і національних інвесторів. Як і більшість міжнародних документів, Закон не проводить межі між вилученнями, які вимагають компенсації, та регуляторними заходами. Це породжує проблему двоякого роду. З одного боку, різко зростає кількість потенційних «претендентів» на відшкодування державою втрат, заподіяних регуляторними заходами. З іншого боку, на відміну від іноземних інвесторів, які можуть скористатися спеціальними механізмами міжнародного інвестиційного арбітражу, національним інвесторам доводиться звертатися до національних судів, що не мають ані спеціалізованої теоретичної підготовки, ані достатньої практики вирішення відповідних спорів. Значний теоретичний інтерес викликає і питання про те, чи повинні національні інвестори в принципі мати право вимагати компенсації від власної держави нарівні з іноземними інвесторами. Уявляється, що так, однак межі реалізації такого права повинні бути визначені законом.

Таким чином, вважаємо за необхідне доповнити Закон України «Про інвестиційну діяльність» визначенням поняття примусових вилучень

(експропріації) інвестицій, у тому числі непрямих вилучень, а також критеріїв відмежування непрямих вилучень від регуляторних заходів, які не вимагають компенсації. Сама ж проблема здійснення непрямої експропріації інвестицій в контексті регуляторної діяльності держави повинна отримати належну оцінку у вітчизняній науці інвестиційного права.

Використані джерела:

1. *Indirect expropriation and the right to regulate in international investment law [Electronic resource] / OECD. – Mode of access: http://www.oecd.org/dataoecd/22/54/33776546.pdf. – 22 p.*
2. *Протокол до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод // Офіційний вісник України. – 2006. – № 32. – Ст. 2372.*
3. *James v. United Kingdom, 98 Eur. Ct. H.R. (ser. A) 9, 32 (1986).*

О. О. Посикалюк

викладач кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ДО ПИТАННЯ ПРО ПУБЛІЧНИХ ОСІБ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

На сьогодні в Україні визнається необхідність запровадження правового модусу публічної особи на рівні наукових досліджень [1;2;3], окремі аспекти такого модусу знаходять своє законодавче закріплення (ст. 17 Закону України «Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів» [4]; ст. 29 Закону України «Про інформацію» [5]), та накопичується та узагальнюється судова практика (п. 21 Постанови Пленуму Верховного Суду «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи» [6]).

Підстави, іншими словами, фактичні обставини, які зумовлюють виникнення правового модусу публічної особи, є надзвичайно різноманітними. Тому встановлення вичерпної їх множини здається неможливим та недоцільним. Однак слід вказати на ознаку, що є спільною для усіх таких обставин, а саме, вони спричиняють наявність суспільного інтересу, який у свою чергу обумовлює легітимність втручання в особисте життя публічних осіб. У силу таких міркувань, обґрунтованою видається позиція в науці, яка не визначає як передумову виникнення публічного статусу, щоб особа свідомо стала помітною для публіки чи щоб свідома та цілеспрямована поведінка особи сприяла виникненню щодо неї уваги та зацікавленості з боку суспільства; натомість вирішальним фактором є наявність виправданого суспільного інтересу [7,44]. Тому підстава виникнення статусу публічної особи не має принципового значення, хоча й не залишається юридично байдужою, оскільки визначає зміст

та обсяг суспільного інтересу, а також слугує кваліфікаційним критерієм поділу публічних осіб на види.

Різноманітність підстав виникнення обумовлює численність категорій осіб, які можуть набувати такого публічного статусу. Питання щодо поділу публічних осіб на види у різних системах приватного права вирішується по різному. У Франції в цьому контексті виділяють дві групи публічних осіб: апріорі відомі особи (політики, особи, які відіграють значущу роль в економічному, культурному, спортивному, релігійному житті суспільства, представники шоу-бізнесу, монархи, члени королівських сімей); особи, апріорі невідомі, які стали складовою новин про суспільно значущої події (заворушення, стихійні лиха, аварії, терористичні акти, інші політичні, мистецькі, спортивні події), а також учасники розгляду резонансних судових справ у відкритому судовому засіданні [8,176–177].

Німецька судова правозастосовна практика поділяє публічних фізичних осіб на дві категорії: «абсолютні» (*absolute*) та «відносні» (*relative*) [9,16–17]. До абсолютних слід відносити публічних осіб, які в силу свого статусу, значущості, соціальних функцій, що виконуються, перманентно пов'язані з подіями сучасної історії, наприклад, глави держав, політичні діячі, члени королівських сімей, знамениті актори, артисти, відомі учені, ведучі ток-шоу, атлети тощо. Абсолютні публічні особи користуються найнижчим рівнем захисту їх індивідуальної та приватної сфер в силу виправданого суспільного інтересу в отриманні інформації, яка може стосуватися також відомостей розважального характеру та охоплювати поширення пліток [10]. Разом з тим правомірність втручання в особисте життя таких осіб визначається таким межами: необхідністю забезпечення захисту інтимної сфери особи [11]; недопустимістю порушення законних інтересів особи (зображення оголеного тіла) [9,17]; можливістю захисту особистого життя навіть за межами приватних володінь у відлюдному чи відокремленому місці, вільному від сторонніх спостерігачів [12]. Особи, які привертають суспільну увагу лише протягом обмеженого періоду часу, належать до відносних публічних осіб. Підстава виникнення модусу відносної публічної особи визначає межі втручання в її особисте життя, яке може бути виправданим лише за таких умов: наявності дійсного та доступного для розпізнавання зв'язку із такою підставою [13]; підстава повинна бути досі актуальною. Інакше їхні особисті немайнові права знову переважатимуть суспільний інтерес в отриманні інформації.

Судова практика США виокремила дві групи публічних осіб. По-перше, до публічних осіб з власної волі (*voluntary public figures*) відносять тих, хто добровільно привертає суспільну увагу шляхом участі в суспільно значущій діяльності, виконуючи видатну роль в процесах, що мають загальний економічний, культурний, соціальний чи інший подібний суспільний інтерес, або виставляє себе чи результати своєї праці на всезагальний огляд [14]. По-друге, виділяють публічних осіб мимоволі (*involuntary public figures*), які не прагнули та не погоджувались на гласність, але в силу своєї власної поведінки або іншим чином стали об'єктом легітимного суспільного інтересу [15]. Зазначені особи, будучи втягнутими в публічну полеміку, мусять допускати певний рівень втручання з боку засобів масової інформації. Допустиме

втручання в приватне життя осіб, які набули статусу публічних як з власної волі, так і мимоволі, не обмежується обставинами, які породили щодо них суспільний інтерес. Вказаний інтерес легітимно охоплює, в розумних межах, інформацію про особу та факти її життя, які б за інших умов вважалися особистими [14].

Правовий модус фізичної особи публічного права у Великій Британії має свої особливості порівняно із правом США. Зокрема, в англійському праві не здійснюється чіткого розмежування категорій публічних осіб за підставами виникнення в них такого статусу: від народження; з власної волі; за обставин, що від них не залежали [9,14]. Це, у свою чергу, зумовлює досить слабкий захист приватності публічних осіб, які набули такого статусу в силу випадку чи протиправної поведінки щодо них. Особливо це стосувалося жертв злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканності, для захисту яких було прийнято спеціальний закон [16].

Вітчизняна наука допоки не виробила єдиного підходу щодо підстав виникнення правового модусу фізичної особи публічного права, зокрема пропонується: вважати такими виконання особою публічних обов'язків чи участь у суспільно важливих подіях [1,155]; враховувати сферу діяльності (публічна чи приватна) та інтерес, на задоволення якого спрямована така діяльність (публічний чи приватний) [2,155]. Вважаємо, що з урахуванням останнього реформування законодавства України про інформацію критерієм виділення фізичної особи публічного права слід обрати наявність суспільного інтересу в інформуванні про діяльність такої особи. При цьому поняття «суспільний інтерес» характеризується як таке, що не може мати чітко окреслених рамок та не може бути наперед визначеним. Тому потрібно визнати доцільним закріплення на нормативному рівні лише примірного переліку обставин, що можуть слугувати предметом такого інтересу, як це, до речі, зроблено у ч. 2 ст. 29 Закону України «Про інформацію» [17]. Зміст та межі суспільного інтересу потребують встановлення судом в кожному конкретному випадку. В цьому контексті корисним буде встановити презумпцію суспільного інтересу щодо отримання інформації про діяльність осіб, які обіймають державні посади і (або) користуються державними ресурсами, а також усіх тих, хто відіграє певну роль у суспільному житті (у галузі політики, економіки, мистецтва, соціальній сфері, спорті чи в будь-якій іншій галузі).

Статус публічної не позбавляє фізичну особу захисту від втручання в особисте життя, а тому постає питання про межі правомірності такого втручання. На наш погляд, дані межі можуть бути визначені шляхом встановлення загального правила, відповідно до якого втручання в особисте життя публічної особи навіть за наявності суспільного інтересу не може принижувати її гідність, а також шляхом з'ясування в кожному конкретному випадку співвідношення суспільного інтересу в інформуванні громадськості та приватного інтересу в захисті особистісної немайнової сфери.

Використані джерела:

1. *Бобрик В. І. Особисте життя як об'єкт цивільно-правової охорони : монографія / В. І. Бобрик. – Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва АПрН України. – Київ – Тернопіль : Підручники і посібники, 2008. – 208 с.*

2. *Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту): монографія / Р. О. Стефанчук. – Хмельницький : Видавництво Хмельницького ун-ту управління та права, 2007. – 626 с.*
3. *Шевчук С. Судовий захист прав людини: Практика Європейського суду з прав людини у контексті західної правової традиції. – Вид. 2-е, випр., доп. – К.: Реферат, 2007. – 848 с.*
4. *Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів: Закон України від 23 вересня 1997 року № 540/97-ВР // ВВР. – 1998 р. – № 50. – Ст. —302.*
5. *Про інформацію: В редакції Закону України від 13.01.2011 // ВВР. – 2011. – № 32. – Ст. 313.*
6. *Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи: Постанова Пленуму Верховного Суду від 27.02.2009, № 1 // Вісник Верховного суду України. – 2009 р. – № 3. – С. 7.*
7. *Llbina I. Personības tiesību aizsardzība un civiltiesiskā atbildība to aizskāruma gadījumā: Promocijas darba kopsavilkums: Civiltiesības / I. Llbina. – Rīga. – 2006. – Lpp. 44.*
8. *Beverley-Smith H. 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.*
9. *Concerns and Ideas about the Developing English Law of Privacy (and how knowledge of foreign law might be of help) / Markesinis B., O'Cinneide C., Fedtke J., Hunter-Henin M. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law/ publications/institute/docs/privacy_100804.pdf.*
10. *BGH 1 ZR 285/99 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.utexas.edu/ law/academics/centers/ transnational/work_new/german/case.php?id=724.*
11. *OLG Oldenburg 6 U 107/82 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.utexas.edu/law/academics/centers/ transnational/work_new/german/case.php?id=735.*
12. *BGH VI ZR 373/02 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.utexas.edu/law/academics/centers/ transnational/work_new/german/case.php?id=616.*
13. *LG Hamburg. 324 O 521/98 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.lider-lab.sssup.it/lider/attachments/ 011_LoFP%20Tort%2015April2010.pdf.*
14. *Bilney v. Evening Star Newspaper Co. 406 A.2d 652 (Md. Ct. Appl. 1979) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://md.findacase.com/research/wfrmDocViewer. aspx/xq/fac.19791015_0040095.MD.htm/qx.*
15. *Sipple v. Chronicle Publishing Co. (1984) 154 Cal.App.3d 1040 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.lawlink.com/research/caselevel3/60788.*
16. *Sexual Offences (Amendment) Act 1976 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.legislation.gov.uk/ ukpga/1976/82?view=plain.*
17. *Про внесення змін до Закону України «Про інформацію»: Закон України від 13 січня 2011 року // ОВУ. – 2011. – № 10. – Ст. 445.*

О. В. Постернак
студент юридичного факультету
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПРИНЦИП НАЛЕЖНОСТІ ДОКАЗІВ В ГОСПОДАРСЬКОМУ ПРОЦЕСІ

В теорії доказового права висловлена точка зору, згідно з якою доказове право має свої властиві принципи, які деталізують і доповнюють галузеві принципи. Серед них виділяють і принцип належності доказів. Поняття «належність доказів» можна розглядати в об'єктивному і суб'єктивному розумінні.

В об'єктивному розумінні, **належність доказів** – це властивість, пов'язана виключно із якістю змісту судових доказів. В цьому аспекті, належність доказів визначається наявністю логічного зв'язку між змістом фактичних даних, відомостей про факти і самими фактами, які мають значення для правильного вирішення справи.

В суб'єктивному розумінні, **належність доказів** – це правило поведінки суду, в силу якого він приймає, витребує, досліджує тільки ті докази, які здатні зняти інформаційну невизначеність, підтвердити або спростувати факти, що мають значення для розгляду справи по суті, необхідні і достатні для винесення обґрунтованого рішення.

Відповідно до ст. 34 ГПК України [1] господарський суд приймає тільки ті докази, які мають значення для справи. Тобто з усіх наданих доказів, що надаються особами, які беруть участь у справі, суд повинен відібрати ті, що мають відношення до справи, тобто які мають зв'язок із фактами, що підлягають встановленню. Отже, в основі принципу належності доказів лежить *об'єктивний зв'язок між доказами і фактами*, що підлягають доказуванню.

Належними фактами у справі виступають:

1. Юридичні факти, тобто події, дії з якими пов'язане виникнення, існування, зміна або припинення прав і обов'язків. Правове питання не можна вирішити без з'ясування обставин, що містять юридичний склад господарського спору, який розглядається;
2. Факти, що є причинами порушення законодавства і недоліків в діяльності підприємств, установ, організацій [4, С.64];

Як зазначає Степанова Т.В., виходячи зі змісту ст. 34 ГПК України, норма про належність доказів адресується виключно *суду*, оскільки сторони та інші зацікавлені особи, які надають докази можуть помилитися в оцінці їх належності або можуть свідомо вводити в оману суд для вирішення справи на свою користь. Суд відповідно до правил належності доказів повинен регулювати процес надання, витребування, дослідження доказів з метою відбору якісного доказового матеріалу.

Втім не завжди може бути зрозуміло, наскільки подані документи стосуються чи не стосуються обставин справи. Якщо суд прийняв певні документи як доказ, а в подальшому під час розгляду справи та оцінки доказів

з'ясувалося, що вони не стосуються обставин справи, суд у рішенні зазначає про те, що ці документи не стосуються справи, а тому суд не поклав їх в основу рішення [2, С.307].

Діюче законодавство надає можливість здійснити первинний відбір доказів відповідно до правил належності вже на початкових етапах господарського судочинства. Так в позовній заяві позивач повинен зазначати докази, що підтверджують позов, перелік документів та інших доказів, які додаються до заяви, і докласти документи, що підтверджують обставини, на яких ґрунтуються позовні вимоги (ст. 54, 57 ГПК). У відзиві на позовну заяву відповідач повинен вказати докази, що обґрунтовують відхилення позовної заяви (ст. 59 ГПК). В процесі підготовки справи до розгляду суддя може витребувати від осіб, які беруть участь у справі, документи, відомості, висновки необхідні для вирішення спору (ст. 65 ГПК). Сторона, прокурор, які порушують клопотання перед господарським судом про витребування доказів, повинні докладно визначити: який доказ витребовується, обставини, що перешкоджають його наданню, а також за яких підстав вони вважають, що ці докази має підприємство чи організація, і обставини, що підтверджують ці докази (ст. 38 ГПК).

В юридичній літературі розповсюдженою є думка про те, що вирішення питання про належність доказів передбачає дослідження двох моментів. *По-перше, необхідно визначити чи входить факт, для встановлення якого залучається даний доказ, до складу предмета доказування або до числа інших фактів, необхідних для правильного вирішення справи. По-друге, чи здатен доказ з урахуванням його змісту цей факт встановлювати. Тобто, чи є зв'язок між доказом і фактом, який підлягає встановленню.*

Як свідчить практика, найбільш розповсюдженим недоліком судових рішень є необґрунтованість кінцевих висновків суду. Цей недолік стосується саме не з'ясування всіх фактів, які мають значення для правильного вирішення спору, що і призводить до відміни рішень вищестоящими судами.

Необхідно підкреслити, що у пункті 4 роз'яснення ВАСУ № 02-5/422 від 10.12.96 р. «Про судове рішення» також звернуто увагу суддів, що, відхиляючи будь-які доводи сторін чи спростовуючи подані стороною докази, господарські суди повинні у мотивувальній частині рішення навести правове обґрунтування і ті доказувані фактичні обставини, з огляду на які ці доводи або докази не взято до уваги судом. Викладення у рішенні лише доводів та доказів сторони, на користь якої приймається рішення, є порушенням вимог статті 71 ГПК щодо рівності сторін перед законом і господарським судом [3].

Належними є надані докази, які здатні підтвердити чи спростувати:

1. Факти предмета доказування;
2. Доказові факти;
3. Факти, що дають підстави для винесення окремої ухвали по справі, які є супутніми фактами предмета доказування і доказовим фактам;
4. Факти які впливають на зупинення, припинення справи і залишення заяви без розгляду [6, С.57].

Отже, належність доказів визначається наявністю зв'язку між змістом фактичних даних, відомостей про факти і самими фактами, які підлягають встановленню і мають значення для правильного вирішення справи.

Таким чином, належність доказів – це міра, що визначає залучення до процесу по конкретній справі тільки потрібних і достатніх доказів [5, С.19]. Таким, що має значення по справі, буде вважатися доказ, здатний за змістом логічно підтверджувати або спростовувати існування шуканих фактів.

Використані джерела:

1. *Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 року // видавець Паливода А.В. – Київ, 2011.*
2. *Беляневич В.Е. Господарський процесуальний кодекс України Науково-практичний коментар – К: Юстініан – 2009 – с.865.*
3. *Роз'яснення Вищого арбітражного суду України «Про судове рішення» від 10.12.96 р. № 02-5/422 // [Електронний ресурс]: http://zakon.rada.gov.ua.*
4. *Бабенко В.В. Належність та допустимість доказів в господарському процесі// Вісник Академії адвокатури – №5 – 2006 – С. 64.*
5. *Степанова Т.В. Поняття і значення належності судових доказів у господарському процесі // Право України – №1 – 2002 – С.17.*
6. *Треушников М.К. Доказательства и доказывание в советском гражданском процессе. – М.: Изд-во Моск. ун-та, 1982. – 160 с.*

Є. В. Пугачова

студентка факультету підготовки фахівців для Державного департаменту України з питань виконання покарань Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», Харків, Україна

АПЕЛЯЦІЙНЕ ОСКАРЖЕННЯ РІШЕНЬ В КОНТЕКСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА СУДОВИЙ ЗАХИСТ

Право на оскарження в апеляційному поряду рішення суду першої інстанції повністю або частково мають сторони та інші особи, які беруть участь у справі, а також особи, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їх права та обов'язки (ст. 292 ЦПК). В апеляційному провадженні проводиться повторний розгляд справи, шляхом перегляду рішення, яке не набрало законної сили.

ЦПК 1963 року не передбачало інституту апеляційного перегляду рішень. Касаційне провадження хоча і було передбачене, але мало зовсім інший зміст, порівняно з нинішнім. Отже, законами від 21 червня 2001 року у ЦПК 1963 р. були внесені зміни, пов'язані з введенням сучасної апеляції та касації (глави 40, 41). Прийняття цих новел ввело судову систему та судочинство у межі конституційного поля, тому що в повному обсязі захищає права людини і громадянина, закріплені Конституцією України. Прийнятий у 2004 році ЦПК

України остаточно закріпив новий зміст апеляції. Апеляційне провадження є процедурою перегляду апеляційним судом рішення (ухвали) місцевого суду, що не набрало законної сили, з огляду на правильність установлення фактів і застосування права. Винятком може бути перегляд рішення, яке набрало законної сили, якщо суд апеляційної інстанції поновив строк апеляційного оскарження [2, с.118]. Слід зауважити, що має місце така проблема, як оскарження дій (бездіяльності) суду, не викладених у формі рішень чи ухвал.

Стаття 294 ЦПК закріплює строки подання апеляційної скарги на рішення суду першої інстанції, а саме десять днів з дня його проголошення. ЦПК визначає процедуру прийняття апеляційної скарги до розгляду (ст. 297 ЦПК). Але на наш погляд порушення визначеного строку виникає тоді, коли відповідно до ст. 218 ЦПК України рішення суду було проголошено не повністю, а лише його вступна і резолютивна частини.

Слід зауважити, що сама скарга має бути зрозумілою,аргументованою. Викладення аргументації у скарзі має бути послідовним. Скарга має містити докази, а також обґрунтування незаконності рішення із зазначенням норм матеріального і процесуального права, які були порушені судом під час винесення оскаржуваного рішення. Вважаємо, що апелянт повинен вказувати також і норму, яку, на його думку, слід застосувати суду при повному розгляді справи.

У ЦПК України 2004 р. введено норму, яка регулює порядок розподілу справ серед суддів апеляційного суду. Це ст. 297 ЦПК, яка закріплює порядок прийняття апеляційної скарги до розгляду. Метою цієї норми є забезпечення принципу незалежності суддів та унеможливлення незаконного пливу на суддів при порушенні апеляційного провадження.

Відповідно до ст. 301 ЦПК протягом десяти днів з дня отримання справи суддя-доповідач вчиняє такі підготовчі дії: з’ясовує питання про склад осіб, як беруть участь у справі; визначає характер спірних правовідносин та закон, який їх регулює; з’ясовує обставини, на які посилаються сторони й інші особи, які беруть участь у справі, як на підставу своїх вимог і заперечень; з’ясовує, які обставини визнаються чи заперечуються сторонами чи іншими особами; вирішує питання про поважність причин неподання доказів до суду першої інстанції; 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; за клопотанням осіб, які беруть участь у справі, вирішує питання про вжиття заходів забезпечення позову; вчиняє інші дії, пов’язані із забезпеченням апеляційного розгляду справи. Але ця стаття не містить вичерпних дій суду апеляційної інстанції з підготовки справи до розгляду. Залежно від характеру та складності справи суд апеляційної інстанції може вчиняти і ті дії, які прямо не передбачені в переліку підготовчих дій. Апеляційне провадження складається з наступних етапів: порушення справи, підготовка до розгляду та розгляд справи в суді апеляційної інстанції.

Після відкриття провадження апеляційний суд надсилає копії апеляційної скарги та доданих до них матеріалів особам, які беруть участь у справі, і встановлює строк, протягом якого можуть бути подані ними заперечення на

апеляційну скаргу. Також особи, які беруть участь у справі, мають право приєднатися до апеляційної скарги, поданої особою, на стороні якої вони виступали (до початку розгляду справи в апеляційному суді), а особа, яка подала апеляційну скаргу, має право доповнити чи змінити її протягом строку на апеляційне оскарження, відмовитися від неї повністю або частково.

Стаття 307 ЦПК закріплює повноваження апеляційного суду, який за наслідками розгляду апеляційної скарги на рішення суду першої інстанції апеляційний суд має право: 1) постановити ухвалу про відхилення апеляційної скарги і залишення рішення без змін; 2) скасувати рішення суду першої інстанції і ухвалити нове рішення по суті позовних вимог; 3) змінити рішення; 4) постановити ухвалу про скасування рішення суду першої інстанції і закриття провадження у справі або залишення заяви без

розгляду. Вважаємо, що виключення такого повноваження апеляційного суду, як можливість направити справу на новий розгляд до суду першої інстанції, викликає неоднозначну оцінку. З одного боку це співвідноситься з принципом незалежності суддів. З іншого – наявність даного повноваження давало можливість вирішити справу найбільш ефективно саме в суді першої інстанції. За наслідками розгляду скарги на ухвалу суду першої інстанції апеляційний суд має право: 1) постановити ухвалу про відхилення апеляційної скарги і залишення ухвали без змін; 2) скасувати ухвалу і постановити нову ухвалу; 3) змінити ухвалу; 4) скасувати ухвалу, що перешкоджає подальшому провадженню у справі, і направити справу для продовження розгляду до суду першої інстанції. За наслідками розгляду скарги на судовий наказ апеляційний суд має право: 1) постановити ухвалу про відхилення апеляційної скарги і залишення судового наказу без змін; 2) постановити ухвалу про скасування судового наказу та роз'яснити, що заявлені стягувачем вимоги можуть бути розглянуті в позовному провадженні з додержанням загальних правил щодо пред'явлення позову; 3) змінити судовий наказ. Ухвала апеляційного суду про відхилення апеляційної скарги на судовий наказ і залишення судового наказу без змін є остаточною і оскарженню не підлягає.

Таким чином ефективність апеляційного провадження є одним із засобів реалізації завдань цивільного судочинства і складовою права на судовий захист.

Використані джерела:

1. *Цивільний процесуальний кодекс України (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2004, N 40-41, 42, ст.492);*
2. *К.В.Гусаров «Перегляд судових рішень в апеляційному та касаційному порядках» Монографія – Х.: «Право», 2010, – 352 с.;*
3. *Про судову практику розгляду цивільних справ в апеляційному порядку: постанова Пленуму Верховного Суду України № 12 від 24.12.2008 р. [Текст] // Вісн. Верхов. Суду України. – 2008. – №11.*
4. *Судова практика Верховного Суду України у цивільних справах [Текст]: офіц. видання / за заг. ред. А.Г.Яреми. – К. : Ін Юре, 2006.*

Т. Н. Пунько
кандидат юридических наук,
доцент кафедры гражданского и хозяйственного права
Академии управления при Президенте Республики Беларусь,
Минск, Республика Беларусь

ПРЕДЕЛЫ ПРИМЕНЕНИЯ ПОСЛЕДСТВИЙ НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ СДЕЛОК

За длительную историю существования частного права выкристаллизовалось несколько видов средств защиты прав собственника. Несомненно, что главными среди них являются вещно-правовые и обязательственно-правовые средства защиты права собственности. Зашита права собственности может осуществляться также и с помощью универсальных способов защиты гражданских прав, предусмотренных ст. 11 ГК Республики Беларусь [1]. К ним, в частности, относятся иски о признании оспоримой сделки недействительной или об установлении факта ничтожности сделки и применении последствий ее недействительности.

Законодательством выстроена система исков, направленных на защиту права собственности. Однако в последнее время в литературе появляются отдельные работы, посвященные так называемой «конкуренции исков»: виндикационного и связанного с недействительностью сделки, в которых допускается применение последнего иска при ограничении виндикации [2; 3, с. 654].

Статья 283 ГК Республики Беларусь закрепляет условия удовлетворения виндикационного иска. Анализ указанной нормы позволяет сделать вывод о том, что реальный потенциал данного иска не слишком велик: собственник, передавший вещь по своей воле, не имеет права истребовать ее от добросовестного приобретателя по возмездной сделке.

Рассмотрим типичную ситуацию: собственник вещи передает ее по сделке во временное владение и пользование (например, в аренду) без права распоряжения, а затем арендатор этой вещи возмездно отчуждает ее третьему лицу (добросовестному приобретателю).

В защиту прав собственника в такой ситуации предлагается использовать правила о недействительности сделок и применении последствий недействительности, т.е. двустороннюю реституцию, вместо виндикационного иска к добросовестному приобретателю. Данная позиция аргументируется следующим образом:

1) недействительная сделка с момента ее заключения не порождает никаких правовых последствий, а стало быть, и титула собственника у добросовестного приобретателя;

2) в отличие от изъятия имущества по виндикационному иску применение последствий недействительности сделки не ведет к ущемлению законных интересов добросовестного приобретателя, если брать во внимание его положение до заключения сделки, поскольку двусторонняя реституция возвращает его в аналогичное положение;

3) гражданское право не ограничивает собственника в выборе способа защиты нарушенного права и не ставит использование общих способов защиты гражданских прав в зависимость от наличия возможности использовать специальные вещно-правовые способы защиты;

4) с точки зрения формально-юридической фигура добросовестного приобретателя появляется лишь в правоотношениях, возникающих в связи с предъявлением собственником виндикационного иска – ст. 282, 283 ГК Республики Беларусь (ст. 301, 302 ГК РФ). Что касается норм об основаниях и последствиях недействительности сделок, то Кодекс, по общему правилу ст. 168 ГК Республики Беларусь (ст. 167 ГК РФ), не ставит применение последствий недействительности сделки в форме реституции в зависимость от добросовестности сторон, совершавших сделку, и не пользуется термином «добросовестный приобретатель»[3, с.809].

Эта позиция, по-нашему мнению, не согласуется с требованиями гражданского оборота, а ее последовательное проведение в жизнь могло бы привести к выводу о бесполезности правил ГК об ограничении виндикации. Следовательно, прежде всего нужно определиться с пределами применения последствий недействительности сделки.

Основа реституционного требования та же, что и обязательства, – личный характер отношений сторон. Исходя из буквального смысла ст. 168 ГК Республики Беларусь обязанность возвратить полученное по сделке возлагается только на стороны этой сделки, и содержание статьи не дает никакой возможности распространить действие этой обязанности на третьих лиц, к которым по каким бы то ни было основаниям или без оснований попала вещь, ставшая предметом спора. Следовательно, попытки распространить реституцию за пределы отношений между сторонами в сделке и вести ее до тех пор, пока не будет отыскан спорный объект, следует считать противоречащими закону.

Если фактический владелец не является другой стороной сделки, а приобрел вещь в результате последующих актов по ее распоряжению, т.е. применительно к сторонам недействительной сделки выступает третьим лицом, нет оснований считать, что между собственником и владельцем имеется личная связь. Следовательно, их связь может быть только вещной, а защита прав собственника должна осуществляться вещно-правовыми способами, т.е. путем предъявления виндикационного иска. Данная позиция нашла подтверждение в белорусском законодательстве. В соответствии с Постановлением Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 28 октября 2005 г. № 26 «если сторона в сделке, которая приобрела имущество по недействительной сделке, произвела его отчуждение по возмездному договору добросовестному приобретателю, истребование имущества от добросовестного приобретателя допускается только при наличии оснований, предусмотренных пунктом 1 статьи 283 ГК, в том числе, когда имущество выбыло из владения собственника или владельца помимо их воли» [4].

Использованные источники:

1. *Гражданский кодекс Республики Беларусь: КодексРесп. Беларусь, 7 дек. 1998 г., № 218-З: принят Палатой представителей 28 окт. 1998 г.: Одобр. Советом Респ. 19 нояб. 1998 г.: в ред. Закона Респ. Беларусь от 10.01.2011 г., № 241-З //*

Эталон-Беларусь [Электрон.ресурс] / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2011.
2. *Каравай А.В. «Конкуренция прав собственника и добросовестного приобретателя: вопросы теории, законодательства и правоприменительной практики» // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2011.*
3. *Брагинский, М. И. Договорное право. Общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – 3-е изд., стер. – М.: Статут, 2001. – Кн. 1. – 848 с.*
4. *О некоторых вопросах применения хозяйственными судами законодательства, регулирующего недействительность сделок: Пост. Пленума Высш. Хоз. Суда Респ. Беларусь от 28.10.2005 N 26 // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2011.*

Н. А. Рева
студентка юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ЩОДО ПОНЯТТЯ ПУБЛІЧНОГО ПОРЯДКУ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Значну увагу проблемам публічного порядку та його порушення як підстави нікчемності правочину розглядали у своїх працях такі вчені-цивілісти: Д. Боброва, М. Брагінський, М. Сібільов, Ф. Хейфец, О. Дзера та інші. У теорії та практиці цивільного права досить актуальними є проблеми, що пов’язані з недійсністю вчинених правочинів, це пов’язано з тим, що недійсні правовідносини не породжують тих юридичних наслідків, які мали на меті їх учасники.

Необхідно обґрунтувати таку підставу нікчемності правочину як порушення вчиненим правочином публічного порядку, що визначена у ст. 228 ЦК [1, 64]. Це пов’язано, перш за все, з тим, що цивільне законодавство України покликане врегулювати приватноправові відносини, до яких категорію публічного порядку навряд чи можна віднести. Термін «публічний порядок» потребує детального дослідження.

Необхідно чітко розмежувати правочини, що порушують публічний порядок, від інших підстав нікчемності вчинених правочинів, а також визначити межі застосування ст. 228 ЦК України, які могли б бути використані судами під час розгляду справ даної категорії.

На думку американського цивіліста Г. Ласка, публічний порядок – це одне з тих розпливчатих правових понять, які надають праву гнучкість [2, 152].

З викладеного можна зробити висновок, що публічний порядок – це публічно-правові відносини, які мають імперативний характер і визначають основи суспільного ладу держави.

Відповідно до ППВСУ «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними «п. 18 правочинами що порушують публічний порядок є правочини, що посягають на суспільні, економічні та соціальні основи держави, зокрема: правочини, спрямовані на використання всупереч закону комунальної, державної або приватної власності; правочини, спрямовані на незаконне відчуження або незаконне володіння, користування, розпорядження об'єктами права власності українського народу – землею як основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави, її надрами, іншими природними ресурсами (стаття 14 Конституції України); правочини щодо відчуження викраденого майна; правочини, що порушують правовий режим вилучених з обігу або обмежених в обігу об'єктів цивільного права тощо.

Усі інші правочини, спрямовані на порушення інших об'єктів права, передбачені іншими нормами публічного права, не є такими, що порушують публічний порядок [3].

Стаття 228 ЦК України для правочину, що порушує публічний порядок, передбачає наявність умислу сторін (сторони) на незаконний результат, а також суперечність його публічно-правовим актам держави

На нашу думку, ст. 228 ЦК України повинна підлягати ширшому тлумаченню, а термін «публічний порядок» – як оціночний критерій, закріплений у публічно-правових нормативних актах держави. Під правочин, що порушує публічний порядок повинні підпадати правочини, спрямовані (вчиняються з умислом) на порушення публічних нормативно-правових актів: Конституції України, валютного, митного, податкового, антимонопольного та іншого публічно-правового законодавства, у якому закріплені основи державного ладу, політичної системи, економічної безпеки держави, і у той же час є злочинами чи адміністративними деліктами.

На нашу думку є доцільним доповнення ст. 228 ЦК України частиною третьою: «Сторона правочину, що порушує публічний порядок, яка винна у його вчиненні, має повернути все безпідставно отримане або збережене майно суб'єкту, за чий рахунок вона отримала (зберегла) це майно за правилами глави 83 цього Кодексу. Крім того, вона зобов'язана в повному обсязі відшкодувати збитки та моральну шкоду, завдані вчиненням нею правочину, що порушує публічний порядок».

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради (ВВР), 2003, №№40-44, ст.356*
2. *Антонюк А.С. Правочини та поняття їх нікчемності // Матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції « Розвиток наукової думки – 2008. – Миколаїв, 2008. – С. 151-156.*
3. *ППВС України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними».*

В. В. Рєзнікова
кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри господарського права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ РЕГУЛЮВАННЯ ПОСЕРЕДНИЦТВА НА РИНКУ НЕРУХОМОСТІ

***Ринок нерухомості** – це сфера укладання угод з нерухомістю, згідно з якими передаються різноманітні (повні та часткові) права володіння, користування, розпорядження нею та здійснюються альтернативні варіанти землекористування; це система господарських відносин, які виникають при операціях з нерухомістю і є сферою вкладення капіталу в об'єкти нерухомості.*

Однією з характерних рис ринку нерухомості є потреба в його фаховому (в т.ч. посередницькому) обслуговуванні. Інституціоналізація ринку нерухомості є важливим напрямком його розвитку [1, с. 14–17]. На ринку нерухомості представлені як інституційні структури, що є суб'єктами господарювання (передусім, посередники), так і інститути, які здійснюють суто управлінські функції на ринку, сприяють його функціонуванню, захищають учасників.

Формами посередництва на ринку нерухомості є:

***рієлторська діяльність (рієлторство)** – виконувана на постійній основі господарська діяльність із надання іншим особам, установам, або організаціям за винагороду посередницьких послуг з приводу укладення угод щодо об'єктів нерухомого майна і прав на них, а також надання посередницьких послуг у сфері реалізації прав на нерухоме майно*;

***девелоперська діяльність (девелопмент)** – будь-яка посередницька діяльність, пов'язана з реконструкцією, поліпшенням та/або зміною існуючих об'єктів нерухомості, в т. ч. земельних ділянок, що призводить до збільшення їхньої вартості діяльність, діяльність пов'язана з розробкою та впровадженням інвестиційних проектів, пов'язаних з об'єктами нерухомого майна*.

Обидва види посередництва на ринку нерухомості законодавчо не врегульовані, а тому нагальним є прийняття окремих Законів України «Про рієлторську діяльність в Україні» та «Про девелоперську діяльність в Україні».

Сьогодні ринок нерухомості України є великим неврегульованим сегментом економіки держави, який знаходиться в стані кризи. Це впливає на господарський оборот, відображається на професійному становищі суб'єктів, які здійснюють господарську діяльність у цій сфері (зниження доходів, темпів розвитку тощо).

Ключовими проблемами ринку нерухомості на сучасному етапі є: професійна неврегульованість (відсутність системи, що дозволяє усунути з ринку нерухомості тих суб'єктів господарювання, що здійснюють свою діяльність некоректно, з порушенням норм чинного законодавства; відсутність єдиних стандартів провадження посередництва на ринку нерухомості); складна процедура реєстрації операцій з нерухомими майном; розбалансованість професійного середовища (відсутність професійних стандартів, що

регламентували б як рієлторську, так і девелоперську діяльність); розбалансованість інфраструктури ринку нерухомості в цілому; відсутність розгорнутої системи навчання, фахової підготовки фахівців ринку нерухомості; відсутність нормативної бази та концептуального підходу при її розробці; загальна економічна ситуація в країні, яка стримує інвесторів та гальмує розвиток ринку нерухомості.

Правове регулювання ринку нерухомості на сьогодні здійснюється за такими основними напрямками: легітимізація ринку; сприяння інформаційному забезпеченню; стандартизація вимог до угод щодо нерухомості та посвідчення їх дійсності; підвищення ефективності та безпеки угод; зменшення ризиків при здійсненні господарських операцій з нерухомістю; сприяння раціональному використанню нерухомості при господарюванні. Однак цього недостатньо.

Необхідно чітко сформулювати критерії професійної посередницької діяльності на ринку нерухомості, визначити правовий статус професійних учасників, якими є і рієлтори, і девелопери. Це потрібно всім учасникам ринку нерухомості, дозволить уникнути непорозумінь, що виникають у сфері посередництва. Доцільним є й запровадження системи страхування професійної відповідальності посередників на ринку нерухомості, страхування втрати права власності (так зване «титульне страхування»). У першому випадку при настанні страхової події страховик відшкодовує потерпілій стороні вартість придбаної нерухомості (або, за домовленістю з посередником, альтернативну нерухомість), якщо відповідно до рішення суду винуватцем такої події буде визнано посередника. В іншому випадку страхове відшкодування виплачується застрахованій особі, якщо з незалежних від посередника обставин відбувається втрата права власності на придбаний об’єкт нерухомості.

Неврегульованість законодавчого простору значно ускладнює господарську діяльність професійних посередників на ринку нерухомості. При розробці законів, інших нормативно-правових актів відсутні системні підходи, немає єдиної концепції подальшого розвитку вітчизняного ринку нерухомості. Стан справ на ринку нерухомості в нових соціально-економічних умовах свідчить про нагальну необхідність визначення правових основ у сфері посередництва, вироблення механізмів здійснення регуляторних і наглядових функцій за посередницькою діяльністю. Враховуючи необхідність встановлення чітких правил на ринку нерухомості, з метою забезпечення його ефективного функціонування, спрямованого на досягнення цілей та завдань, які стоять перед державою в умовах реформування економіки, захисту прав та інтересів споживачів посередницьких послуг, необхідно впорядкувати господарську діяльність посередників шляхом запровадження інститутів сертифікації, реєстрації суб’єктів господарювання – посередників на ринку нерухомості та/або ліцензування їх посередницької діяльності, законодавчо закріпити статус суб’єкта як рієлторської, так і девелоперської діяльності.

Необхідним є комплексне вжиття наступних заходів: врегулювання на законодавчому рівні посередництва на національному ринку нерухомості; визначення загальних правових основ у сфері посередництва; створення механізму виконання регуляторних і наглядових функцій за посередницькою діяльністю на ринку нерухомості; створення правових основ захисту інтересів

споживачів посередницьких послуг; правове забезпечення діяльності та розвитку конкурентоздатного ринку рієлторських, девелоперських послуг; запровадження інститутів ліцензування та/або сертифікації посередницької діяльності; правове забезпечення єдиної державної політики щодо ринку нерухомості; запровадження професійної відповідальності посередників.

Ринок нерухомості повинен бути не стихійним, а належним чином урегульованим, в той час, як ***організований ринок нерухомості*** *– це господарський оборот нерухомості та прав на неї, що здійснюється у точній відповідності до вимог чинного законодавства за участю професійних посередників*.

Використані джерела:

1. *Чубук, Л. П. Становлення ринку нерухомості в трансформаційній економіці : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. екон. наук : спец. 08.01.01 «Економічна теорія» / Л. П. Чубук. – К., 2004. – 21 с.*

Е. Д. Рудаковская
студентка юридического факультета
Белорусского государственного университета,
Минск, Республика Беларусь

К ВОПРОСУ О ПРАВОВОМ СТАТУСЕ ХОЛДИНГОВ (СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ)

В мировой практике под холдингом понимается объединение двух или более коммерческих организаций, в состав которого входят холдинговая (головная) компания и дочерние организации, между которыми существуют холдинговые отношения (отношения зависимости) в силу преобладающего участия в уставных (паевых, складочных) капиталах (фондах) дочерних обществ, в силу договора или иной возможности определять решения, принимаемые дочерними организациями, и проводящие единую экономическую политику.

Легальное определение понятия «холдинг» в законодательстве Республики Беларусь дано в Указе Президента Республики Беларусь от 28 декабря 2009 г. № 660 «О некоторых вопросах создания и деятельности холдингов в Республике Беларусь» (далее – Указ № 660). Холдинг по законодательству Республики Беларусь не является юридическим лицом. Холдинг считается созданным и приобретает статус холдинга с даты его регистрации, осуществляемой Министерством экономики, которое ведет Государственный реестр холдингов. Отметим, что если имеет место наличие существенных признаков холдинга, но нет государственной регистрации в качестве такового, холдинга не существует.

В Российской Федерации слово «холдинг» не является в полном смысле слова правовым термином. Оно встречается в различных правовых актах, которые в основном посвящены регулированию отношений по приватизации. В

настоящее время единственным актом, регламентирующим общие вопросы создания и деятельности холдингов в Российской Федерации, является Временное положение о холдинговых компаниях, создаваемых при преобразовании государственных предприятий в акционерные общества, утвержденное Указом Президента Российской Федерации от 16 ноября 1992 г. № 1392. В соответствии с п. 1.1 Временного положения холдинговой компанией признается предприятие, независимо от его организационно-правовой формы, в состав активов которого входят контрольные пакеты акций других предприятий. Согласно российскому законодательству холдинговые компании являются юридическим лицами и могут создаваться только в форме открытых акционерных обществ. По законодательству Российской Федерации холдинги не подлежат специальной государственной регистрации.

В соответствии с п. 7 ст. 126 Хозяйственного кодекса Украины, принятого в 2003 году, общие основы функционирования холдинговых компаний в Украине, а также особенности их образования, деятельности и ликвидации регулируются Законом Украины «О холдинговых компаниях в Украине» и другими нормативно-правовыми актами.

Закон Украины от 15.03.2006 г. «О холдинговых компаниях в Украине» в редакции закона от 07.07.2011 г. определяет холдинговую компанию как акционерное общество, которое владеет, пользуется и распоряжается холдинговыми корпоративными пакетами акций (долей, паев) двух или более корпоративных предприятий. При этом под корпоративным предприятием указанный Закон понимает хозяйственное общество, холдинговым корпоративным пакетом акций (долей, паев) которого владеет, пользуется и распоряжается холдинговая компания

Таким образом, можно сделать вывод о том, что в соответствии с Законом Украины «О холдинговых компаниях в Украине» участниками холдинга могут быть лишь хозяйственные общества, причем управляющей компанией («холдинговой компанией») является хозяйственное общество только в форме открытого акционерного общества. Как и в Российской Федерации, холдинг в Украине также признается юридическим лицом и приобретает статус юридического лица со дня его государственной регистрации в Государственном реестре холдинговых компаний Украины (п. 4 ст. 3 Закона Украины «О холдинговых компаниях в Украине»).

В ФРГ «основного закона» о холдингах также нет, как нет и единого четкого определения понятия «холдинг». В немецкой юридической литературе можно найти ряд определений понятия «холдинг». В частности, холдингом признается компания с одним или несколькими компаниями-партнерами, единственная или преобладающая цель которой заключается в том, чтобы управлять инвестициями других компаний путем объединения последних в холдинг. Условием существования холдинга является то, что он должен иметь в собственности долю в имуществе другого юридического лица. Условием существования холдинга по гражданскому праву (так называемый, Holding-BGB-Gesellschaft) является помимо наличия доли в имуществе и наличие общих экономических интересов. Холдинг в соответствии с немецким законодательством является юридическим лицом и может быть организован в

различных правовых формах. В Германии холдинги выступают преимущественно в форме акционерного общества, но нередки случаи их создания в форме обществ с ограниченной ответственностью.

Таким образом, можем констатировать, что белорусский подход к пониманию холдинга отличается от имеющих место в иных государствах, что вызывает существенный интерес не только зарубежных исследователей, но и порождает необходимость скрупулезного доктринального исследования данного правового явления со стороны отечественной науки.

С. С. Савич
аспірант Волинського національного університету імені Лесі Українки, Луцьк, Україна

ПОЛЬСЬКИЙ ДОСВІД АДАПТАЦІЇ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ОХОРОНУ ГЕОГРАФІЧНИХ ЗАЗНАЧЕНЬ ПОХОДЖЕННЯ ТОВАРІВ ДО ВИМОГ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Теперішній стан польського законодавства у сфері охорони географічних зазначень є результатом роботи з його адаптації до стандартів ЄС. Ця робота мала чітку обумовленість – включити правову систему Польщі у існуючий вже у ЄС режим охорони географічних зазначень, причому ціллю виступала не стільки гармонізація національного законодавства з європейським, скільки створення правових передумов для безпосереднього регулювання географічних зазначень правом ЄС.

Висвітлення особливостей процесу адаптації, характеристика його етапів та результатів може бути корисними для вітчизняного законодавця у зв’язку з процесами євроінтеграції України. Зважаючи на те, що Польща з 2004 року є членом Співтовариства, це питання є актуальним для української юридичної науки.

Першим етапом адаптації польського законодавства (його можна хронологічно окреслити з 2000 року до 2004 року, – коли Польща вступила до ЄС) у сфері охорони географічних зазначень слід вважати прийняття закону про право промислової власності, яким запроваджено охорону цього об’єкта шляхом реєстрації і надання внаслідок неї суб’єктивного права. Це значно розширило можливості правової системи Польщі, дозволяючи охороняти кваліфіковані географічні зазначення. Натомість законодавство про боротьбу з недобросовісною конкуренцією, яке діяло до прийняття згаданого закону, могло забезпечити охороною тільки прості географічні зазначення. Рівень охорони у законі про промислову власність, на відміну від останнього, не ставиться у залежність навіть від того, буде чи ні введений в оману споживач щодо фактичного місця походження товару. Забороняється вживати географічні зазначення щодо будь-яких товарів, які не походять із означеної території, навіть

тоді, коли інший виробник вживає додатки на зразок: «стиль», «спосіб», «рід», що мало би виключити помилку з боку споживача.

Однією з основних причин прийняття реєстраційної моделі охорони географічних зазначень було створення в польській правовій системі приписів, які б відповідали моделям охорони цих позначень в Європейському Союзі. Як вважає М. Кемпіньські, дана система мала приготувати польських виробників до реєстрації позначень на європейському рівні, що здійснюється Європейською Комісією [1, 2].

Другий етап відбувся зі вступом Польщі до ЄС у 2004 і поширенням на її територію дії Регламенту 2081/92 ЄС Утворилась певна компільована система охорони географічних зазначень, що було зумовлено втратою чинності положень закону про промислову власність щодо зазначень сільськогосподарських товарів, продуктів споживання та традиційних товарів, натомість їх реєстрація та охорона мала би здійснюватись на підставі безпосередньо цього акту ЄС. Професор Скубіш зауважує, що у Польщі внаслідок цього склалась ситуація, коли не існувало жодного географічного зазначення, яке би охоронялось на підставі норм національного права, оскільки всі вони були вилучені, натомість для їх охорони потребувалась нова реєстрація, тепер уже в Комісії ЄС [2, 4]. Так само із закону про промислову власність виключено охорону зазначень вин та алкогольних напоїв.

Національна система охорони географічних зазначень, та, яка залишилась після вилучення із закону про промислову власність вказаних об’єктів, стала застосовуватись переважно лише щодо товарів промислового виробництва, що масштабно зменшило сферу його застосування [3, 83]. Промислові географічні зазначення законодавець ЄС не включив до загальноєвропейської охорони, хоча у промислово розвинутих країнах таким зазначенням надається особлива увага (так, Швейцарія прийняла закон, що охороняє зазначення годинників Swiss made, у Німеччині зареєстровано географічні зазначення для столових приборів, ножів, бритв тощо) [4, 77]. Для традиційно сільськогосподарської Польщі не склалось традицій виробництва такого роду товарів, що б дозволяло говорити про наявність потреби охорони їх географічних зазначень. Цей стан, на думку, проф. Скубіша, дозволяє поставити питання про вилучення із закону про промислову власність усіх норм, які регулюють географічні зазначення у зв’язку з їх непотрібністю [2, 15].

Таким чином, у залежності від виду товару, географічне зазначення якого підлягає охороні, можна виділяти три рівні їх охорони: 1) національний – стосовно невизначеного кола географічних зазначень (переважно промислові) 2) квазінаціональний – зазначень алкогольних напоїв та 3) загальноєвропейський (союзний) – зазначень вин, сільськогосподарських товарів, продуктів споживання та традиційних продуктів.

Географічні зазначення, які не охоплюються охороною нормами закону про промислову власність Польщі, охороняються окремими законодавчими актами:

- законом про реєстрацію та охорону назв та зазначень сільськогосподарських товарів та споживчих продуктів а також про традиційні

продукти Республіки Польща. (Ustawa o rejestracji i ochronie nazw i oznaczeń produktów rolnych i środków spożywczych oraz o produktach tradycyjnych)

- законом про виготовлення та розлив винних виробів, їх оборот та організацію ринку вина Республіки Польща (Ustawa o wyrobie i rozlewie wyrobów winiarskich, obrocie tymi wyrobami i organizacji rynku wina)

- закон про виробництво алкогольних напоїв, а також реєстрацію та охорону географічних зазначень алкогольних напоїв Республіки Польща (Ustawa o wyrobie napojów spirytusowych oraz o rejestracji i ochronie oznaczeń geograficznych napojów spirytusowych).

У випадку зазначень алкогольних напоїв, режим правової охорони яких у Польщі ми означили як квазінаціональний, реєстрація у Європейській комісії носить факультативний характер, а тому юридичним фактом, що зумовлює поширення на них охорони є занесення до Переліку географічних зазначень, що ведеться міністром у справах сільського господарства Польщі. (відповідно до арт. 33 закону про виробництво алкогольних напоїв, а також реєстрацію та охорону географічних зазначень алкогольних напоїв Республіки Польща, географічне зазначення алкогольного напою, внесене до Переліку, підлягає охороні на території Республіки Польща від дня занесення його до цього переліку).

Особливістю польського законодавства після його адаптації до вимог Співтовариства є інститут тимчасової національної охорони географічних зазначень. Зазначена охорона здійснюється на підставі згаданих спеціальних законів і має зміст, аналогічний тому, що і загальноєвропейський. Проте вона обмежена територією Польщі і носить строковий характер, будучи залежною від факту реєстрації позначення у Європейській Комісії.

Викладене вище дозволило нам прийти до висновків, що при роботі над національним законодавством у напрямку географічних зазначень слід виходити із кінцевої мети, яку переслідують акти ЄС. Такою метою виступає не гармонізація національних законодавств, а створення у цих національних законодавствах механізмів, що б могли забезпечити безпосередню охорону географічних зазначень на рівні ЄС Це якісно відрізняє цю сферу комерційних позначень від торговельних марок, де переважали роботи саме по гармонізації законодавства (за винятком, звичайно, торговельної марки ЄС). Процес уніфікації польського із загальноєвропейським має чітку етапність. Перший етап дозволив підготувати польських виробників до реєстрації географічних зазначень на загальноєвропейському рівні через запровадження механізму охорони через реєстрацію і надання внаслідок неї суб'єктивного права на зазначення, другий – створив передумови безпосереднього застосування актів ЄС щодо географічних зазначень. Загальноєвропейська охорона носить вибірковий характер, що вплинуло на системи охорони цих зазначень, що співіснують в Польщі. Ми виділяємо три таких рівні охорони: власне національний, квазінаціональний та загальноєвропейський (союзний).

Використані джерела:

1. *Kępiński M. Oznaczenia geograficzne w prawie własności przemysłowej / Marian Kępiński // Przegląd prawa handlowego.- grudzień 2002. – S. 1-12*

2. *Skubisz R. Ochrona geograficznych oznaczeń pochodzenia w prawie wspólnotowym i polskim / Ryszard Skubisz // Europejski Przegląd Sądowy. – luty 2006. – S. 4 – 17.*
3.. *Całka E. Geograficzne oznaczenia pochodzenia. Studium z prawa wspólnotowego i prawa polskiego / Edyta Całka. – Warszawa: Wolters Kluwer Polska. – 2008. – 363 S.*
4. *O'Connor B. The law of geographical indications / Bernard O'Connor. – London: Cameron May.- 2004. – 500 P.*

И. В. Салей
студент юридического факультета
Белорусского государственного университета,
Минск, Республика Беларусь

ЛИЦЕНЗИРОВАНИЕ ИГОРНОГО БИЗНЕСА (ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ)

1. Правовое регулирование в сфере игорного бизнеса на территории Республики Беларусь насчитывает более 20 лет. Данный вид предпринимательской деятельности, каковым без сомнения является игорный бизнес, на протяжении названного периода всегда признавался лицензируемым. Однако развитие законодательства в данной отрасли неоднократно приводило как к смене лицензирующих органов, так и к изменению нормативных требований относительно оснований и порядка лицензирования.

Существенные изменения в сфере правового регулирования лицензирования игорного бизнеса связаны с обновлением общей нормативной базы лицензирования, а именно, с подписанием Президентом Республики Беларусь 1 сентября 2010 г. Указа № 450 «О лицензировании отдельных видов деятельности» (далее – Указ № 450), утвердившего Положение о лицензировании отдельных видов деятельности (далее – Положение о лицензировании). Следует отметить, что в целом Указ № 450 направлен на либерализацию правового регулирования лицензирования в государстве и сокращению лицензируемых видов деятельности. При этом в отличие от большинства иных видов лицензируемой деятельности правовое регулирование игорного бизнеса было значительно ужесточено.

Глава 16 Положения о лицензировании специально посвящена вопросам лицензирования игорного бизнеса в Республике Беларусь и предусматривает следующие основные изменения.

2.1. Нововведения в очередной раз привели к изменению органа, осуществляющего лицензирование игорного бизнеса. Изначально в качестве лицензирующих органов выступали исполнительные комитеты районных, городских, районных в городах Советов народных депутатов (16.10.1991 г. – 21.08.1995 г.), позднее лишь районные и городские исполнительные комитеты (21.08.1995 г. – 14.07.2003 г.). В городах с районным делением выдача лицензий осуществлялась городскими исполнительными комитетами. Последующее изменение правового регулирования отнесло лицензирование игорного бизнеса к

компетенции республиканских органов государственного управления, а именно, Министерства спорта и туризма Республики Беларусь (14.07.2003 г. – 01.01.2011 г.), с недавнего времени (с момента вступления в силу Указа № 450), Министерства по налогам и сборам Республики Беларусь (с 01.01.2011 г.). Наряду со сменой лицензирующего органа изменениям подвергалось и само понятие лицензируемой деятельности.

Считаем, что общая тенденция передачи функций по лицензированию игорного бизнеса на республиканский уровень является обоснованной, поскольку в большей степени соответствует значению и специфике игорной деятельности. Вместе с тем неоднозначной оценке может быть подвергнута передача компетенции в области лицензирования игорного бизнеса от Министерства спорта и туризма Министерству по налогам и сборам Республики Беларусь. С одной стороны, такая замена предполагает значительные экономические и организационные затраты (передача архивов и реестра лицензий, формирование отдела и назначение новой коллегии по лицензированию, обмен опытом); с другой стороны, позволяет более жестко сконцентрировать государственный контроль за осуществлением игорного бизнеса в целом.

2.2. Субъектами лицензирования в сфере игорного бизнеса в соответствии с новым законодательством могут выступать только юридические лица. Индивидуальные предприниматели, осуществлявшие данный вид деятельности, до окончания срока лицензий обязаны были их сдать и соответственно прекратить такую деятельность (до 1 марта 2011 г.).

2.3. Существенно изменились требования к руководителям организаций игорного бизнеса. Положение о лицензировании предусматривает обязательное наличие у руководителя или заместителя руководителя юридического лица стажа работы в сфере игорного бизнеса в должности руководителя или заместителя руководителя юридического лица Республики Беларусь либо в качестве индивидуального предпринимателя, зарегистрированного на территории Республики Беларусь, не менее 7 лет. По ранее действовавшему законодательству минимальный стаж составлял 3 года. Новое требование явилось основанием для закрытия большинства действующих игорных организаций. Принимая во внимание тот факт, что игорный бизнес в Республике Беларусь насчитывает не столь продолжительный период времени, на рынке остались лишь наиболее крупные представителя игорного бизнеса, которые либо уже имеют в штате таких специалистов, либо обладают возможностями по приглашению таковых.

2.4. Ужесточены правила относительно качественных характеристик помещений, предназначенных для организации деятельности в сфере игорного бизнеса. Положение о лицензировании содержит норму, в соответствии с которой помещение для организации азартных игр должно соответствовать требованиям законодательства. В развитие данной нормы 19 ноября 2010 г. Президентом Республики Беларусь был подписан Указ № 599 «О некоторых мерах по совершенствованию порядка осуществления деятельности в сфере игорного бизнеса» (далее – Указ № 599), которым утверждено Положение об осуществлении деятельности в сфере игорного бизнеса на территории

Республики Беларусь. В соответствии с п. 3 Указа № 599 игорные заведения должны располагаться только в капитальных строениях (зданиях, сооружениях), занимать эти строения полностью либо их изолированные помещения. Для размещения залов игровых автоматов могут использоваться помещения, общая площадь которых, включая служебную зону игорного заведения, должна быть не менее 100 кв. метров, а для размещения казино – не менее 250 кв. метров, за исключением игорных заведений, расположенных в помещениях гостиниц и гостиничных комплексов категории «три звезды» и выше. Указ № 599 содержит конкретный перечень мест, где не может располагаться игорное заведение, а также устанавливает, что игорные заведения, размещенные на 1 января 2011 г. в местах, не соответствующих вышеуказанным требованиям, вправе осуществлять свою деятельность с соблюдением установленных законодательством требований и условий, в том числе лицензионных, до истечения срока действия специального разрешения (лицензии) без права его продления, но не позднее 1 июля 2012 года.

2.5. С 1 января 2011 г. закреплен предварительный разрешительный порядок лицензирования. Для получения лицензии необходимо предоставление согласия соответствующего местного исполнительного и распорядительного органа на размещение игорного заведения на соответствующей территории.

3. В результате введения новых правил лицензирования игорного бизнеса в Республике Беларусь только за первые шесть месяцев 2011 г. количество организаций игорного бизнеса сократилось практически вдвое (с 205 до 115 субъектов). Прогнозируется, что такая тенденция будет продолжаться. Закрытию в основном подлежат залы игровых автоматов и, в меньшей степени, казино. По состоянию на 1 июля 2011 г. в Республике Беларусь насчитывалось 61 казино, из них 30 казино в г. Минске.

На основе выше изложенного, считаем, что установление более жестких правил при регулировании игорного бизнеса с учетом характера такой деятельности является оправданным. На наш взгляд, тенденции развития правового регулирования в сфере лицензирования игорного бизнеса носят положительный характер и призваны сохранить на данном рынке лишь наиболее крупных «игроков», являющихся стабильными участниками экономического оборота. При этом основываясь на том, что игорный бизнес есть предпринимательская деятельность, государство должно обеспечить стабильность ее правового регулирования.

С. О. Салій
студентка юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПОЗОВУ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Забезпечення позову є важливим і передусім дієвим засобом унеможливлення уникнення недобросовісним контрагентом цивільної відповідальності, а також ефективним засобом забезпечення реального виконання судового рішення.

Поняття «забезпечення позову» в науці та практиці тлумачиться по-різному.

Забезпечення позову – це вжиття судом, в провадженні якого знаходиться справа, заходів щодо охорони матеріально-правових інтересів позивача, які гарантують за його позовом про присудження реальне виконання позитивно прийнятого рішення.[6,с.285]

В. Е. Теліпко визначає забезпечення позову, як вжиття судом, у провадженні якого знаходиться справа, заходів щодо охорони матеріально-правових інтересів позивача проти несумлінних дій відповідача (який може сховати майно, продати знищити або знецінити його), що гарантує реальне виконання позитивно прийнятого рішення.[4,с.297]

Недоліками даних визначень є те, що, виходячи із системного тлумачення норм ЦПК, підставою для забезпечення позову є відповідне клопотання у формі мотивованої заяви будь-якої з осіб, котрі беруть участь у справі, а не лише позивача. Склад осіб, які беруть участь у справі визначається ст.26 ЦПК, а саме: У справах позовного провадження особами, які беруть участь у справі, є сторони, треті особи, представники сторін та третіх осіб. 2. У справах наказного та окремого провадження особами, які беруть участь у справі, є заявники, інші заінтересовані особи, їхні представники. 3. У справах можуть також брати участь органи та особи, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб. 4. У справах про оскарження рішення третейського суду та про видачу виконавчого листа на примусове виконання рішення третейського суду особами, які беруть участь у справі, є учасники третейського розгляду, особи, які не брали участі у справі, у разі якщо третейський суд вирішив питання про їх права і обов’язки, треті особи, а також представники цих осіб.

На мою думку, заходи забезпечення позову гарантують реальне виконання не лише *позитивно* ухваленого рішення на користь особи, яка заявила клопотання, але й коли відмовлено у задоволенні позовних вимог.

Дані недоліки виправленні у наступних визначеннях науковців.

Білоусов Ю. В. вказує, що забезпечення позову – це застосування судом заходів для створення можливості виконання у майбутньому рішення суду про присудження у випадках, якщо їх невжиття може утруднити чи зробити неможливим виконання рішення.[5,с.102]

У тлумачному словнику цивільного процесу К.О. Лебедя є як визначення забезпечення позову, так і визначення забезпечення виконання рішення суду.

Забезпечення позову – це заходи, які вживаються судом за заявою осіб, які беруть участь у справі, якщо неприйняття таких заходів може утруднити або зробити неможливим виконання рішення суду. Забезпечення виконання рішення суду – це заходи, які приймаються судом з метою належного виконання судового рішення.[2,с.83-84] Виходячи із наведених визначень, можна сказати фактично про їх дублювання

Постанова Пленуму Верховного Суду України від 22 грудня 2006 р. № 9 «Про практику застосування судами цивільного процесуального законодавства при розгляді заяв про забезпечення позову» тлумачить забезпечення позову, як сукупність процесуальних дій, які гарантують виконання рішення суду в разі задоволення позовних вимог.[1]

Так як, заходи забезпечення позову діють до виконання рішення суду, яким закінчується розгляд справи по суті, то можна зробити висновок, що забезпечення позову включає не лише діяльність суду, а й інших органів.

Наведений у частині першій ст. 152 ЦПК України перелік видів забезпечення позову не є вичерпним, тому за наявності відповідного клопотання можуть бути застосовані й інші його види, але з урахуванням обмежень, установлених у частині четвертій зазначеної вище статті.

Вносячи зміни Законом України від 17 листопада 2009 р. № 1720-VI до частини першої ст. 151 ЦПК України, відповідно до яких суд за заявою осіб, які беруть участь у справі, може вжити *передбачених цим кодексом* заходів забезпечення позову, законодавець забув про положення частини другої ст. 152 ЦПК України, згідно з яким за необхідності судом можуть бути застосовані інші види забезпечення позову

Це породжує дискусію про поширення інституту забезпечення позову і на інші види цивільного судочинства.

Щодо окремого провадження, то в теорії поширена думка, що деякі норми за визначенням не можуть застосовуватися в окремому провадженні – про підсудність, мирову угоду, визнання вимог, третіх осіб, забезпечення позову.

Але, щодо справ окремого провадження про відновлення прав на втрачені цінні папери на пред’явника та векселі, то у ст. 262 ЦПК України йдеться про те, що суд у порядку досудового розгляду повинен постановити ухвалу, якою заборонити здійснювати будь-які операції за втраченим цінним папером на пред’явника або за векселем (п. 2 частини першої). Як слушно зазначають деякі вчені, заборона провадити будь-які операції за втраченим цінним папером на пред’явника є способом забезпечення заяви, що в цілому не властиво окремому провадженню. Але, як бачимо, такий інститут позовного провадження застосовується і в окремому провадженні.

Отже, основною метою, з якою застосовуються заходи забезпечення позову, є виконання майбутнього судового рішення.

Використані джерела:

1. *Постанова Пленуму Верховного Суду України від 22 грудня 2006 р. №9 «Про практику застосування судами цивільного процесуального законодавства при розгляді заяв про забезпечення позову».*
2. *Лебедь К.А. Толковый словарь гражданского процесса / К.А. Лебедь. – М.: Городец, 2007. – 208 с.*

3. *Теліпко В. Е. Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України. Станом на 01.11.2010 р. / За ред. Притики Ю. Д. – К.: Центр учбової літе-ратури, 2011. – 696 с.*
4. *Цивільний процес : навчальний посібник. / А.В. Андрушко, Ю.В. Білоусов, Р.О. Стефанчук, О.І. Угриновська та ін. / За ред. Ю.В. Білоусова. – К.: Прецедент, 2005. – 172 с.*
5. *Штефан М.Й. Цивільне процесуальне право України: Академічний курс. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2005. – 622 с.*

О. Є. Самбір
адвокат, асистент кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПІДСУДНОСТІ ЦИВІЛЬНИХ СПРАВ У ПОЗОВАХ ПРО ОСКАРЖЕННЯ ДОГОВОРІВ ПОРУКИ ТА ПРИ СТЯГНЕННІ СТРАХОВИХ ВИПЛАТ З СТРАХОВИХ КОМПАНІЙ ЯК СУБ'ЄКТІВ ФІНАНСОВИХ ПОСЛУГ

У зв'язку з розвитком сфери банківської діяльності та надання фінансових послуг фізичним особам у провадженні судів загальної юрисдикції значний відсоток цивільних справ становлять позови фізичних осіб до страхових компаній про виплату страхової суми та позови про визнання недійсними договорів поруки.

Адреса юридичної особи (банку, страхової компанії), контрагентом за договором, у більшості випадків не співпадає з фактичним місцем укладення договору, який, як правило, укладається за місцем реєстрації фізичної особи. Тому на практиці виникають труднощі у визначенні підсудності цивільної справи у випадку, коли підроблено підписи за особу за договором поруки, чи не виплачується страхова виплата страхувальнику.

В єдиному реєстрі судових рішень викладено діаметрально протилежні позиції суддів щодо підсудності даної категорії справ.

Згідно *першої позиції*, розгляд справ слід проводить за правилами ч. 5 ст.110 ЦПК України, за якою позови про захист прав споживачів можуть пред'являтись за зареєстрованим місцем проживання чи перебування споживача або місцем завдання шкоди чи виконання договору [4]. При цьому позивачі мотивують правильність визначення підсудності тим, що отримували фінансові послуги у страхових компаній, банківських установ.

Відповідно до *другої позиції*, розгляд справ має здійснюватися за правилами ч.2 ст. 109 ЦПК України [4], за якою позови до юридичних осіб пред'являються до суду за їх місцем знаходження, тобто фактичним місцем ведення діяльності чи розташування офісу звідки ведеться щоденне керування діяльністю юридичною особою, як передбачено ст.93 ЦК України [3].

Така неоднозначність позиції судової практики приводить до проблем при розгляді цивільних справ судами першої інстанції. Прикладом може слугувати наступна життєва ситуація.

Позивач (фізична особа), який зареєстрований в м. Хмельницькому, уклав договір добровільного страхування життя зі страховою компанією «Життя», юридична адреса якої м. Київ, а третьою особою з самостійними вимогами по даній справі виступало ПАТ «Газбанк». Позов про стягнення страхової виплати з відповідача на користь вигодонабувача ПАТ «Газбанк» було подано до Хмельницького міськрайонного суду.

Суд першої інстанції отримавши позов відмовив у відкритті провадження посилаючись на непідвідомчість розгляду даної справи в Хмельницькому міськрайонному суді.

Апеляційна інстанція задовольнила апеляцію позивача і скасувала ухвалу першої інстанції і направила справу для розгляду по суті. Потягом року розгляду справи представники відповідача та третьої особи в судові засідання не являлись, під різними приводами розгляд відкладали.

При цьому відповідачем було подано касаційну скаргу на ухвалу апеляційного суду, яка визначила правильною підсудність в Хмельницькому міськрайонному суді. В даний час касаційною інстанцією відкрито касаційне провадження по справі, справа витребувана до Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних та кримінальних справ. Відповідно, на обґрунтування кожної з позицій було надано протилежні за змістом мотивовані ухвали суду.

Невирішеність питання про підсудність цивільних справ у позовах про оскарження договорів поруки та при стягненні страхових виплат з страхових компаній як суб'єктів фінансових послуг призводить до порушення принципу цивільного судочинства про юридичну рівність учасників процесу при реалізації ними права на захист [1, с. 197].

На нашу думку, єдиним гарантовано можливим варіантом розгляду позову фізичної особи про визнання недійним договору поруки за її місцем проживання залишається подання зустрічного позову до первісного позову банківської установи до поручителя про стягнення коштів, врахувавши вимоги до строків звернення. У такому випадку позов банківської установи про стягнення коштів буде подаватись за місцем проживання фізичної особи, яка в свою чергу може до початку розгляду справи по суті подати зустрічний позов, об'єднавши ці справи в одне провадження, що на практиці доцільно робити.

Використані джерела:

1. *Романюк Я.М. Коментар постанови Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009року №9 «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» Практика розгляду Верховним Судом України цивільних справ про визнання правочинів недійсними / Я. М. Романюк. – Київ. : Вид-во «Істина», 2011.-222с.*
2. *Цивільне право України. Особлива частина : підручник / [Боднар Т. В., Бервено С. И., Безклубий С. М. та ін.] ; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, Р. А. Майданика. – 3-тє вид., перероб. і доп. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 1176 с.*

3. *Цивільний кодекс України: офіційне видання.-К. : Видавець А. В. Паливода, 2011.-377с.*
4. *Цивільний процесуальний кодекс України: офіційне видання.-К.: Видавець А. В. Паливода, 2011.-202с.*
5. *Шестакова Н.Д. Недействительность сделок / Н. Д. Шестакова.- СПб. : Изд-во Р.Асланова «Юридический центр Пресс», 2008.-360с.*

А. А. Самкович
студентка юридического факультета
Международного университета «МИТСО»,
Минск, Республика Беларусь

ЮРИДИЧЕСКИЕ ФАКТЫ КАК ОСНОВАНИЯ ВОЗНИКНОВЕНИЯ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ И ОБЯЗАННОСТЕЙ

Основанием возникновения, изменения или прекращения гражданских прав и обязанностей служат юридические факты, на что неоднократно указывалось в юридической литературе. В теории юридических фактов наиболее распространенным является определение «*юридического факта»*, как факта реальной действительности, с которым нормы права связывают возникновение, изменение и прекращение правоотношений. Однако М.А. Рожкова утверждает, что такое определение содержит в себе внутреннее противоречие. Для точного и правильного определения понятия «юридический факт» необходимо рассмотреть такое понятие, как «*правовая модель обстоятельства*», которую М.А. Рожкова раскрывает как, «абстрактное обстоятельство, указание на которое содержится в норме права и с которым норма права связывает возможность наступления определенных последствий» [3, с. 4]. Нормы права не могут содержать в себе всю «палитру» жизненных обстоятельств, поэтому в их содержании закрепляется «правовая модель обстоятельства». Юридический факт, представляет собой конкретное, реальное, жизненное обстоятельство, которое наступило в действительности и подходит под норму права. Рожкова М.А. формулирует определение *юридического факта,* как «реальное жизненное обстоятельство, с правовой моделью которого гражданское право связывает определенные юридические последствия, и фактическое наступление которого влечет такие последствия в сфере гражданских правоотношений» [3, с. 4]. Важным моментом в данном определении является, фактическое наступление определенных юридических последствий, наступление которых непосредственно указывает на то, что им предшествовал юридический факт. Это в свою очередь указывает на значимость юридического факта для права. Таким образом, устанавливается четкое разграничение между юридическими фактами и фактическими обстоятельствами ничего не значащими для права (например, послеобеденный променад).

Рассматривая *юридический факт*, как жизненный факт, с абстрактной моделью которого норма права связывает наступление последствий,

М.А. Рожкова отмечает, что в данном случае норма права может придать юридическую значимость любому жизненному обстоятельству, поскольку норма права закрепляет лишь абстрактную модель обстоятельства. Но ведь не всякое жизненное обстоятельство может являться юридическим фактом. Поэтому, по мнению М.А. Рожковой, существует необходимость введения в теорию юридических фактов такого понятия, как «*состава юридического факта»*. Он включает в себя следующие элементы: свойства, качества, характеристики, то есть признаки, которым нормы права придают юридическое значение и которые характеризуют правовую модель обстоятельства. «*Состав юридического факта* – совокупность условий наступления жизненного обстоятельства, требование о которых вытекает из нормы права и при наличии которых оно признается юридическим фактом» [3, с. 13]. Элементы, входящие в состав юридического факта определяют возможность какого-либо жизненного обстоятельства стать непосредственным юридическим фактом.

Однако понятие «состав юридических фактов», следует отличать от понятия «юридический состав». *Юридический состав* – это совокупность самостоятельных юридических фактов, необходимых для наступления предусмотренных нормой права последствий. Различие состоит в том, что в юридический состав входят самостоятельные юридические факты, которые могут порождать в независимости от юридического состава, юридические последствия. Например, совершение сделки купли-продажи не будет являться достаточным основание для перехода права собственности на проданную вещь, так как это возможно лишь, после государственной регистрации факта перехода права собственности на недвижимое имущество. В данном примере, для наступления юридического последствия (возникновения права собственности у покупателя), необходимо наличие двух юридических фактов: совершение сделки купли-продажи и государственной регистрации, что в совокупности образует юридический состав. Однако такой юридический факт, как совершение сделки купли-продажи является автономным от данного юридического состава и самостоятельно может повлечь возникновение права собственности у покупателя, при передаче права собственности на движимое имущество.

Однако не все юридические факты могут являться автономными и самостоятельными основаниями возникновения, изменения или прекращения гражданских прав и обязанностей. Таким юридическим фактом являются *сроки*, – это такие юридические факты, которые могут выступать только как элементы юридического состава. В.Б. Исаков утверждает, что: «Срок сам по себе, вне связи с ситуацией, с иными юридическими фактами, никакого содержания не несет: срок значим только как срок *чего-либо*» [2, с. 5]. Юридический состав является сложным основанием движения гражданских правоотношений, так как в своем составе может содержать неопределенное количество юридических фактов, как действий, так и событий. Важным на практике является, четкое разграничение юридических фактов между собой, а так же их последовательность и очередность в конкретном юридическом составе. Так, при неточном определении юридического состава, может произойти ошибка в применении нужной нормы права.

В теории юридических фактов существует классификация юридических составов на простые и сложные. По мнению И.А. Маньковского, «сложным является юридический состав, включающий совокупность фактических обстоятельств, очередность наступления которых регламентирована правовыми нормами» [1, с. 85]. Например, право наследования возникает лишь после смерти наследодателя. «Простым являются юридический состав, в который входит некоторая совокупность фактических обстоятельств, очередность наступления которых не регламентирована правовыми нормами» [1, с. 85]. Однако, как было изложено ранее, значимым для права, является лишь юридический факт, а не фактическое обстоятельство, которое не порождает юридического последствия. Значит, сложным следует признать юридический состав, включающий в себя совокупность юридических фактов, очередность наступления которых регламентирована правовыми нормами. Простым следует признавать юридический состав, включающий в себя совокупность юридических фактов, очередность наступления которых не регламентировано правовыми нормами.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что значимым для права все же является не фактическое обстоятельство, а юридический факт. Необходимо ввести так же понятие, предлагаемое М.А. Рожковой «состав юридического факта», которое поможет, при выделении характеристик и качеств жизненного обстоятельства признать его юридическим фактом. Данная тема подлежит дальнейшей разработке и тщательному исследованию, поскольку юридический факт является единственным основание возникновения гражданских правоотношений.

Использованные источники:

1. *Маньковский, И.А. Гражданское право. Общая часть / И.А. Маньковский, С.С. Вабищевич. – Минск : Молодежное, 2011. – 184 с.*
2. *Исаков, В.Б. / Юридические факты: прошлое, настоящее, будущее // Сборник свердловской школы юристов. – 2007. – с. 37 – 40.*
3. *Рожкова, М.А. Юридические факты в гражданском праве // Приложение к ежемесячному журналу «Хозяйство и право». – 2006. – № 7. – 70 с.*

О. О. Свіжа
помічник судді Господарського суду Хмельницької області,
здобувач кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

РЕТРОСПЕКТИВНИЙ АНАЛІЗ ВИНИКНЕННЯ І ВСТАНОВЛЕННЯ ДИТЯЧОГО БУДИНКУ СІМЕЙНОГО ТИПУ У XX ст. НА УКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ

Для становлення України, як правової соціальної держави є прийняття низки законів, спрямованих на реалізацію прав уразливих категорій населення. Такими є діти – сироти та діти позбавлені батьківського піклування.

Питанню влаштування дітей – сиріт та дітей позбавлених батьківського піклування відведено окремий розділ Сімейного кодексу України (СК), що містить в два рази більше норм в порівняні із старим кодексом. При цьому значна їх кількість не позбавлена недоліків, для подолання яких необхідно внести ряд законодавчих коректив. Для цього, в свою чергу, важливим є вивчення історичного досвіду встановлення інституту дитячого будинку сімейного типу.

Питання історичного розвитку інституту дитячого будинку сімейного типу є предметом дослідження таких вчених, як О.Шипіленко, В.Москалюк, М.Кулішер, І. Покровський і інші. Однак, у даних наукових дослідженнях розглядається лише історичний розвиток таких форм влаштування дітей позбавлених батьківського піклування як опіка та піклування. Поза увагою залишаються такі форми влаштування як прийомна сім’я, дитячий будинок сімейного типу тощо.

Тому, дослідження питання історичного розвитку дитячого будинку сімейного типу є важливим та цікавим, у зв’язку з прийняттям нових цивільного і сімейного кодексів України.

Так, тривають і досі в юридичній літературі дискусії щодо існування дитячого будинку сімейного типу у XX ст. Адже економічний розвиток Росії (у складі якої перебувала Україна) не міг не позначитися на проблемах, пов’язаних з влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування. Держава стала влаштування сиріт перекладати на організації, у веденні яких знаходилися окремі групи населення. У кріпосній Росії піклування про дітей-сиріт було розподілене між окремими відомствами. З 18 грудня 1890 року з’явились Тимчасові правила про прийом немовлят. Незабаром – в 1894 році вони були замінені правилами постійними, такими, що діяли до жовтня 1917 року.

Після революції 1917 р., коли молода радянська республіка зіткнулася з масовим осиротінням і безпритульністю, основною (якщо не єдиною) формою пристрою стали державні дитячі будинки. У 1918 році всі діти були оголошені державними і до 1989 року розширювалася мережа різноманітних форм дитячих будинків. Ця ідеологія позначилася і на тому законодавстві, яке почала приймати нова радянська держава. Перший сімейний кодекс РРФСР 1918 року

відображав негативне ставлення до усиновлення і практично забороняв його. Це пояснювали тим, що нібито усиновлення використовувалося як замаскована форма експлуатації праці неповнолітніх сиріт та бездоглядних дітей.

В Україні перший Кодекс законів про сім'ю, шлюб, опіку та акти громадянського стану був прийнятий у липні 1919 року. Він містив дві статті про усиновлення, які наголошували, що усиновлені, прийомні діти та приймаки по відношенню до усиновителя та усиновителі по відношенню до всиновлених, прийомних дітей та приймаків, якщо усиновлення мало місце до видання цього Кодексу, прирівнюються до родичів за походженням, а всиновлення, яке мало місце після набрання чинності цим Кодексом, не породжує ніяких цивільних обов'язків і прав для всиновителів та усиновлених. Але через те, що на Україні почалися воєнні дії (наступ денікінських військ), цей перший сімейно-шлюбний кодекс УРСР фактично ніколи не набрав чинності, завдяки чому на Україні інститут усиновлення продовжував існувати як ще один різновид сімейного влаштування дітей, які залишилися без батьківського піклування.

Ще одним способом улаштування покинутих дітей у сім'ю, що на деякий час замінив усиновлення, стало приймацтво, яке передбачалося Земельним кодексом 1922 року. Правову природу цього інституту свого часу визначила З.Чирикова, яка охарактеризувала його як «двосторонній договір, укладений особою, яка пропонує свою трудову допомогу в роботі селянського двору, та двором, що приймає цю особу на рівних з усіма іншими членами цього двору умовах» [5;88]. Нею ж було проведено межу між приймацтвом та усиновленням [1;105].

Після створення у 1922 році СРСР розпочалися великі кодифікаційні роботи по створенню нового сімейного законодавства. У цей період знову з'являється тенденція до передачі бездоглядних дітей на виховання сім'ям робітників та селян. У 1926 році були прийняті нові Кодекси законів про сім'ю, опіку, шлюб та акти громадянського стану РРФСР та УРСР. Ці два кодекси мало чим відрізнялися один від одного. Одним із головних їх досягнень стало відновлення інституту усиновлення.

В Україні виник інститут патронату, який встановлювався Кодексом законів про народну освіту 1922 року. Цей Кодекс, запроваджуючи інститут патронату, на жаль, не забезпечував детального його регулювання. Патронат установлювався як засіб боротьби з бездоглядністю та правопорушеннями. Найбільшого поширення патронат набув у роки після Другої світової війни, коли з'явилася нова хвиля бездоглядних дітей та дітей-сиріт, які потребували піклування, а держава за допомогою дитячих закладів для таких дітей не в змозі була подолати це явище, викликане війною. У 50-і роки Н.С. Хрущов проголосив, «інтернат – краща форма дитячих будинків», і в нашій країні збільшилася помітно кількість інтернатів для дітей-сиріт. Після війни, в 1945 р., було створено більше 650 дитячих будинків для дітей, які у війну втратили батьків.

У роки Великої Вітчизняної війни був відроджений інститут опіки і патронату, який був скасований в перші роки радянської влади. У 1936 році знов з'явився термін «патронат», який безпосередньо пов'язаний з ухваленням ВЦИК і СНК РСФСР ухвали «Про порядок передачі дітей на виховання (патронат) в

сім'ї трудящих». У 1943г. був прийнятий спеціальний Наказ Наркомпроса про передачу сиріт робочим і колгоспникам на патронат за договором, з виплатою зарплат і допомоги дітям. З 1960 р. стали активно упроваджуватися школи – інтернати для дітей – сиріт. Багато шкільних дитячих будинків було перетворено в школи – інтернати.

Принцип сімейного виховання як передумови формування гармонійної особистості дитини, позбавленої батьківської опіки, був визначений австрійським педагогом Германом Гмайнером, який розробив систему функціонування містечок для дітей-сиріт із сімейними формами виховання – «SOS-Kinderdorf». У розвитку виховних інституцій для дітей-сиріт Г. Гмайнер виступав за форми виховання, максимально наближені до сімейних, за спільне навчання і утримання хлопчиків і дівчаток. Гаслами виховної системи, запропонованої Г. Гмайнером, стали поняття «захищеність», «домашнє вогнище», а основними пріоритетами -»розуміння» і «любов»[6].

У Радянському Союзі дитячі містечка за принципом Г. Гмайнера почали створюватися у формі дитячих будинків сімейного типу, їх організатором став Дитячий фонд ім. Леніна. У 1987 р. згідно з постановою ЦК КПРС та Ради Міністрів СРСР розпочалася дослідно-експериментальна робота з визначення оптимального типу закладів для виховання та розвитку дітей, які залишилися без піклування батьків, з метою їх влаштування від часу народження до початку трудової діяльності. У 1988 році з'явилася нова форма влаштування зазначеної категорії дітей – дитячі будинки сімейного типу – експериментальна форма виховання та соціального захисту дітей-сиріт та дітей, і являв собою: дитячі містечка, розраховані на 150 – 200 дітей, що складалися з окремих багатокімнатних будинків, у яких проживали сім'ї, що взяли на виховання не менше десяти дітей-сиріт та дітей, які залишилися без піклування батьків; окремі сім'ї, які взяли на виховання не менше п'яти дітей-сиріт та дітей, які залишилися без піклування батьків, що проживали у багатокімнатних окремих квартирах або спеціальних житлових будинках.

Із прийняттям Тимчасового положення про дитячі будинки сімейного типу в СРСР з'явилась велика кількість таких будинків. І згодом виникла потреба у новому і більш досконалому положенні, яке було прийняте Кабінетом Міністрів України 27 квітня 1994 року.

У 2002р. прийнято новий Сімейний кодекс України Розділ IV якого присвячений влаштуванню дітей сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування. 26 квітня 2002 р. Постановою КМУ було затверджено Положення про дитячий будинок сімейного типу, де під дитячим будинком сімейного типу розуміється окрема сім'я, що 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.

Таким чином, ДБСТ є історично складеним видом влаштування дітей-сиріт та виник після появи усіх інших видів влаштування дітей.

Використані джерела :

1. *Смельський І.П. Приймацтво // Вестник советской юстиции. – 1925. – №3(37). – С. 105-106.*

2. Хрестоматія з історії держави та права України. – Т.1. З найдавніших часів до початку XX ст.: Навч. посіб. для юрид. вищіх навч. закладів і фак.: У 2 т. / Уклад. В.Д. Гончаренко, А.Й. Рогожин, О.Д. Святоцький; За ред. В.Д. Гончаренка. – К.: Ін юре. – 1997. – С-48.

3. Постанова Ради Міністрів СРСР «Про створення дитячих будинків сімейного типу» від 4. 17.08.1988 року № 1022 // СП СССР – 1988. – № 30..

5. Чирикова З. Примачество и усыновление // Вестник советской юстиции. – 1927. – № 8. – С. 88 – 89.

6. Брускова Е.С. Семья без родителей (социально-педагогическая система Г. Гмайнера). – М., 1993. – 180 с.

О. В. Сергійко
науковий співробітник відділу правових проблем підприємництва
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
Національної академії правових наук України,
Київ, Україна

ПРАВОВИЙ СТАТУС СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ: НАПРЯМИ СОЦІАЛІЗАЦІЇ

Можна виділити два основні напрями соціалізації правового статусу суб'єктів господарювання. Їх умовно можна позначити як внутрішній і зовнішній. Внутрішні аспекти соціалізації управління підприємствами та іншими господарськими організаціями стосуються участі трудового колективу, а також представників зовнішнього щодо підприємства середовища в управлінні підприємством. Це – один зі способів вирішення численних проблем сьогоднішнього етапу: захисту приватних і публічних інтересів, підвищення продуктивності праці, якості продукції, рівня законності, забезпечення соціально-економічного розвитку і т.д. З цього питання Господарський кодекс України містить низку фундаментальних положень, які потрібно розвивати далі. Ст. 65 ГК України встановила, що рішення із соціально-економічних питань, що стосуються діяльності підприємств, виробляються і приймаються його органами управління за участі трудового колективу і уповноваженого ним органу. Повноваження трудового колективу відносно його участі в управлінні підприємством встановлюються статутом чи іншими установчими документами відповідно вимогам ГК України, законодавства про окремі види підприємств, закону про трудові колективи. В цих нормах ГК започатковано напрямок соціалізації правового статусу суб'єктів господарювання стосовно їх внутрішньої організації [1, с.5-7].

Окрім внутрішнього, може бути виділений також зовнішній аспект, що стосується участі підприємств в управлінні публічними справами, формуванні державної соціально-економічної політики, вдосконаленні господарського законодавства. Історичний досвід свідчить, що реальна сила держави як суспільного інституту, насамперед, залежить від його підтримки громадянським

суспільством, від того, наскільки адекватно вона відбиває пануючі суспільні ідеї та пріоритети. В дослідженнях провідних вчених України зазначається, що для зміцнення держави та підвищення ефективності економіки необхідно активізувати всі конструктивні сили суспільства, надати їм реальну можливість участі у розв'язанні найважливіших соціально-економічних і політичних проблем. Єдино можливий шлях для цього – розвиток інститутів громадянського суспільства та місцевого самоврядування, тобто організацій, які виражають інтереси широких прошарків суспільства на глибинному рівні і здатних розв'язати їх творчу ініціативу, захистити їх права і контролювати бюрократичний апарат. Сьогодні йдеться про підвищення ролі асоціацій підприємців, профспілок, спілок споживачів, кооперативів у прийнятті та реалізації найважливіших рішень, що стосуються життя та добробуту пересічного громадянина. Сьогодні стало очевидним, що без тісного співробітництва держави з організаціями громадянського суспільства успішне реформування вітчизняної як економіки, так і соціальної сфери неможливе. Це передбачає зміну пріоритетів державної політики вбік соціалізації держави [2, с.36-37].

Проведене дослідження дозволяє зробити декілька зауважень. По-перше, коли йдеться про недопущення втручання держави в економічні відносини, про обмеження її функцій контролем та наглядом з посиланням на зарубіжний досвід, то в тому є певна міра хитрості, адже в умовах сформованого громадянського суспільства «левова частка» публічних організаційних заходів припадає на добре розвинуті інститути громадянського суспільства – недержавні публічні організації (саморегулівні організації).

По-друге, більш виправдано було б вести мову не про межі втручання держави у здійснення господарської діяльності як такі (вони рухливі і встановити їх непросто), а про налагодження процесуальних механізмів узгодження інтересів, які б забезпечували об'єктивність у визначенні меж розвитку.

На сьогодні з цих позицій може бути розглянуте питання про створення спеціального органу від громадськості при вищих органах державної влади. Зокрема, доцільним було б передбачити в Конституції України утворення постійно діючого консультативно-дорадчого органу при Кабінеті Міністрів України та Комітетах Верховної Ради України – Економічної і соціальної ради, до складу якої входять за посадою представник керівного складу Торгово-промислової палати України (далі – ТПП України) та Академії наук України, а також інших організацій, визначених законом.

Більш ефективною діяльність цього органу була б у разі його незалежного положення, що може бути забезпечено формуванням в порядку, визначеному законом. В такому ж порядку доцільно закріпити повноваження Ради, визначивши найбільш важливі питання, з яких узгодження законопроектів з Радою є обов'язковим – програмні законопроекти економічного і соціального характеру тощо.

На сьогодні торгово-промислові палати в Україні створюються за принципом добровільного об'єднання їх засновників, де принцип добровільного об'єднання підприємців у торгово-промислову палату полягає у праві вибору

входити або не входити до її складу. Для забезпечення участі суб'єктів господарювання у формуванні державної економічної політики як організація ТПП України, так і її повноваження потребують відповідного розвитку [3, с.76-78].

Проведений аналіз свідчить про доцільність включення всіх суб'єктів господарювання до торгово-промислової палати та публічна організація виборів її органів, розгалужена система торгово-промислових палат, включених до ТПП України, доповнені входженням представників ТПП України до складу незалежної від вищих державних органів Економічної і Соціальної Ради при Кабінеті Міністрів України та Комітетах Верховної Ради, наділеної досить вагомими повноваженнями, дозволить суттєво підняти ефективність співпраці органів виконавчої влади і суб'єктів господарювання на засадах партнерства, відкритості та прозорості. Неабиякий інтерес становлять також можливості організації недержавних господарських судів на засадах виборності за участі у виборах суб'єктів господарювання як учасників ТПП.

Розвиток правового статусу суб'єктів господарської діяльності шляхом встановлення їх права і обов'язку щодо участі в організації та діяльності ТПП забезпечить перехід від оціночної категорії розумності сполучення приватноправового і публічно-правового регулювання до інституціонального забезпечення формування легітимного господарського законодавства. Фундамент для такого розвитку потрібно закріпити в розділі 2 «Основні напрямки і форми участі держави і місцевого самоврядування у сфері господарювання» ГК України, який містить норми щодо участі у організаційно-господарських відносинах державних органів та органів місцевого самоврядування, а також інших самоврядних публічних організацій. Зокрема, статтею 21 «Об'єднання підприємців» ГК України передбачається участь у таких відносинах торгівельно-промислових палат, організацій роботодавців і їх об'єднань.

В сутності, торгово-промислові палати, організації роботодавців чи їх об'єднання тощо є самоврядними публічними організаціями, що слугують збалансуванню приватних інтересів у їхній системі та представляють інтереси у процесі збалансування приватних і публічних інтересів у відносинах з іншими публічними організаціями. Розробка інститутів громадянського суспільства, що забезпечують узгодження приватних інтересів і формування в цьому процесі публічних інтересів, сприятиме проведенню збалансованої державної економічної політики. Без державної економічної політики в умовах суспільного способу виробництва не обійтися. Але централізація буває різна, її легітимність залежить від того, хто визначає державну політику – обмежене коло незалежних народних представників або кожен суб'єкт господарювання реально може брати участь у процесі її формування. Життя вимагає правового оформлення публічного інституційного середовища як організаційно-правової основи досягнення суспільної згоди.

Використані джерела:

1. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року № 436 – IV.– Київ. – 2006.

2. *Кравцова Т. М. Державне регулювання господарської діяльності: адміністративно-правові аспекти. Монографія. Суми.: ВВП «Мрія» ТОВ. – 2006. – 50 с.*
3. *Дєгтяр О. А. Сучасні технології підтримки підприємництва і розвитку інноваційної економіки // Актуальні проблеми інноваційно-інвестиційного розвитку економіки України: Матеріали науково-практичної конференції, 27 листопада 2007 р. – Х.: Вид-во ХарРІНАДУ «Магістр»; 2008. – 90 с.*

А. П. Скіданов
студент юридичного факультету Фінансово-правового коледжу Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ПРАВА, ЩО ПОВ'ЯЗАНІ З ПУБЛІЧНИМ СПОВІЩЕННЯМ, ТА ЇХНЄ ОБМЕЖЕННЯ В ЄС ТА УКРАЇНІ

Директива 89/552/ЄЕС передбачає, що авторське право на **публічне сповіщення** через супутник захищених творів [3, ст. 2] надається виключно на підставі договору [3, ст. 3(1)]. Щодо передбачених Директивою суміжних прав,відповідна норма [3, ст. 4(1)] має лише відсильний характер. Отже, право на записування, згідно Директиви 92/100/ЄЕС, належить виконавцям стосовно їхніх передач незалежно від способу їх здійснення [4, ст. 6(2)].

Право на відтворення регулюється у відповідності до Директиви 2001/29/ЄС [7, ст. 2], як правило виконавців, виробників фонограм, виробників перших записів фільмів і організацій мовлення на відтворення їхніх об'єктів суміжних прав. Організації мовлення мають виключне право на ретрансляцію своїх передач та їхнє публічне сповіщення у місцях, доступних публіці за вхідну плату. Дещо дивує, що ні у Римській конвенції, ні у директивах не зазначено право організацій мовлення на публічне сповіщення власних передач у ефір [6, ст. 10]. Проте, право на надання доступу до загального відома публіки на власні об'єкти мовлення, за Директивою 2001/29/ЄС, мають усі категорії суб'єктів суміжних прав.

У Директиві 93/83/ЄЕС зазначено, що кабельна ретрансляція програм з інших держав-членів, становлять собою акт, що регулюється авторським правом і в деяких випадках, суміжними правами [5, абз. 27 преамбули директиви]. Це означає необхідність дотримання кабельним оператором, за такої кабельної ретрансляції, авторського права і суміжних прав через укладення індивідуальних або колективних договорів.

Нажаль, термін **«кабельний оператор»** не отримав у Директиві визначення та ще й має інший аналог назви – **«розповсюджувач кабелем»** [5, абз. 29 преамбули директиви]. Оскільки у Директиві зазначена особа визначається довільно, з контексту напрошується висновок, що йдеться про організацію, яка здійснює ретрансляцію через кабель, тобто, згідно українського

законодавства, – про **«організацію кабельного мовлення»** і, водночас, **«телерадіоорганізацію»**.

При укладанні угод на врегулювання авторських і суміжних прав, рекомендовано брати до уваги обмеження, передбачені Директивою 92/100/ЄЕС [4, ст. 10], що поширюються у разі використання коротких уривків для повідомлення про поточні події, з метою навчання або наукових досліджень, на короткочасні записи, зроблені організацією мовлення для власних передач власними засобами. Також, при урахуванні суми авторської винагороди за передачі, що здійснюються за допомогою супутників, необхідно враховувати аудиторію глядачів, на яку розповсюджується сигнал, оскільки, на відміну від наземного мовлення, супутниковий сигнал поширюється і на аудиторію глядачів сусідніх країн.

Варто також зазначити, що Директива 93/83/ЄЕС створює сприятливі умови для укладання угод з кабельної ретрансляції, оскільки передбачає проведення чесних переговорів, уникнення невиправданої відмови [5,стаття 12(11)] та можливої, на національному рівні, відмови з боку суб'єктів права після надання ними дозволу на первинну трансляцію у межах території своєї держави [2,стаття 9(3)].

Вбачаються важливими також положення статті 11 Директиви 89/552/ЄЕС, якою чітко унормовані умови трансляції реклами [2,статті 30,31] і телепродажу. Але на особливу увагу заслуговує теза статті 11(1) щодо неприпустимості «завдавати шкоди цілісності обсягу програм», тобто, моральним правам осіб, які мають права за законом. Водночас, зазначається: *«а також, щоб не завдавати шкоди правам суб'єктів прав»*. Необхідно розуміти, що такий контекст явно вказує на вимогу дотримуватися майнових прав на твори, фонограми, відеограми, програми мовлення інших осіб під час формування та здійснення власних передач мовлення. З цього приводу я вважаю, що вимоги дотримування особистих немайнових і майнових прав інших осіб мають стати складовою термінологічного визначення такого об'єкта суміжних прав, як «передача мовлення», яке ще не отримало закріплення у чинному українському законодавстві.

Законодавство України про авторське право і суміжні права значною мірою відповідає нормам згаданих Директив, тоді як законодавство про телебачення і радіомовлення потребує суттєвого доопрацювання.

Необхідно чітко розмежовувати терміни **«передача»** і **«програма»** *та надати визначення цих термінів або їхніх аналогів у статті 1 Закону*. У Директивах (92/100/ЄЕС, 93/83/ЄЕС, 200/29/ЄС) **«програма»** *скоріше означає об'єкт авторського права, об'єктом права організацій мовлення визначено* **«передачі»**, *тоді як у Законі та ЦК України без надання визначення будь-якому з термінів зазначено низку назв одного і того ж об'єкта* [1, ст. 420, 449, 450, 451, 455, 456]. *Водночас потрібно зважено поставитися до запровадження або уточнення інших термінів, наприклад* **«виконання»** *тощо.* **Необхідно визначити яку саме аудиторія охоплює поняття і «широка публіка».**

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України (зі змінами та доповненнями) станом на 1 вересня 2011 року. Київ, 2011.*
2. *Закон України «Про телебачення і радіомовлення» (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1994, N 10, ст. 43)*
3. *Директива Ради від 3 жовтня 1989 року про координацію певних положень, визначених законами, підзаконними актами, та адміністративних заходів у державах-членах, що стосуються здійснення діяльності з телевізійного мовлення (89/552/ЄЕС)*
4. *Директива Ради 92/100/ЄЕС від 19 листопада 1992 про право на прокат, право на позичку і деякі суміжні права у сфері інтелектуальної власності*
5. *Директива Ради 93/83/ЄЕС від 27 вересня 1993 року про координацію деяких положень авторського права і суміжних прав за застосування їх до супутникового мовлення та кабельної ретрансляції*
6. *Директива Ради 93/98/ЄЕС від 29 жовтня 1993 року про гармонізацію строку охорони авторського права і деяких суміжних прав*
7. *Директива 2001/29/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 22 травня 2001 року про гармонізацію певних аспектів авторського права та суміжних прав у інформаційному суспільстві*

Н. Р. Скрипець
студентка юридичного факультету
Тернопільського національного економічного університету,
Тернопіль, Україна

КОНВЕНЦІЯ ООН ПРО ПРАВА ДИТИНИ В МЕХАНІЗМІ ЗАХИСТУ ПРАВ ДИТИНИ

Дитина як представник окремої соціальної категорії почала визначатись лише у період середньовіччя, до цього вона сприймалася як власність свого батька, та ставлення до неї було таким ж як до іншої власності. У сьогоденні ж діти користуються такими правами як і усі інші особи. Проте діти є особливою групою, адже вони характеризуються підвищеною уразливістю, їм потрібен особливий контроль дорослої особи, навіть потреби у них специфічні, адже освіта, догляд, повинні бути спрямований на розвиток і формування їхньої особистості.

Вивченням даного питання займались такі вчені як В. Сніжко, В. Москалюк, О. Митрофанова.

На думку італійського психолога Ади Делла Топпе, одна з найбільш широко поширених помилок батьків – перевищення влади. З одного боку маленькі діти сприймають світ багатим чудовими відчутними речами, населеним напівбогами-батьками, які годують, зігрівають, плекають, навчають, лікують, заохочують і карають. З іншого ж боку, як вважає американський психолог Бредшоу, у присутності дорослих маленька дитина відчуває себе як ліліпут в

країні велетнів: щоб вижити, він готовий виконувати їх волю і робити все, що велять.[5]

Основним міжнародним документом який регулює права дитини є прийнята у 1989 році Конвенція ООН про права дитини, ратифікована Постановою Верховної Ради України № 789XII (78912) від 27 лютого 1991 та набула чинності для України 27 вересня 1991.

Метою цієї Конвенції є встановлення стандартів для захисту дітей від зневаги та образ, з якими вони стикаються до певної міри щодня з усіх країнах. В ній беруться до уваги різні культурні, політичні та економічні особливості держав. На першому плані в цьому документі стоять інтереси самої дитини. Права, викладені в Конвенції, умовно можна поділити на три частини.

Забезпечення: право володіти певними речами, отримувати певні послуги та мати доступ до того й того (мова йде про ім'я та громадянство, медичний догляд, освіту, відпочинок та ігри, опікування інвалідами та сиротами);

Захист: право бути захищеним від дій, що завдають шкоди дитині (наприклад, від розлучення з батьками, залучення до воєнних дій, комерційної чи сексуальної експлуатації, фізичного чи психічного знущання);

Участь: Дитина має право бути почутою, коли приймають рішення, що стосуються її життя. Підростаючи, дитина повинна мати дедалі більше можливостей брати участь у житті суспільства, готуватися до самостійного життя (наприклад, користуватися свободою думки та слова, вибору культури, релігії та мови).[3]

У преамбулі конвенції визначається, що дитині для повного і гармонійного розвитку її особи необхідно зростати в сімейному оточенні, в атмосфері щастя, любові і розуміння, вважаючи, що дитина має бути повністю підготовлена до самостійного життя в суспільстві та вихована в дусі ідеалів, проголошених у Статуті Організації Об'єднаних Націй, і особливо в дусі миру, гідності, терпимості, свободи, рівності і солідарності. Отже, основою для формування дитини є сім'я. Особливу увагу слід приділити саме вихованню дитини у сімейному колі. Досить часто коли діти знаходяться у неповних чи неблагополучних сім'ях дитина стає предметом знущання чи ігнорування. [2]

Стаття 1 дає нам визначення дитини як людської істоти віком до 18 років. Цей текст став результатом надзвичайно складної і делікатної процедури примирення протилежних думок щодо захисту дитини до народження (цитоване посилання на це міститься у преамбулі у лапках). Важко чекати того, щоб Конвенція, до якої залучено понад сто країн, могла іншим чином примирити сторони у питанні, яке досі палко дискутується у різних країнах.[1]

Комітет ВРУ з прав дитини, органи опіки та піклування, повинні працювати з особливою увагою,та здійснювати чіткий контроль за реалізацією прав дитини, адже дитина виступає базовою одиницею держави, ч.2. ст.2 Конвенції ООН про права дитини, закріплює те, що Держави-учасниці вживають всіх необхідних заходів для забезпечення захисту дитини від усіх форм дискримінації або покарання на підставі статусу, діяльності, висловлюваних поглядів чи переконань дитини, батьків дитини, законних опікунів чи інших членів сім'ї. Комітет може робити запит на додаткову інформацію від держав-

учасниць, а також замовити дослідження зі специфічних питань, пов'язаних з правами дитини (ст. 4.5).

Виходячи із вище сказаного, можна виділити те, що навіть сьогодні дитина може виступати власністю батьків, і см процес виховання досить рідко контролюється органами опіки та піклування.[3]

Також необхідно відзначити статтю 3, яка стверджує, що кращі інтереси дитини повинні братися до уваги в першу чергу під час прийняття органами влади рішень, які впливають на добробут дитини, а також що держава повинна надавати необхідну допомогу батькам, або іншим особам, які на законних засадах піклуються про дитину.

У цьому контексті статті 5 та 18 також є надзвичайно важливими. Стаття 5 передбачає, що держави зобов'язані поважати права і обов'язки батьків спрямовувати зусилля на практичне використання дітьми їхніх прав, передбачених Конвенцією. На додаток стаття 18 визначає, що батько й мати несуть рівну відповідальність за виховання та розвиток дитини, а держава зобов'язана надавати їм необхідну допомогу, якщо це необхідно. [1]

Тож, як ми бачимо Конвенція про права дитини дає серйозні правові інструменти для захисту прав дитини та контролю за цією діяльністю.

Ми повинні пам'ятати про те, що дитина не повинна ставати предметом заробітку грошей, приниження, зневаги чи байдужості. Перш за все ту думку, що діти – це не маленькі доросли із маленькими правами, а що вони повноправні члени суспільства, які мають, окрім багатьох прав дорослих і свої особливі права – права на гру, на сімейне виховання, на спілкування з однолітками.

В Конвенції втілюється той прогресивний погляд, що дитинство – це не підготовка до дорослого життя, а важливий і самооцінний етап життя людини.

Використані джерела:

1. *Конвенція ООН про права дитини ратифікована Постановою ВРУ № 789-XII від 27.02.91*
2. *Сніжко М.О. Захист прав дітей в Україні з урахуванням міжнародних договорів з питань сімейного права// Юридичний журнал. –№ 3. – 2009 – с. 148.*
3. *Москалюк В. Проблемні питання реалізації захисту майнових прав дитини//Юридичний журнал. – № 7. – 2004. – с. 156.*
4. *Митрофанова О. В. Правове регулювання обов'язків батьків щодо утримання дитини та способи їх виконання//Правовий тиждень. – № 32 – 33. – 2008 – с. 18.*
5. *Бондаровська В. К. Перевищення влади: помилка яку потрібно визнати // Зеркало недели. – №41. – 1997. – с.26.*

О. М. Слободян
аспірантка Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

РОЛЬ УГОДИ ПРО ТОРГОВЕЛЬНІ АСПЕКТИ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ (TRIPS) В РЕГУЛЮВАННІ ПРОБЛЕМ ПАТЕНТНОЇ ОХОРОНИ БІОТЕХНОЛОГІЧНИХ ВИНАХОДІВ

Одним з важливих міжнародних договорів в сфері правової охорони об'єктів інтелектуальної власності є Угода TRIPS (від англ. The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights), яка вступила в силу 01.01.1995 р. Участь в даній угоді є обов'язковою для всіх членів Всесвітньої торговельної організації (ВТО). Дана умова означає, що країна, яка вступає у ВТО, повинна приєднатися до даної багатосторонньої умови поряд з багатьма іншими угодами, укладеними в рамках даної організації. Угода TRIPS встановлює стандарти, яких повинні дотримуватися країни-члени ВТО в сфері інтелектуальної власності [1, с. 29].

Охороні винаходів присвячений Розділ 5 Угоди, який називається «Патенти». Відповідно до п. 1 ст. 27 вказаного розділу, патенти видаються на будь-які винаходи, незалежно від того, чи є вони продуктом або способом, у всіх областях техніки. Зі сфери тих, що підлягають патентуванню, держави-члени ВТО можуть виключати «рослин і тварин, крім мікроорганізмів, а також суто біологічних способів вирощування рослин і тварин, відмінних від небіологічних та мікробіологічних процесів». З патентування також можуть виключатися «діагностичні, терапевтичні та хірургічні методи лікування людей чи тварин» і «винаходи, комерційному використанню яких необхідно запобігти з метою охорони суспільного порядку або моралі, включаючи охорону життя чи здоров'я людей, тварин чи рослин, або з метою уникнути серйозної шкоди навколишньому середовищу». Держави-члени ВТО передбачають охорону сортів рослин «або патентами, або ефективною єдиною системою в рамках спеціального законодавства, або будь-яким їх поєднанням». Особливо варто відмітити, що відповідно до статті 27(3)(b) Угоди кожна країна вільна сама вирішувати питання, пов'язані з визнанням чи видачею патентів на рослини, тварини або суто біологічні способи їх отримання.

Проте Угода TRIPS не регулює правових питань експорту і неумисного поширення генетично змінених живих організмів, які настільки інтенсивно виробляються останнім часом біотехнологічними компаніями, через національні кордони. Тим часом, передача технологій, а також експорт та імпорт таких організмів вимагає вжиття превентивних заходів ще до того, як буде спричинено шкоду договірним сторонам. До сих пір питання відповідальності біотехнологічних компаній та компенсації за шкоду, завдану біологічному різноманіттю у зв'язку з переміщенням живих змінених організмів через кордони держав після їх застосування, абсолютно не розроблені.

Нічого не зазначено в Угоді TRIPS про Будапештський договір про міжнародне визнання депонування мікроорганізмів з метою патентної

процедури, який є одним із найважливіших договорів в сфері охорони біотехнологічних винаходів і не тільки полегшує процедуру подання заявок на винаходи, але і має вирішальне значення для оцінки їх патентоздатності.

Не передбачає Угода TRIPS і певної патентної процедури, хоча і пред'являє вимоги достатньо ясного і повного розкриття винаходу та можливого надання заявником інформації щодо заявок, поданих в інші країни, і отриманих в них патентів (ст. 29), а також розкриває об'єм наданих патентом прав та види використання винаходу, на які необов'язково запитувати дозволу патентовласника (ст.ст. 28, 30, 31). При порушенні прав патентовласника на спосіб отримання продукту будь-який ідентичний продукт, виготовлений без згоди патентовласника, за відсутності доказів протилежного, вважається отриманим запатентованим способом (ст. 34). Строк дії патенту складає 20 років з дати подання заявки (ст. 33). Умовами патентоздатності винаходу виступають відповідно до п. 1 ст. 27 новизна, винахідницький рівень і промислова придатність. При цьому зазначається, що синонімами понять «винахідницький рівень» і «промислова придатність» вважаються терміни «неочевидний» і «корисний» відповідно. Проте, якщо в першому випадку із вказаним можна погодитися, оскільки згідно із законодавством багатьох країн світу і міжнародними договорами винахід має винахідницький рівень, якщо він для спеціаліста явним чином не випливає з рівня техніки (попереднього рівня техніки) (див., наприклад, п. 3 ст. 7 Закону України «Про охорону на винаходи і корисні моделі» [2]; п. 1 ст. 4 Патентного закону РФ; § 103 глави 10 розділу 35 Зводу законів США [3, с. 394]; правило 3(1) Патентної інструкції до Євразійської патентної конвенції; ст. 56 Європейської патентної конвенції), то в другому випадку це не зовсім так. «Промислова придатність» винаходу означає можливість його використання в промисловості, сільському господарстві, охороні здоров'я та інших сферах діяльності. Проте відповідно до законодавства США патентоздатний об'єкт повинен обов'язково бути «корисним», тобто не тільки промислово придатним, але і таким, що забезпечує вирішення якоїсь актуальної задачі, що передбачає при розгляді питання про патентоздатність винаходу оцінку наявності суспільної потреби в даному винаході, доцільності його використання і навіть можливу перевірку наявності у винаході переваг порівняно з іншими засобами того ж призначення. В даному аспекті цікаво відмітити, що в Коментарії євразійського патентного законодавства чітко зазначається, що «не потрібно змішувати поняття «промислова придатність» з поняттям «корисність» чи «технічний прогрес». Критерій «промислова придатність» не має нічого спільного з економічною рентабельністю винаходу» [4, с. 327].

Серед держав-учасниць Співдружності Незалежних Держав (СНД) лише Патентний закон Туркменістану замість умови патентоздатності «промислова придатність» встановлює умову «корисність» [5, с. 37-38].

Існують і інші відмінності між національними патентними законодавствами стосовно процедури розгляду заявок і оцінки патентоздатності винаходів. Особливо важливою виступає проблема неоднакового визначення відомого рівня техніки, оскільки залежно від вказаного визначення оцінюються новизна і винахідницький рівень заявлених винаходів. Національні розходження

в умовах патентоздатності можуть ускладнити процеси подальшої гармонізації патентної системи. Для охорони біотехнологічних винаходів вирішення вказаних питань є особливо актуальним, оскільки патентне законодавство ледь встигає за стрімким розвитком даної області знань, а в сферу патентного права втягуються такі важливі об'єкти, як генетична інформація, рослини, тварини, елементи тіла людини, наприклад, органи і тканини, людські ембріони, способи клонування тварин і людини, трансгенні продукти харчування та ін., що обумовлює цілий комплекс проблем, пов'язаних з можливим порушенням норм етики і моралі, ризиком впровадження генетично модифікованих організмів і продуктів в навколишнє середовище та повсякденне життя, необхідністю суворого контролю використання генетичного матеріалу, отриманого від людини, а також фармацевтичних препаратів і продуктів харчування, захистом національних об'єктів фауни і флори від їх безконтрольного використання в наукових і, особливо, комерційних цілях іншими країнами, торгівлею генетично модифікованими продуктами, механізмами їх переміщення через національні кордони тощо.

Використані джерела:

1. *Бронкерз Дж. Соглашение по Торговым аспектам прав интеллектуальной собственности. Меры по обеспечению соблюдения прав интеллектуальной собственности / Бронкерз Дж., Веркад Ф., Макнелис М. – Брюссель, 2001. – 50 с.*
2. *Закон України «Про охорону на винаходи і корисні моделі» від 15.12.1993 р. № 3687-XII [Електронний ресурс] / Офіційний сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=3687-12.*
3. *Перспективы развития Российского законодательства о промышленной собственности. Под общей редакцией А. Д. Корчагина. – Москва: ИНИЦ Роспатента, 2002. – 511 с.*
4. *Патентное законодательство зарубежных стран. В двух томах. – Москва, «Прогресс», 1987, Т. 2. – 422 с.*
5. *Блинников В. И. Комментарий евразийского патентного законодательства / Блинников В. И., Григорьев А. Н., Еременко В. И. – М. : Экзамен, 2003. – 319 с.*

Б. Ю. Слободян

студент юридичного факультету

Київського національного університету імені Тараса Шевченка,

Київ, Україна

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ЛІКВІДАЦІЇ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ

Механізм припинення юридичних осіб згадується в роботах багатьох науковців. Але можна сказати, що процедурі ліквідації юридичних осіб не приділяється достатньої уваги, хоча виникає чимало проблемних питань з приводу її застосування. Це обумовлюється багатьма причинами.

Доволі часто ліквідація юридичних осіб ініціюється не їх учасниками, а третіми особами або державними органами. Правозастосовча практика з цього питання не є усталеною. Тому слід погодитися з думкою І. Кучеренко, що при розгляді таких справ виникає дуже багато питань, які судова практика вирішує по-різному [1, с. 63].

У науковій літературі ліквідацію визначають як припинення діяльності, передбаченої статутом суб'єкта господарювання, його особистих та майнових прав і обов'язків [2, с. 410]. Спеціальним законом «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців» встановлюється п'ять підстав для постановлення судового рішення про припинення юридичної особи [3]. Дехто з авторів вважає визначення підстав, викладених у ч. 2 ст. 38 Закону про реєстрацію, вичерпним переліком. [4, с. 88] Інколи й судові органи розцінюють цей перелік як закритий. Однак, погоджуючись з іншою точкою зору, вважаю доцільним розширення тлумачення ст. 38 Закону про реєстрацію. Наприклад, такою підставою, як відсутність в установчих документах юридичної особи обов'язкових відомостей, наявність яких передбачена законом.

Вірність розширення тлумачення ч. 2 ст. 38 Закону про реєстрацію можна довести, приділивши увагу «іншим випадкам», які згадуються у ст. 110 ЦК України. Це ціла низка обставин, передбачених законодавством, які можуть бути підставою для винесення судом рішення про припинення юридичної особи, однак вони не зазначені у цій статті.

Крім того, слід звернути увагу на особливості ліквідації за рішенням суду непідприємницьких юридичних осіб, що передбачені спеціальними законами. Деякі автори вірно підкреслюють, що інститут ліквідації об'єднань громадян перебуває в стадії розвитку, а застосування механізму ліквідації таких об'єднань на практиці викликає багато суперечностей [5, с. 93].

Можна зазначити, що не позбавлені недоліків і норми, присвячені саме регулюванню процесу ліквідації юридичних осіб. Невдалим є поєднання у першій черзі кредиторів осіб, які мають до юридичної особи «вимоги щодо відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншими ушкодженнями здоров'я та заподіянням смерті» та «кредиторів, чиї вимоги забезпечені заставою або іншим способом» (пп. 1 п. 1 ст. 112 ЦКУ). [6] Вважаю, що у разі виникнення конфлікту пріоритет має бути наданий кредиторам, чиї вимоги є забезпеченими заставою, а вимоги, що базуються на шкоді, завданій здоров'ю або заподіянням смерті, повинні бути віднесені до другої черги кредиторів.

Також необхідно переглянути питання щодо віднесення до першої черги, окрім кредиторів, чиї вимоги забезпечені заставою, також тих, чиї вимоги забезпечені «іншим способом», оскільки кредитори, чиї вимоги забезпечені договором про поруку (гарантіями), не мають жодних прав на майно боржника (особи, що ліквідується), а можуть лише звернутися з позовом до поручителів та отримати задоволення від них. Взагалі ж вимоги таких кредиторів мають бути віднесені до загальної черги кредиторів, вимоги яких не мають забезпечення. Тому що у будь-якому випадку кредитор зможе витребувати задоволення своїх вимог, оскільки вони забезпечені договором поруки (гарантіями).

Залишається незрозумілим становище кредитора, чиї вимоги оспорюються ліквідаційною комісією. Цей випадок регулюється п. 2 ст. 112 ЦКУ, в першому

реченні якої зазначається що: «У разі відмови ліквідаційної комісії у задоволенні вимог кредитора або ж ухилення від їх розгляду кредитор має право до затвердження ліквідаційного балансу юридичної особи звернутися в суд з позовом до ліквідаційної комісії». Але виникають проблеми з тлумаченням другого речення даного пункту. Отже це дозволяє зробити наступні висновки: 1. звернення кредитора, який не погодився з рішенням ліквідаційної комісії, з позовом до суду не зупиняє процес розподілу майна та здійснення виплат; 2. не має жодного значення, до якої саме черги належать вимоги кредитора, що оспорюються; 3. якщо суд оперативно розгляне позов і прийме рішення на користь кредитора, він зможе задовольнити свої вимоги з майна, яке залишилось після виплат кредиторам попередніх черг.

Отже, наведене вище означає, що оскарження рішення ліквідаційної комісії позбавлене будь-якого сенсу, і комісія може на власний розсуд визначити, скільки виплачувати тим чи іншим кредиторам.

Я вважаю, що існування цієї норми є неприпустимим і потребує законодавчих змін. Слід доповнити вказану норму положеннями про те, що подання кредитором позову до суду стосовно відхилення його вимог ліквідаційною комісією призупиняє всі виплати всім кредиторам однієї з ним черги та кредиторам наступних.

Не зовсім зрозумілим є правовий статус вимог кредиторів, не заявлених своєчасно, оскільки вони мають задовольнятися «з майна юридичної особи, яку ліквідовують, що залишилися після задоволення вимог кредиторів, заявлених своєчасно» (п. 3 ст. 112 ЦКУ). Виникає питання, з якого саме майна кредитори, що запізнилися пред'явити свої вимоги, отримуватимуть задоволення? Актуальною проблемою для законодавства, яким встановлюється процедура ліквідації товариств, є проблема підтримання інтересу їх учасників (акціонерів) до дотримання процедурних вимог при затвердженні проміжного ліквідаційного балансу (п. 1 ст. 111 ЦКУ) та остаточного ліквідаційного балансу (п. 3 ст. 111 ЦКУ). З одного боку, учасники юридичної особи не можуть бути усунені від контролю за процесом формування ліквідаційної маси та продажу активів (майна) товариства, оскільки існує дуже великий ризик зловживань на даних етапах. З іншого – якщо ліквідація товариства не передбачає суттєвих виплат на користь учасників (як це зазвичай ї буває), вони втрачають інтерес до процесу ліквідації. В такому разі скликання загальних зборів учасників для затвердження проміжного, а потім і остаточного ліквідаційних балансів може стати непереборною перешкодою для належного завершення ліквідації. Отже, на мою думку, слід передбачити можливості затвердження вказаних балансів незалежним органом, наприклад, судом чи призначеною ним особою.

Положеннями Цивільного кодексу не передбачено як процесу погодження з органом державної реєстрації призначення комісії з припинення юридичної особи, так і самого процесу створення цієї комісії. [7, с. 27]

Таким чином, я вважаю, що норми підрозділу 2 першої книги Цивільного кодексу України, присвячені ліквідації юридичних осіб, не є досконалими і потребують істотного доопрацювання.

Використані джерела:

1. *Кучеренко І.М. Організаційно правові форми юридичних осіб приватного права. – К., 2004. – 328 с.*
2. *Хозяйственное право / В.К. Мамутов, Г.Л. Знаменский, К С. Хаху- лин и др.; Под ред. В.К- Мамутова. – К, 2002. – 912 с.*
3. *Про державну реєстрацію юридичних осіб на фізичних осіб-підгіри- ємців: Закон України від 15.05.2003 р. // Відомості верховної Ради України. 2003. – № 31.*
4. *Хозяйственное право Украины / Под ред. А.С. Васильєва, О.П. Подцерковного. – Х., 2005. – 464 с.*
5. *Бондарук І. Законодавче вдосконалення інститутів зупинення та ліквідації діяльності об'єднань громадян // Право України. – 2007. – № 2.*
6. *Цивільний кодекс України : від.01.2003 р. // ВВР України. – 2003. № 40-44. – Ст. 356.*
7. *Ковжарова Е. Заплутаний процес припинення діяльності СПД // Юридичний журнал. – 2003. № 10 (16).*

А. С. Сокуренко
студент факультету цивільної та господарської юстиції
Національного університету «Одеська юридична академія»,
Одеса, Україна

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЖІНКИ В СИСТЕМІ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ ТА ХРИСТИЯНСЬКИХ ЗАКОНІВ В ПЕРІОД ДАВНЬОРУСЬКОЇ ДЕРЖАВИ (КІНЕЦЬ X – ПЕРША ПОЛОВИНА XIII ст.)

Актуальність: історично так склалося, що жінки мають значно менше можливостей, ніж чоловік, для вияву своїх здібностей. Причиною цього є ставлення соціуму до жінки. Вона може реалізуватися як особистість лише у материнстві ті сімейному житті, а що стосується професійного росту та громадянсько-політичної діяльності – вважається вторинним. С огляду на сучасність, таке ставлення до жінок є порушення їх прав.

Об'єкт дослідження: соціальні відносини в період Давньоруської держави (кінець X – перша половина XIII).

Предмет дослідження: шлюбно-сімейні відносини в системі християнських канонів та нормативно – правових актів.

Мета дослідження: з'ясувати відносини між жінкою та чоловіком в сімейно-шлюбних відносинах в системі християнських канонів та нормативно – правових актів.

Завдання:

1. Розглянути церковні вимоги та місце і роль жінки в сімейно-шлюбних відносинах.
2. Охарактеризувати правову відповідальність жінки в сімейно-шлюбних відносинах в період Київської Русі.

Хронологічні рамки: кінець X – перша половина XIII.

Територіальні межі: територія Давньоруської держави в період (кінець X – перша половина XIII)

Викладення основного матеріалу.

На сучасному етапі в Україні виразно позначилося загальносвітова тенденція перенесення акценту історичних досліджень на вивчення повсякдення, побуту, менталітету, локальної історії. Я вважаю, в даному контексті цікавим для дослідження є період Давньоруської держави [2]. Так, на Русі взаємовідносини в сім'ї мали патріархальний характер. Вони утвердився завдяки монополізації чоловіком приватної власності, і регулювалися як нормами звичаєвого права, так і чинним княжим законодавством, а після запровадження християнства – ще й церковними уставами. Шлюб і сім'я стали об'єктом особливої уваги з боку церкви, під впливом якої ці суспільні інститути розвивалися у майбутньому. Пристосовуючись до конкретно – історичних умов ранньосередньовічної Русі і шукаючи ефективних засобів до утвердження свого панування у феодальному суспільстві, жінка прагнула підкорити своєму впливу насамперед повсякденне життя християнина [1].

Збагачена багатовіковим досвідом і традиціями християнська церква мала у своєму розпорядження цілий арсенал засобів індивідуального впливу на людей. Одним з них стала практика покаяння і сповіді. Згідно з християнським віруванням покарання – це «врачевство душі», очищення її від скверни. Важливо підкреслити, що вже в XI ст. церковні ієрархи постійно вимагали «мужеви с женой … каятися у единого отца». Це відкрило перед духовенством можливості проникнути у найпотаємніші глибини життя давньоруської сім'ї. Прикладом може слугувати епітімія № 193 «Противоестественый секс»: «Нальные сношения между мужем и женой заслужували осуждения в качестве «содомии», если мужчина брал женщину сзади или женщина занимала господствующую позицію «сверху». Наказание служит от трехдневного поста до четырехлетнего срока». Порівнюючи таїнство покаяння з найтоншим зондом, проникнути у найменшу клітину давньоруського суспільства відомим дослідник Б. О. Романов справедливо зауважив: «Якби церква цілковито опанувала цим знаряддям, феодальне суспільство опинилося б справді міцно в її руках». У житейських і сімейних справах церква керувалася біблійними правилами: апостольськими і соборними роз'ясненнями, єпітіміями, постановами її авторитетних зверхників [3].

Пізніше звичаєве сімейне право частково кодифікується у «Руській Правді». Для приклада я приведу такі питання, як спадкові права (ст. 106 – «… без язика лі умре то у будет на дворі била і кто ю кормив, то тому взяти»; викрадення нареченої з метою нецерковного одруження з нею (ст. 2 – «Адже кто умчит девку або насилить, за сором її 5 гривен золота, а єпископу 5 гривень золота; а менших бояр гривна золота, а єпископу гривна золота; добрих людей за сором 5 гривень срібла; а єпископу 5 гривень срібла; а на умичніцех по грівні срібла, а князь казнить их»); укладення шлубу з представниками іншої конфесії (ст. 19 – зв'язок руської жінки з іновірцем карався насильницьким по стриженням її у черниці та грошовим штрафом на користь митрополита у розмірі 50 гривень); відповідальність батьків, коли донька не виходила заміж (ст. 7 – «Аже девка засяде великих бояр, митрополиту 5 гривен золота, а менших

бояр гривна золота, а нарочитих людії – 12 гривен, а простої чуді рубль». На заручинах батьки домовлялися про розмір посагу і визначали день весілля за згодою наречених. Для вступу в шлюб на Русі молодятам потрібно було досягти шлюбного віку: 15 років чоловіку та 13-14 років жінці [2].

Висновок.

Отже, вже у княжий період сім'я була тією соціальною клітиною, де розвивався духовний і матеріальний зміст життя людини.

Вплив церковних канонів у часи Київської Русі було досить істотним, торкався багатьох моментів життя сім'ї – від укладення шлюбного договору до утворення родини, опікувався становищем жінки тощо.

Давньоруська сім'я традиційно була патріархальною, тобто головою у ній був чоловік. Проте досить широкими були і права жінки. Так вона мала право на частину спільного майна, могла захищати свої права у суді.

Отже, у період з кінця X ст. по першу половину XIII ст. в Давньоруській державі,відбувається поступовий перехід від родоплемінного способу життя до малої форми сім'ї та внутрішньо сімейні відносини. Норми церковних прав стали основною законодавчих документів давньоруських князів, які згодом діяли на всій території Русі, і вплив яких досить яскраво простежуються у наступні історичні періоди.

Використані джерела:

1. *Свердлов М. Б. Семья и община в Древней Руси // История СССР. – 1981. – № 3. – С. 102 -107.*
2. *Щапов Я. Н. Большая и малая семья на Руси в VII – XII вв. // Становление раннефеодальных славянских государств. – К., 1972. – С. 191 – 193.*
3. *Щапов Я. Н. Брак и семья в Древней Руси // Вопросы истории. – 1970. – № 10. – С. 216-221.*

Н. Б. Солтис

кандидат юридичних наук, науковий співробітник
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
Національної академії правових України,
Київ, Україна

ЩОДО ЗАМІНИ МІСЦЯМИ ТРЕТЬОЇ ТА ЧЕТВЕРТОЇ ЧЕРГИ СПАДКУВАННЯ ЗА ЗАКОНОМ

При спадкуванні за законом права та обов'язки спадкодавця переходять до спадкоємців відповідно до встановленої черговості. Стаття 1258 ЦК України встановлює, що при спадкуванні за законом права та обов'язки спадкодавця переходять до спадкоємців відповідно до встановленої черговості. Кожна наступна черга спадкоємців за законом успадковує: у разі відсутності спадкоємців попередньої черги, усунення їх від права на спадкування, неприйняття ними спадщини або відмови від її прийняття. У ЦК України

застосовано підхід найширшого охоплення числа осіб, до яких могла б перейти спадщина у разі відсутності заповіту. Передбачається п'ять черг спадкоємців за законом. Черги спадкоємців формуються на підставі родинних або сімейних зв'язків із спадкодавцем. Законодавство надає перевагу родичам кровного споріднення при побудові черг спадкування за законом. Але чим далі черга тим менше переваг на отримання спадщини у спадкоємців, яких поєднують із спадкодавцем сімейні відносини.

Так, у третю чергу право на спадкування за законом мають рідні дядько і тітка спадкодавця (ст. 1263 ЦК України). Спадкоємці третьої черги закликаються до спадкування лише за відсутності спадкоємців другої черги, неприйнятті ними спадщини, а також у разі, коли спадкоємці другої черги не закликаються до спадкування (позбавлені спадщини). Вони закликаються до спадкування одночасно й успадковують у рівних частках.

Двоюрідні брати і сестри спадкодавця успадковують за правом представлення ту частину спадщини, яка належала б за законом їх матері, батькові (рідним тітці, дядькові спадкодавця), якби вони були живими на час відкриття спадщини. Родинні зв'язки повинні бути підтверджені у встановленому законом порядку всіма спадкоємцями третьої черги. Тоді як до третьої черги за ЦК Франції включено інші висхідні спадкоємці – дід, баба, прадід, прабаба.

Слід зазначити, що коло осіб, які визначені у третій черзі спадкування за законом, у сімейному праві України не відносяться законодавством ні до кола осіб сімейного, ні до кровного споріднення. Так, ч. 4 ст. 2 зазначає, що СК України не регулює сімейні відносини між двоюрідними братами та сестрами, тіткою, дядьком та племінницею, племінником та іншими родичами за походженням. Виходячи із ч. 4 ст. 3 СК підставами створення сім'ї є: шлюб, кровне споріднення, усиновлення, а також інші підстави, не заборонені законом і такі, що не суперечать моральним засадам суспільства. Тому в сімейному праві вони не є кровними родичами, що утворюють сім'ю, а відносяться до родичів за походженням. У спадковому ж праві до підстав спадкування за законом, які передбачені у сімейному праві, додається такий юридичний факт як ступінь споріднення зі спадкодавцем, що покладений в основу побудови черговості закликання до спадкування. Ступінь споріднення – це ступінь родинного зв'язку між людьми, що обумовлюється походженням однієї особи від іншої або від загального предка [1, 291]. Ступінь споріднення залежить від числа народжень, що віддаляють родичів один від одного. Народження самого спадкодавця не входить до цього числа. У кожному конкретному випадку необхідно довести наявність родинних зв'язків із ступенем споріднення.

У класифікації спорідненості виділяють спадкоємців за законом на прямих (найближчих) та бокових (віддалених). Прямі, в свою чергу, поділяються на низхідну лінію за народженням (син, онук і т. д.) та висхідну лінію (батько, дід і т. д.), що походять один після одного. До бокової лінії споріднення належать спадкоємці, що походять від спільного предка. Саме до них і належать спадкоємці другої, третьої та п'ятої черг.

Крім того, за сімейним законодавством родинні стосунки передбачають також обов'язок утримання, що не поширюється на дане коло осіб. Тому, по

суті, житло переходить у спадщину чужим особам, які за життя спадкодавця не є членами його сім'ї, не належать до кровних родичів (за сімейним законодавством), не мають взаємних прав та обов'язків по утриманню, не ведуть спільного господарства. Вбачається, що четверта черга спадкоємців має більше переваг на спадкування за законом, оскільки їх із спадкодавцем поєднують ознаки, притаманні сімейним відносинам, а саме, спільність проживання разом із спадкодавцем, а спадкоємцями третьої черги є особи, які за життя спадкодавця не пов'язані взаємними правами та обов'язками, що повинні об'єднувати родичів у родинних стосунках. Тому логічно було б надавати перевагу при спадкуванні за законом спочатку суб'єктам сімейних відносин, які брали безпосередню участь у житті спадкодавця і, можливо, мали взаємні житлові права (право власності на житло, право користування житлом або право проживання).

Четверту чергу спадкоємців за законом становлять особи, які проживали із спадкодавцем однією сім'єю не менше ніж п'ять років до часу відкриття спадщини. Слід зазначити, що застосування на практиці норм ст. 1264 ЦК України викликає чимало ускладнень, оскільки виникає запитання: кого можна вважати членом сім'ї і за яким критерієм (фактичні чи юридичні відносини)?

Так, ні в ЦК, ні в СК України немає чіткого визначення такого поняття як сім'я, не сформульовано принципи, згідно з якими можна було б віднести ту чи іншу особу до члена сім'ї. Виходячи з норм ЦК України, можна зробити висновок, що до цієї черги спадкоємців не належать особи, які входять до перших двох черг, з урахуванням пропозицій, зазначених вище. Виходячи з того, що до складу сім'ї належать особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом, мають взаємні права та обов'язки, можна припустити, що в даному випадку йдеться, насамперед, про пасинків, падчерок, вітчима, мачуху, зятя, невістку і т. д., які проживали разом із спадкодавцем однією сім'єю не менше ніж п'ять років на час відкриття спадщини. На цій підставі можуть бути закликані до спадкування також особи, які перебувають у фактичних шлюбних відносинах (тобто шлюб не зареєстрований у державних органах реєстрації актів цивільного стану). Фактичне проживання із спадкодавцем однією сім'єю не менше ніж п'ять років на час відкриття спадщини повинно бути підтверджено всіма спадкоємцями даної черги у встановленому законом порядку.

З огляду на викладене, пропонується поміняти місцями третю і четверту черги спадкоємців, зважаючи на потребу надання переваг спадкоємцям, які належать до членів сім'ї спадкодавця, адже наразі до четвертої черги спадкоємців за законом належать особи, які проживали із спадкодавцем однією сім'єю не менше ніж п'ять років до часу відкриття спадщини. Оскільки, відповідно до ч. 4 ст. 2 СК України сімейні відносини між двоюрідними братами та сестрами, тіткою, дядьком та племінницею, племінником і між іншими родичами за походженням не регулюються сімейним законодавством, і родинні стосунки між такими особами не передбачають обов'язку утримання.

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. – 544 с.*

Є. А. Таликін
кандидат юридичних наук, доцент кафедри господарського права Східноукраїнського національного університету імені Володимира Даля, Луганськ, Україна

ПРАВОСУДДЯ В СФЕРІ ГОСПОДАРСЬКИХ ВІДНОСИН: СПІВВІДНОШЕННЯ ФОРМИ ТА ЗМІСТУ

Судова діяльність в сфері господарювання відіграє роль вагомого фактору державного впливу, спрямованого на підтримання правопорядку, досягнення справедливості та гуманізму підприємницьких відносин. Тому питання правосуддя в господарських справах є предметом багатьох наукових досліджень. Однак, окремі аспекти вказаної проблеми потребують більш детальної уваги, що, зокрема, стосується співвідношення правосуддя в сфері господарювання та господарської процесуальної форми.

Окреслюючи поняття «правосуддя» науковці досить часто звертаються до процесуальної форми його здійснення. Так, С. Л. Дегтярев стверджує, що процесуальна форма по відношенню до правосуддя є однією з його загальних ознак, що відрізняють від інших видів діяльності органів державної влади; процесуальна форма для кожного виду судочинства конкретизована та закріплена не в якості однієї із спільних ознак, а є відмінною рисою одного виду судочинства від інших видів судочинства [4, с. 163]. Г. Л. Жилін наполягає, що процедура справедливого судочинства може бути забезпечена лише за умови дотримання судової процесуальної форми [7, с. 41 – 42; 13, с. 26]. Т.В. Сахнова наділяє процесуальну форму значенням невід’ємної, іманентної ознаки правосуддя [11, с. 20].

Разом з тим, розуміння співвідношення правосуддя та процесуальної форми не є однозначним. Так, Н.А. Авдєєнко доводить, що поняття цивільного процесу ширше, ніж поняття правосуддя в цивільних справах, воно охоплює всі процесуальні дії всіх учасників процесу, в той час як правосуддя включає в себе тільки дії суду, пов’язані з вирішенням спору по суті [1, с. 51–52]. О. Ю. Скворцов наголошує, що немає підстав для ототожнення правосуддя та процесуальної форми, в якій воно здійснюється, оскільки правосуддя виходить за межі процесуальної форми [12, с. 66]. Інші автори вважають, що непозовні провадження, в ході яких спори про право не вирішуються, є цивільним процесом тільки за формою, але не за змістом [5, с. 32].

Поняття господарської процесуальної форми є досить дискусійним. В узагальненому вигляді категорію господарської процесуальної форми пов'язують з впорядкованістю правил, за якими відбувається судова діяльність. Так, наприклад один з підручників з господарського процесуального права містить наступне визначення: встановлені нормами господарського процесуального права порядок порушення провадження у справі, розгляд і вирішення спорів, їх перегляд, а також виконання рішень, ухвал, постанов господарського суду називаються господарською процесуальною формою [3, с. 25].

Слід погодитись з виключно важливим значенням процесуальної форми судової діяльності. Процесуальна форма – один із засобів перетворення правосуддя з просто судової діяльності на втілення справедливості і права в повсякденних господарських відносинах. Отже, будучи ознакою правосуддя як діяльності, господарська процесуальна форма має характеристики якості результату. Господарська процесуальна форма є невід'ємною ознакою правосуддя, адже тільки вирішення спору у встановленій формі є гарантією законності, обґрунтованості, справедливості – загалом правосудності прийнятих рішень. Тільки законна і справедлива процедура, процедура встановлена на нормативному рівні, здатна забезпечити прав осудність результатів вирішення господарського спору.

Історія взаємодії судового вирішення спорів та процесуальної форми свідчить, що форма з'являється на певному етапі розвитку судової діяльності. На ранніх етапах становлення суду для судових порядків були характерними такі риси, як роздробленість судової влади, її зв'язок із земельною власністю, наявність церковного суду, що конкурував із державним, тобто суд не був відокремлений від адміністрації [14, с. 621 – 633]. Особливі правила судочинства для комерційних судів в Росії (до складу якої входили і українські землі) були засновані тільки Указом від 14 травня 1832 року [15, с. 32]. Отже, поняття процесуальної форми викликає до життя діяльність по вирішенню спорів, а точніше, необхідність забезпечення справедливості та ефективності цієї діяльності.

З розвитком судочинства процесуальна форма удосконалюється і набуває значення однієї з основних гарантій, що забезпечують якість судової діяльності поряд з незалежністю суддів. Сучасний стан процесуальної форми характеризується високою деталізацією правил, розробленими механізмами досягнення завдань судочинства. Рівень деталізації правил судових процедур визначається окремими дослідниками як властивість, що забезпечує ефективність процесуальної форми. В науці обґрунтовується, що саме процесуальні подробиці, точність, детальність процесуальних норм, чіткість вимог та визначеність правил гарантують рівність сторін в процесі та об'єктивність судової влади [2, с. 13]. Процесуальна форма, охоплюючи деталізовану процедуру судочинства стає самостійною цінністю.

При збільшенні функцій судової влади розширяється сфера застосування процесуальної форми. Адже нові завдання судової влади здійснюються не як-небудь, але в процесуальній формі. Однак, така позиція знаходить заперечення в окремих авторів. Зокрема, Ю. В. Єфимова приходить до висновку, що в разі

відсутності діяльності по відправленню правосуддя немає потреби в процесуальній формі [6, с. 24 – 25].

Інші автори єдність процесуальної форми вирішення різноманітних завдань тлумачать як підставу віднесення цієї діяльності до правосуддя. Так, Мельников А. А. наголошував, що розгляд справ окремого провадження в цивільному процесі підкоряється загальним правилам цивільної процесуальної форми з незначними винятками, котрі пояснюються предметом розгляду. Відповідно, відсутні підстави цивільні справи, що розглядаються за одними й тими самими принципами, поділяти на ті, що відносяться до правосуддя і ті, що до нього не відносяться [8, с. 12].

Треті, навпаки, відмінностям в процесуальній формі надають значення критерію віднесення діяльності до правосудної. Наприклад, С. В. Нікітін вважає, що процесуальна форма, в якій функціонує судовий контроль, не повністю співпадає з процесуальною формою відправлення правосуддя, що означає відсутність достатніх підстав для висновку про повне поглинання правосуддям контрольної функції судової влади [9, с. 6]. Т. В. Сахнова підкреслює, що угода сторін як підсумок процедури примирення, що відбувається в непротокольній формі, відповідно правосуддям не є: суддя допомагає сторонам досягнути юридично спроможного компромісу [11, с. 30].

Мають місце і достатньо спірні висновки щодо співвідношення правосуддя та процесуальної форми. Так, недостатньо обґрунтованим представляється нам твердження про те, що діяльність будь-якого (державного, недержавного) суду по розгляду та вирішенню віднесених до його компетенції справ – основна діяльність суду – є судочинство, а діяльність третейських судів являє собою цивільне судочинство, що здійснюється за правилами третейського розгляду [10, с. 8 – 9]. В даному випадку має місце змішування понять, що опосередковують державно-владну діяльність, з альтернативними способами вирішення суперечок. Правова природа цих категорій настільки різниться, що поширення на діяльність третейських судів категорій процесуальної форми та судочинства не представляється виправданим.

З нашого погляду, при визначенні взаємодії правосуддя та процесуальної форми слід виходити з наступного. Правосуддя – діяльність змістовна, а не формальна, тому і критерії віднесення діяльності до правосудної має бути сутнісним. Тому процесуальна форма здійснення та її особливості не можуть використовуватись в якості підстави для визначення поняття правосуддя. Процесуальна форма є похідною від правосуддя, виникла для задоволення його потреб та має підлеглий, залежний характер. Разом з тим, процесуальна форма, являючись зручним та доволі універсальним інструментом вирішення різноманітних справ, використовується на сучасному етапі не тільки для вирішення спорів, але й з іншим призначенням.

Тому правосуддя завжди здійснюється в процесуальній формі. Зокрема, спори в сфері господарювання розглядаються та вирішуються судом в господарській процесуальній формі. Однак господарська процесуальна форма може використовуватись не тільки для здійснення правосуддя, але й для здійснення інших функцій, покладених на господарські суди. На сучасному етапі

такими функціями є розгляд справ про банкрутство та застосування запобіжних заходів.

Використані джерела:

1. *Авдеенко Н. И. Механизм и пределы регулирующего воздействия гражданского процессуального права. – Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1969. – 72 с.*
2. *Выступление Председателя Конституционного Суда РФ В. Д. Зорькина на VI Всеросийском съезде судей // Российская юстиция. – 2005. – № 1 – 2. – С. 13.*
3. *Господарське процесуальне право України: Підручник / В. Д. Чернадчук, В. В. Сухонос, В. П. Нагребельний, Д. М. Лук'янець : За заг. ред. к.ю.н. В. Д. Чернадчука. – Суми: ВТД «Університетська книга», 2006. – 331 с.*
4. *Дегтярев С. Л. Реализация судебной власти в гражданском судопроизводстве : теоретико-прикладные проблемы. – М. : Волтерс Клувер, 2007. – 376 с.*
5. *Елисейкин П. Ф. Особенности судебного рассмотрения отдельных категорий гражданских дел. – Ярославль, 1974. – 36 с.*
6. *Ефимова Ю. В. Специализация гражданско-процессуальной деятельности : Автореф. дис. ...канд. юрид. наук. – Саратов, 2005. – 26с.*
7. *Жилин Г. А. Правосудие по гражданским делам : актуальные вопросы : монография. – М. : Проспект, 2010. – 576 с.*
8. *Мельников А. А. Правосудие как предмет конституционного регулирования. – М. : Наука, 1972. – 45 с.*
9. *Никитин С. В. Судебный контроль за нормативными правовыми актами в гражданском и арбитражном процессе : Монография. – М. : Волтерс Клувер, 2010. – 294 с.*
10. *Рожкова М. А. Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора – М. : Волтерс Клувер, 2006. – 416 с.*
11. *Сахнова Т. В. Курс гражданского процесса : теоретические начала и основные институты – М. : Волтерс Клувер, 2008. – 767 с.*
12. *Скворцов О. Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России : проблемы, тенденции, перспективы. – М. : Волтерс Клувер, 2005. – 704 с.*
13. *Фокина М. Система целей доказывания в гражданском и арбитражном процессе. Общие положения // Арбитражный и гражданский процесс, 2006. – № 4. – С. 25 – 36.*
14. *Чельцов-Бебутов М. А. Курс советского уголовно-процессуального права. – Т. 1. – М.: Госюриздат, 1957. – 839 с.*
15. *Шицький І..Б. Правовий статус місцевих господарських судів в Україні : становлення і розвиток: Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2006. – 198 с.*

Л. Л. Тарасенко
викладач кафедри цивільного права та процесу
Львівського національного університету імені Івана Франка,
Львів, Україна

ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ЖИТЛО: НОВІ ВИКЛИКИ

06.10.2011 р. Верховна Рада України прийняла **Закон України «Про внесення змін до статті 6 Житлового кодексу Української РСР»** (№ 3825–VI), яким передбачено внесення змін до ст.6 Житлового кодексу Української РСР (далі – ЖК УРСР) щодо визначення житлової та загальної площ об'єкту житлової нерухомості. Водночас крім цих змін було сформульовано по іншому ще одне законодавче положення, яке має дуже суттєве значення для реалізації права власності. А саме відповідно до запропонованої редакції ч.1 ст.6 ЖК УРСР (друге речення) **надання приміщень у житлових будинках для потреб виробничого характеру забороняється**. Це норма викладена по новому, порівняно з попередньою редакцією, а також **суперечить** положенням Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), в ч. 1 ст. 383 якого зазначено, що власник житлового будинку, квартири має право використовувати помешкання для власного проживання, проживання членів своєї сім'ї, інших осіб і **не має права використовувати його для промислового виробництва** (а не з метою «виробничого характеру», як це запропоновано в новій редакції ст. 6 ЖК УРСР). Варто зазначити, що законодавець вже **не вперше застосовує такий прийом законодавчої техніки**, відповідно до якого загалом зміни стосуються регулювання одного виду відносин, а між іншим (окремим реченням або в прикінцевих чи перехідних положеннях) зміни вносяться до тих норм, призначення яких не зовсім узгоджується з загальною метою законопроекту. Наприклад, **Законом України «Про судоустрій та статус суддів»** від 07.07.2011 р. було внесено зміни до процесуальних кодексів, зокрема, щодо документів, які посвідчують повноваження представника, щодо порядку та строків апеляційного оскарження, строків касаційного оскарження тощо, **Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про Державний бюджет України на 2011 рік»** від 14.06.2011 р. у прикінцевих положеннях було внесено зміни до кількох законодавчих актів щодо порядку та розміру соціальних виплат окремим категоріям громадян.

Варто зазначити, що ні у пояснювальній записці до законопроекту «Про внесення змін до статті 6 Житлового кодексу Української РСР», ні у висновках Головного науково-експертного управління чи відповідного профільного комітету Верховної Ради України (далі – ВРУ) навіть **не згадується про вищезазначені зміни** щодо можливості використання житлового приміщення для інших (не пов'язаних з проживанням) потреб. **Метою** прийняття законопроекту **є ліквідація прогалини чинного законодавства** України щодо визначення понять житлової площі об'єкту житлової нерухомості та загальної площі об'єкту житлової нерухомості (п.2 Пояснювальної записки до вказаного законопроекту). Крім того, **в самій назві законопроекту** (і зрештою прийнятого ВРУ закону теж) **чітко ідентифікується зміст вказаних змін** – Закон України

«Про внесення змін до статті 6 Житлового кодексу Української РСР (щодо визначення житлової та загальної площ об'єкту житлової нерухомості)».

Недоліки законодавчої техніки проявляються у тому, що прийнята редакція ст.6 ЖК УРСР **суперечить ч.1 ст.383 ЦК України**, а також **аб.3 ч.2 ст.4 ЦК України**, де зазначено, що якщо суб'єкт права законодавчої ініціативи подав до Верховної Ради України проект закону, який регулює цивільні відносини інакше, ніж цей Кодекс, він зобов'язаний одночасно подати проект закону про внесення змін до Цивільного кодексу України. Поданий законопроект розглядається Верховною Радою України одночасно з відповідним проектом закону про внесення змін до Цивільного кодексу України. Вимог цієї норми не було дотримано при прийнятті вказаного законопроекту, натомість помилково у Пояснювальній записці вказується, що положення поданого законопроекту не потребують прийняття змін до інших діючих законів.

Якщо б Президент України не наклав вето на цей закон, то **виникла б колізія у правовому регулюванні**, оскільки ЦК України не допускає використання житлових приміщень для промислового виробництва, а ЖК УРСР – для потреб виробничого характеру, які, до речі, не конкретизуються законодавцем.

Більше того, пропонована норма **не узгоджується із загальними засадами здійснення права власності**, визначеними ст.319 ЦК України, відповідно до яких власник володіє, користується, розпоряджається своїм майном на власний розсуд, має право вчиняти щодо свого майна будь-які дії, які не суперечать закону, але при цьому зобов'язаний додержуватися моральних засад суспільства та не може використовувати право власності на шкоду правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію та природні якості землі; а держава не втручається у здійснення власником права власності.

Заслуговують також на увагу **аргументи, наведені Президентом України, при накладенні вето** на вищезазначений закон. Зокрема, як зазначено у Пропозиціях Президента України запровадження заборони надання у житлових будинках приміщень для потреб виробничого характеру може призвести до **вимушеного припинення підприємницької діяльності суб'єктами малого та середнього бізнесу**, які найчастіше використовують для здійснення підприємницької діяльності такі приміщення для розміщення перукарень, пунктів ремонту одягу, взуття, приватних нотаріальних контор тощо. Тому заборона надання приміщень у житлових будинках для потреб виробничого характеру, яка запроваджується Законом «Про внесення змін до статті 6 Житлового кодексу Української РСР» (№ 3825–VI), завдасть істотної шкоди малому та середньому бізнесу, не відповідає державній політиці, спрямованій на розвиток малого та середнього підприємництва, перетворення його на дієвий механізм розв'язання економічних і соціальних проблем.

Слід також зазначити, що в інших положеннях ЖК УРСР передбачена можливість надання нежилих приміщень в жилих будинках для торговельних, побутових та інших потреб непромислового характеру (частина четверта статті 4, стаття 186). Таким чином, у ЖК УРСР закладаються правова невизначеність та внутрішня суперечність, що на практиці може спричинити порушення

конституційних принципів верховенства права, рівності і справедливості, з яких випливає вимога визначеності, ясності та недвозначності правової норми. Більше того, відповідно до ч.1 ст.320 ЦК України власник має право використовувати своє майно для здійснення підприємницької діяльності, крім випадків, встановлених законом. Президент України звернув увагу лише на створення вказаним законом перешкод для здійснення малого та середнього підприємництва, але не навів жодної мотивації щодо створення перешкод у здійсненні права власності.

На нашу думку, не можна приймати вказані зміни до ЖК УРСР, оскільки це порушуватиме засади здійснення права власності, визначені ЦК України як основним актом цивільного законодавства. Межа права, в даному випадку права власності на житло, проходить там, де розпочинається право іншої особи. Якщо житлове приміщення використовується, наприклад, під офіс, працівники якого приходять зранку на роботу, ввечері йдуть додому, це навряд чи створюватиме незручності мешканцям сусідніх квартир. Або якщо власник вирішив попрацювати вдома – це теж слід вважати нецільовим використанням приміщення, оскільки житло використовується виключно для проживання. **Обмеження, встановлене ЦК України** (щодо неможливості використання житлового приміщення для промислового виробництва) **є цілком достатнім та справедливим, виходячи з призначення житла**. Натомість виробничий характер, як обмеження запропоноване законодавцем, не відповідає сьогоднішнім реаліям, оскільки це оціночне поняття може тлумачитися досить широко і значно обмежуватиме правомочності власника. Вважаємо, що власник житла має право використовувати в установленому законом порядку належне йому житло для провадження господарської діяльності, крім промислового виробництва, та іншої не забороненої законом діяльності.

Більше того, саме ЦК України як основний акт цивільного законодавства покликаний регулювати майнові відносини загалом та відносини власності зокрема, тому саме в ЦК України повинні бути встановлені межі здійснення права власності, в тому числі межі здійснення права власності на житло. Не варто також забувати, що ЖК УРСР прийнято ще у 1983р., тому багато його положень, в тому числі засад, які в ньому сформульовані та якими слід керуватися при регулюванні житлових відносин, вже застаріли. Призначення ЖК УРСР (а в подальшому – і нового ЖК України) – це регулювання відносин найму житла державного чи комунального житлового фонду, регулювання відносин, пов’язаних з наданням соціального житла громадянам, але аж ніяк не регулювання відносин власності, які вже врегульовані ЦК України.

Отже, власник житла має право використовувати помешкання для власного проживання, проживання членів своєї сім’ї, інших осіб і **не має права використовувати його лише для промислового виробництва.**

Ю. Ю. Тарасюк
студентка юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ПРОБЛЕМИ РЕГУЛЮВАННЯ ПРИВАТНОПРАВОВИХ ВІДНОСИН ПО СТЯГНЕННЮ АЛІМЕНТІВ З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ

Дослідження змін у сфері правового регулювання стягнення аліментів за кордоном є важливою темою через актуальність цього питання у повсякденному житті багатьох родин. Після розпаду Радянського союзу значно збільшилася кількість шлюбів, що укладаються між громадянами України та громадянами інших держав. Нерідко при розлученні той з подружжя, хто переїхав до іншої держави, повертається до своєї держави. Дедалі популярнішими стають так звані «транзитні» або «гостьові» шлюби, коли члени подружжя проживають у різних державах [6, 293]. Вже після розірвання шлюбу один з колишнього подружжя може переїхати до іноземної країни. В усіх цих випадках може постати питання про стягнення аліментів за кордоном.

У світі регулюванню аліментних зобов'язань присвячена значна кількість спеціальних багатосторонніх міжнародно-правових угод. До 2006 року Україна не була учасницею жодної з них. Аліментні відносини з іноземним елементом регулювалися лише на рівні договорів з конкретними державами. З країнами-учасницями СНД відносини регулювалися Конвенцією про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах підписаною у Мінську у 1993 році. Стягнення аліментів у державах, з якими таких актів не підписувалося, було дуже складним, а іноді і практично неможливим.

У 2006 році Україна зробила важливий крок у вирішенні цієї проблеми, приєднавшись до Нью-Йоркської Конвенції про стягнення аліментів за кордоном від 20 червня 1956 року та Гаазької Конвенції про визнання і виконання рішень стосовно зобов'язань про утримання від 2 жовтня 1973 року. А вже у 2007 році у м. Гаага було підписано Заключний акт 21-ї Дипломатичної сесії Гаазької конференції з міжнародного приватного права, яка завершила п'ятирічну роботу з розробки проекту Конвенції про міжнародне стягнення аліментів на дітей та інші форми сімейного утримання. Відповідно до ст.ст. 48 і 49 нової Конвенції вона має замінити вже існуючі конвенції у сфері зобов'язань про утримання. 7 липня 2010 року її підписала Україна. На даний час, згідно з таблицею статусів на сайті Гаазької конференції з міжнародного приватного права, Конвенцію підписали такі держави, як Боснія і Герцеговина, Норвегія, Україна, США, Буркина Фасо та держави Європейського союзу [1].

Які можливості отримають українці, коли Верховна Рада України ратифікує Конвенцію про міжнародне стягнення аліментів на дітей та інші форми сімейного утримання?

Перш за все, необхідно звернути увагу, що відповідно до ст. 2 дана Конвенція застосовується до зобов'язань про утримання дітей віком до 21 року та одного з подружжя [2]. Проте Сімейний кодекс України надає статус дитини лише особі до 18 років [3]. Можливість такої колізії передбачена Конвенцією,

яка надає право державі, шляхом внесення застереження, обмежити вік дитини, до якої застосовуються її положення, 18 роками.

У своїй доповіді «На зустріч новому універсальному документу про міжнародне відновлення підтримки дітей та інших форм утримання сім'ї» Вільям Дункан, замісник Генерального Секретаря Гаазької конференції з міжнародного приватного права,, висловився, що необхідним та, можливо, найважливішим, елементом у новому документі буде співпраця в адміністративній сфері [4]. Отже, відповідно до ст. 4 Конвенції, кожна держава має призначити Центральні органи для виконання передбачених функцій. Оскільки Україна ще не ратифікувала Конвенцію, то ще не відомо, який орган буде обраним у цій якості. Але зважаючи на те, що відповідно до Закон України «Про приєднання України до Конвенції про стягнення аліментів за кордоном» органом, на який покладається забезпечення виконання цієї Конвенції, визначено Міністерство юстиції України, можна спрогнозувати, що саме воно стане Центральним органом для реалізації для нової Конвенції.

На нашу думку, значною перевагою нової Конвенції є встановлене ст. 6 положення, що кожен Центральний орган несе свої власні витрати із застосування цієї Конвенції і не вимагає від заявника сплати за надані послуги [2]. Прямо забороняється стягувати з заявника плату з метою оплати послуг, що надаються відповідно до Конвенції, за винятком спеціальний заходів, визначених ст. 7 Конвенції.

У ст. 10 Конвенції визначається, яке саме коло питань може бути вирішено у порядку передбаченому нею. Особа, яка претендує на отримання аліментів може подати заяву: a) про визнання або визнання і виконання рішення про стягнення аліментів; b) про виконання рішення, прийнятого або визнаного в запитуваній державі; c) про прийняття рішення про стягнення аліментів у запитуваній державі, коли немає ніякого існуючого рішення (одночасно може порушуватися питання про встановлення батьківства, коли це необхідно); d) про прийняття рішення про стягнення аліментів у запитуваній державі, якщо визнання і виконання рішення там неможливе або відмовлено через брак підстав для визнання і виконання; e) про зміну рішення, винесеного в запитуваній державі; f) про зміну рішення, винесеного в іншій державі, ніж запитувана держава [2].

Особа, яка сплачує аліменти може на підставі Конвенції подати заяву про: a) зміну рішення, винесеного в запитуваній державі; b) зміну рішення, винесеного в іншій державі, ніж запитувана держава [2].

Заявники мають звертатися з відповідними заявами про стягнення аліментів через центральні органи держав. З одного боку, це гарантує заявнику отримання компетентної допомоги, з іншого – дозволяє центральним органам взаємно контролювати хід просування справи [7, 34]. Проте, Конвенція не позбавляє зацікавлену особу права безпосередньо звертатися із відповідною заявою до компетентного органу, не залучаючи центральні органи.

У ст. 14 визначено один із ключових моментів цієї Конвенції: забезпечення ефективного доступу заявника до безоплатної правової допомоги [2]. З цією метою Конвенція врегульовує основні принципи надання правової допомоги, визначає її обсяг і порядок надання.

Особливу увагу слід звернути на передбачене Конвенцією запровадження спеціальних формулярів, котрі використовуються для повідомлень центральними органами, визначають орієнтовний перелік даних, які включаються до заяви, котра складається заявником, перелік додаткової інформації та супровідних документів. Це має уніфікувати та полегшити процес звернення для громадян та обробки заяв органом.

Таким чином, у майбутньому Конвенція має створити єдиний механізм стягнення аліментів за кордоном. Можна зробити висновок, що коли Україна ратифікує Конвенцію про міжнародне стягнення аліментів на дітей та інші форми сімейного утримання, українці зможуть одержувати аліменти із-за кордону у спрощеному порядку завдяки налагодженому механізму взаємодії центральних органів держав та інших компетентних органів.

Використані джерела:

1. *Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance. Status table. // [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=131*
2. *Конвенция о международном порядке взыскания алиментов на детей и других форм содержания семьи. // [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.hcch.net/upload/text38_ru.pdf*
3. *Сімейний кодекс України. // [Електронний ресурс] – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua.*
4. *William Duncan. Towards a New Global Instrument on the International Recovery of Child Support and other Forms of Family Maintenance Prel. Doc. No 3 of April 2003, para. 13, 16 // [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=4108&dtid=35*
5. *Марія Сніжко. Міжнародне стягнення аліментів на дітей. // Правовий тиждень. – 2008. – № 33(106) // [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.legalweekly.com.ua/article/?uid=586*
6. *Черняк Ю. Умови визнання і виконання іноземних судових рішень про стягнення аліментів: (в аспекті міжнародних договорів України) // Право України. – Київ, 2010. – № 4. – С. 292-298.*
7. *Комарук І. Конвенція про міжнародне стягнення аліментів на дітей та інші форми сімейного утримання // Юридичний журнал. – Київ, 2010. – № 2 (92). – С. 27-31.*

Д. О. Толкачов
студент юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ІМ'Я ЯК ЗАСІБ ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЇ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ В ТОРГОВОМУ ОБОРОТІ

Однією з найактуальніших проблем даного часу є проблема індивідуалізації фізичної особи. Адже, визначаючи за фізичною особою здатність бути учасником цивільних правовідносин (ст. 2 ЦК України), законодавець заінтересований у чіткій диференціації цих учасників. Оскільки лише індивідуалізувавшись у суспільстві фізична особа може повноцінно вступати у суспільні відносини та вимагати правового захисту наданих їй суб'єктивних цивільних прав та охоронюваних законом інтересів [3, с. 56].

Ім'я фізичної особи є найдавнішим засобом її індивідуалізації у суспільстві. Окрім цього, ім'я визнається особистим немайновим благом фізичної особи. [5, с. 297] Значення цього особистого немайнового блага в цивільному обороті полягає в тому, що відповідно до Цивільного кодексу фізична особа набуває прав та створює для себе цивільні обов'язки, а також здійснює ці права та виконує цивільні обов'язки під своїм іменем [4, ст.12].

Проте крім імені фізичної особи, існують і інші засоби індивідуалізації, які вимагають чіткого правового регулювання.

Так, до особистих немайнових прав, що індивідуалізують фізичну особу та пов'язані з її іменем можна віднести:

— право на творче ім'я (псевдонім, криптонім, сценічне ім'я, нік тощо);

— право на підпис (власноручний, електронний) [3, с. 57].

Право на творче ім'я включає в себе можливість набувати та використовувати вигадане ім'я, яке править засобом індивідуалізації, у певній сфері творчої діяльності.

Розвиток шоу-бізнесу та професійного спорту в Україні викликає проблеми у сфері правового регулювання використання сценічного імені та творчого прізвиська (для артистів, шоуменів, спортсменів тощо), що часто може виступати не лише для позначення тієї чи іншої особи, але й у якості торговельної марки, коли творче ім'я застосовується як бренд для випуску товарів (одяг, годинники тощо).

Торговельною маркою може бути будь-яке позначення або будь-яка комбінація позначень, які придатні для вирізнення товарів (послуг), що виробляються (надаються) однією особою, від товарів (послуг), що виробляються іншими особами.[4, ст. 170] Такими позначеннями, зокрема можуть бути слова. Тобто ім'я (власне чи творче) цілком придатне для цього.

Частина 4 ст. Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» закріплює положення про те, що прізвища, імена, псевдоніми та похідні від них, портрети і факсиміле відомих в Україні осіб без їх згоди не реєструються як знаки позначення. Проте, законодавством України не

передбачена реєстрація самих сценічних імен і прав на них! Власником же псевдоніма може бути виключно та людина, якій він був спочатку наданий, як творче ім'я.

Для одержання свідоцтва України на торговельну марку відповідно до Закону необхідно подати до Укрпатенту належним чином оформлену заявку. Одним з етапів її перевірки є кваліфікаційна експертиза. Метою кваліфікаційної експертизи є перевірка відповідності заявленого позначення умовам надання правової охорони. Експерт перевіряє, по-перше, чи не збігається позначення, подане для реєстрації в якості торговельної марки, із вже зареєстрованими або заявленими раніше знаками відносно однорідних товарів (послуг), та, по-друге, чи не вводить воно споживача в оману [2, с. 52].

На мою думку, неможливо належним чином перевірити товарний знак, що реєструється згідно з творчими іменами (псевдонімами, сценічними іменами) навіть відомих в Україні осіб, оскільки їх надто велика кількість, а певного офіційного списку не існує. Це викликає досить велику кількість спорів з цього питання (наприклад, Таїсія Повалій проти макаронів «Тая» тощо).

Отже, однією з ключових функцій торговельних марок є ідентифікація тих товарів та послуг, що пропонуються на ринку. Недобросовісні суб'єкти ринку можуть безкоштовно скористатися чужою репутацією для введення покупців в оману та отримання прибутку. У цьому контексті компетентним органам варто розглядати питання про можливість досягнення правової охорони нетрадиційних позначень, зокрема тих, що містять елементи творчих імен (псевдонімів, сценічних імен) відомих в Україні осіб шляхом удосконалення процедури легалізації торговельних знаків за основу в яких береться ім'я (власне чи творче).

Я вважаю, що доцільно було б документально затверджувати право конкретної особи на творче ім'я. Переважне право на його використання має надаватися особі, яка першою його застосувала.

Використані джерела:

1. *Про охорону прав на знаки для товарів і послуг:Закон України від 16.05.2008 р. // Відомості Верховної Ради України – 1994. – № 7. – Ст. 36.*
2. *Солощук М. Право інтелектуальної власності на засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг // Інтелектуальна власність. – 2008. – №7. – С. 48-57.*
3. *Стефанчук Р.О. Особисті немайнові права, що індивідуалізують фізичну особу та пов'язані з її іменем // Юридична Україна – 2005. – №7. – С. 56-61.*
4. *Цивільний кодекс України. – Х.: Одіссей, 2009. – 424 с.*
5. *Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар // За заг. ред. Є. О. Харитонова, Н.Ю. Голубєвої – Х.: ТОВ «Одіссей», 2009 – 1208 с.*

О. М. Трач
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

СПОСОБИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПОЗОВУ: ОКРЕМІ ПИТАННЯ

Одним із недоліків судового порядку розгляду та вирішення спорів є його неоперативність, що за наявності певних обставин може призвести до утруднення чи неможливості виконання ухваленого по справі рішення. Створення можливостей виконання рішень у майбутньому забезпечується існуванням в цивільному процесуальному праві такого інституту як забезпечення позову. Він покликаний гарантувати дійсне і ефективне виконання судового рішення, а ти самим і здійснення реального захисту порушених, оспорюваних і невизнаних прав, свобод та інтересів осіб[1, с. 350]. Однак окремі положення щодо застосування вказаного процесуального інституту, в тому числі його способів, залишаються недостатньо врегульованими та зумовлюють виникнення дискусій. Наявними є типові помилки, що допускаються особами, які беруть участь у справі, при поданні заяв щодо застосування конкретних способів забезпечення позову.

Одним із найбільш поширених способів забезпечення позову є накладення арешту на майно та грошові кошти, що належать відповідачеві. Проте зазначені вимоги заявники подекуди не підтверджують у відповідному порядку, не надаючи доказів щодо належності відповідачеві певного майна (витяг із реєстру прав власності на нерухоме майно), коштів.

Способом забезпечення позову, який передбачений ЦПК України, є заборона вчинення певних дій. Щодо забезпечення позову у спорах, що випливають з кредитних правовідносин, зокрема про стягнення заборгованості за кредитним договором, про визнання недійсним кредитного договору, заборона може полягати у зупиненні на період розгляду справи нарахування процентів за кредитним договором.

До недоліків заяви про забезпечення позову у такий спосіб як передача речі, яка є предметом спору, на зберігання іншим особам є посилання у ній на договір зберігання, однак недолучення його, ненадання доказів, що підтверджують право на здійснення окремих видів зберігання. Так, АТ «Банк» звернувся до суду з заявою про забезпечення позову шляхом передачі ТОВ «АК» на відповідальне зберігання автомобіля, що належить на праві власності М. В своїй заяві заявник вказував, що АТ «Банк» уклав з ТОВ «АК» договір зберігання № 3 від 21.06.2010 року, але до заяви про забезпечення позову не додав відповідного договору, не надав документів, що підтверджують дозвіл ТОВ на зберігання автомобілю.

Відповідно до ч.2. ст. 152 ЦПК України у разі необхідності судом можуть бути застосовані види забезпечення позову, які не передбачені ЦПК України. У зв’язку із цим Д.Д. Луспеник класифікує види забезпечення позову у залежності від джерела на наступні групи: види, прямо передбачені в ЦПК; види, прямо

передбачені іншими законами; інші види забезпечення позову [2, с. 650-652]. Слід зазначити, що законодавець не розмежовує поняття види, способи та засоби забезпечення позову, вживаючи їх як однорідні поняття.

В судовій практиці виникають спірні питання щодо застосування способів забезпечення позову, які не передбачені ЦПК України. Вказана ситуація зумовлена як положеннями чинного процесуального законодавства, зокрема ч. 2 ст. 152 ЦПК України суперечить ч.1 ст. 151 ЦПК України, так і наявністю різних підходів щодо визначення їх переліку. Слід зазначити, що аналіз судової практики після внесення змін до ч.1 ст. 151 ЦПК України (Законом України від 17.11. 2009 року [3]) свідчить про те, що суди вживають заходи забезпечення позову, які не передбачені ЦПК України. До останніх окремі з них відносять обмеження у виїзді за кордон. Відсутня єдність щодо правової природи обмеження у виїзді за кордон й у науковій літературі. Окремі автори вважають, що обмеження у виїзді за кордон не можна відносити до способів забезпечення позову, інші науковці притримуються протилежної точки зору та вказують на специфіку цього способу забезпечення [4, с. 275]. Не дає чіткої відповіді на досліджуване питання й Закон України «Про порядок виїзду з України та в'їзду в Україну громадян України» (п.8 ст.6) [5].

Спроби вирішити зазначене дискусійне питання знайшли своє відображення у проекті постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про деякі питання судової практики при вирішенні спорів, що виникають з кредитних правовідносин» (далі – проект Постанови). Відповідно до п. 6 проекту Постанови заява про забезпечення позову у спорах, що випливають з кредитних правовідносин, шляхом заборони виїзду відповідача за межі України не може бути задоволена, оскільки згідно з частиною першою статті 151 ЦПК суд вживає лише ті заходи забезпечення позову, які передбачені цим Кодексом, а наведеного виду забезпечення позову ЦПК не передбачає. Однак зазначені положення суперечать ч.2 ст. 152 ЦПК України. Комплексний аналіз положень зазначеної статті, її найменування дає можливість зробити висновок про те, що законодавець вказує саме на види (способи) забезпечення позову. Що стосується ініціаторів забезпечення позову, то ними відповідно до ст. 151 ЦПК можуть виступати особи, які беруть участь у справі. З вище наведеного випливає, що оскільки суд не наділений ініціюванням забезпечення позову, й перелік визначених ЦПК способів не є вичерпним, то конструкція ч.1 ст. 151 ЦПК України породжує виникнення колізії. Разом з тим законодавець відносить вирішення питань про тимчасове обмеження у праві виїзду за межі України до питань, пов'язаних з виконанням судових рішень. Вважаємо, що обмеження у виїзді за кордон як спосіб забезпечення позову може застосовуватись, однак у тих випадках, коли предметом виконання виступають дії правозобов'язаної особи.

Незважаючи на значення вказаного способу забезпечення позову заявники подекуди не дотримуються вимог, що висуваються до відповідної заяви. Найбільш типовими помилками є не наведення переконливих доводів щодо причин, у зв'язку з якими необхідно забезпечити позов, обґрунтувань його необхідності, не наведення даних щодо дійсної і реальної загрози невиконання майбутнього рішення. Вказаний спосіб забезпечення позову суди застосовують

із таким способом як накладення арешту на майно та грошові кошти, що є на нашу думку, як правило, не виправданим.

У разі застосовування декількох способів забезпечення позову суд вправі постановити ухвалу про часткове скасування заходів забезпечення позову. Виконання зобов'язань під час розгляду справи виступає підставою для скасування заходів забезпечення позову.

Судам при розгляді заяв про забезпечення позову слід враховувати чи не призведе задоволення такої заяви до зупинення виконання судового рішення, ухваленого по інших справах.

Використані джерела:

1. *Цивільний процесуальний кодекс України: науково практичний коментар / за заг. ред. С.С. Бичкової. – К.: Атіка, 2008. – 840 с.*
2. *Проблеми теорії та практики цивільного судочинства: монографія / [В. В. Комаров, В. І. Тертишніков, В. В. Баранкова та ін.]; за заг. ред. В. В. Комарова. – Х: Харків юридичний, 2008. – 928 с. – (Серія «Настільна книга судді).*
3. *Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо протидії протиправному поглинанню та захопленню підприємств // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 8. – Ст. 51.*
4. *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).*
5. *Про порядок виїзду з України та в'їзду в Україну громадян України: Закон України від 21 січня 1994 року // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 18. – Ст. 101.*

А. В. Тристан

секретар судових засідань Господарського суду міста Києва,
Київ, Україна

ПРАВОВА ПРИРОДА «РОЗПИСКИ МОДЕЛІ» ЯК ЮРИДИЧНОГО ФАКТУ В ПРАВОВІДНОСИНАХ З ПРИВОДУ СТВОРЕННЯ ФОТОГРАФІЇ

Юридичні аспекти взаємовідносин між фотографом та моделлю все більш стають актуальними. Дискусійними є питання щодо розподілу авторських (виключних) прав та вичерпання прав моделі на власне зображення.

Фотограф і модель повинні завчасно визначитись про врегулювання вказаних спірних питань, тобто укласти договір. Останнім часом широкого поширення знаходять розписки моделі про передачу своїх прав фотографу, так звані, «модель-релізи». Здебільшого, такі розписки мають назву TFP- або TFCD-контракту, і є запозиченими із зарубіжних джерел.

TFP – це скорочення від англійського Time For Print – «час за фотознімки». Мається на увазі, що «час» – це робота моделі, а «фотографії» – результат праці фотографа. Тобто, модель позує фотографу, а на заміну своїй праці отримує віддруковані фотографічні зображення (до речі, у первинних формах, позичених із зарубіжної практики, моделі передаються виключно друковані екземпляри фотографій, а не їх цифрові екземпляри). На сьогоднішній день мало хто друкує фотографії, все частіше фотознімки передаються записаними на ком пакт-диски (CD), тому вживається поняття TFCD-контракту [1].

Для того, щоб визначити, чи є реліз моделі чинним правочином за законодавством України, потрібно провести аналіз норм законодавства, що можуть бути застосовані до вказаного документу.

Відповідно до положень ч. 1, 2 ст. 202 ЦК України, правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Згідно з ч. 2, 4 ст. 202 цивільного кодексу, реліз моделі є двостороннім правочином [2].

Ч. 1 ст. 626 Цивільного кодексу, передбачено, що договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Згідно з ч. 3 вказаної статті, договір є двостороннім, якщо правами та обов'язками наділені обидві сторони договору [2].

Відповідно до ст. 639 Цивільного кодексу, договір може бути укладений у будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом. Таким чином, можна зробити висновок, щодо правомірності укладання такого роду договорів між моделлю та фотографом, з метою полегшення вирішення будь-яких спірних питань у випадку їх виникнення [2].

Другим спірним питанням яке може виникати при проведені TFP- зйомки, є співвідношення авторських прав фотографа та моделі на створюване зображення. Для цього необхідно звернутись до аналізу норм чинного цивільного кодексу України та Закону України «Про авторське право і суміжні права». Відповідно до положень ст. 435 Цивільного кодексу України, Первинним суб'єктом авторського права є автор твору. За відсутності доказів іншого автором твору вважається фізична особа, зазначена звичайним способом як автор на оригіналі або примірнику твору (презумпція авторства). Дана позиція підтверджується також нормами ч.1 ст. 11 вказаного Закону.

Відповідно до положень ст. 15 Закону «Про авторське право і суміжні права», до майнових прав автора (чи іншої особи, яка має авторське право) належать:

а) виключне право на використання твору;

б) виключне право на дозвіл або заборону використання твору іншими особами.

Майнові права автора (чи іншої особи, яка має авторське право) можуть бути передані (відчужені) іншій особі згідно з положеннями ст. 31 цього Закону, після чого ця особа стає суб'єктом авторського права.

Виключне право на використання твору автором (чи іншою особою, яка має авторське право) дозволяє йому використовувати твір у будь-якій формі і

будь-яким способом. Виключне право автора (чи іншої особи, яка має авторське право) на дозвіл чи заборону використання твору іншими особами дає йому право дозволяти або забороняти: 1) відтворення творів; 2) публічне виконання і публічне сповіщення творів; 3) публічну демонстрацію і публічний показ; 4) будь-яке повторне оприлюднення творів, якщо воно здійснюється іншою організацією, ніж та, що здійснила перше оприлюднення; 5) переклади творів; 6) переробки, адаптації, аранжування та інші подібні зміни творів; 7) включення творів як складових частин до збірників, антологій, енциклопедій тощо; 8) розповсюдження творів шляхом першого продажу, відчуження іншим способом або шляхом здавання в майновий найм чи у прокат та шляхом іншої передачі до першого продажу примірників твору; 9) подання своїх творів до загального відома публіки таким чином, що її представники можуть здійснити доступ до творів з будь-якого місця і у будь-який час за їх власним вибором; 10) здавання в майновий найм і (або) комерційний прокат після першого продажу, відчуження іншим способом оригіналу або примірників аудіовізуальних творів, комп'ютерних програм, баз даних, музичних творів у нотній формі, а також творів, зафіксованих у фонограмі чи відеограмі або у формі, яку зчитує комп'ютер; 11) імпорт примірників творів. Даний перелік не є вичерпним [3].

Однак, при проведенні постановочної фотозйомки між моделлю і фотографом, може виникнути питання щодо співавторства цих осіб, так як модель, яка позує фотографу, визнається особою, що виконує певну «роль», а відтак, їй також належать авторські права на створене зображення.

Згідно норм ст. 13 Закону «Про авторське право і суміжні права», Співавторами є особи, спільною творчою працею яких створено твір. Згідно положень частини другої вказаної статті, авторське право на твір, створений у співавторстві, належить всім співавторам незалежно від того, чи утворює такий твір одне нерозривне ціле або складається із частин, кожна з яких має самостійне значення.

Відносини між співавторами визначаються угодою, укладеною між ними. Право опублікування та іншого використання твору в цілому належить всім співавторам. Якщо твір, створений у співавторстві, утворює одне нерозривне ціле, то жоден із співавторів не може без достатніх підстав відмовити іншим у дозволі на опублікування, інше використання або зміну твору [3].

Таким чином, оптимальним є визнання авторських прав моделі на створене фотографічне зображення, та перерозподіл їх на користь фотографа, або залишити за фотографом і за моделлю спільно. Але у такому випадку має місце відчуження прав, а для цього необхідно укладання договору, який повинен бути укладений у письмовій формі – ст. 31 Закону України «Про авторське право і суміжні права».

Виходячи з вищенаведеного, можна зробити висновок, що відносини між моделлю та фотографом повинні бути врегульовані шляхом укладення письмового договору.

Повертаючись до визначення ч. 1 ст. 626 ЦК України, договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків.

Реліз моделі підписується лише однією стороною – особою, що зображена на фотографії. А відтак, модель-реліз за своєю формою не відповідає вимогам щодо договору про відчуження виключних прав автора, і може слугувати лише письмовою згодою на розміщення (публікацію) та розповсюдження створених фотографічних зображень

Використані джерела:

1. *Інтернет джерело ru.m.wikipedia.org/wiki/Time_for_print;*
2. *Цивільний кодекс України від 16.01.2003р. // Офіційний Вісник України, 2003, № 11, ст. 461;*
3. *Закон України «Про авторське право та суміжні права» від 23.12.1993р.//Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1994, № 13, ст.64*

Р. В. Тристан

студент юридичного факультету

Київського національного університету Тараса Шевченка,

Київ, Україна

ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ ПРИ ПОШИРЕННІ ПРОГРАМНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗА ПРИНЦИПОМ «AS IS»

Сучасні цивільно-правові відносини у сфері інформаційних технологій мають тенденцію до стрімкого розвитку. Будь який розвиток має як позитивні риси так і негативні. До останніх можна віднести той факт, що не завжди законодавство встигає в достатній мірі врегульовувати виникаючі аспекти пов’язані зі створенням нових відносин. До таких слід і відносити проблему захисту прав споживачів, які виникають при поширенні програмного забезпечення за принципом «As is».

Принцип «As is» (англ. «як є»)є елементом сучасної типової ліцензії на поширення програмного забезпечення (надалі – ПЗ). Як правило цей принцип виражається при вирішенні питань відповідальності правоволодільця чи автора ПЗ, перед кінцевим користувачем. Сутність цього принципу полягає у тому, що ПЗ поширене за таким принципом надається користувачу у тому вигляді в якому воно є, за умови що ані автор, ані правоволоділець у подальшому не несуть ніякої відповідальності перед користувачем за наслідки користування ПЗ. Виключається можливість притягнення автора чи правоволодільця до відповідальності у випадку коли використання ПЗ завдало шкоди користувачу, у вигляді: втрати, спотворення інформації, не відшкодовуються збитки, понесені ліцензіатом або третіми особами, збитки понесенні через неможливість роботи програми з будь-якою іншою програмою і інші збитки, коли зі сторони користувача було «неправильне» так і у випадку коли зі сторони користувача було «правильне» використання ПЗ, навіть у тих випадках коли автор чи правоволоділець був повідомлені про можливість настання таких наслідків. Ці

положення доступні споживачу лише у електронному вигляді, і користувач може з ними ознайомитись лише після придбання ПЗ, під час процесу його інсталяції.

Таке положення є типовим для більшості ліцензій при поширенні ПЗ, у тому числі при поширенні ПЗ вищого рівня, так званих операційних систем. При інсталяції операційної системи компанії Microsoft, Apple, Linux, чи операційної системи FreeBSD, потенційний користувач має погодитися з умовами ліцензії «EULA» (End User License Agreement), «GNU GPL» (GNU General Public License), «BSDl» (Berkley Software Distribution license), відповідно.

Положення принципу «As is» мають забезпечити безпеку автора чи правоволодільця ПЗ від претензій з боку користувачів, у двох випадках. 1) Коли користувачу було завдано шкоди у разі неправильного використання ПЗ, у разі коли шкоди було завдано через зовнішній спрямований шкідливий вплив, та у інших випадках коли користувач використовував ПЗ не за призначенням. 2) Коли користувачу було завдано шкоди через недоліки програмного коду ПЗ, нестабільність або відсутність технічного забезпечення, або через інші обставини, які пов'язані безпосередньо з самою сутністю ПЗ, і мали виникнути у майбутньому незалежно від дій користувача чи зовнішнього впливу на ПЗ. Якщо логічність, законність і обґрунтованість відсутності відповідальності у автора чи правоволодільця у першому випадку не викликає сумнівів, то відносно другого випадку, так стверджувати не можна.

Продовженням проблеми є те, що у разі якщо користувач не згодний з положеннями цих ліцензій, він має видалити ПЗ і весь дистрибутив пов'язаний з цим ПЗ, а у разі якщо ПЗ поширювалось через фізичний носій, то повернути носій розповсюджувачу ПЗ, у якого його було придбано, або представнику автора чи правоволодільця. І виникає проблема відсутності альтернативи, так як де факто на даний момент не існує ПЗ, яке поширювалось за ліцензіями не передбачаючими принцип «As is».

Цей принцип поширення ПЗ суперечить нормам як національного законодавства, так і міжнародного. Так, норми міжнародного права, а саме норми Керівних принципів ООН для захисту прав споживачів від 9 квітня 1985 року передбачають такий пункт як наявність ефективних процедур розгляду скарг споживачів, та право на відшкодування завданих збитків. Враховуючи це, вважаємо за доцільне вжити заходів щодо гармонізації цих ліцензій відповідно до вимог міжнародного і національного законодавства. Так, у ліцензіях слід зазначати що автор та правоволоділець ПЗ не несе відповідальності за завдані ПЗ збитки лише у разі неправильного або іншого використання ПЗ, яке передбачається інструкцією як неприпустиме, та у разі якщо цим ПЗ було завдано збитків користувачу внаслідок зовнішнього спрямованого шкідливого впливу. Положення що автор та правоволоділець не несе жодної відповідальності навіть у разі правильного використання програми виключити з умов ліцензій GNU GPL, BSD, EULA, як такі що порушують права споживачів. У разі якщо вони не будуть виключені слід ці положення вважати не чинними і не застосовувати при врегулюванні відносин між автором чи правоволодільцем ПЗ та користувачем.

Використані джерела:

1. *Закон України «Про захист прав споживачів» від 12.05.1991 № 1023-XII станом на 16.10.2011;*
2. *http://www.gnu.org/copyleft/gpl.html – Ліцензія GNU GPL;*
3. *http://www.openbsd.org/cgi-bin/cvsweb/src/share/misc/license.template?rev=HEAD – Ліцензія BSD;*
4. *http://download.microsoft.com/documents/rus/licensing/pdffiles/win7/Windows_7_Ultimate.pdf – Ліцензія EULA;*
5. *http://images.apple.com/legal/sla/docs/macosx1072.pdf – Ліцензія EULA;*
6. *http://www.consumersinternational.org/media/275953/un%20guidelines%20on%20cp.pdf – Керівні принципи ООН для захисту прав споживачів від 9 квітня 1985 року.*

І. С. Трофімов
студент юридичного факультету
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ЕВТАНАЗІЯ: ДОСВІД ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН ТА ПРОБЛЕМИ ЛЕГАЛІЗАЦІЇ В УКРАЇНІ

Відповідно до статті 3 Конституції України, життя людини – є вищою соціальною цінністю [2, ст. 3]. Такий концептуальний підхід українського законодавця має глибоке історичне коріння [4, с. 265]. Право на життя посідає центральне місце у ієрархічній системі особистих немайнових прав. І саме у цьому контексті виникає логічне питання: чи повною мірою кожен може розпоряджатися власним життям. Сьогодні проблема щодо можливості застосування евтаназії викликає бурхливі суперечки у суспільстві.

Актуальність даного питання обумовлюється як об’єктивними, так і суб’єктивними факторами. Об’єктивною причиною розгляду є вічна проблема, яка завжди приваблювала і приваблює науковців – це проблема життя і смерті, точніше гідного життя та гідної смерті. Суб’єктивною причиною виступають конкретні факти практичного застосування евтаназії легально і нелегально, у правовому і позаправовому просторах. [1, с. 157].

Піонером у сфері легалізації «добровільної смерті» стали Нідерланди. Вперше вони почали розгляд цього питання у 1970 році, а в 1993 було видано спеціальний список, який складався з 12 обов’язкових пунктів, за наявності яких особа мала право на припинення життя. Саме цей документ став фундаментом для розробки і прийняття закону. 1 квітня 2002 року даний закон набрав юридичної сили. Згідно з цим нормативно-правовим актом смертельна процедура може бути застосована до хворих, що старші 12 років; евтаназія здійснюється на вимогу пацієнта, якщо буде доведено, що його страждання нестерпні, хвороба невиліковна, а лікарі не можуть нічим допомогти. Хворий зобов’язаний двічі підтвердити своє рішення, і як мінімум двоє лікарів повинні

надати медичний висновок. Лікарі, які надають подібні висновки підпадають під контроль спеціальних комісій, до складу яких входять спеціалісти з медицини, права й етики.

Евтаназія також законодавчо закріплена у Бельгії: 23 вересня 2002 року парламентом було ухвалено нормативно-правовий акт, що регулює дану процедуру. У законі наголошується, що право на припинення життя мають особи, які досягли віку 18 років, а у тих випадках, коли пацієнт не в змозі висловити своє прохання, то за його вибором прохання може бути висловлено іншою повнолітньою особою[7].

У листопаді 2004 року Сенат Франції ухвалив закон відносно евтаназії. Цей нормативно-правовий акт був розроблений Асоціацією лікарів Франції. Закон передбачає, що у тих випадках, коли лікування стає нераціональним і не має іншого ефекту, крім штучного продовження життя, воно може бути скасоване і завершене. У документі наголошується на тому, що рішення щодо застосування евтаназії до хворого, який не приходить у свідомість, можуть прийняти його родичі чи довірена особа, а якщо пацієнт неповнолітній, то таке рішення приймається колегіально, медичним консиліумом.

Проаналізувавши досвід країн, які легалізували евтаназію, ми бачимо, що у кожній із них надання особі права на «легку смерть» тягне за собою складну юридичну процедуру, яка, на нашу думку, є обов'язковою з метою мінімізації зловживань у даній сфері.

Також окремі держави світу не визнають за евтаназією злочинність діяння. До таких держав слід віднести Швейцарію, Німеччину, Швецію та Фінляндію, де пасивна форма евтаназії перебуває за межами правового переслідування.

В Україні особливої гостроти проблема запровадження евтаназії набула у період розроблення проекту Цивільного кодексу України, автори якого пропонували на одному з етапів узаконити пасивну форму евтаназії [4, с. 317]. Проте у кінцевому варіанті дана пропозиція не знайшла підтримки. На нашу думку, така позиція українського законодавця є абсолютно виправданою і відповідає загальноєвропейському підходу.

Згідно з Конституцією України кожна людина має невід'ємне право на життя. Ніхто не може бути свавільно позбавлений життя. Обов'язок держави – захищати життя людини [2, ст. 27]. Крім того, Цивільний кодекс України містить положення, відповідно до якого забороняється задоволення прохання фізичної особи про припинення її життя [6, ч. 4 ст. 281], а Основи законодавства України про охорону здоров'я уже прямо й остаточно встановлюють, що медичним працівниками заборонено здійснювати евтаназію [3, ст. 52].

Існує ряд проблем щодо легалізації евтаназії в Україні:

1. Складність встановлення добровільності ухвалення рішення про евтаназію;

2. Процедура евтаназії може стати знаряддям для вчинення злочинів шляхом застосування фізичного або психологічного тиску на пацієнта, підкупу медичного персоналу, зловживання посадовим положенням, шахрайства; зловживання при постановленні правильного діагнозу і прогнозу подальшого розвитку захворювання.

3. Існує проблема одержання згоди пацієнта, який знаходиться у

несвідомому стані, що може призвести до зловживань з боку родичів та інших осіб.

Окрім цих основних аргументів, евтаназія, як спосіб відходу з життя, не узгоджується з моральними та релігійними поглядами, а також національними традиціями українського народу.

Проте, говорячи про релігійні погляди, доречно навести результати досліджень, проведених Українським центром економічних та політичних досліджень імені О. Разумкова, які показали, що віруючі не завжди керуються релігійним розумінням природи життя (легалізацію евтаназії підтримало 40% віруючих). Цікавим є той факт, що жителі Західної України зайняли більш тверду позицію щодо цінності людського життя (у Західній Україні проти евтаназії висловились 40%, а у Східній 30%) [5, с. 86].

Ми вважаємо, що сьогодні Україна повинна направити свої зусилля не на узаконення евтаназії, а на розвиток паліативної допомоги і створення мережі хоспісів. Адже розвиток паліативної допомоги – це фактично створення нової галузі в системі охорони здоров'я нашої держави та нового науково-практичного напрямку в клінічній медицині, що вже активно розвивається у більшості європейських країн.

Потрібно враховувати той момент, що закріплення нормами права можливості евтаназії безпосередньо вплине на суспільну свідомість, оскільки, з точки зору суспільної моралі, усе узаконене вважається таким, що заохочується державою. Поруч із цим легалізація евтаназії може вплинути на можливість зловживань з боку медичного персоналу та призвести до криміналізації медицини.

Разом із тим не можна однозначно відкидати можливість узаконення процедури «легкої смерті» в Україні, але для цього необхідно дослідити належним чином світовий досвід у цій сфері, а також забезпечити усі заходи, що унеможливлять зловживання даною процедурою. І головне: надати особі можливість вибору між евтаназію і паліативною допомогою.

Використані джерела:

1. *Комаса О. Поняття евтаназії // Законодавство України: погляд молодих правників: Матеріали Всеукраїнської наукової студентської конференції, 29-30 квітня 2011 р. – Івано-Франківськ: Прикарпатський національний університет імені В. Стефаника. Юридичний інститут, 2011. – С. 157-159.*
2. *Конституція України від 28 червня 1996 року // ВВРУ. – 1996. –№ 30.– Ст. 141.*
3. *Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України від 19.11.1992р. // ВВРУ. – 1993. – №4. – Ст. 19.*
4. *Стефанчук Р.О. Особисті немайнові права фізичних осіб (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту): Монографія. – К.: КНТ, 2008. – 626 с.*
5. *Фіглевський В. Евтаназія в оцінці громадян України // Громадянське суспільство: соціальні перетворення в Україні: Тези міжнародної наукової конференції. – Львів, 2001. – С. 86-87.*
6. *Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV // ВВР. – 2003. – № 40-44. – Ст. 356.*
7. *Herremans J. Belgium's Legalization of Euthanasia [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://iheu.org/node/1110.*

О. А. Устименко
аспірант Харківського національного університету ім. В. Н. Каразіна, Харків, Україна

ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ КАТЕГОРІЇ «ТВАРИНА» У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

З найдавніших часів і до сьогодення тварина перебуває поруч з людиною, використовується нею для задоволення різноманітних потреб: господарських, побутових, охоронних тощо. У зв'язку з цим тварина виступає об'єктом цивільних прав, правовому регулюванню якого законодавцем приділяється, на жаль, недостатньо уваги.

Так, статтею 180 Цивільного Кодексу України (далі – ЦК України) передбачено, що тварини є особливим об'єктом цивільних прав, на який поширюється правовий режим речі, крім випадків, встановлених законом [1]. При аналізі означеної норми постає закономірне питання про те, які саме біологічні істоти у правовому розумінні підпадають під загальне визначення «тварина», наведене у статті. Співставлення положень статті 180 ЦК України з іншими нормами кодексу, у яких згадуються тварини, для розв'язання поставленого питання є малоінформаційним. Зокрема, у статтях 340-342 ЦК України йде мова про бездоглядних домашніх тварин, інші види тварин у кодексі не згадуються взагалі, тобто, не можна безапеляційно вважати, що положення статті 180 ЦК України застосовуються як до диких, так і до домашніх тварин. За таких обставин, питання про те, чи відносяться дикі або, наприклад, безпритульні тварини до об'єктів цивільних прав, хоч в доктрині і визначено, у законі чітко не вказано.

Звернення до науково-практичних коментарів ст. 180 ЦК України теж не дозволяє сформулювати одностайного уявлення про те, що саме законодавець мав на увазі під терміном «тварина». Роз'яснюючи положення вказаної статті, автори зазначають, що «..цією нормою, яка є новою для ЦК, введено спеціальний правовий режим тварини як об'єкта цивільних прав…» [2; 257] або ж «…статтею 180 ЦК особливим об'єктом права визнані тварини, на яких поширено правовий режим речі, крім випадків, встановлених законом» [3; 128], не конкретизуючи, до якого саме нормативно-правового акту слід звернутися при вирішенні поставленого питання. Тільки при роз'ясненні положень ч. 2 ст. 180 ЦК України наводиться посилання на норми нормативно-правового акту, що регулює правовідношення, пов'язані з тваринами, а саме Закону України «Про тваринний світ» [4; 315]. Дійсно, у статті 3 цього Закону зазначено, що об'єктами тваринного світу є саме дикі тварини («…хордові… і безхребетні…») у всьому різноманітті, які перебувають у стані природної волі, утримуються у напіввільних умовах чи в неволі, та наведено їх доволі детальну класифікацію [5]. Проте, у Законі не надано визначення «тварина» як таке, до об'єктів тваринного світу не віднесено домашніх або безпритульних тварин, при диференціації тварин не згадано, наприклад, комах, які також, гіпотетично, можуть виступати об'єктом цивільних прав.

Легальне визначення «тварин» наведене у Законі України «Про захист тварин від жорстокого поводження» [6], відповідно до положень якого це «… біологічні об'єкти, що відносяться до фауни: сільськогосподарські, домашні, дикі, у тому числі домашня і дика птиця, хутрові, лабораторні, зоопаркові, циркові». Отже, у даному випадку законодавцем дикі, зоопаркові та циркові тварини виокремлено у окремі категорії, між тим, як вже згадувалось, у Законі України «Про тваринний світ» до диких тварин віднесені й ті, що утримуються у неволі, тобто у цирку або зоопарку. Окрім цього, при аналізі визначення «тварина» виникає ще одне закономірне питання. Так, до визначення тварини як біологічної істоти, наведеному у Законі України «Про захист тварин від жорстокого поводження» не включено таку категорію тварин, як безпритульні (хоча саме визначення «безпритульна тварина» у Законі присутнє і вона є певним різновидом домашньої тварини). Недостатня визначеність у законі цього об'єкта також може викликати певні труднощі з ідентифікацією безпритульної тварини саме як об'єкта цивільних прав (наприклад, при укладенні договору про поміщення означеної тварини до притулку для тварин). До речі, ще одне, дещо «усічене», визначення тварини міститься у Законі України «Про ветеринарну медицину» [7], де законодавець, не поділяючі тварин на диких або домашніх, не класифікуючи їх на групи, зазначив, що тварини – це ссавці, свійська птиця, птахи, бджоли, комахи, риби, ракоподібні, молюски, жаби, амфібії та рептилії.

Отже, слід зазначити, що у вітчизняному законодавстві відсутня відповідна норма-дефініція, яка б розповсюджувалась на усіх без виключення тварин і містила чіткі кваліфікуючі ознаки, що дозволили би віднести певну біологічну істоту до категорії тварин, що виступають об'єктами цивільних прав. Означена проблема потребує коригування з боку законодавця шляхом внесення відповідних змін до нормативно-правових актів, що регулюють правовідношення, пов'язані з тваринами, а саме формулювання більш чіткого та розширеного визначення «тварина», та уточнення положень ст. 180 ЦК України в частині того, які саме тварини, дикі або домашні, чи обидві ці групи тварин виступають об'єктами цивільних прав.

Використані джерела:

1. *Цивільний Кодекс України//Відомості Верховної Ради України, 2003, №№40-44, ст. 356;*
2. *Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2 ч. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. – Ч. 1. – 692 с.;*
3. *Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар/За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. – К.: Істина, 2004. – 928 с.;*
4. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. – 3-є вид., перероб. і доп./За ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – Т. І. – 832 с.;*
5. *Закон України «Про тваринний світ» від 13 грудня 2001 року//Відомості Верховної Ради України, 2002, N 14, ст.97;*
6. *Закон України «Про захист тварин від жорстокого поводження» від 21 лютого 2006 року//Відомості Верховної Ради України, 2006, N 27, ст.230;*
7. *Закон України «Про ветеринарну медицину» від 25 червня 1992 року//Відомості Верховної Ради України, 1992, N 36, ст.531.*

И. В. Феськов
студент Института прокуратуры и следствия
Национального университета «Одесская юридическая академия»,
Одесса, Украина

ЮВЕНАЛЬНАЯ ЮСТИЦИЯ КАК УГРОЗА ИНСТИТУТУ СЕМЬИ

Прежде всего необходимо определиться, что следует понимать под понятием ювенальная юстиция. В научной литературе ювенальная юстиция (лат. *juvenālis* – юношеский; лат. *jūstitia* – правосудие) определяется как система государственных органов, деятельность которых основывается на разделе юриспруденции о несовершеннолетних и защите прав детей и подростков, а также рассмотрением дел о преступлениях, совершаемых несовершеннолетними. Ювенальную юстицию рассматривают в широком и узком смысле правопонимания:

- в узком смысле – это специализированная ветвь судебной системы;
- в широком смысле – это совокупность правовых механизмов (медико-социальных, психолого-педагогических и реабилитационных и др. процедур и программ), предназначенных для обеспечения защиты прав, свобод и законных интересов несовершеннолетних, реализуемых системой государственных и не государственных органов, учреждений и организаций. Однако в реальности (а не декларативно) ювенальная юстиция представляет собой значительно более широкое явление.

Концепция и проекты внедрения ювенальной юстиции в Украине не сводятся только к созданию уголовных судов для несовершеннолетних, а направлена на решение более широкой задачи – создание ювенальных гражданских судов, особой системы исполнения наказания в отношении несовершеннолетних, решение социальных вопросов, связанных с несовершеннолетними, лишенными родительского попечения, в том числе и в случаях лишения родительских прав, предусматривает широкие полномочия социальным службам, которые по существу, будут контролировать родителей и исполнение ими родительских обязанностей и по обращениям самих детей. Предполагается освещение медицинских вопросов, в частности сексуальное просвещение детей и планирование семьи [1, ст. 84-89].

Если проанализировать опыт России, где ювенальная юстиция «обкатывается» с середины 90-х, то ее будущая структура, механизмы и элементы в Украине будут выглядеть примерно так:

1) организация сбора жалоб, информационных сообщений и доносов, создание разветвленной сети центров по защите прав ребенка, школьных омбудсменов, уполномоченных по правам ребенка и т.п.;

2) государственные и негосударственные структуры-дома ребенка, детские дома, интернаты, фирмы, обслуживающие иностранных и отечественных усыновителей;

3) суды и структуры судебной власти;

4) депутаты Верховной Рады, лоббирующие проект ювенальной юстиции в Украине на западные гранты.

В понимании перечисленных лиц и структур ювенальная юстиция – это правосудие в отношении детей: уголовное, гражданское, административное судопроизводство, где истцом (по отношению к родителям и др. лицам) может быть ребенок. Следует отметить следующие недостатки ювенальной юстиции: [ст. 10-16].

1) нивелируются значение и роль семьи, семейного воспитания, прав родителей самостоятельно решать вопросы семейной жизни (некоторые «основания» для разлучения семей – плохой уход за ребенком (ваш сын гуляет во дворе или сам возвращается из школы);

– следы избиений (ссадина или синяк на коленке);

– плохие жизненные условия (вы делаете ремонт или живете на съемной квартире);

– аморальное поведение родителей (вы были в трусах и в майке);

– антисанитарию (у вас в доме есть собака или кошка, или имелись разбросанные на полу игрушки);

– эксплуатация детского труда (мать приучает дочку мыть посуду);

– плохое питание (в холодильнике нет набора продуктов, который, по мнению соц. работника, должен быть).

2) введение ювенальной юстиции приводит к появлению риска лишения родительских прав и потери ребенка, что негативно отразится на демографической безопасности (какой смысл рожать и воспитывать детей если государство в лице своих «ювеналпредставителей» имеет возможность их в любой момент отобрать);

3) лишение родительских прав и потеря детей приводят также к росту суицидов, алкоголизму, наркомании среди родителей;

4) с введением ювенальной юстиции и появлением в каждой школе омбудсменов школьное воспитание будет исключено, стимулироваться будут доносы на учителей и родителей, а также сверстников, что окончательно разрушит традиционные взгляды на нравственность, среди которых донос расценивается как предательство;

5) существует угроза окончательной утраты учебной дисциплины и уважения школьных учителей

6) ювенальная юстиция может стать юридически законной «крышей» вымогательства у родителей денег за бездействие в отношении них, ювенальные технологии приведут к росту коррупции в системе образования, органов опеки и других причастных к ней структур;

7) с помощью технологий ювенальной юстиции дети, изъятые у нормальных родителей, попадают в приемные семьи, в которых содержание детей является лишь способом получения денег у государства;

8) ювенальная юстиция не делает различия между родными родителями и приемными, называя первых «биологическая мать» и «биологический отец», что даже при информировании детей в ходе разъяснения им их прав и свобод не может не привести к серьезным психологическим изменениям, к утрате авторитета родителей;

9) ювенальная юстиция основана на презумпции виновности родителей и на ограниченной вменяемости несовершеннолетних преступников,

либерализация уголовных мер воздействия на которых приведет к росту преступности;

10) невозможность отказаться от оценочных понятий в системе воспитания детей приведет к субъективизму и должностному произволу в деятельности ювенальных судей, сотрудников органов опеки, правозащитников.

Если отказаться от марксистского определения семьи как «ячейки общества», а научится понимать семью как зернышко, из которого вырастает общество, то лишь только особое внимание к развитию института семьи решит многие проблемы, т.к. никто лучше своих родителей не поможет своим детям и не даст им любви. [3]

Использованные источники:

1. Ювенальная юстиция. курс лекций – Ягофаров В.А. : Х.:2009 г.

2. Философия права – Саратовский вестник права, С.: 2010, № 2, с.10-38

3. Видеоматериалы – док. фильм «Стена», и др.

О. В. Фролова

здобувач Луганського державного університету внутрішніх справ ім. Е. О. Дідоренка, Луганськ, Україна

ДО ПИТАННЯ ПРО СПОСОБИ АПЕЛЯЦІЙНОГО ОСКАРЖЕННЯ УХВАЛ СУДУ ПЕРШОЇ ІНСТАНЦІЇ

Реформування вітчизняного порядку здійснення правосуддя, зокрема наділення новим змістом принципу змагальності, зміна порядку апеляційного перегляду судових рішень, що не вступили в закону силу, та інші перетворення спричинили виникнення низки проблемних питань пов’язаних з реалізацією учасниками цивільного судочинства їх права на апеляційне оскарження ухвал суду.

Різні аспекти питання про правову природу судових ухвал та способи їх перевірки розглядали в своїх працях такі науковці як З. К. Абдуліна, М. Г. Авдюков, О. О. Борисова, В. Н. Бутов, Є. В. Васьковського, М. А. Вікут, Г. В. Воронков, О. Г. Дріжчана, Г. О. Жиліна, І. М. Зайцев, А. Ф. Ізварина, А.Ф. Клєйнман, В. В. Комаров, Л. Ф. Лесницькая, Д. Д. Луспеник, Н. І. Маслєннікова, Е. М. Мурадьян, В. К. Пучинський, Є. Г. Пушкаря, С. Л. Черв’якова, Д. М. Чечот, Ю. Н. Чуйков, О. М. Шимановіч, М. Й. Штефан, К. С. Юдельсон та інші. Водночас наразі досі залишається дискусійним питання про правову природу ухвал, їх роль як актів суду в забезпеченні цілей правосуддя. Більше того, прийняття в липні 2010 року нового Закону України «Про судоустрій і статус суддів», яким було змінено порядок апеляційного провадження (замість змішаної запроваджено повну форму апеляції) спричинили виникнення низки проблемних питань пов’язаних з реалізацією учасниками

цивільного судочинства їх права на апеляційне оскарження ухвал суду, які потребують якнайшвидшого вирішення.

Оскільки в межах однієї доповіді неможливо розкрити всі аспекти цієї складної проблематики, хотілося б звернути увагу на ті з них, які в умовах сьогодення найбільше ускладнюють правозастосовчу діяльність, зокрема це питання про способи апеляційного оскарження ухвал та склад ухвал, які можуть бути самостійним об'єктом апеляційного оскарження.

Законодавець в ст. 293 ЦПК [1] орієнтував юридично заінтересованих учасників процесу на **два способи оскарження та перегляду ухвал**:

1. окремо від рішення суду;
2. разом з рішенням суду.

В першому випадку ухвала оскаржується шляхом подання самостійної апеляційної скарги в порядку визначеному ч. 1, 3 ст. 293; ч. 2 ст. 294; ч. 1 ст. 303^1 ЦПК. В другому – обґрунтування незаконності та/або необґрунтованості відповідної ухвали здійснюється в апеляційній скарзі на рішення суду. Правильний вибір способу оскарження ухвали є необхідною передумовою ефективного її апеляційного перегляду.

Водночас на практиці реалізації права особи на апеляційне оскарження ухвали викликає значні труднощі.

Зокрема непоодинокими є випадки коли сторонами чи іншими особами, які беруть участь у справі ініціюється апеляційне оскарження окремо від рішення суду ухвал, які повинні переглядатись разом з ним. З однієї сторін, як вірно відмічають науковці, така ситуація обумовлена прагненням окремих суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин зловживати-своїми процесуальними правами з метою затягування строків судового провадження [6]. А з іншої слід визнати, що можливість таких зловживань не в останню чергу пов'язана з проблемами правового регулювання даного питання чинним законодавством України та окремими недоліками офіційного тлумачення процесуальних норм.

Аналіз судової практики та напрацювань юридичної доктрини з досліджуваної проблематики дозволяє констатувати, що до **факторів які ускладнюють вибір та застосування конкретного способу апеляційного оскарження ухвал суду** слід віднести наступні:

не зовсім виваженим є формулювання позиції КСУ щодо офіційного тлумачення змісту норми ст. 293 ЦПК наведене в його рішенні № 3-рп/2010 від 27 січня 2010 року по справі № 1-7/2010 за конституційним зверненням громадянина Заїченка Володимира Георгійовича щодо офіційного тлумачення положення пункту 18 частини першої статті 293 Цивільного процесуального кодексу України у взаємозв'язку зі статтею 129 Конституції України (Про апеляційне оскарження ухвал суду) [3], відповідно до якого «будь-яка ухвала» суду підлягає перегляду в апеляційному порядку самостійно або разом з рішенням суду;

3. наведений у ст. 293 ЦПК перелік ухвал суду першої інстанції, які можуть бути оскаржені в апеляційному порядку окремо від рішення суду не є вичерпним. На користь цього твердження свідчить зміст ч. 3 ст. 116, ч. 4 ст. 135, ч.ч. 10-11 ст. 153, ч. 2 ст. 211, ч.2 ст. 366, ст. 397 ЦПК, які містять норми щодо

можливості оскарження ухвал в т.ч. таких, які не входять до переліку визначеного статтею 293 кодексу. При цьому в нормах ЦПК не конкретизовано критеріїв на підставі яких заінтересовані особи могли б чітко диференціювати ухвали на такі що можуть оскаржуватись окремо від рішення суду, і такі, що мають переглядатись разом з ним;

4. не усунено неузгодженість норм ЦПК з положенням Конституції України, оскільки відповідно до п. 8 ст. 129 Основного закону апеляційному оскарженню підлягають акти суду за винятком випадків, коли таке оскарження заборонено законом, в той же час кодексом чітко не конкретизовано таких «заборон»;

5. не достатньо аргументованим видається запроваджений законодавцем порядок, відповідно до якого питання про можливість апеляційного оскарження ухвали, яка не охоплена переліком визначеним ст. 293 ЦПК віднесено на розсуд суду першої інстанції;

6. законодавчо не конкретизовано особливості оскарження та результати апеляційного перегляду ухвал, зауваження щодо яких подаються в апеляційній скарзі на рішення суду;

7. критично сприймається положення чинного ЦПК, відповідно до якого подання апеляційної скарги на ухвалу суду першої інстанції не перешкоджає продовженню розгляду справи цим судом. Адже, як свідчить судова практика, в багатьох випадках подальший розгляд справи є неможливим або недоречним до отримання результатів апеляційного перегляду (наприклад, у випадку оскарження ухвали про відмову у відкритті провадження у справі про передачу справи на розгляд іншому суду тощо).

Підсумовуючи хотілося б констатувати, що усі вищевказані фактори в сукупності не дозволяють апеляційному оскарженню стати ефективним способом перевірки законності та/або обґрунтованості актів суду. Усунення вищезазначених протиріч та неоднозначності тлумачення цивільних процесуальних норм повинно стати одним з пріоритетних завдань на шляху формування в України ефективного механізму судового захисту прав та охоронюваних законом інтересів учасників цивільного процесу.

Використані джерела:

1. *Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року (станом на 05 жовтня 2010 р.) / Верховна Рада України. – Офіц. вид. – К. : Атіка, 2010. – 168 с.*
2. *Цивільний процесуальний кодекс України від 18 липня 1963 року // Офіційний вісник України. – Офіц. вид. – 2004. – № 16. – Ст. 1088. (втратив чинність)*
3. *Рішення Конституційного Суду України від 27.01.2010 р. № 3-рп/2010 у справі за конституційним зверненням громадянина Заїченка Володимира Георгійовича щодо офіційного тлумачення положення пункту 18 частини першої статті 293 Цивільного процесуального кодексу України у взаємозв'язку зі статтею 129 Конституції України (про апеляційне оскарження ухвал суду) [Електронний ресурс] // Інтернет видання «Офіційний веб-сайт Верховної Ради України». – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v003p710-10*
4. *Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя: Постанова Пленуму Верховного Суду України № 9 від 01.11.1996 р. //*

Інтернет видання «Офіційний веб-сайт Верховної Ради України». – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v0009700-96
5. *Про судову практику розгляду цивільних справ в апеляційному порядку: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 24.10.2008р. // Вісник Верховного Суду України. – 2008. – № 11. – п. 23.*
6. *Бачун О.В., Оскарження «процедурних» ухвал суду: дії судді [Електронний ресурс] // Інтернет видання «Юрінком інтер». – Режим доступу : http://www.yurincom.com/ua/analytical_information/?id=625*
7. *Гузь Л. Є. Підстави для скасування судових рішень (ухвал) та способи запобігання їх виникнення при розгляді цивільних справ в судах / Гузь Л. Є. – Х. : ВПФ «Поліграфіст», 2006. – 792 с.*
8. *Катукова С.Ю. Частное обжалование и пересмотр определений суда первой инстанции: Дис.... канд. юрид. наук. Саратов, 1998. – 162 с.*
9. *Шиманович О. М. До питання про законну силу ухвал суду першої інстанції в цивільному процесі / О. М. Шимановвич // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 3. – С. 113.*

К. А. Фуглевич
студентка факультету цивільної та господарської юстиції
Національного університету «Одеська юридична академія»,
Одеса, Україна

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ УСИНОВЛЕННЯ ДІТЕЙ ІНОЗЕМЦЯМИ

Останнім часом участь у правовідносинах іноземців в Україні значно зросла. Традиційно СК України містить окремий інститут, присвячений регулюванню сімейних відносин за участю іноземців та осіб без громадянства, застосуванню законів іноземних держав та міжнародних договорів. Проблемним постає питання усиновлення дітей іноземцями, так як значна кількість прогалин в законодавстві, складний порядок усиновлення, торгівля дітьми – все це перетворює процес усиновлення на проблемну справу.

Конвенції ООН про права дитини ратифікованої Верховною Радою України 27 лютого 1991 р. у ст. 21 вказується, що усиновлення в іншій країні може розглядатися як альтернативний спосіб догляду за дитиною, якщо забезпечення придатного догляду в країні стає неможливим[2]. Держави-сторони забезпечують, щоб у випадку усиновлення дитини в іншій країні застосовувалися такі самі гарантії і норми, які застосовуються щодо усиновлення всередині країни [3; 13].

Відповідно до ст. 207 Сімейного Кодексу України усиновлення – це прийняття усиновлювачем у свою сім’ю особи на правах дочки чи сина, що здійснене на підставі рішення суду, крім випадку, передбаченого ст. 282ЦК. [1]

Звертаючи увагу на зміст поняття усиновлення іноземцями, неможливо не згадати про незаконну процедуру усиновлення дітей України іноземними громадянами, що відбувалась в Одеській, Львівській,Тернопільській областях,

авжеж це не стосується тих іноземців,які намагаються законно усиновити дитину.

Дитину,позбавлену батьківської опіки можливо усиновити, якщо вона перебуває не менш як один рік на обліку в урядовому органі державного управління з усиновлення та захисту прав дитини. Незважаючи на це, існує спосіб усиновлення до спливу такого строку,але тільки у тому випадку,якщо усиновлювач є родичем дитини або дитина є хворою. Порядок провадження діяльності з усиновлення та здійснення нагляду за дотриманням прав усиновлених дітей, затверджений Постановою Кабінету Міністрів «Про затвердження Порядку провадження діяльності з усиновлення та здійснення нагляду за Дотриманням прав усиновлених дітей в Україні» N 905 від 8 жовтня 2008 року[6]. Окрім цього, згідно зі ст.24 Закону України «Про охорону дитинства» усиновлення дитини, яка є громадянином України, не може здійснюватися іноземцем, який не перебуває в шлюбі, за винятком, коли іноземець є родичем дитини. [5]

Такими є основні вимоги національного законодавства, за яким здійснюється усиновлення дітей, – громадян України іноземцями

Іноземці, які бажають усиновити дитину, що проживає в Україні, звертаються до Державного департаменту з усиновлення та захисту прав дитини,куди подається справа, яка складається з великої кількості документів, зазначених в п. 33 «Порядку провадження діяльності з усиновлення та здійснення нагляду за дотриманням прав усиновлених дітей». Справа приймається Департаментом, якщо в ній є всі документи, зазначені в п.33 «Порядку». Впродовж 20 робочих днів Державний департамент розглядає заяви іноземців, перевіряє документи, що додаються до них, на відповідність вимогам чинного законодавства і бере заявників на облік як кандидатів в усиновлювачі із занесенням даних про них до книги обліку кандидатів в усиновлювачі і впродовж 5 днів надсилає до МВС запит щодо перевірки іноземців на наявність або відсутність інформації компрометуючого характеру в правоохоронних органах держави, громадянами якої є іноземці, та держави, на території якої вони проживають, і Генеральному секретаріаті Інтерполу. Тільки тепер кандидати в усиновлювачі можуть ознайомитись з інформацією про дітей,які можуть бути усиновлені.

Але ж частіше буває так,що майбутній усиновлювач вже напевно знає яку дитину він хоче усиновити,так як на законодавчому рівні закріплено механізм заохочень громадян до усиновлення. Інформацію можна знайти в засобах масової інформації, на офіційних веб-сайтах з якими співпрацює Державний Департамент.

Останнім часом зростає кількість усиновлених дітей іноземцями, що в свою чергу, негативно впливає на збереження українського генофонду, працездатного населення та реалізації політики репродуктивної родини. Усиновлення дітей України громадянами інших країн – деякою мірою небезпечне явище. Порушення процедури усиновлення, посередницька, комерційна діяльність щодо усиновлення дітей, несвоєчасне надання інформації керівниками деяких медичних закладів органам опіки і піклування про наявність дітей, щодо яких виникли підстави для усиновлення, призводить до масового

усиновлення і вивезення дітей за кордон. Сім'я – це найменша клітинка нашого суспільства, в якій як у фокусі, відображається все життя нашої країни» [4; 7]. Для всебічного і гармонійного розвитку особи діти повинні рости в сімейних умовах, в атмосфері щастя, любові і розуміння.

Отже, ми розуміємо, що створення сімейної атмосфери для дітей – це першочергове завдання держави, бо в сім'ї шанси на виховання сильної, здорової і повноцінної особистості набагато вищі, ніж у державних чи навіть сімейних будинках-інтернатах. І тут в обов'язок держави входить розробка заходів щодо максимального сприяння процесу усиновлення як громадянами України, так і громадянами інших країн.

Використані джерела:

1. *Сімейний Кодекс України – К.: Атіка, 2002. – 79 с.*
2. *Конвенція ООН «Про права дитини.» – К.: Право, 1995. – 31 с.*
3. *Маковій В., Сеник Г. Право на сім'ю: так чи ні міжнародному усиновленню // http: prava.kiev.ua/contact.php*
4. *Сухомлинський В.О. Батьківська педагогіка. – К.: Радянська школа, 1978. – 267с.*
5. *Закон України «Про охорону дитинства» від 26 квітня 2001 р. № 2402-III// Відомості Верховної Ради (ВВР), 2001, N 30, ст.24.*
6. *Порядок провадження діяльності з усиновлення та здійснення нагляду за дотриманням прав усиновлених дітей, затверджений Постановою Кабінету Міністрів «Про затвердження Порядку провадження діяльності з усиновлення та здійснення нагляду за Дотриманням прав усиновлених дітей в Україні» N 905 від 8 жовтня 2008 року.*

Ф. Г. Хасаншина

аспирантка Академии управления ТИСБИ,

Казань, Российская Федерация

ЗАДАЧИ СТАДИИ ВОЗБУЖДЕНИЯ ГРАЖДАНСКОГО ДЕЛА В АРБИТРАЖНОМ ПРОЦЕССЕ РФ

Основной задачей института возбуждения дела в арбитражном процессе является принципиальное разрешение вопроса о возможности рассмотрения гражданского дела в данном конкретном арбитражном суде. Принципиальное разрешение этого вопроса означает, что арбитражный суд должен просто разрешить вопрос о том, может ли он рассмотреть данное гражданское дело или нет, и нет ли определенных препятствий для рассмотрения и разрешения по существу данного гражданского дела. Судья несет обязанность решить вопрос о возбуждении дела.

Решению этой задачи подчинены и процессуальные последствия предъявления иска в арбитражном процессе: принятие искового заявления, возвращение искового заявления, оставление искового заявления без движения.

При принятии искового заявления (заявления) арбитражный суд положительно разрешает вопрос о возможности рассмотрения данного гражданского дела и констатирует отсутствие препятствий для рассмотрения и разрешения данного гражданского дела. При возвращении искового заявления арбитражный суд констатирует наличие определенных препятствий для реализации права на судебную защиту, и, соответственно, отрицательно разрешает вопрос о возможности рассмотрения и разрешения данного гражданского дела.

В качестве факультативных задач стадии возбуждения дела можно выделить: разрешение вопроса о компенсации государству расходов на отправление правосудия, т.е. имеется ввиду отсрочка, рассрочка уплаты государственной пошлины, уменьшение ее размера; разрешение вопроса об обеспечении иска, разумеется при наличии соответствующего ходатайства. Эти задачи носят факультативный характер, т.к. необходимость в их решении возникает не в каждом гражданском деле, и зависит от интересов истца (заявителя) и реализации соответствующих принадлежащих ему прав. Если истец ходатайствует об обеспечении иска, то арбитражный суд разрешает вопрос об обеспечении иска, если истец ходатайствует об отсрочке уплаты государственной пошлины, то арбитражный суд разрешает и этот вопрос в стадии возбуждения дела; но все эти вопросы арбитражный суд разрешает не в каждом деле, а только если есть соответствующая просьба истца (заявителя). Решить же вопрос о принятии искового заявления (заявления) арбитражный суд должен всегда, т.е. решение этого вопроса необходимо в каждом гражданском деле.

Таким образом, можно отметить, что основной задачей стадии возбуждения гражданского дела в арбитражном суде является принципиальное разрешение вопроса о возможности рассмотрения дела в данном конкретном арбитражном суде. При этом в стадии возбуждения дела в арбитражном суде могут решаться задачи и факультативного характера.

В стадии возбуждения гражданского дела в арбитражном процессе не могут решаться вопросы относительно материально-правового притязания истца к ответчику, относительно объема представленных истцом доказательств. Эти вопросы должны решаться в последующих стадиях рассмотрения гражданского дела в арбитражном суде (в рамках подготовки дела и рассмотрения его по существу). Поэтому можно отметить, что на этапе возбуждения дела в арбитражном суде истец предполагается тем лицом, право которого нарушено, ответчик предполагается нарушителем прав истца. Также к предположениям относятся само существование субъективного права истца и корреспондирующей этому праву обязанности ответчика, т.к. эти вопросы также разрешаются на этапе подготовки дела и рассмотрения его по существу.

Использованные источники:

1. *Жилин Г.А. Правосудие по гражданским делам: актуальные вопросы. – М.: «Проспект», 2010.*
2. *Мкртчян А.Ф. «Принятие искового заявления арбитражным судом» // «Вестник Федерального Арбитражного суда Западно-Сибирского округа», №5, сентябрь-октябрь 2005 г.*

3. *Ярков В.В. Арбитражный процесс: учебник. 4-е изд., перераб. и доп. – «Инфотропик Медиа», 2010.*

Н. В. Хащівська
кандидат юридичних наук, молодший науковий співробітник
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
Національної академії правових наук України,
Київ, Україна

СТРОКИ ОПЕРАТИВНОГО ЗАХИСТУ У ДОГОВОРАХ ПРО ПЕРЕДАННЯ МАЙНА У ТИМЧАСОВЕ КОРИСТУВАННЯ

Повнота та реальність здійснення суб'єктивних прав залежить від того, наскільки ефективний їх захист у випадку порушення. Окрім форм, способів та засобів захисту порушених прав, значну роль відіграють строки, в межах яких можна захистити своє порушене право. Одним із видів заходів, що можуть застосовуються за порушення договірних зобов'язань, є заходи оперативного впливу.

Способи захисту цивільних прав загалом визначені у ч. 2 ст. 16 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) [1], яка не дає вичерпного їх переліку. Однак, норми цивільного законодавства побудовані так, щоб учасники цивільних правовідносин, по можливості, могли самостійно вирішити справу та захистити свої права у найкоротший час. Отже, порушене суб'єктивне право може бути захищене особистими односторонніми діями управомоченої особи без звернення до компетентного юрисдикційного органу. Це має місце, зокрема, при застосуванні управомоченою особою до правопорушника заходів (санкцій) оперативного захисту. З поняттям «оперативність» асоціюється швидке, негайне реагування особи на порушення її права [2, 6].

Так, М. С. Карпов, аналізуючи поняття заходів оперативного впливу, виділяє їх специфічні ознаки: – правоохоронний характер, який проявляється не виключно у можливості їх застосування після порушення боржником умов договору, а також у випадках наявності обставин, що явно свідчать про те, що належне зустрічне виконання не буде здійснене боржником у встановлений строк; – односторонній характер заходів оперативного впливу, який передбачає, що застосування цих заходів здійснюється у позасудовому порядку та незалежно від згоди на їх застосування з боку боржника; – юридичний характер заходів оперативного впливу, що полягає в тому, що зазначені заходи передбачають можливість здійснення суб'єктом договірного зобов'язання таких юридичних дій, які за своєю природою є односторонніми правочинами, що тягнуть за собою зміну умов договірного зобов'язання чи його припинення [3, 11-21].

Зокрема, С. Ю. Гапало приходить до висновку, що застосування заходів оперативного впливу не є засобом відповідальності. Це пояснюється тим фактом, що цивільне законодавство за загальним правилом не надає значення

вині чи невинуватості боржника в разі вжиття заходів оперативного впливу. Це означає, що достатньо лише наявності факту порушення контрагентом зобов'язання для того, щоб застосування обумовленої в договорі санкції було правомірним [4, 59].

Оперативний захист здійснюється у певному порядку і в строки, встановлені законом або договором. Строк оперативного захисту передбачає період часу, протягом якого здійснюється реагування особи на порушення її права. Захист оперативним способом здійснюється у порядку і в строки, передбачені цивільним законодавством або договором. Найяскравішим прикладом строків оперативного захисту свого порушеного права є момент відмови сторони від договору в разі порушення його умов.

Одностороння відмова від договору допускається, якщо це передбачено законом або домовленістю сторін. Відповідно до ч. 1 ст. 615 ЦК у разі порушення зобов'язання однією стороною друга сторона має право частково або в повному обсязі відмовитися від зобов'язання, якщо інше не встановлено договором або законом. У разі односторонньої відмови від договору у повному обсязі або частково, якщо право на таку відмову встановлено договором або законом, договір є відповідно розірваним або зміненим (ч. 3 ст. 651 ЦК). Так, у договорі найму (оренди) допускається одностороння відмова як наймодавця, так і наймача від договору, що укладений на невизначений строк (ч. 2 ст. 763 ЦК). Крім того, наймодавцеві дозволяється відмовитися від договору найму та вимагати повернення речі, якщо наймач не вносить плату за користування річчю протягом трьох місяців підряд (ч. 1 ст. 782 ЦК). При припиненні договору найму внаслідок односторонньої відмови звернення з позовом до суду не вимагається. Договір вважається припиненим з моменту одержання наймачем повідомлення наймодавця про відмову від договору (ч. 2 ст. 782 ЦК) або після перебігу певного строку після повідомлення сторони про відмову від договору (ч. 2 ст. 763 ЦК).

За договором лізингу, наприклад, лізингодавець має право відмовитися від договору та вимагати повернення предмета лізингу від лізингоодержувача у безспірному порядку на підставі виконавчого напису нотаріуса, якщо лізингоодержувач не сплатив лізинговий платіж частково або у повному обсязі та прострочення сплати становить більше 30 днів (ч. 2 ст. 7 Закону України «Про фінансовий лізинг» [5]). Лізингоодержувач, у свою чергу, має право, зокрема, відмовитися від договору лізингу в односторонньому порядку, письмово повідомивши про це лізингодавця, у разі якщо прострочення передання предмета лізингу становить більше 30 днів, за умови, що договором лізингу не передбачено іншого строку (ч. 1 ст. 7 Закону України «Про фінансовий лізинг»). Відмова від договору лізингу є вчиненою з моменту, коли інша сторона довідалася або могла довідатися про таку відмову (ч. 3 ст. 7 Закону України «Про фінансовий лізинг»).

У Господарському кодексі України (далі – ГК) передбачено, що за порушення господарських зобов'язань до суб'єктів господарювання та інших учасників господарських відносин можуть застосовуватися оперативно-господарські санкції – заходи оперативного впливу на правопорушника з метою припинення або попередження повторення порушень зобов'язання, що

використовуються самими сторонами зобов'язання в односторонньому порядку і застосовуються незалежно від вини суб'єкта, який порушив господарське зобов'язання (ст. 235 ГК) [6]. Серед видів оперативно-господарських санкцій ГК називає: а) односторонню відмову від виконання свого зобов'язання управненою особою, із звільненням її від відповідальності за це – у разі порушення зобов'язання другою стороною; б) відмову від оплати за зобов'язанням, яке виконано неналежним чином або достроково виконано боржником без згоди другої сторони; в) відмову управненої сторони зобов'язання від прийняття подальшого виконання зобов'язання, порушеного другою стороною; г) встановлення в односторонньому порядку на майбутнє додаткових гарантій належного виконання зобов'язань стороною, яка порушила зобов'язання; д) відмову від встановлення на майбутнє господарських відносин із стороною, яка порушує зобов'язання (ст. 236 ГК).

Оперативно-господарські санкції застосовуються стороною, яка потерпіла від правопорушення, у позасудовому порядку та без попереднього пред'явлення претензії порушнику зобов'язання, а також можуть застосовуватися одночасно з відшкодуванням збитків та стягненням штрафних санкцій (ст. 237 ГК). Порядок застосування сторонами конкретних оперативно-господарських санкцій визначається договором. У разі незгоди з застосуванням оперативно-господарської санкції заінтересована сторона може звернутися до суду з заявою про скасування такої санкції та відшкодування збитків, завданих її застосуванням.

Отже, строки оперативного захисту цивільних прав характеризуються певними рисами: 1) є періодами у часі (строками) або моментами (термінами), протягом яких або до яких правомочна особа може звернутися до зобов'язаних осіб з вимогою про захист порушеного права дозволеними законодавством способами; 2) строки оперативного захисту є строками непримусового (неюрисдикційного) захисту порушених прав; 3) строки оперативного захисту, як правило, мають нетривалий характер, оскільки покликані для швидкого захисту порушеного права; 4) строки оперативного захисту тісно пов'язані із строками виконання відповідних обов'язків зобов'язаними особами.

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України: Прийнятий 16 січня 2003 року. – К.: Істина, 2003. – 368с.*
2. *Луць В. В. Строки і терміни в новому Цивільному кодексі України / В. В. Луць // «Юридична Україна». – 2003. – № 11. – С. 5.*
3. *Карпов М. С. Гражданско-правовые меры оперативного воздействия: Автореф. дисс… канд. юрид. наук / М. С. Карпов. – М., 2003. – 28 с.*
4. *Гапало С. Ю. Правова природа оперативно-господарських санкцій / С. Ю. Гапало // Форум права. – 2007. – № 3. – С. 52-60.*
5. *Закон України «Про фінансовий лізинг» від 16 грудня 1997 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 15. – Ст. 231.*
6. *Господарський кодекс України: Офіційний текст. – К.: Кондор, 2004. – 208 с.*

В. В. Холод
помічник судді Апеляційного суду Одеської області,
Одеса, Україна

АНАЛІЗ ПРОБЛЕМ ТА ТЕНДЕНЦІЙ РОЗВИТКУ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ З ПИТАНЬ БУДІВНИЦТВА

Реалізація конституційного принципу права на житло неминуче залежить від державної підтримки будівництва та створення сприятливих умов для його розвитку. Нормативно-правове регулювання цієї сфери, ефективність та дієвість існуючих процедур виступають показовим індикатором впровадженої державної політики з цього питання.

В різні часи відношення законодавця до регулювання будівельної діяльності не було однаковим та послідовним. Кожний етап свого розвитку характеризувався то посиленням, то послабленням державного контролю в цій сфері.

За останні роки містобудівне законодавство зазнало кардинальних змін. Різкий перехід від необхідності проходження складних, довготривалих, затратних процедур оформлення дозвільно-погоджувальної документації на здійснення будівництва, який за рейтинговим дослідженням Міжнародної фінансової корпорації «Ведення бізнесу» складав 476 днів [1, 159], до легалізації принципу мовчазної згоди, скасування необхідності отримання дозволів на кожному етапі будівництва, скорочення переліку документів та введення диференційованого підходу до їх оформлення, дозволив скоротити тривалість оформлення документації на здійснення будівництва майже в сім разів, чим Україна здійснила крок переходу з передостанніх сходинок у рейтинговому дослідженні за показниками «дозвільна система у будівництві» на перші, залишивши позаду такі розвиненні країни як Канада, Великобританія, Австрія та інші.

Проведення паралелі між раніше діючим та оновленим законодавством з питань будівництва надає підстави стверджувати, що з одного боку посилення державного впливу в будівельній сфері призвело до пошуку шляхів його обходу – масового вдавання осіб до самочинного будівництва, й навпаки розширення свободи діяльності учасників та послаблення втручання держави в зазначені питання неминуче призведе до іншої крайності – здійснення свавільної забудови, якість якої може поставити під загрозу життя та здоров’я численної кількості осіб. Зазначене, з урахуванням традиційного правового нігілізму населення нашої країни, може привести до незворотних наслідків, що знову ж таки змусить законодавця шукати шляхи виходу з ситуації, що склалась та ліквідувати її наслідки, що завжди важче ніж їх попередження.

Тому завданням права на сучасному етапі є вироблення оптимального збалансованого механізму регулювання будівельних відносин.

На сьогоднішній день будь-яких процедурних розмежувань щодо здійснення нового будівництва чи проведення реконструкції вже існуючого немає. Разом з тим, системний аналіз законодавства з питань будівництва та вивчення практики його застосування надає підстави стверджувати, що

здійснення будівництва нового об'єкту нерухомості та проведення реконструкції вже існуючого, в тому числі з порушенням вимог закону, призводить до різних правових наслідків.

Практичне втілення зазначеного нерідко призводить до того, що той чи інший об'єкт нерухомості не встановлюється як самочинний, а оголошується таким. Таке положення, поряд з відсутністю прозорого механізму вирішення питання про визнання права власності в адміністративному порядку, змушує власників самочинно реконструйованого нерухомого майна звертатися до суду з питань його легалізації. Зазначене, з одного боку відповідає легальній дефініції частини 3 статті 376 ЦК України, яка зазначає на суд як єдиний орган, за рішенням якого можливо вирішити питання про набуття права власності на самочинно збудований об'єкт нерухомості, з іншого – як показує практика, говорити про вичерпне вирішення зазначеного питання у судовому порядку не приходиться. Позиція суду касаційної інстанції щодо повального скасування рішень судів нижчих інстанцій, якими визнано (підтверджено) право власності на самочинно реконструйоване нерухоме майно, в переважній більшості зводиться до того, що порушене особою у суді питання повинно бути предметом розгляду компетентного державного органу, рішення якого чи його відсутність давали б підставу вважати про наявність спору про право.

Одночасно слід констатувати, що механізм легалізації самочинного будівництва у позасудовому порядку існує лише в окремим містах України, а компетентні органи відмовляють в проведенні такої легалізації з посиланням на вирішення зазначеного питання виключно у судовому порядку. Таке перекладання тягаря компетентності фактично створило ситуацію, коли численна кількість нерухомого майна залишилась без визначення правової долі.

Одночасно, виходячи з принципу та правової позиції викладеної Європейським судом в рішенні у справі «Компанія «Елія» проти Італії» (2001) [2], знаходження у стані невизначеності щодо свого майна є порушенням права на мирне володіння своїм майном, а відсутність визначеної законодавством процедури – позбавленням права людини на ефективний засіб правового захисту.

Уникнення зазначеного вимагає створення державою відповідних процедурних механізмів і засобів, за допомогою яких буде можливо усунути наявні правові невизначеності.

Оновлене законодавство з питань будівництва зазначену проблему не вирішує.

Запроваджений спрощений порядок здійснення будівництва без необхідності замовлення проекту та проведення його експертизи створить сприятливі умови для свавільного будівництва неякісного житла, зупинити яке (в силу відсутності кваліфікації за статтею 376 ЦК України) будуть не в змозі навіть створені численні комісії по виявленню фактів самочинного будівництва та боротьби з ним.

Вважаємо, що забудова повинна відбуватись таким чином, щоб в процесі її здійснення забезпечувалось оптимальне співвідношення інтересів держави, забудовника та третіх осіб. Навіть незначні перегинання в одну чи іншу сторони неминуче призведуть до негативних наслідків та порушення інтересів однієї зі

сторін чи третіх осіб. Саме тому створення чітких критеріїв та принципів будівництва здатні забезпечити баланс приватних та публічних інтересів в будівельній сфері.

Будівництво нових об'єктів нерухомості повинно процедурно відрізнятися від здійснення реконструкції вже існуючих. Разом тим, запровадження такого диференційованого підходу потребує чіткого врегулювання з метою недопущення штучного підведення нового будівництва під реконструкцію за для скорочення проходження дозвільно-узгоджувальних процедур.

Використані джерела:

1. *The World Bank. Doing business 2010. Comparing regulation in 183 economies / The World Bank, IFC, Palgrave MacMillan. – Washington, DC : Palgrave MacMillan, 2010. – P. 159.*
2. *Рішення Європейського суду з прав людини від 2 сер. 2001 р. – Справа «Компанія «Елія» проти Італії» (Case of Elia S.r.l. v. Italy) // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. – 2001. – № 4.*

Р. Ю. Царик

студент юридичного факультету

Київського національного університету імені Тараса Шевченка,

Київ, Україна

ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРУ АЗАРТНОЇ ГРИ

Азартна гра – важлива складова суспільного життя, більшої частини людства, результат якої поставлено в залежність від випадку. Азарт – це пристрасне намагання досягнути мети, нехай навіть далекої, і найризикованішими шляхами. Це готовність поставити на кон все – і виграти.

Відносини між організаторами азартних ігор, тоталізаторів, лотерей, інших ігор, заснованих на ігровому ризику(наприклад казино), та учасниками ігор, виникають на підставі договору азартної гри (далі договір гри), за яким одна сторона (гравець) зобов'язується сплатити внесок, а інша сторона(організатор гри) – надати послуги з організації гри і безпосередньої участі гравців за правилами, встановленими організаторами.

Залежно від ступеня участі в грі її організатора слід виділяти два види договорів гри: в одному договорі організатор гри одночасно є гравцем (якщо призовий фонд формується за участю гравців та організатора гри); а в іншому – організатор гри є учасником гри, а не стороною договору гри (у разі формування призового фонду за рахунок ставок гравців і без участі організатора гри).

За договором гри одна сторона (виконавець) організовує і проводить для другої сторони (гравця) азартну гру, а гравець на підтвердження участі в ній вносить ставку (грошовий внесок), що в результаті гри при співпаданні (або не співпаданні) обставин із встановленими виконавцем правилами приносить для кожної із сторін певний виграш або програш.

Предмет договору гри становить надання послуги з проведення гри, що передбачає обіцянку організатора азартної гри сплатити грошову суму гравцеві під випадкову обставину, в обмін на внесену ним ставку до призового фонду на умовах, визначених погодженими сторонами правилами гри.

За характером укладання договір гри, укладений за участю ліцензованого організатора гри (*організаторами гри в Україні можуть бути особи, які отримали від компетентного державного органу дозвіл (ліцензію) на цей вид діяльності*), може бути віднесений до договорів приєднання, оскільки його умови визначаються лише однією стороною (організатором гри) в стандартних умовах (у правилах про гру) і можуть бути прийняті іншою стороною не інакше, як шляхом приєднання до запропонованого договору в цілому. При цьому гравець (*учасником гри (гравцем) може бути будь-яка фізична особа, обсяг дієздатності якої достатній для самостійного вчинення правочинів з гри*) не має права змінювати умови гри, порядок виплати виграшу і взагалі про щось домовлятися з організатором, окрім виявлення своєї волі на участь у грі.

Договір гри вважається укладеним з моменту внесення гравцем ставки, якщо інше не випливає в силу прямої вказівки закону або сутності відповідного виду зобов'язання з гри і парі. Тому при визначенні моменту укладання договору гри необхідно виходити з презумпції того, що внесення гравцем ставки свідчіть про укладання правочину між гравцем та організатором(гральним закладом).

Отже, при укладанні договору гри потенційний гравець або погоджується з усім, що пропонує організатор гри, або договору не буде.

Водночас, договір гри має ознаки правочину консенсуального або реального, оплатного, ризикованого, укладеного під відкладальну умову виникнення прав і обов'язків залежно від обставини,яка невідомо настане чи ні.

Реальність такого договору полягає в тому, що право на участь в азартній грі виникає лише з моменту внесення учасником ставки, придбання лотерейного білета або вчинення інших дій, які підтверджують його згоду на участь у грі. Відповідно і договір, який є підставою для виникнення зобов'язань між організатором та учасником гри, є укладеним лише з моменту вчинення учасником відповідних дій. Виняток, договір парі є консенсуальним,оскільки вважається укладеним лише з моменту досягнення згоди з усіх істотних умов парі і не обов'язково передбачає авансове внесення ставок на об'єкт парі.

Договір гри є право чином укладеним під умову (обставину), адже результат гри та парі засновані не лише на вмінні учасників, а й у випадку, як правочин як укладений під умовою, як відкладальною так і скасувальною. Це означає те, що саме ця умова є підставою для виникнення водного з учасників права на виграш, а для інших учасників ця умова призводить до припинення цивільних прав та обов'язків, які пов'язані з їх участю в грі.

Договір гри має характер оплатного правочину, тобто що обидві сторони, в залежності від ситуації стають власниками грошових внесків чи призового фонду.

На даний договір поширюються положення про правочин і договір про надання послуг, якщо це не суперечить сутності окремих видів зобов'язань ігрового ризику, або інше не передбачено законом.

Пропозиція щодо укладання договору про гру повинна включати умови стосовно строку її проведення, порядку визначення виграшу і його розміру. Така пропозиція розглядається як публічна оферта – пропозиція, яка містить усі істотні умови договору і в якій вбачається воля особи, що робить пропозицію, укласти договір на вказаних умовах з будь-ким, хто відгукнеться.

Ю. В. Цюкало
здобувач Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності
Національної академії правових наук України,
Київ, Україна

АВТОНОМІЯ ВОЛІ ЯК ПРИНЦИП ЗДІЙСНЕННЯ СУБ'ЄКТИВНИХ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ У МУСУЛЬМАНСЬКОМУ ПРАВІ

Мусульманське право, як система правових норм, піддається законам формальної логіки і є достатньо структурованим. Тому, при здійсненні суб'єктивного цивільного права, як вірно зазначається у науковій літературі [1; 2; 3], варто звернути увагу на обов'язкову наявність таких основних умов: по-перше, особа повинна бути наділена необхідною правоздатністю щодо своїх цивільних прав; по-друге, суб'єкт правовідносин має бути наділений необхідним обсягом дієздатності; третє, здійснення своїх цивільних прав повинно відповідати основним принципам здійснення суб'єктивних цивільних прав.

Якщо вести мову про принципи здійснення суб'єктивних цивільних прав, то одним із найпоширеніших як у мусульманському праві, так і у далекосхідній правовій системі варто вважати принцип автономії волі, який яскраво проявляється при здійсненні суб'єктивних цивільних прав (особливо під час укладання договорів). На думку Х. Бехруза, інститут договірного права в мусульманській та далекосхідних правових системах розглядає договір як угоду двох сторін, за допомогою якої вони беруть на себе взаємні зобов'язання з приводу певного предмета, що включає не тільки приватноправову, але й публічно-правову сфери. Зокрема, дія даного інституту поширюється і на правителя держави, який при вступі на посаду укладає байа (договір) з ісламською общиною в особі її представників, в якому передбачені права і обов'язки глави держави і віруючих один щодо одного [4]. Найважливішим принципом даного інституту є вільне волевиявлення сторін при укладенні договору. Не менш важливим є принцип дотримання договору, заснований на положеннях Корану і Сунни.

У розвиток ідеї автономії волі Рада Ісламської академії правознавства (фикха), з огляду на високий рівень розвитку засобів зв'язку, що дозволяють скоротити час погодження контрактів та прискорити фінансові взаєморозрахунки, і беручи до уваги висновки правознавців про те, що договори можуть укладатися сторонами усно, письмово, за допомогою жесту чи знаку або

через посланника, постановив, що сторони вільні у виборі форми укладення договору, а також у використанні способів зв'язку за наступних умов:

1. Якщо договір укладається між віддаленими один від одного сторонами, позбавленими можливості бачити і чути один одного, і зв'язок між ними здійснюється за допомогою листуванням чи опосередковано (за допомогою телеграм, телекса, факсу чи комп'ютерних моніторів), то договір вважається укладеним після висунення однієї зі сторін оферти (пропозиції) та акцепту (згоди) на нього адресата;

2. Якщо віддалені один від одного сторони погодили умови договору по телефону або радіозв'язку, то його висновок рівнозначно тому, якби вони були присутні в одному місці, а тому вважається, що в даному випадку дотримані всі умови укладення договору;

3. Якщо одна зі сторін, висуваючи оферту, скористалася для її передачі яким-небудь засобом зв'язку і при цьому обмовила термін дії оферти, то вона не має права відмовлятися від своєї пропозиції до її закінчення.

Також вказуються умови, при настанні яких зазначені правила не поширюються, а саме: обмін валют, укладення шлюбу, контракту авансового фінансування (салям) [5].

Використані джерела:

1. *Шершеневич Г. Ф. Курс гражданского права. – Тула: Автограф, 2001. – С. 78;*
2. *Иоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву: из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права» – М.: Статут, 2000. – С. 83, 125, 247;*
3. *Гражданское право: В 2 т.: Учебник / В.С. Ем, И.А. Зенин, Н.И. Коваленко и др. / Отв. ред. Е.А. Суханов. – М.: БЕК, 2000. – Т. 1. – С. 116.*
4. *Бехруз Х. Порівняльне правознавство. – Одеса: «Фенікс», 2009. – С. 262.*
5. *Постановления и рекомендации Совета исламской академии правоведения (фикха) – фетвы / Пер с араб. М. Ф. Муртазина. – М.: Ладомир, 2003. – С. 117-118.*

В. В. Цюра

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

РЕАЛІЗАЦІЯ СУБСИДІАРНОГО ЗАСТОСУВАННЯ ОКРЕМИХ НОРМ ПРО ПРЕДСТАВНИЦТВО

Дослідження субсидіарного застосування норм про представництво зумовлене положеннями ст. 44 Цивільного процесуального кодексу України (далі ЦПК України) [1] та ст. 59 Кодексу адміністративного судочинства України (далі КАС України) [2], де законодавець відсилає нас до Цивільного кодексу України (далі ЦК України) [3] у частині припинення представництва за

довіреністю. Як відомо, якщо ми говоримо про застосування названих норм на основі механізму субсидіарного застосування, то нормативною підставою їх застосування повинна бути спорідненість галузей (інститутів) за предметом та методом, а у випадку відсутності такої – чітка вказівка законодавця на застосування норм галузі-реципієнта до регулювання відповідних відносин у галузі-донора. Слід відмітити, що у чинних ЦК України, ЦПК України, КАС України такої вказівки не передбачено. Так у основних положеннях названих кодексів норми, якими б встановлювався механізм субсидіарного застосування не передбачено. Зокрема, ст. 2 ЦПК України передбачає, що цивільне судочинство здійснюється лише відповідно до Конституції України, цього Кодексу та Закону України «Про міжнародне приватне право». Як видно з цієї статті, застосування до регулювання цивільних процесуальних відносин інших актів, ніж ті, які визначенні у ч. 1 ст. 2 не передбачається. Кодекс визначає, що цивільне судочинство здійснюється лише відповідно до 1) Конституції України, 2) цього Кодексу (ЦПК України – авт.) та Закону України «Про міжнародне приватне право».

Не знаходимо ми вказівки на загальний механізм застосування інших актів до регулювання відповідних відносин і у Кодексі адміністративного судочинства України. Лише ЦК України у ч. 2 ст. 1 та ст. 9 допускає застосування Цивільного кодексу України до регулювання інших видів відносин. Разом з тим, у зазначеній нормі передбачено, що лише у випадку наявності чіткої вказівки у законі на застосування до податкових, бюджетних або майнових відносин заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні ЦК України у визначеній частині може бути застосований. Як бачимо, наведені норми не містять вказівок на застосування положень ЦК України до регулювання процесуальних відносин. А тому слід констатувати, що нормативні підстави для використання механізму субсидіарного застосування положень ст.ст. 44ЦПК України та 59 КАС України відсутні. Більше того, оскільки відповідно до ч.1 ст. 2 ЦПК України чітко визначено акти, які регулюють здійснення цивільного судочинства, то застосування інших актів є порушенням засадничого принципу цивільного процесу, сформульованого у названій статті. Адже як відомо субсидіарне застосування передбачає наявність чіткої вказівки на можливість такого застосування у акті. Відсутність такої вказівки, виключає застосування актів інших, ніж ті, що визначені нормативних актом.

Таким чином, вивчаючи нормативні підстави субсидіарного застосування положень ЦК України до регулювання відносин представництва (в частині їх припинення) у ході цивільного та адміністративного судочинства, встановлено, що наразі у чинному законодавстві України відповідні норми відсутні. У зв’язку з цим, застосування суддею норм ст.ст. 248-250 ЦК України при здійсненні провадження у цивільних або адміністративних справах є порушенням загальних засад судочинства, а звідси − невірним застосуванням норм матеріального та процесуального права, що є підставою для оскарження судового рішення по справі.

Вбачається, що виходом з цієї ситуації має стати внесення змін до ЦК України, ЦПК України та КАС України. При цьому формулювання норм повинно засновуватись на тому, що застосування до регулювання процесуальних

відносин норм інших законодавчих актів, допускається лише у випадку наявності чіткої вказівки на таке застосування у самому кодексі. Таким чином, у ч.2 ст. 1 ЦК України після слова «бюджетних» слід поставити кому та доповнити словом «процесуальних». У ЦПК України ст. 2 слід доповнити частиною 2 такого змісту: «Застосування при здійсненні цивільного судочинства інших актів не допускається, крім випадків визначених цим кодексом». У зв'язку зі змінами частини 2, 3, 4 ст. 2 ЦПК України вважати частинами 3, 4, 5 ст. 2 ЦПК України.

У КАС України ст. 5 слід доповнити частиною 2 такого змісту: «Застосування при здійсненні адміністративного судочинства інших актів не допускається, крім випадків визначених цим кодексом». У зв'язку зі змінами, частину 2 ст. 5 КАС України вважати частиною 3 ст. 5 КАС України.

Внесення запропонованих змін, дозволить ввести правові підстави субсидіарного застосування положень ЦК України до врегулювання процесуальних відносин у ході цивільного та адміністративного судочинства.

Останнє питання, яке слід вирішити для врегулювання питань субсидіарного застосування норм ЦПК і КАС України про припинення представницьких відносин це межі застосування. Зі змісту норм обох кодексів, які містять відсилки до ЦК України, а це ч. 3 ст. 44 ЦПК України та ч. 5 ст. 59 КАС України, видно, що зміст ч. 5 ст. 59 КАС України ширший, ніж зміст аналогічної норми ЦПК України. Відмінність полягає у тому, що КАС України, крім підстав і порядку припинення представництва за довіреністю, також передбачає застосування статей 248-250 ЦК України до скасування довіреності та відмови представника від наданих йому повноважень. Враховуючи зміст ст. 248 ЦК України про підстави припинення представництва, можна зробити висновок, що як формулювання передбачене ч. 3 ст. 44 ЦПК України, так ч. 5 ст. 59 КАС України є ідентичними і стосуються одного і того ж кола відносин, так як скасування і відмова представника від вчинення дій, визначених довіреністю є окремими підставами припинення довіреності.

Щодо змісту названих статей слід відзначити, що обсяг їх застосування цілком узгоджується із вимогами процесуального законодавства. При цьому з огляду на те, що йдеться про припинення представництва саме за довіреністю, то названі положення не поширюються на усі інші випадки процесуального представництва.

Використані джерела:

1. *Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. // Офіційний вісник України. – 2004. – № 16. – Ст. 1088.*
2. *Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 р. // Офіційний вісник України. – 2005. – № 32. – Ст. 1918.*
3. *Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Офіційний вісник України. – 2003. – №11. – Ст.461.*

О. М. Чабан
асистент кафедри цивільного права та процесу
Львівської комерційної академії,
Львів, Україна

ЗМІСТ ДОГОВІРНИХ ІНВЕСТИЦІЙНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Зміст зобов'язальних відносин, що виникають з договору, обумовлюється типовими та видовими особливостями договору [1, 137]. Це особливо стосується інвестиційних договорів (контрактів), які залежно від форми здійснення інвестицій, належать до різних типів та видів договорів. Статус суб'єктів договірних інвестиційних правовідносин визначається їхніми правами та обов'язками. Щодо всіх форм здійснення інвестицій єдиними є низка прав та обов'язків інвестора, що аналізуються нижче, інші ж права та обов'язки інвестора визначаються з урахуванням видових особливостей інвестиційного договору (контракту). Права та обов'язки учасника інвестиційної діяльності також залежать від видових особливостей інвестиційного договору (контракту).

Одним з обов'язків інвестора є вкладення інвестицій у видах, визначених договором. Вид інвестицій, визначений договором, не повинен суперечити чинному законодавству. Обмеження у законі видів інвестицій може бути пов'язане з правовим статусом суб'єкта. Так, зміст ст. 2 Закону України «Про інвестиційну діяльність» свідчить, що держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади здійснюються інвестиції у вигляді грошових коштів.

У графі 2 інформаційного повідомлення про внесення іноземної інвестиції (Постанова Кабінету Міністрів «Про затвердження Положення про порядок державної реєстрації іноземних інвестицій» від 7 серпня 1996 р.) зазначається вид іноземної інвестиції відповідно до ст. 2 Закону України «Про режим іноземного інвестування». У разі здійснення майнової інвестиції у цій графі подається докладна інформація про вид майна, його кількість та вартість.

Наступним обов'язком інвестора є вкласти інвестиції в обсязі (розмірі), визначеному договором. Обсяг інвестицій визначається або у договорі, або в окремих додатках, які є невід'ємною частиною договору. У графі 5 інформаційного повідомлення про внесення іноземної інвестиції зазначається обсяг іноземної інвестиції, оцінений в іноземній конвертованій валюті та у валюті України за домовленістю сторін на основі цін міжнародних ринків або ринку України. Перерахування інвестиційних сум провадиться за офіційним курсом валюти України, визначеним Національним банком на дату фактичного внесення інвестиції.

Як зазначає, В. М. Коссак, здійснюючи іноземну інвестицію в одному з передбачених законодавством видів, потрібно вказати її кількісні параметри. У тексті договору (контракту) на виконання робіт (надання послуг) визначають конкретні обсяги робіт (послуги) та термін їх виконання. Останні будуть залежати від конкретного виду іноземної інвестиції (кількості переданого обладнання, іншого майна, акцій, облігацій і ін.). Будь-яка іноземна інвестиція, яка є предметом інвестиційного договору (контракту), повинна мати вартість у

конвертованій валюті (за винятком реінвестованих коштів, які можуть здійснюватися у валюті України) [2, 47].

Інвестор зобов'язаний внести інвестиції у визначений договором строк (термін). Строк внесення інвестицій необхідно відрізняти від строку дії договору та строку використання інвестиції. Згідно з ст. 631 ЦК України, строком договору є час, протягом якого сторони можуть здійснити свої права і виконати свої обов'язки відповідно до договору. Перебіг строку договору починається з моменту укладення. Наприклад, згідно з ч. 1 ст. 9 Закону України «Про концесії», концесійний договір укладається на строк, визначений у договорі, який має бути не менше 10 років та не більше 50 років. Строк дії концесійного договору може бути змінений за згодою сторін в межах строків, передбачених ч. 1 цієї статті (ч. 3 ст. 9 Закону).

У графі 6 інформаційного повідомлення про внесення іноземної інвестиції зазначається запланований період використання інвестиції. Якщо термін використання інвестиції не визначено, робиться запис «безстрокова». Запланований період використання інвестиції, як правило, вираховується з моменту фактичного внесення і до закінчення строку договору. Строк внесення інвестиції – це період у часі, перебіг якого починається з моменту укладення договору або з моменту, визначеного у договорі.

Метою інвестиційних договорів є здійснення інвестицій. Однією з сукупних ознак інвестицій є мета вкладення речей, майнових прав в об'єкт інвестиційної діяльності, а саме одержання прибутку та (або) досягнення соціального ефекту. Дохід (прибуток) від інвестицій отримує інвестор. Він також досягає соціального ефекту, який поширюється на певне коло осіб, які можуть бути визначені в інвестиційному договорі (контракті) шляхом їх індивідуалізації або через загальну термінологію (наприклад, працівники підприємства, військовослужбовці, пенсіонери тощо). Соціальний ефект від інвестицій може поширюватися й на невизначене коло осіб. Відповідно, інвестор має право на отримання прибутку або досягнення соціального ефекту. Як правило, інвестиційна діяльність супроводжується не тільки отриманням прибутку, але й збитків.

Інвестор має право на інформацію. Наприклад, згідно з ст. 116 ЦК України, учасники господарського товариства мають право одержувати інформацію про діяльність товариства у порядку, встановленому установчим документом. Реалізація цього права здійснюється згідно з ст. 88 ГК України. На вимогу учасника товариство зобов'язане надати йому для ознайомлення річні баланси, звіти про фінансово-господарську діяльність товариства, протоколи ревізійної комісії, протоколи зборів органів управління товариства тощо.

Інвестор має право на одержання державно-правових гарантій у вигляді застосування положень спеціального законодавства, зокрема гарантії від зміни спеціального законодавства, що визначає правовий режим інвестицій, відшкодування збитків, заподіяних внаслідок правопорушення, повернення своїх інвестицій, а також доходів з цих інвестицій у разі припинення інвестиційної діяльності, щодо примусових вилучень інвестицій, а також незаконних дій державних органів та їх посадових осіб та ін. Інвестор може набувати й інших прав та обов'язків, що залежить від форми здійснення інвестицій.

Права та обов'язки учасника інвестиційної діяльності, на відміну від прав та обов'язків інвестора, узагальнити щодо усіх форм здійснення інвестицій неможливо, тому що правовий статус учасника інвестиційної діяльності визначається, як вже зазначалося, з урахуванням видових особливостей інвестиційного договору (контракту). Наприклад, права та обов'язки концесієдавця визначені в ст. 17 Закону України «Про концесії», учасника простого товариства – в главі 77 ЦК України.

Використані джерела:

1. *Блажівська О. Є. Договір про спільну діяльність: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Блажівська Оксана Євгенівна; Львівський національний університет ім. І. Франка. – Львів, 2006. – 232 с.*
2. *Коссак В. М. Правове регулювання іноземних інвестицій та міжнародної технічної допомоги в Україні: Підручник. / В. М. Коссак, М. О. Михайлів. – К.: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. – 308 с.*

А. В. Чекмарева

кандидат юридических наук, доцент,
доцент кафедры гражданского процесса
Саратовской государственной юридической академии,
Саратов, Российская Федерация

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ВЗЫСКАНИЯ АЛИМЕНТОВ В ИСПОЛНИТЕЛЬНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ РОССИИ

В настоящее время в России функции по исполнению судебных актов и актов других органов осуществляются Федеральной службой судебных приставов. Нормативной основой деятельности службы являются: Федеральный закон от 2 октября 2007 г. №229-ФЗ «Об исполнительном производстве» [1], Положение о Федеральной службе судебных приставов, утвержденное Указом Президента РФ от 13 октября 2004 г. № 1316 «Вопросы Федеральной службы судебных приставов» [2], Положение о территориальном органе Федеральной службы судебных приставов, утвержденное Приказом Минюста РФ от 9 апреля 2007 г. № 69 [3] и другие правовые акты.

Подавляющее большинство исполнительных производств, затрагивающих права несовершеннолетних, составляют исполнительные документы о взыскании алиментов. Несомненно, что защита прав несовершеннолетних будет осуществлена лишь в случае своевременного исполнения таких документов. Однако на практике не всегда это возможно в силу причин как объективного, так и субъективного характера. Так, одни должники по алиментным обязательствам, внутренне не согласны с вынесенным против них судебным актом и не желают платить алименты, намеренно скрывая свое имущество, занижая размер своих доходов. Другие, попав в трудную жизненную ситуацию в связи с современным

финансовым кризисом, не в состоянии погасить имеющуюся задолженность по алиментным платежам. Имеют место и задержки с выплатой заработной платы.

Расширение полномочий судебных приставов-исполнителей позволяет применять меры по повышению эффективности взыскания такого рода платежей. Так, широко применяются полномочия по ограничению права должников на выезд из Российской Федерации. По данным на 1 ноября 2009 г. 143 тысячи должников ограничены в выезде. Из них 25% – это должники по алиментным обязательствам [4]. В 2010 году вынесено более 290,7 тыс. постановлений об установлении временного ограничения на выезд должников из Российской Федерации, в том числе около 78,9 тыс. – в отношении должников по алиментным обязательствам. По исполнительным производствам, в рамках которых применялась эта мера, должниками исполнены требования около 24,4 тыс. исполнительных документов, в том числе 2,1 тыс. – о взыскании алиментов (в 2009 году – 11,2 тыс., в том числе более 1,4 тыс. о взыскании алиментов). Погашена задолженность на сумму около 3,6 млрд. руб. (на 71,4 % больше, чем в 2009 году), в том числе по алиментам – на сумму 132,1 млн. руб. [5].

Статья 157 Уголовного кодекса РФ предусматривает уголовную ответственность за злостное уклонение родителей от уплаты по решению суда средств на содержание детей, а равно нетрудоспособных детей, достигших восемнадцатилетнего возраста, а также злостное уклонение совершеннолетних трудоспособных детей от уплаты по решению суда средств на содержание нетрудоспособных родителей.

Обязательным условием привлечения к уголовной ответственности является «злостность» уклонения от уплаты. Однако на законодательном уровне определения понятия «злостности» не дано, что порождает различное толкование этого понятия правоприменителем. Так, например, в городе N уголовное дело возбуждалось в случае не исполнения обязанности по уплате алиментов в течение четырех месяцев подряд и после двух предупреждений об уголовной ответственности. При расследовании уголовного дела выяснилось, что должник постоянно проживает на территории города S и уголовное дело было передано соответствующему дознавателю. Однако практика применения ст. 157 УК РФ в городе S складывалась иначе, и для привлечения к уголовной ответственности требовалось не менее трех предупреждений и шестимесячного срока неуплаты [6, с. 97]. Полагаем, что необходимо установить единообразие в порядке возбуждения уголовного дела. Учитывая, что речь идет о детях, не способных обеспечить себя самостоятельно, необходимо ограничиться двумя предупреждениями и в случае неисполнения обязанности по уплате алиментов в течение двух месяцев, возбуждать уголовное дело.

Вопрос о наличии «злостности» в действиях должника решается в каждом конкретном случае с учетом причин неуплаты и других обстоятельств. Так, если задолженность образовалась в связи с несвоевременной выплатой заработной платы или по другим уважительным причинам, лицо не может быть привлечено к уголовной ответственности. Кроме того, должник, желающий избежать уголовного преследования, может выплачивать незначительные платежи, например, по 100-200 рублей в месяц. Таким образом, «злостность» в его

действиях будет отсутствовать, к уголовной ответственности его привлечь нельзя, однако, сумма долга продолжает возрастать, а права несовершеннолетнего ребенка остаются незащищенными. В связи с этим, необходимо на законодательном уровне четко определить понятие «злостности» уклонения от уплаты средств на содержание несовершеннолетнего ребенка, а также ужесточить наказание, предусмотренное санкцией ст. 157 УК РФ.

Особую проблему представляет взыскание алиментных платежей с должников, ведущих асоциальный образ жизни, не имеющих работы, страдающих алкоголизмом. В соответствии с Конституцией РФ принудительный труд запрещен, поэтому таких должников невозможно принудительно трудоустроить. Для решения этой проблемы, ФССП взаимодействует с Православной церковью, должники направляются на проповеди, где церковные служители пытаются пробудить сознание опустившихся личностей. Должникам, желающим трудиться, служба судебных приставов оказывает помощь в трудоустройстве. Воздействие на сознательность должников по алиментным обязательствам осуществляется и путем трансляции видеороликов социальной направленности.

Представляется, что без комплексного решения проблемы совершенствования исполнительного производства защита прав несовершеннолетних на материальное обеспечение будет оставаться проблематичной. В этой связи полагаем необходимым:

- усиление ответственности судебных приставов-исполнителей за своевременное исполнение судебных актов о взыскании алиментов, повышение их квалификации;
- ужесточение наказания родителям, уклоняющимся от выплаты алиментов, по ст. 157 УК РФ;
- применение мер воздействия на юридических лиц, виновных в задержке заработной платы работающим алиментщикам, более активное использование ст. 315 УК РФ;
- расширение взаимодействия судебных приставов-исполнителей с институтами гражданского общества: СМИ, Уполномоченным по правам ребенка, религиозными и правозащитными организациями.

Использованные источники:

1. *Собрание законодательства РФ.08.10 2007. №41. Ст. 4849.*
2. *Российская газета. №230. 19.10.2004.*
3. *Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. №19. 07.05.2007*
4. *Интервью директора ФССП России А.О. Парфенчикова издательскому дому «Комсомольская правда» / Официальный сайт ФССП России/ http://www.fssprus.ru/press_kp_interwyu.html Просмотр 2 января 2010 г*
5. *Об итогах деятельности Федеральной службы судебных приставов в 2010 году // Официальный сайт ФССП России/ http://www.fssprus.ru/press*
6. *Зорина А.А. Проблемы установления злостности при расследовании преступлений, предусмотренных ст. 157 Уголовного кодекса Российской Федерации // Проблемы предварительного расследования в органах дознания: материалы научно-практического семинара; ГОУ ВПО РПА Минюста России,*

Поволжский (г. Саратов) юридический институт (филиал) РПА Минюста России. – М.; Саратов, ГОУ ВПО РПА минюста России, 2009.

О. Ю. Черняк
старший викладач кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПЕРСПЕКТИВИ УДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ЗАХИСТ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ У СФЕРІ ФІНАНСОВИХ ПОСЛУГ

За останній час посилилась увага до захисту прав споживачів фінансових послуг. Прийнято ряд нормативних актів, що позитивно вплинули на правовий захист у цій сфері (Закон України «Про захист прав споживачів» [1], «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг» [2], Концепція захисту прав споживачів небанківських фінансових послуг в Україні [3] та ін.). розглядуваний проект постанови Пленуму покликаний вирішити невирішені питання, разом із тим, він, на нашу думку, не посилює правовий захист споживача, а навпаки – погіршує існуючий стан в окремих аспектах. Так, однією із основних проблем є внесення змін до п. 14 частини першої ст. 6 Закону України від 11 травня 2004 року № 1701-IV «Про третейські суди» про те, що справи у спорах щодо захисту прав споживачів, у тому числі споживачів послуг банку (кредитної спілки) не підлягають розгляду третейськими судами [4].

Разом із тим п.3 Проекту Постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про деякі питання судової практики при вирішенні спорів, що виникають з кредитних правовідносин» говорить, що це не позбавляє сторін права укладати договір про передачу спору на вирішення третейського суду в інших випадках, в яких не йдеться про захист прав споживачів, наприклад, за позовом банка про стягнення кредитної заборгованості тощо. З таким твердження можна погодитись частково, оскільки, якщо ми говоримо про споживчий кредит, то основною проблемою на даний момент є наявність у таких договорах застережень, а також ряду прихованих комісій та інших платежів, що по суті в більшості випадків і призводить до наявності заборгованості за кредитними договорами, а розгляд саме таких справ у третейських судах є вигідним виключно кредитору. На нашу думку, у третейських судах повинні розглядатись справи про захист прав споживачів у випадках порушення прав споживача, передбаченого ст. 11 Закону «Про захист прав споживачів», а питання щодо розірвання договорів за позовом банка про стягнення кредитної заборгованості повинні розглядатись судами загальної юрисдикції. Саме така практика поширена в ЄС.

Ще одне питання, що стосується захисту прав споживачів щодо кредитів у іноземній валюті, висвітлено у п. 16 проекту Постанови Пленуму. Зокрема, у

Проекті зазначено що, саме по собі зростання/коливання курсу іноземної валюти не є достатньою підставою для розірвання кредитного договору на підставі статті 652 ЦК, оскільки зазначене стосується обох сторін договору і у позичальника існувала можливість при належній турботливості та обачності передбачити в момент укладення договору можливої зміни курсу гривні України до іноземної валюти виходячи з динаміки зміни курсів валют з моменту введення в обіг національної валюти та її девальвації, а також можливість отримання кредиту в національній валюті. Таке пояснення жодним чином не пов'язується із загальною світовою тенденцією захисту прав споживачів, що визнані більш слабкою стороною та непрофесіоналом і тому потребують підвищеного захисту з боку держави. Тобто, неможливо стверджувати про те, що кожна пересічна фізична особи може адекватно і відповідально оцінити при належній турботливості та обачності передбачити в момент укладення договору можливої зміни курсу гривні України до іноземної валюти виходячи з динаміки зміни курсів валют з моменту введення в обіг національної валюти та її девальвації**.**

Тим більше, що внесеними 22 вересня 2011 року змінами до ч.1 ст. 11 Закону «Про захист прав споживачів» надання (отримання) споживчих кредитів в іноземній валюті на території України заборонено.

На нашу думку, у Постанові Пленуму необхідно також визначити питання щодо тлумачення питань, пов'язаних із нечесною підприємницькою практикою, особливо зважаючи на суттєві зміни у посилену увагу цьому питанню з боку ЄС (28 вересня 2011 року було внесено зміни до директиви 93/13, що стосуються нечесної підприємницької практики). Так само невирішеними залишаються питання щодо Неврахованими в законодавстві України є положення щодо захисту прав споживачів у відносинах з небанківським фінансовими установами, визначені Директивою 2008/48/ЄС щодо інформації, що повинна надаватися споживачу до укладення дистанційного договору (стаття 3); повідомлення умов договору та попередньої інформації (стаття 5); права на відмову (стаття 6); оплати послуг, наданої до відмови від виконання договору (стаття 7); судових та адміністративних засобів задоволення вимог (стаття 13); тягаря доведення (стаття 15).

***Використані джерела*:**

1. *Про захист прав споживачів: Закон України від 12.05.1991 р. № 1023–XII // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 30. – Ст. 379*
2. *Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг: Закон України від 22.09.2011 р. // Офіційний вісник України. – 2011. – № 81. – Ст. 2962.*
3. *Концепція захисту прав споживачів небанківських фінансових послуг в Україні, схвалена Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 03.09.2009 р. № 1026–р // Офіційний вісник України. – 2009. – № 69. – Ст. 2388.*
4. *Про третейські суди: Закон України від 11.05.2004 р. № 1701–IV // Офіційний вісник України. – 2004. – № 23. – Ст. 1540*

Ж. Л. Чорна
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права та процесу,
Хмельницький університет управління та права,
Хмельницький, Україна

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ПОСВІДЧЕННЯ ІПОТЕЧНОГО ДОГОВОРУ

Відповідно до абз. 3 ст.5 Закону України «Про іпотеку» [1] предметом іпотеки може бути об'єкт незавершеного будівництва, майнові права на нього, інше нерухоме майно, яке стане власністю іпотекодавця після укладення іпотечного договору, за умови, що іпотекодавець може документально підтвердити право на набуте ним у власність відповідне нерухоме майно у майбутньому. Обтяження такого нерухомого майна іпотекою підлягає державній реєстрації у встановленому законом порядку незалежно від того, хто є власником такого майна на час укладення іпотечного договору.

Відповідно до ст. 55 Закону України «Про нотаріат» [2] угоди про відчуження та заставу майна, що підлягає реєстрації, посвідчуються за умови подання документів, що підтверджують право власності на майно, що відчужується або заставляється. У разі застави майбутнього майна або створення забезпечувального обтяження в майбутньому майні нотаріусу надаються документи, що підтверджують наявність прав на набуття такого майна у власність у майбутньому.

Іншими словами, іпотечні договори, предметом іпотеки за якими є нерухомість, яка належить третім особам і стане власністю іпотекодавця після укладання такого договору, посвідчуються до моменту оформлення встановленого законодавством документа про право власності іпотекодавця на нерухомість. Відповідно до ст.18 Закону України «Про іпотеку», у разі якщо іпотекою забезпечується повернення позики, кредиту для придбання нерухомого майна, яке передається в іпотеку, договір купівлі-продажу цього нерухомого майна та іпотечний договір можуть укладатися одночасно. Водночас ч. 1 ст. 182 Цивільного кодексу України [3] передбачено, що право власності та інші речові права на нерухомі речі, обмеження цих прав, їх виникнення, перехід і припинення підлягають державній реєстрації. Відповідно до абз. 3 ч. 2 ст. 331 зазначеного Кодексу, якщо право власності на нерухоме майно відповідно до закону підлягає державній реєстрації, право власності виникає з моменту державної реєстрації. Порядок реєстрації права власності на нерухоме майно в Україні визначено Тимчасовим положенням про порядок державної реєстрації права власності та інших речових прав на нерухоме майно [4]. П. 3.11 Тимчасового положення встановлено, що після внесення запису до відповідного розділу Реєстру прав реєстратор БТІ видає витяг про державну реєстрацію прав, який є невід'ємною частиною правовстановлюючого документа, а у разі проведення державної реєстрації права власності та інших речових прав на нерухоме майно на правовстановлювальному документі також робить відмітку (штамп) про державну реєстрацію прав.

Таким чином, правовстановлюючими документами, на підставі яких здійснюється перехід права власності на об'єкт нерухомого майна (відчуження) є витяг про державну реєстрацію права власності на це нерухоме майно. Крім того, п.38 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України [5]. передбачено, що правочини про відчуження та заставу майна, що підлягає реєстрації, посвідчуються за умови подання документів, що підтверджують право власності на майно, що відчужується або заставляється. У разі застави майбутнього майна або створення забезпечувального обтяження в майбутньому майні нотаріусу надаються документи, що підтверджують наявність прав на такого майна у власність у майбутньому.

У п.61 Інструкції мова йде про те, що при нотаріальному посвідченні договорів про відчуження житлового будинку, а також іншого нерухомого майна, що підлягає реєстрації, нотаріус вимагає подання документів, які підтверджують право власності (довірчої власності) на вказане майно, та, у передбачених законодавством випадках, документів, що підтверджують державну реєстрацію прав на це майно в осіб, які його відчужують. Крім правовстановлювального документа на житловий будинок, садибу та інше нерухоме майно (за винятком земельної ділянки), якщо воно підлягає державній реєстрації, нотаріус вимагає витяг з Реєстру прав власності на нерухоме майно (п. 63 Інструкції). Також відповідно до ч.6 ст.4 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» [6] реєстрація права власності на нерухоме майно повинна передувати реєстрації інших речових прав на таке майно та їх обтяжень (в нашому випадку – іпотека) і проводитися в разі вчинення правочину щодо такої нерухомості, встановлення обтяжень речових прав на таку нерухомість.

Отже, питання чи є оформлення іпотечного договору без попередньої реєстрації договору купівлі-продажу в БТІ законним, залишається.

Використані джерела:

1. *Про іпотеку: Закон України від 5.06. 2003 // ВВРУ. – 2003. – №38. – Ст.313.*
2. *Про нотаріат: Закон України від 2.09. 1993 // ВВРУ. – 1993. – №39. – Ст. 383.*
3. *Цивільний кодекс України від 16.01. 2003 // ВВРУ. – 2003. – №40-44. – Ст.356.*
4. *Про затвердження Тимчасового положення про порядок державної реєстрації права власності та інших речових прав на нерухоме майно: Наказ Міністерства юстиції України від 17.02. 2002 // ОВУ. – 2004. – №20. – Ст.1387*
5. *Про затвердження Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України: Наказ Міністерства юстиції України від 3.03. 2004 // ОВУ. – 2004. – №10. – Ст..639.*
6. *Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» : Закон України від 1.07. 2004 // ВВРУ. 2004. – №51. – Ст.553.*

О. В. Шевченко
студент юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВА, ЩО ПІДЛЯГАЄ ЗАСТОСУВАННЮ ПРИ РЕГУЛЮВАННІ ПРИВАТНОПРАВОВИХ ВІДНОСИН З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ В УКРАЇНІ

Всесвітня глобалізація, динамічні інтеграційні економічні процеси призводять до суттєвого збільшення обсягу приватних відносин, ускладнених іноземним елементом.

Загальні проблеми визначення права, що підлягає застосуванню при регулюванні приватноправових відносин з іноземним елементом можна відобразити у двох аспектах.

Перший аспект, який необхідно дослідити це порядок застосування застосування норм договорів під час вирішення спорів як державними судами, так і арбітражами. Мова йде про ті випадки, коли в договорі сторони не визначили яке право має застосовуватися. Національне законодавство вирішило цю проблему таким способом, що уразі відсутності домовленості сторін про вибір права, яке має застосовуватися, буде застосовуватися право, яке має найбільш тісний зв’язок з правочином. Як вважає вчений Смітюх,[4;65] таке намагання визначити право яке підлягає застосуванню, зазвичай іноземне матеріальне право, може призвести до маніпулювання колізійними нормами, як наслідок до застосування законодавства, більш знайомого або вигідного одній із сторін, або ж до застосування положень правової системи, яка не містить належних регуляторів проблеми, що виникла. Тому вважаю за необхідне доповнити відповідний законодавчий акт положенням про те, що у разі відсутності домовленості сторін про вибір права, яке має застосовуватися, має застосовуватися право яке найбільш повно регулює дані правовідносини з іноземним елементом.

В дещо сприятливішому становищі перебувають комерційні арбітражі, ураз і якщо сторони домовилися про розгляд спору конкретним арбітражем. Суттєвою рисою такого розгляду, у разі відсутності домовленості сторін про право, яке підлягає застосуванню у разі виникнення спору, є можливість арбітражу вирішити спір із виключенням будь-якого національного права, тобто лише відповідно до норм lex mercatoria, які визнанні міжнародною спільнотою. Прикладом такого вирішення спорів є застосування принципів УНІДРУА, які регулюють питання укладання виконання, тлумачення змісту та наслідків невиконання договору та містять норми, які є спільними для існуючих правових систем, або таких, які найбільш придатні для потреб міжнародної торгівлі. Про активне застосування даних принципів свідчить практика Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України, і варто зазначити, що не було оскаржено рішення вищезгаданого арбітражу на підставі застосування даних звичаєвих норм (принципів УНІДРУА).

Другий аспект, який необхідно дослідити, це так зване «зловживання автономією волі» у приватних відносинах з іноземним елементом, коли відсутня двостороння угода між державами, що регулює спірні приватноправові відносини. Як зазначає вчений Калакура [1;42] під час укладання шлюбного договору за участю іноземного елементу має застосовуватися принцип застосування найбільш сприятливого права, яке унеможливлювало б намагання однієї сторони «зловживати автономією волі», а також спонукати іншу сторону укласти шлюбний договір відповідно до того права, яке погіршує її становище, в порівнянні з тим правом, яке застосовувалося б за відсутності здійсненого вибору. Але, на жаль, в чинному законодавстві не передбачено правового механізму, який би надавав би можливість реалізувати вищезазначений принцип у житті.

Я вважаю, що для більш ефективного врегулювання проблем визначення права, яке підлягає застосуванню при регулюванні приватноправових відносин з іноземним елементом держава має зробити наступне :

- Доповнити Закон України «Про міжнародне приватне право» положенням про те, що у разі відсутності домовленості сторін про вибір права, яке має застосовуватися, має застосовуватися право яке не тільки має найбільш тісний зв'язок з правочином, але й найбільш повно регулює дані правовідносини з іноземним елементом.
- Закріпити на законодавчому рівні принцип застосування найбільш сприятливого права, який не дозволяв би «зловживати автономією волі «під час укладання договорів, а також розробити та закріпити на законодавчому рівні механізм реалізації даного принципу.

Використані джерела:

1. *Калакура В. Принцип колізійного регулювання у міжнародному сімейному праві // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – 2009. – № 80. – С. 40 – 43.*
2. *Павленко Д. Добросовісне виконання договорів у міжнародному приватному праві // Юридичний журнал. – 2009 р. – № 12(90). – С. 64 – 66.*
3. *Притика Ю. Застосування норм міжнародних договорів під час розгляду цивільних справ // Бюлетень міністерства юстиції України. – 2008. – № 7-8 (81-82). – С. 34 – 41.*
4. *Смітюх А. Застосування міжнародними комерційними арбітражними судами принципів міжнародних комерційних договорів // Підприємництво, господарство і право. – 2002 р. – № 1. – С. 65 – 68.*
5. *Закон України «Про міжнародні договори України» від 29.06.2004 р. // Відомості Верховної Ради. – 2004. – № 50. – С. 540.*
6. *Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 р. // Відомості Верховної Ради. – 2005. – № 92. – С. 422.*

В. І. Шевчук
аспірант Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ЗНАЧЕННЯ УЧАСТІ ПРОКУРОРА В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ У СУЧАСНИХ УМОВАХ

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.

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 Законом України № 2222-IV «Про внесення змін до Конституції України», було 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. Однак 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. І хоча в вересні 2010 року Рішенням Конституційного Суду України № 20-рп/2010 у справі N 1-45/2010 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) [3], весь зміст основного закону нашої держави (в т.ч. ст. 121), було повернено в редакцію, яка діяла до прийняття Закону N 2222-IV 8 грудня 2004 року напруга у вирішенні питання співвідношення діяльності прокуратури і суду не спала.

В світлі практики Європейського суду з прав людини[1] наявність у прокурора права вступати у господарський процес на будь-якій його стадії стала

---

[1] В справі Європейського суду з прав людини «Совтрансавто-Холдинг проти України»постало питання про правомірність положень чинного ГПК України, які все ще надають повноваження

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 «загального» нагляду з подальшим їх підпорядкуванням Міністерству юстиції України [5]. А в серпні 2008 р., серед заходів щодо виконання Плану дій Україна – ЄС, Кабінет Міністрів України прямо передбачив реформування системи органів прокуратури, а саме «реформування та обмеження надмірних повноважень органів прокуратури» (п. 4 розділ II), а також розроблення нової редакції Закону України «Про прокуратуру» (п. 5 розділ II) [6]. Очевидно, що такі зміни в частині регулювання повноважень прокуратури потребують узгодження і з нормами процесуального законодавства України.

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 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 [7], 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 на 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 таким самим успіхом можна звинувачувати і суд в невиконанні своєї функції щодо здійснення

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.

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 «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 є найбільш надійним і ефективним способом захисту прав і свобод. Проте це не дає підстав стверджувати, що правозахисна діяльність прокуратури підміняє «право громадян на судовий захист», 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. Сюди громадяни звертаються як в найбільш доступний для них орган, який в змозі оперативно і кваліфіковано розібратися, безкоштовно вжити заходів до захисту порушених прав [8]. Так тільки за останні п'ять років органами прокуратури розглянуто майже 2,3 млн. звернень громадян, поновлено права 123 тис. громадян [5].

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 ґрунтуватися на правових гарантіях серед яких можна виділити:

1) чітко сформульовані та законодавчо закріплені мету 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.

Використані джерела:

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. *Рішення Конституційного Суду України № 20-рп/2010 від 30.09.2010 у справі N 1-45/2010 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) // Вісник Конституційного суду України – 2010 р., № 5, стор. 36*
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/.*
5. *Прокуратура проти її реформування. – Права людини на шляху євроінтеграції України http://www.helsinki.org.ua/index.php?id=1200667577.*
6. *Про затвердження Заходів щодо виконання у 2008 році Плану дій Україна – ЄС: Розпорядження Кабінету Міністрів України № 1072-р від 6 серпня 2008 р.*
7. *Буянский С. Г. Прокуратура и судебная власть: статус и соотношение компетенции: статус и соотношение компетенции // Российский судья. -2005. – № 5. – С. 25 – 29.*
8. *Скуратов Ю. Полномочия прокуратуры во взаимоотношениях с судебной системой http://jurqa.hut.ru/all.docs/g/a/fb23vpsu.html.*

С. І. Шимон
кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри цивільного та трудового права
Національного педагогічного університету ім. М. П. Драгоманова,
Київ, Україна

МАЙНОВІ ПРАВА В СИСТЕМІ ОБ'ЄКТІВ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Незалежно від того, що майнові права законодавчо закріплено в переліку об'єктів цивільних прав, в цивільно-правовій теорії питання про те, чи є вони об'єктами цивільних правовідносин, залишається спірним. Відомий російський правник В.А.Бєлов заперечує можливість майнового права бути об'єктом цивільного правовідношення; вчений стверджує, що такими є виключно речі; а всі майнові права (в тому числі речові та зобов'язальні) як складова цивільного правовідношення є об'єктами цивільного *обороту* [1, С. 76-77]. Аналогічну думку висловлюють І.А.Полуяхтов [2, С.38] та А.О.Рибалов [3, С. 92]; вони вбачають в такому розмежуванні особливе практичне значення, а майнові права визнають *єдиним* об'єктом цивільного *обороту*. Ці вчені чітко розмежовують

поняття цивільних правовідносин і цивільного обороту; останній, в баченні В.А.Бєлова, є оборотом суб'єктивних цивільних прав, а не їхніх об'єктів майнового походження; проте, при цьому ж автор зазначає, що «оборот об'єктів цивільних правовідносин (цивільний оборот) – це *сукупність випадків зміни носіїв суб'єктивних цивільних прав*». З цих слів випливає те, що *цивільний оборот* – це *оборот об'єктів цивільних правовідносин*. Однак, з погляду цього вченого, об'єктом цивільних правовідносин є «будь-яка субстанція, яка має відповідне юридичне значення і не співпадає з його суб'єктами, змістом, а також не входить до кола підстав його динаміки». В таке визначення, за словами самого автора, вписується традиційне розуміння об'єкта, яке закріплене в цивільному законодавстві, з пануванням речової концепції [1, С. 63]. Але ж цього слідує висновок, що цивільний оборот як «оборот об'єктів цивільних правовідносин» є оборотом речей, грошей, цінних паперів, іншого майна, майнових прав. Таким чином, пропоноване вченими розмежування, в якому вони відокремлюють об'єкти цивільного обороту від об'єктів цивільного правовідношення втрачає сенс.

Аналіз положень ст. 177 ЦК України, які закріплюють перелік таких об'єктів, свідчить про певний видовий поділ об'єктів на *матеріальні* та *нематеріальні* блага. Видові об'єкти – *матеріальні блага* – представлено в такому переліку: речі, у тому числі гроші та цінні папери, інше майно, інші матеріальні блага; видові об'єкти – *нематеріальні блага* – це майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, інші нематеріальні блага. Тут важливо відмітити, що у зазначеному переліку законодавець наводить «майнові права» після «іншого майна», звідси слідував би висновок, що терміном «інше майно» закривається перелік об'єктів які є «майном»; оскільки ж майнові права безперечно також є майном, остільки очевидно, що в цій нормі словами «інше майно» позначено виключно «інші речі»; отже є підстави поділяти майнові об'єкти на «речі» та «майнові права».

Важливо, що законодавець, позначаючи види об'єктів, використовує терміни не «майнові» та «немайнові» блага, а саме «матеріальні» та «нематеріальні». Зважаючи на те, що «майновість» (майновий характер) блага означає можливість його адекватної грошової оцінки, за критерієм *майновості* вказана сукупність явищ розподілялася б інакше, – майнові права виявилися б в одному видовому переліку з речами.

Для цивільного права має значення поділ системи об'єктів за критерієм «матеріальності» (матеріалізованості), бо він дозволяє визначити, на які з них можливо поширити режим речей і застосовувати класичні правові конструкції речового та зобов'язального права. Диференціація ж об'єктів за критерієм «майновості» слугує окресленню кола тих благ, які наділені ознаками оборотоздатності. Завершеність структуризації системи об'єктів вимагає використання обох цих критеріїв.

Отже до об'єктів першого виду – *матеріальних* – належать речі, в тому числі гроші, цінні папери, інші речі, а також інші матеріальні блага; очевидно, що всі вони є речами; всі речі є майном, отже всі ці об'єкти є *майновими*.

До об'єктів другого виду – *нематеріальних* – належить більш різнорідна сукупність: майнові права, результати робіт, послуги, результати

інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, інші нематеріальні блага. В цій сукупності можна виділити два підвиди об'єктів: *майнові* (майнові права, результати робіт, послуги) та *немайнові* (інформація, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інші нематеріальні блага, в тому числі особисті немайнові блага).

Внаслідок поділу за критерієм майновості система об'єктів цивільних правовідносин може бути представлена в такому вигляді: *майнові* об'єкти (можуть бути адекватно оцінені в грошах) та *немайнові* об'єкти (не мають еквівалентної грошової оцінки: особисті немайнові блага, інформація, результати інтелектуальної діяльності); *немайнові* об'єкти є *нематеріальними*; майнові об'єкти поділяються на *майнові матеріальні* (речі) та *майнові нематеріальні* (майнові права, роботи, послуги); *майнові матеріальні* входять до складу майна; *майнові нематеріальні* об'єкти поділяються на: а) такі, що *входять* до складу майна (*майнові права*); б) такі, що *не входять* до складу майна (роботи і послуги). Приналежність того чи іншого блага до певного сектору в системі об'єктів не визначає характер прав, які можуть виникати щодо нього; це визначається специфікою кожного окремо взятого елемента (об'єкта). Отже, *майнові права* в системі об'єктів належать до підсистеми *майнових* благ, групи *майнових нематеріальних* об'єктів, які *входять* до складу *майна.*

Зі щойно визначених складових частин системної цілісності, що має назву «система об'єктів цивільних прав», можна визначити, що вони піддаються впорядкуванню за певними критеріями (матеріалізованості та майнового характеру благ). Тому формулювання ст. 177 ЦК України доцільно було б подати у такому вигляді: «Об'єктами цивільних прав є речі (в тому числі, гроші, цінні папери, інші речі), майнові права, роботи, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, інші немайнові блага».

Використані джерела:

1. *Белов В.А. Объект субъективного гражданского права, объект гражданского правоотношения и объект гражданского оборота: содержание и соотношение понятий / Белов В.А./Объекты гражданского оборота. Сборник статей.- М.:Статут, 2007. – С. 6-77.*
2. *Полуяхтов И.А. Гражданский оборот имущественных прав. Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Полуяхтов И.А. – Екатеринбург, 2002. – 183 с.*
3. *Рыбалов А.Л. – Экономические блага и гражданский оборот / Рыбалов А.О. / Объекты гражданского оборота. Сборник статей. – М.: Статут, 2007. – С. 78-94.*

Я. А. Шкльода
аспірант Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ІСТОРІЯ СТАНОВЛЕННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ОСІБ ІЗ ПСИХІЧНИМИ РОЗЛАДАМИ В КИЇВСЬКІЙ РУСІ

Ще в древніх традиціях позбавляти хворого домашнього догляду вважалося образою для роду, який не береже свого родича. Якщо хворому не могли полегшити страждань дома, то рідні виносили його на дорогу, і кожен з перехожих давав поради. Чиї поради виявлялися найбільш дієвими і допомагали зціляти хворого – вважався володарем великих лікарських знань і набував в цій місцевості славу знахаря – успішного лікаря [1, с. 110]. У нашого народу існувало деяке природжене упередження проти лікарень, в людях була присутньою пристрасть до самолікування (усе це збереглось і до цього часу), а тому і особлива потреба в спеціальних медичних закладах впродовж тривалого часу в нашій країні була відсутня. Тільки коли питання стосувалося калік, психічнохворих або безрідних пристарілих людей (тобто категорії невиліковних хворих матеріально обтяжуючих) бідні сім'ї, зі скрипом серця, були готові віддати їх на піклування в певні заклади. Такими заклади спочатку на Русі були монастирі, оскільки духовенство – найбільш освічений стан на той час, який володів знаннями грецької мови, міг черпати з першоджерел відомості по старогрецькій медицині, в якій були присутні більш-менш наукові методи лікування. Саме там зосереджувався центр освіти того часу. Церква, яка щедро поповнювалась від князів, бояр і народу переймала на себе увесь тягар нагляду і піклування за нещасними, яких суспільство не могло захистити від утисків, і які, через свою «юродивість», не приносили суспільству ніякої матеріальної користі.

Тому духовенство, ще задовго до створення спеціальних законодавчих приписів, що зобов'язують монастирі зглянутися і лікувати хворих людей, самостійно виконувало цю функцію абсолютно безкорисливо, яка була прямим обов'язком, покладеним Священним писанням «Хворих зціляйте, прокажених очищайте, мертвих воскрешайте, бісів виганяйте. Дарма отримали, дарма і давайте» [2]. Оскільки будь-яка хвороба вважалася божою карою, а тим більше розлади психіки – хвороба психіки, психічна хвороба, з її дивними, специфічними, а іноді і лякаючими проявами, вважалася і зовсім – «бісоодержимістю» [3, с. 131]. А тому, основним методом лікування таких хворих було Слово Боже – молитва. Відомі факти дивовижних зцілень хворих і приклади істинно безкорисливого піклування тих, хто потребував монастирів ще до періоду законодавчого регулювання цього виду діяльності монастирів [3, с. 131; 4].

Ідея піклування за людьми, які потребують допомоги і неспроможними самостійно потурбуватися про себе, в суспільстві усвідомлювалася задовго до того, як була реалізована на практиці. В законодавчих актах описуваного періоду ми зустрічаємо свідчення про закріплення питання піклування. Так, в Синодальній редакції Статуту Св. князя Володимира (ст. 16) визначалися категорії осіб, які підлягають церковному піклуванню і засновувалися

«странноприємниці» для даної категорії осіб [5, с. 149, 162]. Судний закон князя Володимира містить ряд статей про психічнохворих. В главі «Про заповіт», наприклад, є вказівка, що заповідач має бути при повному розумі і твердій пам'яті. Закон забороняв допускати «свідчити на суді неповнолітніх, рабів, глухих, німих і божевільних» (ст. 18 Синодальна ред.) [5, с. 149, 162].

До психічнохворих відносили також і чародіїв та волхвів. Якщо Судний закон Володимира в 9 статті ще наказує страту (через спалювання) волхвам і чародіям [5, с. 149,157–160], то в церковному статуті Ярослава Мудрого (Синодальній його редакції) за «чаклунство, волховання або зелейніцтво» визначався лише штраф (ст. 38). У духовних же повчаннях рекомендувалися заходи переконання: «Тих хто займається чаклунством необхідно наставляти не раз, не двічі, але неперервчасто, поки дізнаються і зрозуміють істину, а при закоренілості їх діяти і тілесними покараннями, але не проливати крові» [5, с. 191, 202–203]. Так само законодавець забороняв розірвання шлюбу внаслідок хвороби одного з подружжя. Якою не була б хвороба, у тому числі і психічна, чоловік чи дружина зобов'язані були підтримувати один одного у будь-яких труднощах (ст.ст. 11, 12 широкої редакції Статуту) [5, с. 190, 197]. Ці і багато інших фактів говорять про відображення в законодавчих актах християнської толерантності слов'ян і про високий для того часу рівень розвитку психіатричних заходів.

Слід зазначити, що в Києві ще в X столітті вже існувала організація піклування «жебраків, дивних і убогих людей». У законодавчих актах вказаного періоду ми зустрічаємо точні вказівки про організацію піклування. Так, Церковним статутом князя Володимира на церкву покладався обов'язок влаштовувати в містах готелі – странноприємниці, сиротинці, будинки вдів і лікарні, причому на це визначалася «десятина». Одночасно залучались на це і кошти населення [5, с. 149].

Серед ченців Печерського монастиря згадується Григорій-дивотворець, який «зціляв бісних і мав дар вселяти те, що він хоче, окрім волі тих, кому він давав навіювання». Таким чином, очевидно, що «бісні», тобто неспокійні психічно хворі, отримували допомогу в монастирях; спокійні ж недоумкуваті хворі, поза сумнівом, входили до групи «дивних і убогих» [5, с. 156].

До кінця XI століття піклування хворих в монастирях, зокрема в Києві, досягло значних розмірів. Серед монастирських будов була вже «міцна темниця» для злих єретиків і неспокійних психічно хворих. Так, в житії преподобного Феодосія Печерського говориться, що він «створив двір біля монастиря свого і церкву побудував в ім'я святого Першомученика Стефана, і тут поселив жебраків, і сліпих, і кульгавих, і хворих. І від монастиря подавав їм усе потрібне, і від того, що було в монастирі віддавав десяту частину». Церква Першомученика Стефана була освячена 27 грудня 1069 року. Після XI століття згадок про неї немає. З XVII століття на тому місці, де преподобний Феодосій в 1056 році влаштував будинок богодільні, почалася забудова странноприємного двору – цілого комплексу готелів для паломників. Лаврська странноприємниця складалася з 14 готельних корпусів і лікарень для хворих, бідних і богомольців з церквою [6]. Таким чином, були закладені основні традиції піклування над

психічнохворими, яке на довгі наступні віки збереже свій монастирський характер.

Варто наголосити, що особи із психічними розладами не просто ізолювались чи передавались на лікування, вже в той час їх хворобливий стан зв'язувався із окремими елементами правового статусу і їм надавались певні правові гарантії. Так, в Уставі князя Ярослава Мудрого йдеться про недопущення розлучень, якщо чоловік або жінка захворіють психічно. В «Изборнику Святослава» (1073 р.) пропонується проводити спеціальне обстеження хлопців, яких беруть на військову службу, щодо їх можливої неправильної поведінки у минулому. це виступало як запобіжний захід відносно призову до війська психічно хворих [7, с. 29].

Якщо врахувати, що перша психіатрична установа в Німеччині відкрилась лише у кінці XIII століття, а в лондонський Бедлам (Вифлеємский монастирь) психічно хворих стали приймати лише з 1400 р., то, очевидно, що піклування психічнохворих в Київській Русі виникло раніше, і було поставлено краще, ніж в Західній Європі того часу.

Використані джерела:

1. *Змеев Л.О. Чтения по врачебной истории России. – СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1896.*
2. *Евангелие от Матфея, гл. 10, стих 8.*
3. Извольский. *Житие святых – М.: Русская старина, 1880.*
4. *О чудесах исцеления Св. Макария: сказание о жизни и чудесах преподобного Макария. – М., 1868. – 150 с.*
5. *Российское законодательство X – XX веков: тексты и комментарии: В 9 т. / Под общ. ред. О.И. Чистякова. – Т. 1. -М.: Юридическая литература, 1984.*
6. *Храмы Киево-Печерской Лавры / Под общ. ред. иермонаха Логин (Чернуха) – Киев: Киево-Печерская Успенская Лавра, 2004 г. – 76 с*
7. *Підкоритов В.С.Психіатрія в Україні – минуле, теперешне, майбутнє / Вісник психіатрії та психофармакотерапії, № 2 (14), 2008.*

О. А. Шутко

студентка юридичного факультету

Київського національного університету імені Тараса Шевченка,

Київ, Україна

НАСЛІДКИ УХИЛЕННЯ СТОРОНИ ПОПЕРЕДНЬОГО ДОГОВОРУ ВІД УКЛАДЕННЯ ОСНОВНОГО ДОГОВОРУ

Однією із новел чинного Цивільного кодексу України (далі – ЦКУ) є договірна конструкція, яка одночасно є видом переддоговірних правочинів і закріплена в законодавстві під назвою «попередній договір». Законодавча новизна цього поняття обумовлює відсутність системних наукових досліджень даної тематики і тому виникає багато спірних питань, які пов'язані із цією договірною конструкцією. Проте, варто зазначити, що на практиці попередній

договір набуває все більшого і більшого застосування і тому вирішення спірних питань в цій сфері має досить вагоме практичне значення.

В даній науковій статті ми розглянемо одне з найактуальніших питань практики, що пов'язане із застосуванням попереднього договору, а саме наслідки ухилення сторони попереднього договору від укладення основного договору.

З нашої точки зору, багато спірних питань у даній сфері виникає у зв'язку із його врегулюванням двома кодексами – Цивільним і Господарським, причому таке регулювання здійснюється абсолютно по-різному.

Розглянемо випадок, коли сторони попереднього договору є суб'єктами господарювання. В такому разі згідно з ч. 3 ст. 182 Господарського кодексу України (далі ГКУ) у разі, якщо сторона, яка уклала попередній договір, одержавши проект договору від іншої сторони, ухиляється від укладення основного договору, друга сторона має право вимагати укладення такого договору в судовому порядку. [1]

Якщо ж сторонами попереднього договору або хоча б одна із сторін є фізичними особами, то згідно з ч. 2 ст. 635 ЦКУ сторона, яка необґрунтовано ухиляється від укладення договору, передбаченого попереднім договором, повинна відшкодувати другій стороні збитки, завдані простроченням, якщо інше не встановлено попереднім договором або актами цивільного законодавства. [2] Отже, бачимо, що в ЦКУ не передбачено право вимагати укладення договору в судовому порядку. З приводу поняття можливих збитків, заподіяних внаслідок прострочення виконання попереднього договору, погоджуємося із думкою О. Днєпрова, який слушно зазначає, що всі можливі збитки можуть бути пов'язані лише з майновими витратами від не укладення основного договору. Однак, якщо на момент визначення збитків основний договір ще не укладено, то він не може потягнути і будь-яких майнових наслідків. Попередній договір не має жодного юридичного значення з моменту укладення основного договору і, що важливіше, не є необхідним елементом юридичного складу, який призводить до виникнення зобов'язання з основного договору. [3,374]

Отже, ГКУ, норми якого застосовуються до суб'єктів господарювання, передбачає право сторони попереднього договору, яка бажає укладення основного договору, вимагати укладення такого договору в судовому порядку, але ГКУ не описує практичний шлях реалізації цієї норми. Юристи-практики зазначають, що особливо проблемним видається випадок, коли йдеться про договір, який підлягає нотаріальному посвідченню. А нотаріально посвідчуються договори між сторонами, які діють вільно, без будь-якого примусу (ч. 3 ст. 203 ЦКУ). Якщо сторона діє не вільно, нотаріус не вправі посвідчити такий договір, навіть якщо до нього звернуться сторони з державним виконавцем, який надасть виконавчий лист суду про спонукання сторони, що ухиляється, до укладення основного договору. [4,25]

Так, російський науковець Меліхов Е.І. в статті «Предварительный договор и задаток» з посиланням на думку іншого російського науковця Брагінского М.І., ставить питання можливості спонукання в судовому порядку до укладення основного договору в залежність від виду договору, який сторони попереднього договору взяли на себе обов'язок укласти. Якщо договір, який

передбачено укласти, відноситься до консенсуальних, умови попереднього договору передбачають лише те, що обидві сторони взаємно зобов'язуються виразити в майбутньому одна одній волю, необхідну для укладення основного договору. Відносно попереднього договору, який передбачає необхідність укласти в майбутньому реальний договір, кожна з сторін зобов'язується крім оферти і акцепту одночасно здійснити і другу дію: передати визначену річ і відповідно прийняти її. Ця обставина має значення при визначенні наслідків порушення сторонами попереднього договору. Якщо порушено попереднє зобов'язання про укладення консенсуального договору, то, як санкція, можлива трансформація попереднього договору в основний. Але такі наслідки неможливі щодо реального договору, оскільки при такій трансформації відсутній момент, притаманний реальним договорам – передача і приймання речі. Тому наслідком порушення такого попереднього зобов'язання може бути лише покладення на винну сторону попереднього договору обов'язку сплати майнових санкцій. [5]

Проте, необхідно зазначити, що вищевикладена позиція стосується лише російського законодавства, оскільки воно допускає спонукання до укладення договору в судовому порядку. Але деякі українські науковці вважають, що таке спонукання існує і в українському цивільному законодавстві. Так, у Коментарі до Цивільного кодексу України з цього приводу сказано, що аналіз частини 2 статті 635 ЦКУ дозволяє зробити висновок, що у випадку, коли одна із сторін попереднього договору необґрунтовано (без поважних причин) ухиляється від укладення основного договору, друга сторона має право звернутися з вимогою, по-перше, про спонукання до укладення договору, і, по-друге, про відшкодування збитків, завданих простроченням укладення основного договору, якщо інше не встановлене самим попереднім договором або актами цивільного законодавства [6,450] На нашу думку, спонукання до укладення договору за ЦКУ неможливе, оскільки нормами цивільного законодавства така правова конструкція не передбачена.

Поглянемо як питання наслідків ухилення сторони попереднього договору від укладення основного договору вирішуються на практиці. Відповідно до Рішення Верховного Суду України від 18 квітня 2007 року передбачено, що примушення до виконання зобов'язання, що ґрунтується на попередньому договорі, Цивільним кодексом не передбачено. Про це ж йдеться в Рішенні колегії суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 26.03.2008 року та Ухвалі Верховного Суду України від 11.03.2009 року. Тобто позиція Верховного Суду України зводиться до принципу свободи волевиявлення сторін.

Отже, проаналізувавши інформацію, викладену в даній статті можна зробити наступний **висновок**, що питання наслідків ухилення сторони попереднього договору від укладення основного договору врегульовується по-різному двома кодексами, що вже є негативним, крім цього кожна із норм такого регулювання має певні недоліки. Якщо взяти норму ЦКУ, то в цьому випадку недоліком є закріплена санкція – відшкодування збитків,а такими збитками можуть бути ті, що пов'язані лише з майновими витратами від не укладення основного договору, але оскільки на момент визначення збитків основний договір ще не укладено, то він не може потягнути і будь-яких майнових

наслідків. Недолік є і в нормі ГКУ, який полягає у тому, що неможливо примусити укласти сторону договір, оскільки відповідно до норм ЦКУ (ч.3 ст.203) волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі, у випадку коли така вимога відсутня, договір може бути визнано недійсним. Позиції свободи волевиявлення сторін притримується і судова практика. На нашу думку, було б більш доцільним запровадити наслідок ухилення сторони попереднього договору від укладення основного договору у вигляді визнання в судовому порядку такого основного договору укладеним з істотними умовами, які були викладені і погоджені сторонами в попередньому договорі.

Використані джерела:

1. *Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18; з наступними змінами і доповненнями.*
2. *Цивільний кодекс (ЦК) України від 16 січня 2003 року // Голос України. – 2003. – № 47-48; з наступними змінами і доповненнями.*
3. *Договірне право України. Загальна частина: навч. посіб./ Т.В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова, та ін.: за ред. О. В. Дзери. – Київ: Юрінком Інтер, 2009.*
4. *Асаулюк А. В. Попередній договір у нотаріальній практиці // Бюлетень методичної ради з питань нотаріату.- 2010.*
5. *Мелихов Е.И. «Предварительный договор и задаток». – http://www.lawmix.ru/comm/4073/.*
6. *Цивільний кодекс України: Коментар. – Х..: «Одіссей», 2003. – ст.450.*

Е. В. Щепанський

кандидат економічних наук, доцент,
докторант Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПЕРСПЕКТИВИ УДОСКОНАЛЕННЯ ТУРИСТИЧНО-РЕКРЕАЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Процес формування національного туристично-рекреаційного законодавства тільки починається. Інтеграційні процеси, що відбуваються в Україні, проведення в країні Чемпіонату Європи з футболу «ЄВРО-2012», а також можливе приєднання до Європейського Союзу вимагає розробки сучасного законодавства про туризм.

Протягом багатьох років туристично-рекреаційною сферою займалися різні як державні, так і громадські організації. У СРСР був відсутній спеціальний закон про туризм, а основні правила діяльності у сфері туризму встановлювалися в нормативних актах ЦК КПРС, ЦК ВЛКСМ, інших відомств, а також в їх спільних постановах. Туризм розглядався як складова частина культури, а не галузь економіки, що і зумовило регулювання туристичної діяльності в рамках законодавства про культуру та освіту.

Розвиток туризму як галузі економіки, а не складової частини культури, а також нової галузі законодавства почався з прийняттям 15 вересня 1995 р. Закону України «Про туризм» [2]. Слід зазначити, що це був перший законодавчий акт на теренах колишнього СРСР. Важливим кроком для поліпшення сфери рекреаційного обслуговування та управління нею стало прийняття 5 жовтня 2000 р. Верховною Радою України Закону України «Про курорти» [1]. Прийняття даного законодавчого акту стало одним із перших заходів по удосконаленню державного управління рекреаційною складової туристично-рекреаційної сфери в Україні. Проте з моменту прийняття законів пройшло кілька років, і стало ясно, що багато проблем виявилися невирішеними, ряд норм закону увійшли в протиріччя з національним законодавством. Зокрема, правовому регулюванню підлягають питання оподаткування туристичних послуг, природокористування, охорони культурно-історичних пам'ятників, вдосконалення інфраструктури в туристично-рекреаційній сфері, підготовки кадрів для даної галузі, охорони навколишнього середовища, регулювання розвитку видів туризму, зокрема сільського (зеленого) туризму тощо.

Отже, необхідність оптимізації розвитку туристично-рекреаційної галузі в Україні, усунення існуючих суперечностей у чинному законодавстві, що регулює туристичну та рекреаційну діяльність, та підвищення інвестиційної привабливості туристично-рекреаційної сфери викликає потребу у прийнятті Туристично-рекреаційного кодексу України. Даний документ являє собою сукупність принципів, покликаних направляти розвиток туризму та рекреації таким чином, щоб забезпечити максимальну соціально-економічну вигоду від сектора і звести до мінімуму будь-які негативні наслідки.

Прийняття в Україні Туристично-рекреаційного кодексу дозволить забезпечити сталий розвиток туристично-рекреаційної сфери країни та туристично-рекреаційних комплексів, які сформовані й функціонують на території нашої держави. Насамперед, мова йде про курортно-рекреаційну галузь Криму. Як зазначив перший заступник міністра курортів і туризму Автономної Республіки Крим Олександр Лієв, «…протягом багатьох років туризм не був пріоритетом не тільки для України, але і для Криму, який має багатий курортно-рекреаційний потенціал. Проте сьогодні, коли туризм визначений як стратегічного напряму в розвитку Криму, виникла необхідність адаптувати вітчизняне законодавство під цей пріоритет» [4].

Як показує досвід багатьох причорноморських країн, які обрали туризм як пріоритетний напрям соціально-економічного розвитку, в їх законодавстві існує окремий туристичний кодекс, в якому зведені всі закони, що регулюють роботу даної галузі. Зокрема, це досвід таких країн, як, Туреччина, Грузія, Чорногорія, Хорватія та інші. Завдяки наявності ефективної законодавчої бази вже через 2-3 роки можна досягти значних успіхів у розвитку туризму.

Що ж являє собою процес кодифікації нормативно-правових актів?

Кодифікація – це спосіб (форма) систематизації законодавчих актів, який полягає в їх удосконаленні через зміну змісту (переробку і узгодження) юридичних норм, пов'язаних загальним предметом правового регулювання, і об'єднання у новий єдиний нормативно-правовий акт [3]. Іншими словами, кодификація виражається в підготовці та прийнятті нових актів, у які заносяться

узгоджені між собою як норми старих актів, що виправдали себе, так і нові нормативні розпорядження. Робота з кодификації законодавства є складною й відповідальною. Тут має місце не лише зовнішнє впорядкування нормативного матеріалу, його розташування у певному порядку, але й перегляд норм, що містяться в законах та інших нормативних актах, скасування застарілих і неефективних, виробка нових, надолуження прогалин, усунення дублювання, розбіжностей і суперечностей, їх узгодження. Кодификації найчастіше піддаються норми, розраховані на тривалий проміжок часу. Кодификація сприяє посиленню стабільності законодавства.

Результатом процесу кодифікації є кодекс – єдиний, зведений, юридично і логічно цілісний, внутрішньо узгоджений нормативний акт. Він має складну структуру і великий обсяг, поділяється на частині: загальну і особливу, розділи та глави (Кримінальний кодекс, Цивільний кодекс, Адміністративний кодекс та ін.) [3]. Кодекси, що розробляються, представляють собою нові законодавчі акти, які заміняють закони, що діяли раніше, і акти, що регулюють те саме коло суспільних відносин.

Пропонуємо наступну структуру проекту Туристично-рекреаційного кодексу:

Глава 1. Загальні положення.

Перелік статей, які стосуються цілей та сфери застосування Кодексу, термінології туристично-рекреаційної сфери, законодавства України про туризм та курорти.

Глава 2. Державна політика та державне регулювання туристично-рекреаційної сфери.

Перелік статей, які стосуються цілей, пріоритетів державної політики, принципів державного управління туристично-рекреаційною сферою, органи, що здійснюють регулювання та їх повноваження.

Глава 3. Основи функціонування та розвитку туристично-рекреаційної сфери.

Перелік статей: туристично-рекреаційні ресурси; організаційні форми та види туризму, рекреації, курортів; учасники відносин, що виникають при здійсненні туристично-рекреаційної діяльності; процедури та експертизи проектів по створенню курортів; ліцензування, сертифікація, стандартизація; стратегія та програми розвитку туристично-рекреаційної сфери.

Глава 4. Організація туристично-рекреаційної діяльності.

Перелік статей, що стосуються договірних зобов’язань, що виникають в ході реалізації видів туристично-рекреаційної діяльності, права та обов’язки учасників відносин, особливості оподаткування туристичних послуг.

Глава 5. Безпека туризму. Охорона курортів.

Перелік статей: захист інтересів туристів та рекреантів, медичне обслуговування, страхування, санітарна охорона курортів, моніторинг і кадастр природних територій курортів.

Глава 6. Матеріально-технічне, фінансове, інвестиційне, інформаційне забезпечення туристично-рекреаційної сфери.

Перелік статей, що стосуються матеріально-технічної бази закладів туристично-рекреаційного обслуговування, економічного забезпечення,

фінансування, інвестиційні проекти розвитку, статистика, інформаційне забезпечення.

Глава 7. Спеціальні туристично-рекреаційні зони (території, регіони) або туристично-рекреаційні регіони зі спеціальним статусом.

Стосується адміністративно-територіальних одиниць та територій України, які володіють потенційними можливостями для розвитку туристично-рекреаційної сфери (Автономна Республіка Крим, Причорноморські та Приазовські території, Карпатській регіон тощо).

Глава 8. Професійна підготовка фахівців та наукове забезпечення туристично-рекреаційної сфери.

Перелік статей, що стосуються професійних вимог та кваліфікації працівників туристично-рекреаційної сфери, підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації працівників туристично-рекреаційної сфери, наукових досліджень в туристично-рекреаційній сфері.

Глава 9. Контроль за діяльністю в туристично-рекреаційній сфері. Відповідальність за порушення законодавства України про туризм та курорти.

Перелік статей, що стосуються контролю за дотриманням законодавства в туристично-рекреаційній сфері, порядок вирішення спорів між господарюючими суб'єктами, що здійснюють туристично-рекреаційну діяльність та туристами і рекреантами, відповідальність за порушення туристично-рекреаційного законодавства України.

Глава 10. Міжнародне співробітництво.

Перелік статей, які стосуються міжнародних договорів у туристично-рекреаційній сфері, участі України у міжнародному співробітництві, представництва України за межами країни.

Глава 11. Прикінцеві положення.

Таким чином, удосконалення туристично-рекреаційного законодавства України в контексті прийняття туристично-рекреаційного кодексу це об'єктивна вимога сьогодення. Розвиток туристично-рекреаційної сфери є стратегічним напрямом соціально-економічного поступу України, і першим кроком повинно стати кодифікація туристично-рекреаційного законодавства.

Використані джерела:

1. *Про курорти: Закон України від 05.10.2000 р., №2026 // Відомості Верховної Ради України, 2000 р., № 50.*
2. *Про туризм: Закон України від 15.09.1995 р., №324/95 // Відомості Верховної Ради України, 1995 р., № 31.*
3. *Скакун О.Ф. Теорія держави і права: Підручник, пер. з рос. / О.Ф. Скакун – Харків: Консум, 2001. – 656с.*
4. *[Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.etnotur.com.ua/news_415.html*

Н. В. Щербакова
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права і процесу
Донецького національного університету,
Донецьк, Україна

ЩОДО СПРОЩЕННЯ ПРОЦЕДУРИ ПРИПИНЕННЯ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ: НОВІТНІ РЕАЛІЇ ЗАКОНОДАВСТВА

19 травня 2011 р. Верховною Радою України було прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення процедур припинення юридичних осіб та підприємницької діяльності фізичних осіб-підприємців за їх рішенням» [1], який набирає чинності через шість місяців (18 грудня 2011 р.). Метою цього Закону є (1) встановлення спрощеної процедури регулювання припинення юридичних осіб (ліквідації та реорганізації) й фізичних осіб-підприємців та (2) узгодження між собою норм КоАП України, ЦК України, ГК України, Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» [2], а також інших нормативно-правових актів законодавства України під час погашення зобов'язань суб'єкта підприємницької діяльності перед кредиторами у разі його неплатоспроможності, а також визнання його банкрутом.

По-перше, слід відзначити такі нововведення щодо узгодженості ЦК та ГК: норми, як регулюють питання припинення діяльності суб'єктів господарювання будуть перенесені із ГК до ЦК та замінені посиланням до законодавства України (п. 9 ст. 59 ГК). Так, ЦК буде доповнений положеннями, які регулюють порядок припинення діяльності юридичної особи шляхом ліквідації (ст. 111 ЦК), фізичної особи-підприємця (ст. 50-1 «Обов'язки фізичної особи-підприємця за зобов'язаннями, пов'язаними з припиненням її підприємницької діяльності» ЦК), в тому числі будуть передбачені зобов'язання останньої щодо задоволення вимог кредиторів (ч. 4 ст. 50-1 ЦК).

По-друге, цим Законом вводяться додаткові норми щодо повноважень ліквідаційної комісії (ст. 111 ЦК): «зобов'язана вжити всіх необхідних заходів щодо стягнення дебіторської заборгованості юридичної особи, письмово повідомити кожного з боржників», «заявляє вимоги та позови про стягнення заборгованості» (ч. 1); «зобов'язана повідомити учасників юридичної особи, суд …про її участь в інших юридичних особах та/або надати відомості про створені нею господарські товариства, дочірні підприємства» (ч. 2); «до завершення строку пред'явлення вимог кредиторів закриває рахунки…» (ч. 3); вживає заходів щодо інвентаризації майна, щодо закриття відокремлених підрозділів (ч. 4, 5); забезпечує своєчасне надання відомостей про припинення юридичної особи, складає звітність за останній звітний період (ч. 7).

По-третє, позитивними слід відмітити деякі норми, які направлені на захист прав та законних інтересів кредиторів, а саме: зазначення граничного строку («не менше двох і більше шести місяців з дня опублікування повідомлення про рішення щодо припинення юридичної особи»), протягом якого в кредитора є можливість звернутися до суб'єкта господарювання, який

ліквідується, щодо задоволення свої вимог (ч. 5 ст. 105 ЦК). Важливим для кредиторів фізичної особи, яка припиняє свою підприємницьку діяльність, є також зміни, що будуть внесені до ЦК (ч. 4 ст. 50-1), відповідно до яких кредиторам надається право звернутися до суду із позовом до ліквідаційної комісії в місячний строк з дня одержання повідомлення про повну або часткову відмову у визнанні вимог кредитора. Зі спливом цього строку, якщо кредитор не звертався до суду, вимоги кредитора вважаються погашеними.

По-четверте, ЦК (ч. 1 ст. 105) та Закон України «Про господарські товариства» (ч. 2 ст. 7) будуть доповнені новим строком («три робочі дні»), протягом якого учасники юридичної особи, яка припиняється, зобов'язані письмово повідомити державного реєстратора про прийняття рішення про припинення. Фактично з цього моменту бере свій початок здійснення процедури припинення юридичної особи шляхом ліквідації або реорганізації. Встановлення на законодавчому рівні такого нововведення є позитивним кроком у врегулюванні визначеності проведення ліквідаційних та реорганізаційних процедур, оскільки факт початку вказаних процесів має важливе юридичне значення не тільки для юридичних осіб, які припиняються та зобов'язані здійснити певний перелік нормативно-закріплених дій. Цей факт є підставою виникнення цілого комплексу правовідносин, які мають навіть різну галузеву приналежність (повідомлення підлягаючих звільненню робітників, узгодження податкового боргу, створення ліквідаційної комісії, тощо) [3, с. 46].

Крім цього, треба звернути увагу на такі нововведення у Законі України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців», як розширення переліку інформації з ЕДР юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців, яка підлягає обов'язковому опублікуванню. Зокрема, додатково необхідно буде обнародувати інформацію про персональний склад комісії з припинення (комісії з реорганізації, ліквідації) та її голову або призначенні ліквідатора, про проведення державної реєстрації припинення юридичної особи «*за принципом мовчазної згоди»*; також не буде підлягати сплаті публікації деяких видів інформації (інформації про проведення державної реєстрації припинення юридичної особи за «принципом мовчазної згоди», про проведення державної реєстрації припинення юридичної особи, про прийняття засновниками (учасниками) або органом рішення про припинення юридичної особи).

Позитивним моментом вказаного Закону слід також відмітити спрощений порядок щодо подання документів державному реєстратору для внесення запису про прийняте рішення про припинення юридичної особи, оскільки для внесення в ЄДР юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців запису необхідно буде надати оригінал або нотаріально засвідчену копію рішення засновників або уповноваженої ними особи. Також треба зазначити, що Закон істотно скоротив перелік документів, необхідних для проведення державної реєстрації припинення юридичної особи шляхом ліквідації. Після вступу Закону в силу державний реєстратор більше не буде вимагати для проведення вказаної реєстраційної дії оригінал установчих документів та акт ліквідаційної комісії з ліквідаційним балансом.

Таким чином, підводячи підсумок вищезазначеному, слід констатувати, що хоч і на меті аналізованого Закону було дійсно спрощення процедури

припинення юридичної особи та підприємницької діяльності фізичної особи, натомість деякі питання ще й досі залишилися без відповідного правового врегулювання, а саме: порядок реорганізації юридичної особи, окремі її етапи.

Регулювання реорганізаційних відносин вченими бачиться по-різному. Так, О.М. Вінник, вважає, що реорганізація повинна регулюватися законом, а не підзаконним нормативно-правовим актом ДКЦПФР та пропонує регулювати відносини шляхом включення окремої статті в загальну частину Закону України «Про господарські товариства» [4, с. 167, 186-187]. В той же час І.М. Кучеренко зазначає, що відносини з реорганізації господарських товариств повинні регулюватися окремими нормами ЦК [5, с. 60]. Зарубіжні дослідники, зокрема В. Мерль, вказує на два можливих способи правового регулювання реорганізації: (а) який діє на підставі спеціальних правових норм та (б) унітарний або інституціональний, який характеризується наявністю єдиного нормативного акту про реорганізацію всіх юридичних осіб [6, с. 69].

Практика потребує швидкого реагування на відсутність норм, які встановлюють основні положення щодо процедури реорганізації юридичних осіб. Тому наступним кроком удосконалення законодавства з припинення юридичних осіб буде встановлення норм щодо порядку реорганізації юридичної особи.

Використані джерела:

1. *Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення припинення юридичних осіб та підприємницької діяльності фізичних осіб – підприємців за їх рішенням: Закон України від 19 травня 2011 р. – № 3384-VI // Офіційний вісник України. – 2011. – № 46. – Ст. 1880.*
2. *Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців: Закон України від 15 травня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 31-32. – Ст. 263.*
3. *Щербакова Н.В. Правовое регулирование слияния и присоединения хозяйственных обществ: Монография – Донецк: «Вебер» (Донецкое отделение), 2007. – 258 с.*
4. *Вінник О.М. Публічні та приватні інтереси в господарських товариствах. Проблеми правового забезпечення. – К.: Атіка, 2003. – 351 с.*
5. *Кучеренко І.М. Організаційно-правові форми юридичних осіб. – К.: ДП «Юрид.вид-во «Аста», 2004. – 327 с.*
6. *Брагинский М.И., Медведева Т.М., Тимофеев А.В. Реорганизация и ликвидация юридических лиц по законодательству Росси и стран Западной Европы. – М., 2000.*

І. Г. Щербань
студентка юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ДО ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ «НОУ-ХАУ» ЯК ОБ'ЄКТА ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Актуальність обраної мною теми дослідження обумовлена тим, що в Україні за умов становлення ринкової економіки суб'єкти підприємницької діяльності ведуть конкурентну боротьбу за прибутковість свого бізнесу, яка певною мірою залежить від вміння розпоряджатися результатами інтелектуальної, творчої діяльності людини, до яких вже досить тривалий час відносять «ноу-хау». Однак, незважаючи на те, що «ноу-хау» широко використовується, відсутня його належна правова регламентація, що суттєво ускладнює вирішення проблем, що виникають на практиці.

Здійснюючи аналіз зазначеної проблематики, варто звернути увагу на те, що до цього часу на законодавчому рівні відсутнє чітке нормативне визначення поняття «ноу-хау». На підтвердження вищенаведеної тези, слід звернутися до Листа ДПА України від 10 квітня 1997 року «Про іноземні інвестиції», в якому зазначено, що: «законодавчо поняття «ноу-хоу» («know-how») чітко не визначено, але практично під ним розуміють сукупність технічних, комерційних та інших знань, що оформлені у вигляді технічної документації, навичок та виробничого досвіду, необхідних для організації того або іншого виду виробництва, але не запатентованих»[4,650]. Аналогічне визначення міститься у ч. 2 ст. 1 ЗУ «Про інвестиційну діяльність». Згідно із ст. 1 ЗУ «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій»: «ноу-хау – інформація, що отримана завдяки досвіду та випробуванням, яка: не є загальновідомою чи легкодоступною на день укладення договору про трансфер технологій; є істотною, тобто важливою та корисною для виробництва продукції та/або надання послуг; є визначеною, тобто описаною достатньо вичерпно, щоб можливо було перевірити її відповідність критеріям незагальновідомості та істотності» [3,43]. Таким чином, здійснивши аналіз норм чинного законодавства, можна зробити висновок, що вітчизняним законодавцем не вироблено уніфікованого підходу до визначення змісту терміну «ноу-хау», що певною мірою негативно позначається на діяльності українських учасників міжнародних товарних ринків, ставлячи їх у нерівні умови з іноземними партнерами, законодавство країн яких чітко врегульовує зазначене вище питання. Варто зазначити, що Регламентом Комісії ЄС № 772/2004 від 27 квітня 2004 року щодо застосування частини третьої статті 81 Договору про заснування ЄС до категорій угод про передачу технологій «ноу-хау» визначається як сукупність незапатентованої практичної інформації, що є результатом досвіду або випробувань і яка є: 1) секретною, тобто не загальновідомою або легкодоступною; 2) значимою, тобто важливою та корисною для виробництва товарів за угодою; 3) визначеною, тобто описаною у достатньо повний спосіб так, що можна підтвердити, що вона відповідає критеріям секретності та

значимості. Отже, існує об'єктивна необхідність у чіткій законодавчій регламентації поняття «ноу-хау», враховуючи при цьому практику міжнародно-правового регулювання даної проблематики, зокрема законодавства Європейського Союзу. Слід звернути увагу на те, що подібна спроба вже була зроблена вітчизняним законодавцем шляхом розроблення проекту ЗУ «Про охорону прав на комерційну таємницю», у ст. 1 якого міститься наступне визначення даного поняття: «ноу-хау – непатентована практична інформація, що становить комерційну таємницю, отримана завдяки досвіду та випробуванням, та є: 1) секретною, тобто не загальновідомою чи легкодоступною; 2) істотною, тобто важливою та корисною для виробництва контрактної (виробленої із застосуванням ліцензованої технології) продукції, та 3) визначеною, тобто описаною в достатньому обсязі для того, щоб було можливо перевірити її на відповідність критеріям секретності та істотності».

Варто також звернути увагу на проблемні аспекти щодо питання визначення поняття «ноу-хау» як об'єкта права інтелектуальної власності. Так серед науковців немає єдиної точки зору з цього приводу. Зокрема, можна виокремити два підходи стосовно врегулювання зазначеної вище проблематики: на думку одних вчених-правників, на «ноу-хау» поширюються виключні права; інші ж наголошують на тому, що на «ноу-хау» виключні права існувати не можуть. На думку Бєгової Т. І., «ноу-хау» – специфічний, нетрадиційний об'єкт права інтелектуальної власності, правовий режим якого характеризується такими особливостями, як конфіденційність – основа надання права на «ноу-хау», квазівиключний характер такого права, незастосування формальних процедур (посвідчення права, його реєстрація, експертиза тощо) як умов надання його охорони» [5,11]. Вчена також наголошує на тому, що «охорона «ноу-хау» як об'єкта права інтелектуальної власності здійснюється шляхом нормативного закріплення особливого способу охорони – забезпечення режиму конфіденційності інформації, що становить його зміст» [5,11]. Єременко В. І. зазначає, що: «виходячи з нематеріальної природи й з огляду на той факт, що в цивільному обігу «ноу-хау» найчастіше є супутником виключних прав, особливо виключних прав на винахід, «ноу-хау» умовно прирівнюється до об'єктів інтелектуальної власності».

В контексті цього слід розглянути проблему співвідношення понять «ноу-хау» та «комерційної таємниці», що є доволі дискусійною у наукових колах. Загалом можна виокремити три підходи щодо вирішення цього питання: на думку одних вчених, комерційна таємниця та ноу-хау є тотожними поняттями; інші вважають, що ноу-хау є складовою комерційної таємниці; згідно з третім підходом, ноу-хау та комерційна таємниця це самостійні та незалежні одна від одної правові категорії. Аналізуючи норми чинного законодавства, зокрема, ст. 505 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), що містить нормативне визначення поняття «комерційної таємниці» [1,131], а також ч. 2 ст. 21 ЗУ «Про інформацію», в якій закріплене визначення поняття «конфіденційної інформації» [2,650], можна зробити висновок, що «ноу-хау» слід віднести до категорії конфіденційної інформації, що становить комерційну таємницю. Це твердження також підтверджується міжнародною практикою, зокрема слід звернути увагу на положення ст. 39 Угоди «Про торговельні аспекти прав інтелектуальної

власності», де серед критеріїв, згідно з якими визначають належність певної інформації до ноу-хау, названі наступні: по-перше, інформація має бути секретною у тому розумінні, що вона як єдине ціле або у точній сукупності та поєднанні її компонентів не є загально відомою або доступною для осіб у колах, що звичайно мають справу з інформацією, про яку йдеться; по-друге, повинна мати комерційну цінність через те, що вона є секретною; по-третє, вона зберігається у секреті внаслідок вжиття за відповідних обставин певних заходів особою, яка законно здійснює контроль за цією інформацією. У зв'язку із зазначеним вище, позиція щодо віднесення «ноу-хау» до комерційної таємниці є цілком обґрунтованою. Зважаючи на те, що ст. 420 ЦК України серед об'єктів права інтелектуальної власності називає також комерційну таємницю [1,112], а також враховуючи той факт, що цей перелік не є вичерпним, цілком логічним буде визнати, що «ноу-хау» є об'єктом права інтелектуальної власності.

Таким чином, внаслідок проведеного мною дослідження можна зробити наступні висновки. По-перше, на сьогодні нагальною є потреба у належному рівні нормативного регулювання питань, пов'язаних із використанням «ноу-хау» у практичній діяльності господарюючих суб'єктів, зокрема як альтернативи патентній охороні результатів інтелектуальної діяльності. Дана проблема може бути вирішена шляхом прийняття спеціального закону, яким би здійснювалось нормативне закріплення основних положень та регулювання правовідносин, пов'язаних з «ноу-хау». Відсутність такого закону призводить до виникнення дискусій з приводу належності «ноу-хау» до об'єктів права інтелектуальної власності. По-друге, аналіз чинного законодавства України, а також міжнародної практики обумовлює можливість віднесення «ноу-хау», як складової поняття «комерційної таємниці» до об'єктів права інтелектуальної власності. Тому недостатнє правове регулювання питань, пов'язаних із «ноу-хау», є проблемою, що потребує вирішення.

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Голос України. – 2003. – № 45-46 – 12 березня 2003 р.; № 47-48 – 13 березня 2003 р.*
2. *Про інформацію : Закон України від 2 жовтня 1992 р. // Відомості Верховної ради України. – 1992. – № 48. – Ст. 650.*
3. *Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій: Закон України від 14 вересня 2006 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 45. – Ст. 43.*
4. *Лист Державної Податкової Адміністрації України № 22-0417/10-2799 від 10.04.97 «Про іноземні інвестиції» // Нормативні акти України (НАУ) електронна пошукова система (v2799225-97)*
5. *Бєгова Т. І. Поняття «ноу-хау» та договір про його передачу: автореф. дис. На здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процесс; сімейне право; міжнародне приватне право» / Т. І. Бєгова. – Х., 2008. – С. 14*

Н. В. Яцюк
студентка Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПИТАННЯ УЧАСТІ ТЕРИТОРІАЛЬНОЇ ГРОМАДИ У ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ

Процес реформування суспільного життя України пов'язаний з законодавчим та практичним втіленням правових інститутів, притаманних більшості демократичних і правових країн світу. Таким інститутом є місцеве самоврядування. А провідне місце в системі місцевого самоврядування займає територіальна громада як єдиний носій його функцій і повноважень. Отже, цінність територіальної громади для суспільства насамперед полягає у тому, що вона є основою утвердження демократії, головним механізмом організації і функціонування місцевого самоврядування [2,3]. Однак належним чином здійснювати свої повноваження в якості суб'єкта конституційного права вона може, лише виступаючи одночасно в якості учасника правовідносин іншої галузевої приналежності, зокрема, цивільно-правової.

Конституція України вперше закріпила існування таких самостійних учасників цивільних правовідносин, як територіальні громади сіл, селищ та міст. Як випливає з положення ст. 2 ЦК України, існують два види суб'єктів цивільного права – особи приватного права та особи публічного права. Отже, учасниками цивільних відносин можуть бути суб'єкти публічного права: держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави, та інші суб'єкти публічного права.

Згідно Закону України «Про місцеве самоврядування» територіальною громадою є жителі, об'єднані постійним проживанням у межах села, селища, міста, що є самостійними адміністративно-територіальними одиницями, або добровільне об'єднання жителів кількох сіл, що мають єдиний адміністративний центр. ЦК України не має власного, самостійного визначення територіальної громади, і це здебільшого сприймається науковцями схвально. Проте дане визначення викликає певні питання. Так, відсутні сумніви у тому, що не існує єдиних територіальних громад Автономної Республіки Крим, областей та районів України, але не має одностайності у питанні існуванні територіальних громад районів у містах [7,12]. Не є територіальною громадою і область: вона розглядається як адміністративно-територіальна одиниця, а також як сформоване державою об'єднання територіальних громад, яке через обласну раду виробляє та реалізовує свій спільний інтерес [3,6].

Як і для будь-якого суб'єкта цивільного права, для участі територіальної громади у цивільних правовідносин потребується наявність право- та дієздатності. Зазвичай правоздатність та дієздатність територіальної громади розглядають разом, не відокремлюючи: ці поняття виступають як єдине ціле, тобто співпадають як за об'ємом, так і за часом виникнення та припинення.

Моментом виникнення цивільної правосуб'єктності територіальної громади слід вважати визначення у встановленому законом порядку адміністративно-територіальної одиниці, або момент вступу у законну силу

рішення місцевого референдуму (якщо згідно ст. 6 Закону України «Про місцеве самоврядування» територіальна громада утворюється у зв'язку з об'єднанням декількох територіальних громад шляхом проведення місцевого референдуму).

Щодо змісту правоздатності територіальної громади, то слід погодитися з позицією, що виходячи із «цільового спрямування» її діяльності, ця правоздатність є цільовою [1,220-221]. І жодною мірою вона не може визнаватися загальною, спеціальною [5,6] або універсальною [7,11]. Правоздатність територіальної громади не може бути тотожною правоздатності фізичних та юридичних осіб. У чомусь вона є ширшою, а у чомусь – вужчою [1,220-221]. Ряд можливостей може належати тільки територіальній громаді, наприклад, набуття права власності на майно, яке не має спадкоємців (через рішення суду про визнання спадщини відумерлою). Разом з тим деякі можливості (наприклад, передавати майно у спадщину, вважатися автором твору, мати фірмове найменування) для держави є неможливими.

Територіальна громада приймає участь у цивільному обігу не у власних приватних інтересах, а з метою найбільш ефективного здійснення місцевого самоврядування. Ця мета і зумовлює сутність правоздатності територіальної громади: вона не може бути загальною, вона є більш обмеженою [1,220-221]. Однак її правоздатність і не може вважатися спеціальною, обмеженою лише тими можливостями, які прямо перераховані у законі. Тому правоздатність територіальної громади слід називати цільовою. Отже, вона може набувати та здійснювати тільки ті права та обов'язки, які сприяють реалізації призначення територіальної громади – здійснювати публічну владу у певній адміністративно-територіальній одиниці в інтересах її жителів.

Територіальна громада як така нездатна своїми діями набувати та здійснювати цивільні права, а також створювати та нести відповідальність. Від її імені завжди діють органи місцевого самоврядування у межах встановленої законом компетенції.

Значна кількість неузгодженостей, суперечностей та прогалин у законодавстві щодо даного учасника цивільних правовідносин зумовлює пошук можливих шляхів їх подолання. Окремі автори вбачають їх у необхідності законодавчого визнання територіальної громади юридичною особою [7,9-10]. І хоча така концепція діє у багатьох зарубіжних країнах, де і держава, поряд з територіальною громадою визнається особливим суб'єктом права, таку позицію підтримують не усі науковці [4,5], і це слід визнати справедливим. Слід зазначити, що О.О. Первомайський головним критерієм поділу осіб у цивільному праві вважає належність або неналежність до людей. З цього автор робить висновок, що поняття юридичної особи, тобто, відмінної від людини особи, охоплює будь-які прояви штучного суб'єкта права. Такого роду інтерпретація поняття юридичної особи вимагає відходу від вже традиційних ознак юридичної особи [6,70]. Таким чином, визнання територіальної громади суб'єктом цивільного права вимагає розв'язання комплексу законодавчих та практичних проблем, важливим елементом якого є здійснення глибокого наукового аналізу.

Використані джерела:

1. *Гражданское право. Т.1. Учебник / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: ООО «ТК Велби», 2002. – 776 с.*
2. *Гураль П.Ф. Територіальна громада в Україні: историко-правове дослідження : автореф. дис. ... канд.юр.наук (12.00.01). – Львів, 2009. – 45 с.*
3. *Заяць І.Я. Правовий статус області в Україні : автореф. дис. ... канд.юр.наук (12.00.02). – Харків, 2000. – 22 с.*
4. *Камалов О.А. Гражданская правосубъектность муниципальных образований : дис…. канд.юр.наук (12.00.03). – Екатеринбург, 2001. – 212 с.*
5. *Клименко О.М. Особливості правового становища держави як суб'єкта приватного (цивільного) права: автореф.дис. ... канд.юр.н. (12.00.03). – К., 2006. – 17 с.*
6. *Первомайський О.О. Окремі питання участі територіальних громад у цивільних правовідносинах // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2002. – № 2. – С. 69-71.*
7. *Первомайський О.О. Участь територіальної громади у цивільних правовідносинах : автореф. дис. ... канд.юр.наук (12.00.03). – Харків, 2003. – 21 с.*

ЗМІСТ

Абросімов С. А. До питання про визначення поняття електронної комерції. 4

Андрейцев В. В. Порядок укладення договорів на виконання науково-дослідних робіт 6

Анікіна Г. В. До питання про соматичні права фізичної особи 11

Антонюк К. А. Перспективи розвитку інституту шлюбного договору в законодавстві України 13

Бабій О. В. Особливості регулювання охорони конфіденційної інформації в Королівстві Іспанія 15

Барікова А. А. Актуальні проблеми переривання позовної давності на підставі частини 2 статті 264 ЦК України 18

Бейлик М. Б. Проблемні питання застосування ст. 35 Закону України «Про іпотеку» при зверненні стягнення на предмет іпотеки в судовому порядку. 20

Березовська К. І. Тенденції розвитку законодавства України у сфері міждержавного усиновлення 23

Білоусов Ю. В. Залишення позову без розгляду у суді апеляційної чи касаційної інстанцій за заявою позивача 25

Боднар В. В. Переважні права акціонерів-власників привілейованих акцій 29

Бондаренко-Зелінська Н. Л. До питання про примирення сторін в цивільному процесі 32

Бориславська М. В. Щодо договірного регулювання сімейних відносин 35

Буга В. В. Оперативність розгляду цивільних справ в судах України 37

Буткевич О. В. Визначення поняття суб’єкта торговельної діяльності 40

Бутрин Н. С. Припинення діяльності підприємницьких юридичних осіб 42

Ватрас В. А. Цивільний кодекс України як джерело сімейного права 45

Вахненко В. В. Організація та діяльність інституту громадських санітарних піклувань в Російській імперії наприкінці XIX ст. (на прикладі м. Одеси) 48

Видолоб Ю. Л. Функціонування програм відновного судочинства в Англії та Німеччині (процедури медіації) та статус медіатора 51

Вовченко О. В. Створення юридичних осіб в офшорних зонах. 55

Воєводін Б. В. Інститут реклами у США: цивільно-правовий аспект 57

Волкова І. М. Апеляційне оскарження заочного рішення 60

Гавриленко Д. А. Проблемні аспекти реалізації права фізичних осіб на гідність та честь 62

Гаврилов Е. В. К вопросу о понятии убытков в российском праве 63

Гайдук Ю. Н. Информационный аспект процессуальной ситуации. 66

Гарієвська М. Б. Роль суду при укладенні сторонами мирової угоди в цивільному процесі 68

Гиль Г. А. Окремі питання законодавчого регулювання представництва прокуратурою інтересів дітей 70

Глазачева Я. А. Проблемні питання реалізації принципу гласності в цивільному процесі 74

Глушкова Д. Г. Some Questions of Jurisdiction of Quebec Authorities 76

Головатий П. О. До питання про співвідношення строку позовної давності та строку існування права за Сімейним кодексом України на прикладі права на утримання 79

Гончаров В. Г. Проблеми захисту персональних даних 82

Горда Ю. І. Чи існує насправді такий суб'єкт права власності, як Український народ? 84

Горобець Н. О. Сучасні проблеми вибору імені дитини 86

Городовенко В. В. Забезпечення рівності громадян перед законом і судом: практичні аспекти 88

Гостєв А. В. .Застава об'єкта незавершеного будівництва як спосіб забезпечення виконання зобов'язання 90

Грамма С. Г. До питання про правовий статус органів і тканин людини як предмету договору донорства 93

Гребелюк Т. Б. Апеляційний перегляд як спосіб усунення судових помилок при постановленні ухвал судом першої інстанції 95

Гребенщікова Т. А. Підстави виникнення договірних зобов'язань за римським приватним правом та сучасним цивільним правом України 98

Гриняк А. Б. Особливості формування ціни як звичайної умови договору підряду 100

Гринько (Русу) С. Д. Відшкодування шкоди, завданої тваринами 104

Гришина Я. С., Крепица В. Ю. Проблемы реализации конституционного права граждан на доступ к информации в жилищной сфере 107

Гудловська О. Тварини як особливий вид джерел підвищеної небезпеки 111

Гуменюк О. І. Право юридичної особи на індивідуальність 114

Гуменюк О. Г. Психологічні особливості конфліктів у системі цивільних правовідносин 117

Демичев А. А. Принципы правового регулирования предпринимательской деятельности в Российской Федерации 119

Димінський М. Ю. Особливості укладення спадкового договору 123

Дідик А. О. Проблеми правового регулювання репродуктивних прав особи 126

Долінська А. М. Правові аспекти відповідальності за прояви негідної поведінки у сімейному праві України 129

Доценко О. О. Форма договору у сфері шоу-бізнесу 131

Дрегваль М. А. До питання відшкодування споживачам моральної шкоди 133

Добряк Ю. Є. Норми вітчизняного та міжнародного інвестиційного права у сфері регулювання іноземного інвестування 135

Дудар М. І. Відкладальна обставина у договорі дарування на майбутнє та її вплив на правову природу цього правочину 137

Елисеев С. В. Обжалование решения общего собрания хозяйственного общества: правовое регулирование в Республике Беларусь и проблемы правоприменения 140

Єфремов В. В. Правові аспекти застосування санації підприємства 142

Желіховська Ю. В. Участь нотаріуса в охороні цивільних прав та інтересів шляхом посвідчення юридичних фактів 144

Заверуха С. В. Кореальні зобов'язання за римським правом 150

Заверуха Т. М. Поняття договору за римським приватним правом 152

Загрія В. О. Особливості порядку внесення змін до умов дії договору страхування 155

Зайцев А. И. Партийные функционеры и третейский суд 157

Звягіна К. С. Проблеми скасування рішень міжнародного комерційного арбітражу в Україні 160

Зілковська К. Л. Судове оскарження нотаріальних актів 162

Іванов С. О., Сніцар С. О. Особливість механізму цивільної відповідальності органів державної влади. 165

Ізрайло А. Я. Непрямий позов як спосіб захисту корпоративних прав 168

Іщенко А. В. Майнові права автора та особи, яка має авторське право: проблемні аспекти 170

Калакура В. Я. Деякі аспекти застосування *lex voluntatis* в міжнародному сімейному праві 172

Калітенко А. С. Історичні аспекти розвитку законодавства з питань договірного регулювання сімейних відносин 175

Каменська Д. В. Страхування професійної відповідальності лікаря 177

Карнаух Б. П. Вина в деліктному праві країн англо-американської правової сім'ї 180

Карнаух Т. П. Класифікація особистих немайнових прав юридичних осіб 182

Кирилюк Д. В. Об'єкт незавершеного будівництва як предмет іпотеки 185

Клименко А. О. Проблеми участі адвоката у цивільному процесі 187

Книгиницька Х. І. . Про природу автономії волі в міжнародному приватному праві 189

Коваль І. Ф. Щодо попередження правопорушень у сфері промислової власності 191

Колєснік В. В. Проблеми імплементації положень Модельного закону «Про технопарки» у вітчизняне законодавство 194

Колінчук Х. Г. Право вагітної жінки на відмову від лікування та зловживання цим правом. 196

Колісник Б. О. Акціонерний договір як інструмент захисту інтересів акціонерів 199

Коломієць А. С. Регулювання сурогатного материнства у зарубіжних країнах 204

Корнієнко Ю. І. Особливості звернення стягнення на предмет іпотеки 206

Королев И. И. Гражданско-правовая ответственность за вред, причиненный незаконными действиями органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда в РФ 209

Короткевич М. П. Некоторые аспекты признания браков, заключенных гражданами Республики Беларусь с иностранными гражданами за пределами Республики Беларусь 211

Коструба А. В. Рішення суду як правоприпиняючий юридичний факт у цивільному праві 213

Кочин В. В. Доцільність застосування спеціальної правоздатності до непідприємницьких товариств 216

Кравець І. Л. Право мачухи, вітчима на участь у вихованні пасинка, падчерки 218

Кравчук П. С. Посередництво при працевлаштуванні за кордоном 221

Красицька Л. В. Майнові санкції за невиконання батьками обов'язку утримувати дитину 223

Кривенко М. О. Особливості судового розгляду справ про припинення спільної часткової власності 225

Криволапов Б. М. Реформування сучасної системи фінансового регулювання та контролю в праві ЄС 228

Кужко С. Ю. Цивільно-правовий аспект вилучення та реалізації вантажів, що знаходяться у морських торговельних портах понад установлені терміни 231

Кузь І. В. Особливості поділу майна, яке перебуває у спільній сумісній власності подружжя, один з членів якого є засновником (учасником) юридичної особи 235

Кулініч О. О. Щодо визначення обмежень права на фотографування 237

Кухар Н. О. Правовий аспект введення обов'язкового медичного страхування в Україні 240

Кучура П. И. Правове положение принципов добросовестности, разумности, справедливости в гражданско-правовых отношениях Республики Беларусь 242

Латинін О. А. Поняття неспроможності, як теоретичне питання господарського права 244

Левківський Б. К. Сучасні тенденції та перспективи вдосконалення нормативного регулювання примусового стягнення аліментів на неповнолітніх дітей 247

Лисенко Ю. В. До проблеми конкретизації понять реклама, рекламна діяльність, рекламна послуга 249

Ліневич С. А. Спадковий договір – нова сторінка законодавства України 252

Лічман Л. В. Сфери застосування нікчемного правочину, що порушує публічний порядок 254

Логачева Д. А. Субъекты предпринимательской деятельности стран Европейского Союза и бывших социалистических стран на современном этапе 256

Лоза Н. Г. Право на стерилізацію як особисте немайнове право 259

Лукіна І. М. Дискусія про цивільну процесуальну відповідальність 262

Ляліна А. О. До питання публічної обіцянки винагороди за знахідку 265

Марчук І. Ф. До поняття забезпечення зобов'язань 268

Масловський І. М. Про застосування типового договору при укладенні договорів оренди комунального майна 271

Миколюк М. Г. Проблема співвідношення поняття «фільм» та «відеограма» за законодавством України та Європейського Союзу 273

Михеева Ю. А. Применение правила *non reformatio in peius* в гражданском процессе 276

Мікуліна М. М. Правова охорона суб'єктивних цивільних прав особи 278

Місяць А. П. Поняття «відчуження майна» у цивільному праві України 281

Міхняк Г. М. . Право на обов'язкову частку в спадщині як обмеження свободи заповідальних розпоряджень 283

Молодико К. Ю. Впровадження в цивільне законодавство концепції професійних ризиків (на прикладі кредитних правочинів) 285

Москаленко Д. В. Захист прав споживачів: колізійні аспекти, шляхи вирішення 288

Нагнибіда В. І. Виникнення прав користування чужими речами на підставі набувальної давності 290

Найко А. В. Проблеми правового регулювання договору франчайзингу 292

Новікова О. Р. Arrest of Ships Flying Foreign Flag Due to Claims Arising out of Labour Relations in Ukraine 294

Носік Ю. В. Право автора наукового відкриття 296

Озель В. І. Заручини в українському сімейному праві в X – XIX ст.ст. (історико-правовий аспект) 299

Олійник О. В. До питання про поняття принципів сімейного права 302

Опанасик В. В. Проблемні питання правовідносин, що виникають з договорів гри та парі 304

Оприско М. В. Поняття та правова природа частки в статутному капіталі товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю 306

Отцевич Є. Ю. Щодо визначення кола суб'єктів права на комерційне (фірмове) найменування 308

Панова Л. В. Законодавче забезпечення ринку цінних паперів в умовах модернізації ринкової економіки 311

Панькова О. Ю. До питання про процесуальний порядок розірвання шлюбу за взаємною згодою подружжя, яке має дітей 314

Пацурія Н. Б. Аналіз наукових концепцій щодо визначення сутності страхування 316

Петренко Д. А. Затягування цивільного процесу – актуальна проблема українського судочинства 319

Петрова С. М. Правовий статус нотаріуса у цивільному процесі: постановка проблеми 321

Платошина В. І. Принцип добросовісності в недійсних правочинах 323

Плохотская Н. А. О толковании понятия «приносящая доходы деятельность учреждений» 326

Поєдинок В. В. Примусове вилучення інвестицій як регуляторний захід .. 329

Посикалюк О. О. До питання про публічних осіб: порівняльно-правовий аспект 331

Постернак О. В. Принцип належності доказів в господарському процесі 335

Пугачова Є. В. Апеляційне оскарження рішень в контексті реалізації права на судовий захист 337

Пунько Т. Н. Пределы применения последствий недействительности сделок 340

Рева Н. А. Щодо поняття публічного порядку в цивільному праві України 342

Рєзнікова В. В. Проблемні аспекти регулювання посередництва на ринку нерухомості 344

Рудаковская Е. Д. К вопросу о правовом статусе холдингов (сравнительно-правовой аспект) 346

Савич С. С. Польський досвід адаптації законодавства про охорону географічних зазначень походження товарів до вимог Європейського Союзу 348

Салей И. В. Лицензирование игорного бизнеса (по законодательству Республики Беларусь) 351

Салій С. О. Забезпечення позову в цивільному процесі України 354

Самбір О. Є. Проблеми визначення підсудності цивільних справ у позовах про оскарження договорів поруки та при стягненні страхових виплат з страхових компаній як суб'єктів фінансових послуг 356

Самкович А. А. Юридические факты как основания возникновения гражданских прав и обязанностей 358

Свіжа О. О. Ретроспективний аналіз виникнення і встановлення дитячого будинку сімейного типу у XX ст. на українських землях 361

Сергійко О. В. Правовий статус суб'єктів господарювання: напрями соціалізації 364

Скіданов А. П. Права, що пов'язані з публічним сповіщенням, та їхнє обмеження в ЄС та Україні 367

Скрипець Н. Р. Конвенція ООН про права дитини в механізмі захисту прав дитини 369

Слободян О. М. Роль Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (TRIPS) в регулюванні проблем патентної охорони біотехнологічних винаходів 372

Слободян Б. Ю. Деякі аспекти ліквідації юридичних осіб 374

Сокуренко А. С. Відповідальність жінки в системі нормативно-правових актів та християнських законів в період давньоруської держави (кінець X – перша половина XIII ст.) 377

Солтис Н. Б. Щодо заміни місцями третьої та четвертої черги спадкування за законом 379

Таликін Є. А. Правосуддя в сфері господарських відносин: співвідношення форми та змісту 382

Тарасенко Л. Л. Здійснення права власності на житло: нові виклики 386

Тарасюк Ю. Ю. Проблеми регулювання приватноправових відносин по стягненню аліментів з іноземним елементом 389

Толкачов Д. О. Ім'я як засіб індивідуалізації фізичної особи в торговому обороті 392

Трач О. М. Способи забезпечення позову: окремі питання 394

Тристан А. В. Правова природа «розписки моделі» як юридичного факту в правовідносинах з приводу створення фотографії 396

Тристан Р. В. Проблеми захисту прав споживачів при поширенні програмного забезпечення за принципом «*as is*» 399

Трофімов І. С. Евтаназія: досвід зарубіжних країн та проблеми легалізації в Україні 401

Устименко О. А. Щодо визначення категорії «тварина» у цивільному праві України 404

Феськов И. В. Ювенальная юстиция как угроза институту семьи 406

Фролова О. В. *(*До питання про способи апеляційного оскарження ухвал суду першої інстанції 408

Фуглевич К. А. Проблемні питання усиновлення дітей іноземцями 411

Хасаншина Ф. Г. Задачи стадии возбуждения гражданского дела в арбитражном процессе РФ 413

Хащівська Н. В. Строки оперативного захисту у договорах про передання майна у тимчасове користування 415

Холод В. В. Аналіз проблем та тенденцій розвитку законодавства України з питань будівництва 418

Царик Р. Ю. Правова природа договору азартної гри 420

Цюкало Ю. В. Автономія волі як принцип здійснення суб'єктивних цивільних прав у мусульманському праві 422

Цюра В. В. Реалізація субсидіарного застосування окремих норм про представництво 423

Чабан О. М. Зміст договірних інвестиційних правовідносин 426

Чекмарева А. В. Некоторые проблемы взыскания алиментов в исполнительном производстве России 428

Черняк О. Ю. Перспективи удосконалення законодавства про захист прав споживачів у сфері фінансових послуг 431

Чорна Ж. Л. Окремі питання посвідчення іпотечного договору 433

Шевченко О. В. Проблеми визначення права, що підлягає застосуванню при регулюванні приватноправових відносин з іноземним елементом в Україні 435

Шевчук В. І. Значення участі прокурора в цивільному судочинстві у сучасних умовах 437

Шимон С. І. Майнові права в системі об’єктів цивільних правовідносин 440

Шкльода Я. А. Історія становлення правового статусу осіб із психічними розладами в Київській Русі 443

Шутко О. А. Наслідки ухилення сторони попереднього договору від укладення основного договору 445

Щепанський Е. В. Перспективи удосконалення туристично-рекреаційного законодавства України 448

Щербакова Н. В. Щодо спрощення процедури припинення суб’єктів господарювання: новітні реалії законодавства 452

Щербань І. Г. До питання визначення поняття «ноу-хау» як об’єкта права інтелектуальної власності 455

Яцюк Н. В. Питання участі територіальної громади у цивільних правовідносинах 458

Наукове видання

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ:

Збірник тез міжнародної наукової конференції
«Десяті осінні юридичні читання»
(м. Хмельницький, 18-19 листопада 2011 року):
у 4-х частинах

ЧАСТИНА ТРЕТЯ:

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

Підписано до друку 10.11.2011 року. Формат 60х90 $^{1}/_{16}$.
Гарнітура Times New Roman. Друк різографічний. Папір офсетний.
Облік. друк арк. 16,43. Умовн. друк. арк. 27,26.
Наклад 250 прим. Зам. № 297.

Комп'ютерне складання — Голова О. Г.
Відповідальний за випуск — Місінкевич Л. Л.

29013, м. Хмельницький, вул. Театральна, буд. 8
Тел.: (0382) 71-75-91
Ел. адреса: nauka@univer.km.ua
www.univer.km.ua