МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
ХМЕЛЬНИЦЬКИЙ УНІВЕРСИТЕТ УПРАВЛІННЯ ТА ПРАВА

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

Збірник тез Міжнародної наукової конференції «Шості осінні юридичні читання» (м. Хмельницький, 26-27 жовтня 2007 року)

ЧАСТИНА ДРУГА:

Цивільне право
Сімейне право
Міжнародне приватне право
Комерційне право
Цивільний процес
Трудове право
Право соціального забезпечення

ХМЕЛЬНИЦЬКИЙ
Видавництво Хмельницького університету управління та права
2007

УДК 34
ББК 67.0
А 43

А 43 Актуальні проблеми юридичної науки: Збірник тез Міжнародної наукової конференції «Шості осінні юридичні читання» (м. Хмельницький, 26-27 жовтня 2007 року): У 3-х частинах. — Частина друга: Цивільне право. Сімейне право. Міжнародне приватне право. Комерційне право. Цивільний процес. Трудове право. Право соціального забезпечення. — Хмельницький: Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2007. — 360 с.

ISBN 978-966-8823-13-8

У збірнику представлені кращі тези доповідей, які були оприлюднені на Міжнародній науковій конференції «Шості осінні юридичні читання», що відбулась у Хмельницькому університеті управління та права 26-27 жовтня 2007 року.

Розміщені у збірнику тези доповідей стосуються таких напрямків: «Цивільне право», «Сімейне право», «Міжнародне приватне право», «Комерційне право», «Цивільний процес», «Трудове право», «Право соціального забезпечення».

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

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

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

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

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

ISBN 978-966-8823-13-8

© Колектив авторів, 2007
© Хмельницький університет управління та права, 2007

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО

СІМЕЙНЕ ПРАВО

МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

КОМЕРЦІЙНЕ ПРАВО

ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС

CIVIL LAW

FAMILY LAW

PRIVAT INTERNATIONAL LAW

BUSINESS LAW

CIVIL PROCEDURE

Yuliya Akimenko
Post-graduate student Odessa National Academy of Law,
Odessa, Ukraine

THE INTERPRETATION OF THE CORPORATE PERSONALITY OF TRANSNATIONAL CORPORATIONS

The assignment of responsibility in a transnational context to a transnational corporation (TNC) for acts of human injury and death requires the direct and indirect identification of two or more perpetrators. A perpetrator may not necessarily be the entity that physically committed the injurious act. It also may include the organ of the TNC that authorised or directed the policy to commit the act. These possibilities might be illustrated by a subsidiary or a parent company, respectively. Therein, the issue entails placing jurisdiction over a parent corporation to make the parent liable for its subsidiary's torts in a host state. In this way, tort liability for workplace safety, product quality, production processes, and environmental safety addresses a dual objective: victims receive proper compensation when a subsidiary company lacks the financial means to provide a remedy, and parent companies are obliged to regulate the safety of subsidiary operations.

The latter premise seems to contradict the fact that parent and subsidiary companies have separate legal personalities. However, the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) clarified this premise: "Subsidiaries are generally understood as companies constituted as legal entities but subject to the control of another company. They form part of a 'group' which itself has legal personality but is represented by the parent company." Subsidiaries may be wholly or partially owned by a parent company. Thus, parent companies have the potential to apply financial and managerial influence over their subsidiaries. The extent of financial control is assessed by the amount of equity that a parent holds in its subsidiary. It may be argued, nonetheless, that financial control based upon share ownership («capitalist control») is not necessary for a parent to exercise the decisionmaking powers associated with managerial control («functional control»). A parent may possess sufficient policy influence over a partially or wholly owned subsidiary company, whereby it exerts the managerial control contributing to the commission of the tort or has prior knowledge of the subsidiary's operations that caused the tort. The circumstance of past ownership reflected two realities: (1) the effects of a tort may not be apparent initially to potential plaintiffs; and (2) during the period between the causation of the injury and a recourse to legal redress, the corporate structure of the subsidiary may be altered. Yet these factors should not relieve the actor that directly or indirectly elicits harm to the complainant of liability.

A parent company is accountable for the torts of a subsidiary by a duty of care that it owes to the victims of the subsidiary's negligence. This direct or indirect liability of the parent can pertain to liability to an employee or consumer, or the environment. Acts giving rise to liability include: the lack of adequate supervision of the subsidiary, the failure to warn of a known risk, the undertaking of an ultra-hazardous activity, and the manufacturing of defective products that the subsidiary then markets or distributes. Liability mainly relies upon the application of traditional corporate law principles to the corporate group. These doctrines are: the separate entity principle, the limited liability principle, and the liability of parent corporations for obligations of their subsidiaries. Direct liability, by preserving the corporate separation doctrine, requires tangible participation by the parent company in the act forming the tort. Indirect liability is discerned from the parent's initiation of the subsidiary's acts, in that the subsidiary implements instructions and is associated as the "agent" or "alter ego" of the parent. It permits a denial of the corporate separation between parent and subsidiary company. In common law states, a disregard of the corporate separation generally involves

use of the "piercing of the veil" doctrine, to make shareholders responsible for corporate obligations.

The corporation, a discrete legal entity with its own perpetual existence and its management divorced from ownership, also enjoys the attributes of limited liability, share liquidity, and ease of asset monitoring. Its ability to limit its owner's liability makes the undertaking of otherwise risky projects more acceptable, thereby accelerating economic activity and development. In the parent-subsidiary context, the entity doctrine prevents the unfair transfer of liability of a subsidiary's shareholders to the shareholders of the parent or other members of the group. Under a "group" or "enterprise" regime, these benefits would be compromised. Also, a prospective creditor would need to assess the creditworthiness of the whole group before dealing with a constituent. This might impede the transactional process.

The question of parent company responsibility cuts across various fields of law. It is related to the legal structure of the enterprise on one side and its economic behaviour on the other. Parent companies and subsidiaries are constituted as distinct legal entities. The principle of limited liability is linked to this concept. It means that obligations are not transmitted from one corporate body to another and, therefore, each company is liable only to the extent of its assets. Economically speaking, however, parent companies and subsidiaries appear as a group and may act as a single economic entity with unified management. In this context the subsidiary, although independent in a formal sense, is bound by the instructions of the parent and has to follow the overall policy of the Group. Decisions of central management may conflict with the concerns of minority shareholders, creditors and employees of the subsidiary and affect the interests of competitors, consumers, and governments. The protection of these interests may result in substantial departure from the principle of limited liability and the 'piercing the corporate veil' of the companies.

International law has had to recognize the corporate entity as an institution created by States in a domain essentially within their domestic jurisdiction ... Separated from the company by numerous barriers, the shareholder cannot be identified with it. The concept and structure of the company are founded on and determined by a firm distinction between the separate entity of the company and that of the shareholders, each with a distinct set of rights.

The international acceptance of enterprise law also demands recognition by national courts. The consent of national courts in both home and host states is desired for judgments to be enforced mutually, as was demonstrated in Deltec and the Bhopal forum non conveniens application. Furthermore, this consent should occur on a truly transnational level to ensure a standard application of enterprise law. A "world legal order" would apply to all foreign subsidiary companies and require compliance from all global corporate groups. Presumably, it would entail consistent adherence to enterprise law by domestic courts and/or by a regulatory international body. Even more significantly, it would enforce a treaty or a binding code of conduct for TNCs.

Clearly, neither entity law nor enterprise law presently provides a viable cause of action for a plaintiff. The adoption of enterprise law mandates approval of a valid test case for tort liability. The limitations of entity law are enhanced further by a strict judicial interpretation, as in Bank of Tokyo. The English Court of Appeal dismissed the economic unit argument on "technical" grounds and observed that "we are concerned not with economics but with law. The distinction between the two is, in law, fundamental and cannot here be bridged." This conclusion opposed the reasoning and research of the OECD.

М. С. Абраменков
старший преподаватель кафедры права
филиала Ульяновского государственного университета в г. Димитровграде,
Димитровград, Российская Федерация

КОЛЛИЗИОННЫЕ ВОПРОСЫ ЗАВЕЩАТЕЛЬНОЙ ДЕЕСПОСОБНОСТИ И ФОРМЫ ЗАВЕЩАНИЯ В РОССИЙСКОМ МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

При наследовании одной из ключевых форм и оснований перехода прав и распоряжения имуществом выступает институт завещания [1, с. 42]. В том случае, если наследственные отношения связаны с правопорядком нескольких государств, перед соответствующими компетентными органами с неизбежностью встают вопросы о том, удовлетворяет ли завещательное распоряжение материальным требованиям по его составлению, составлено ли оно в надлежащей форме дееспособным лицом, не нарушает ли оно норм публичного порядка данной страны. При этом вопросы действительности завещания по существу относятся к сфере действия наследственного статута. Что же касается его формальной действительности и завещательной дееспособности, то этот аспект зачастую подвергается специальному регулированию, выходя за рамки как наследственного статута, так и личного закона завещателя. Не является исключением в этом плане и российское право.

Согласно п. 2 ст. 1224 Гражданского кодекса России (далее — ГК), способность лица к составлению и отмене завещания, в том числе в отношении недвижимого имущества, а также форма такого завещания или акта его отмены определяются по праву страны, где завещатель имел место жительства в момент составления такого завещания или акта; однако завещание или его отмена не могут быть признаны недействительными вследствие несоблюдения формы, если она удовлетворяет требованиям права места составления завещания или акта его отмены либо требованиям российского права. При сравнении указанных предписаний с таковыми, содержащимися в п. 1 ст. 1224 ГК становится очевидным, что привязка данной нормы отличается от привязки общего коллизионного правила, определяющего наследственный статут. Анализируемое правило отличается и от ранее действовавшего регулирования (п.п. 2, 3 ст. 169 Основ гражданского законодательства СССР и республик 1991 г.), причем сразу по нескольким направлениям.

Во-первых, предшествовавшая регламентация различала статут завещательной дееспособности и формы завещания в зависимости от того, какое имущество передавалось в силу соответствующего распоряжения, — движимое либо строения и другое недвижимое имущество, находящееся в СССР. В первом случае компетентным правопорядком признавалось право страны, на территории которой завещатель имел постоянное место жительства в момент составления завещания или акта его отмены; при этом завещание или акт его отмены не могли быть признаны недействительными вследствие несоблюдения формы, если она удовлетворяла требованиям места составления такого завещания или акта либо требованиям советского права. Во втором случае применялось право места нахождения недвижимости. Ныне действующее право не придает юридического значения составу наследственной массы для целей определения завещательной дееспособности и формальной действительности завещательного распоряжения или акта его отмены.

Очевидно, это обусловлено стремлением законодателя минимизировать случаи формальной недействительности завещания, если оно охватывает всю или большую часть наследственной массы, в том числе недвижимое имущество, а в большинстве случаев дело обстоит именно так. При этом была сохранена множественность коллизионных привязок для формы завещательного распоряжения или акта его отмены,

что соответствует современным тенденциям развития международного частного права. Во-вторых, изменилась основная привязка коллизионной нормы: если ранее речь шла о праве места постоянного жительства завещателя, то теперь формулой прикрепления выступает его место жительства. Принимая во внимание тот факт, что лицо в течение жизни может менять место жительства, такая формулировка представляется вполне обоснованной, в противном случае при каждой перемене домицилия пришлось бы составлять новое завещание. Здесь обращает на себя внимание характерное обстоятельство: коллизионные правила Основ ГЗ о наследовании, как представляется, также исходили из того, что постоянное место жительства лица может измениться, вследствие чего наследственный статут, как сказано выше, определялся по праву последнего постоянного места жительства наследодателя, а завещательная дееспособность и формальная действительность завещания — по праву постоянного места жительства завещателя. Таким образом, критерий «постоянства» места жительства был не случайно изъят из отечественных коллизионных норм о наследовании.

Действие анализируемых юридических норм можно проиллюстрировать в следующем казусе. Гражданин Израиля Ш. умер в своей московской квартире. Ранее он совершил завещание в Иерусалиме, где периодически жил, согласно местной форме (простой письменной с участием адвоката) и поместил его на хранение в один из израильских банков. Данное завещание будет признано формально действительным в России, так как, во-первых, удовлетворяет требованиям права того места, где завещатель проживал на момент составления завещания, и, во-вторых, соответствует требованиям, действующим в месте составления завещания [2, с. 135].

Использованные источники:

1. *Абраменков М. С. Коллизионно-правовое регулирование наследственных отношений в современном международном частном праве. Ульяновск: УлГУ, 2007.*
2. *Медведєв И. Г. Международное частное право и нотариальная деятельность. М.: Волтерс Клувер, 2005.*

Т. І. Андрієвська

викладач кафедри правового регулювання економіки та правознавства
Тернопільського національного економічного університету,
Тернопіль, Україна

ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА ІНФОРМАЦІЮ ПРО СТАН СВОГО ЗДОРОВ'Я

Конституційною основою права громадян на інформацію, у тому числі про стан свого здоров'я є ч.2 ст. 32 Конституції України, де зазначається що кожний громадянин має право ознайомитись в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, установах і організаціях з відомостями про себе, які не є державною або іншою захищеною законом таємницею. Конкретизоване і деталізоване це право у ст. 285 Цивільного кодексу України [2, с. 36] та п. «е» ст. 6 Основ законодавства України про охорону здоров'я, у яких закріплено право на достовірну і своєчасну інформацію про стан свого здоров'я, включаючи існуючі і можливі фактори ризику та їх ступінь. В свою чергу, ст. 39 Основ закріплює обов'язок лікаря надати медичну інформацію, тобто лікар зобов'язаний пояснити пацієнтові у доступній формі стан його здоров'я, мету запропонованих досліджень і лікувальних заходів, прогноз можливого розвитку захворювання, у тому числі наявність ризику для життя і здоров'я [3, с. 15].

Як бачимо, кожна особа має право на інформацію про стан свого здоров'я і цьому відповідає відповідний обов'язок лікаря. Упродовж багатьох років це право в Україні не гарантувалось законом, а серед медичних працівників склалось стійке уявлення, що у всіх критичних ситуаціях від хворого слід приховувати правду або повідомляти її лише пацієнтам із сильною психікою.

Отже, у цій статті спробуємо розглянути інформацію про стан здоров'я особи як інформацію для пацієнта, тобто медичну інформацію, яку слід відрізняти від лікарської таємниці (інформація про пацієнта). У Рішенні Конституційного суду України від 30 жовтня 1997р. у справі щодо офіційного тлумачення ст. 3, 23, 31, 47, 48 Закону України «Про інформацію» (справа Устименка) визначено, що медична інформація — це свідчення про стан здоров'я людини, історію її хвороби, про мету запропонованих досліджень і лікувальних заходів, прогноз можливого розвитку захворювання, у тому числі і про ризик для життя і здоров'я, яка за своїм правовим режимом належить до конфіденційної [4, с. 6].

Хоча в законодавстві чітко передбачено право особи на повну та достовірну інформацію про стан свого здоров'я, здійснення цього права ускладнюється обмеженнями, які пов'язані з відповідними правами медичних працівників. У ч. 3 ст. 285 Цивільного кодексу України закріплено можливість медичних працівників давати неповну інформацію про стан здоров'я фізичної особи, право обмежити можливість їх ознайомлення з відповідними медичними документами, якщо ця інформація може погіршити стан здоров'я такої фізичної особи або зашкодити процесу лікування. Таку можливість закріплює також і ч. 3 ст. 39 «Основ законодавства про охорону здоров'я», де зазначено, що в особливих випадках, коли повна інформація може завдати шкоду здоров'ю пацієнта, лікар може її обмежити. В цьому разі він інформує членів сім'ї або законного представника пацієнта, враховуючи особисті інтереси хворого. Визначення, який саме об'єм інформації про стан здоров'я фізичної особи може бути таким, що зашкодить здоров'ю чи процесові лікування, має оціночний характер. Тому кожен лікуючий лікар, враховуючи свій професійний досвід, знання про хворобу, ризики, пов'язані з нею та інші чинники, може по-різному визначити яка саме інформація про здоров'я особи може бути несприятливою для неї та її рідних. При цьому він керується і суб'єктивним уявленням, яке в нього склалося про пацієнта [7, с. 34].

Основною особливістю відносин лікаря і пацієнта є їх довірчий характер, який є несумісним з обманом. Не можна покладатися на те, що хворий не знає і ніколи не дізнається про свій діагноз. Пацієнт може здогадуватись про нього і дізнатися правду із інших джерел. Дезінформація хворих призводить деколи до відмови від необхідної операції або від застосування інших необхідних методів діагностики і лікування, що зводить нанівець деонтологічні принципи, згідно з якими понад усе ставляться інтереси хворого. Відповідно, лікар повинен ставитися до пацієнта як до свого свідомого союзника в боротьбі з хворобою [6, с. 45].

Тому у чинному законодавстві назріла об'єктивна потреба конкретизувати умови здійснення та обмеження права медичних працівників на надання фізичним особам неповної інформації про стан здоров'я, обмеження права їхнього доступу до окремих медичних документів, коли інформація про хворобу фізичної особи може погіршити стан здоров'я та зашкодити процесові лікування (ч. 3 ст. 385 ЦК України).

Роз'яснення медичним закладом (лікарем) діагнозу пов'язане із згодою пацієнта на лікування. Але якщо лікар повідомляє пацієнту неправдиве захворювання, піклуючись про його психічний стан, то це не відповідає волевиявленню пацієнта на лікування.

Результат лікування залежить не тільки від рекомендацій лікаря, але й від того як вони виконуються. При тяжких і небезпечних для життя захворюваннях хворим, як правило, необхідний певний режим. Наприклад, якщо при гострому респіраторному захворюванні порушення графіку прийому певних ліків серйозно не відобразиться на

здоров'ї пацієнта, то пропуск прийому інсуліну хворих діабетом не виключає смертельного наслідку. Тому свідома людина повинна знати правду про своє здоров'я, так як вона є не об'єктом лікування, а його безпосереднім учасником [6, с. 45].

Повідомлення діагнозу при небезпечній для життя хворобі дає пацієнтові можливість здійснити відповідні дії. Так, багато роблять розпорядження своїм майном; вирішують питання, які раніше відкладались (юридичне оформлення фактичних шлюбних відносин, розлучення, усиновлення і ін.) З цими інтересами пацієнта не можна не рахуватися [5, с. 18].

Приховування від пацієнта правдивих свідчень про діагноз захворювання позбавляє його можливості скористатися своїми соціальними правами. Так, окремі категорії хворих мають право на безкоштовне одержання лікарських засобів, безплатний проїзд та ін.

З врахуванням всіх цих обставин вирішення питання про повідомлення пацієнта про стан його здоров'я не залишено на суб'єктивне бачення лікаря, а регламентовано законом. Причому акцент зроблений не на обов'язку лікаря, а саме на праві пацієнта. Це означає, що лікар не повинен негайно і зі своєї ініціативи надавати відповідну інформацію хворому. Тим більше забороняється розкривати відомості про стан здоров'я пацієнта проти його волі. Але коли пацієнт вимагає таку інформацію, то лікар зобов'язаний сказати правду. Тому, медичний працівник має надавати хворому усю існуючу та достовірну інформацію, без будь-яких обмежень. Винятком може бути лише власна відмова хворого від отримання такої інформації. Слід зауважити, що застосування такого права стосується лише дієздатних, повнолітніх осіб. Якщо інформація про стан здоров'я стосується неповнолітнього пацієнта, то право на отримання такої інформації належить батькам (опікунам, піклувальникам) неповнолітнього. Те саме стосується і осіб, які опікуються недієздатною особою.

Тому, вважаю за необхідне внести законодавчі зміни і скасувати норму закону, в якій закріплене право медичних працівників у певних випадках надавати неповну інформацію про стан здоров'я особи чи обмежувати доступ до документів, які містять таку інформацію. Такі зміни сприятимуть особі краще реалізовувати своє право на інформацію про стан свого здоров'я, яке знаходиться у тісному взаємозв'язку з іншими немайновими правами, що забезпечують природне існування людини.

Використані джерела:

1. *Конституція України: прийнята на п'ятій сесії Верховної ради України 28 червня 1996р. — К.: Преса України, 1996. — 80 с.*
2. *Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року. — К.: Атіка, 2003. — 415 с.*
3. *Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України від 19 листопада 1992р.// Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 4. — С. 19*
4. *Рішення Конституційного Суду України у справі щодо офіційного тлумачення статей 3, 23, 31, 47, 48 Закону України «Про інформацію» та ст.12 Закону України «Про прокуратуру»(справа К. Устименка) від 30 жовтня 1997р.// Офіційний вісник України. — 1997. — № 46. — С. 126*
5. *Гладун З. С. Права людини у сфері охорони здоров'я.// Вісник Львівського ун-ту. Серія юридична. — 2004. — № 40. — С. 18.*
6. *Малина М. Н. Человек и медицина в современном праве: Учебн. і практик. Пособие. — М.: БЕК, 1995. — С. 45*
7. *Рєзникова В. В. Проблема обмеження права фізичної особи на інформацію про стан здоров'я // Економіка. Фінанси. Право. — 2004. — № 4 — 34 с.*

Ю. О. Балюк
здобувач кафедри цивільного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

ПЕРВЕНТИВНА ФУНКЦІЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У ВІДНОСИНАХ ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАПОДІЯНОЇ НАВКОЛИШНЬОМУ ПРИРОДНОМУ СЕРЕДОВИЩУ

При вчиненні правопорушень, в результаті яких завдається шкода об'єктам навколишнього природного середовища, найбільш часто настають незворотні наслідки, які не дозволяють відновити їх в натурі, як, наприклад, при порубці лісу, вилові риби, відстрілі птахів і т.д. З цієї ж причини вибір способу відшкодування шкоди — в натурі або в грошовому еквіваленті — залежить перш за все, від можливості її відшкодування в натурі, в противному разі можна говорити про відновлення порушеного права лише у вигляді компенсації шкоди в грошовому виразі. Відшкодування завданих збитків — спосіб відновлення порушеного майнового становища потерпілої особи, що, однак, не рівнозначне відновленню стану навколишнього природного середовища, який існував до вчинення правопорушення. Важливим є визначення заходів відповідальності, які дозволяють відновити не лише порушені права потерпілої особи, але і стан природного середовища.

Превентивна (попереджувальна) функція цивільно-правової відповідальності, на думку В. Ф. Яковлєва, обумовлює в ряді випадків встановлення таких заходів, які явно виходять за рамки захисту прав і компенсаційної функції не виконують. Автор приділяє особливу увагу їх призначенню для попередження найбільш небезпечних цивільних правопорушень, а також вчинення такої недозволеної поведінки, якою зачіпаються інтереси суспільства, держави в цілому, а не суб'єктивні права конкретних осіб. Значення попереджувальної функції проявляється також в тому, що в ряді випадків цивільно-правова відповідальність проявляється як відповідальність перед державою і настає незалежно від наявності правових наслідків правопорушення.

В зв'язку з зазначеним, на нашу думку, вказана функція найбільш яскраво проявляється у відносинах, пов'язаних з заподіянням шкоди навколишньому природному середовищу. Зокрема, ч.2 ст. 293 ЦК України передбачає можливість попередження шкоди довкіллю шляхом припинення за рішенням суду діяльності фізичної та юридичної особи, яка таку шкоду завдає. По-перше, це обумовлено своєрідністю охоронюваного об'єкта, оскільки в такому випадку шкоду навколишньому природному середовищу легше попередити, ніж відшкодувати, а в деяких випадках прийняття таких заходів є єдиним способом зберегти його об'єкти, оскільки при заподіянні їм шкоди їх відновлення може бути неможливим. По-друге, попереджувальне значення виражається і в тому, що шкода, завдана природі, оскільки вона зачіпає інтереси не лише власника природних об'єктів, а всього суспільства, з одного боку, попереджає можливість заподіяння майнової шкоди власнику природного об'єкта, а з другого — сприяє охороні інтересів суспільства в збереженні безпечного довкілля.

Норми про обмеження, призупинення та припинення екологічно шкідливої діяльності були включені в екологічне законодавство ще раніше, ніж до ЦК України, повноваження по їх застосуванню були надані уповноваженим органам екологічного контролю. В зв'язку з цим в юридичній літературі неодноразово ставилося питання про можливість подання позову до суду громадянами, зацікавленими особами з вимогою про припинення екологічно шкідливої діяльності. При цьому автори вважали такий

позов подібним за своєю природою з негаторним позовом і назвали його позовом про усунення перепон.

До появи зазначеної статті в ЦК України аналогічні норми були відомі зарубіжному законодавству. Наприклад, ст. 710 ЦК Японії передбачає, що потерпілий, якому була завдана значна шкода, може вимагати призупинення або припинення робіт, і не лише приватного підприємства, але і громадського об'єкта, в результаті діяльності яких йому було завдано шкоду, шляхом подання позову до суду. Англійському законодавству відома така форма цивільної відповідальності, як судовий припис про припинення діяльності, яка є причиною виникнення екологічної шкоди.

На нашу думку, зміст зазначених позовів подібний за змістом до негаторних позовів, однак відрізняється від них тим, що шляхом пред'явлення негаторних позовів захисту підлягають права власника (законного володільця), а не право громадян на безпечне для життя і здоров'я довкілля. Порушення, які підлягають усуненню шляхом пред'явлення таких позовів, вважаємо, можуть бути скоєні в результаті як протиправної, так і формально-правомірної діяльності.

При аналізі заходів, передбачених ч.2 ст. 293 ЦК України, виникає питання про їх правову природу, а саме: являються вони засобами захисту чи засобами відповідальності? На нашу думку, ці заходи є одним із способів захисту порушених прав, передбачених ст. 16 ЦК України у вигляді припинення дії, яка порушує право. Вина відповідача в цьому випадку не резюмується на відміну від деліктних та інших цивільно-правових зобов'язань.

С. В. Батрин
студент Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, Харків, Україна

ТРУДНОЩІ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ: НЕУКЛАДЕНИЙ ДОГОВІР

З'ясування змісту поняття «неукладений договір», проблема його співвідношення з дефініцією «недійсний договір» набуває підвищеної актуалізації. В першу чергу це стосується судової практики.

Дане питання неодноразово ставало предметом обговорення на багатьох науково-практичних форумах, визначається як проблемне в роботах багатьох дослідників права. Зокрема, дана тематика зустрічається у працях Н. Дзери, В. Кучер, І. Павлова, М. Мурашко, С. Потопальського, В. Луця, М. Семенова, В. Мілаш, В. Мамутова, М. Сібільова, Я. Шевченко.

Згідно Цивільного кодексу України (ст. 11, далі — ЦК), серед підстав виникнення зобов'язань (відтак — цивільних прав та обов'язків) виділяють договори та інші правочини. Правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Правочини класифікуються на односторонні та дво- чи багатосторонні (договори).

Свобода договору є визначальною засадою цивільного законодавства, сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору [1]. Зрозуміло, що для того аби волевиявлення сторін втілилося в майбутньому у певний юридичний факт з особливими правовими наслідками, сторони повинні дотримуватися при укладенні договору певних вимог, що імперативно встановлені законодавцем. Аналіз нормативно — правових актів дає підстави вважати, що наразі такі вимоги визначені як: а) умови чинності правочину (договору); б) умови «укладеності» правочину

Поняття «чинний правочин» зазвичай ототожнюється з поняттям «дійсний правочин». Однак, вважаю такі міркування не достатньо обгрунтованими. Справді, дійсність правочину означає визнання за ним якостей юридичного факту, що породжує той правовий результат, до якого прагнуть суб'єкти правочину [2]. Та попри це слід погодитися з аргументацією В. Мілаш, що вважає термін «чинний договір» ширшим за змістом. Чинним є діючий договір, який вступив та знаходиться в юридичній силі [3]. Таким чином, ми можемо стверджувати, що умови чинності є одночасно і умовами дійсності правочину. Недотримання вимог щодо чинності договору тягне за собою його нікчемність (недійсність, прямо встановлена законом), або визнання їх у подальшому недійсними (оспорювані правочини). Право на звернення до суду з позовом про визнання договору недійсним обгрунтоване в п. 2 ч. 2 ст. 16 ЦК і ст. 20 ГК і визначається як різновид способів захисту прав та інтересів сторони такого договору.

Щодо «укладеності» договору, то згідно ЦК договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору (ст. 638), а господарський договір вважається укладеним, якщо між сторонами в передбачених законом порядку та формі досягнуто згоди щодо усіх його істотних умов (ст. 180 ГК). Істотними умовами договору є такі, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди. В зв'язку з тим, що детальні рекомендації щодо того, які умови слід вважати істотними було наведено у Роз'ясненні господарського суду м. Києва «Визнання договорів неукладеними : причини і наслідки» [4] (далі — Роз'яснення), зазначу тільки те, що було здійснено класифікацію умов договору на істотні, звичайні та випадкові. Однак характерною рисою є те, що будь — які з перелічених умов після укладення відповідного договору стають обов'язковими для виконання [5]. Якими є наслідки недотримання вимог до «укладеності договору»? За фактичної відсутності нормативного регулювання, судова практика стоїть на наступних позиціях : а) неукладений договір є правовим «ніщо», звідси — не тягне жодних наслідків, не порушує нічиїх прав ; б) звернення до суду з позовною заявою про визнання договору неукладеним не відповідає Закону, оскільки відсутній предмет позову. Неможливо захистити не порушене право; в) поширена практика, коли особа звертається до суду з позовом про визнання договору недійсним, а останній, виявивши у процесі розгляду справи, що сторони не досягли згоди з усіх істотних умов, відмовляє у задаволенні первісних вимог, зазначаючи у мотивувальній частині рішення про визнання договору неукладеним — як про обставину справи, встановлену судом. Такі висновки можна зробити, виходячи зі змісту згаданого вище Розяснення, а також Листа ВГСУ від 20.10.2006р.

В свою чергу, не можемо погодитися з тим, що у разі недосягнення сторонами згоди з усіх істоних умов договору, його з юридичної точки зору не існує. Достатньо уявити ситуацію, коли сторони ведуть перемовини з приводу укладення окремого договору. Як наслідок вони досягають згоди щодо необхідності його укладення, дають йому назву, скажімо, «договір купівлі — продажу», підписують погоджені умови договору, посвідчуюють його підписами (скріплюють печатками), здійснюють нотаріальне посвідчення, проводять державну реєстрацію. Проте, по проходженні певного строку (припустимо 1 рік) одна із сторін такого договору виявить бажання, а головне — буде наділена законом такою правомочністю ставити питання про встановлення факту, що такий договір є неукладеним. Тоді виникають запитання : чи погоджували сторони умови договору, чи здійснили вони у належній формі підтвердження домовленостей? З огляду на логічне мислення — так. Сторони не дійшли згоди з такої істотної умови як певна характеристика предмету договору? А хто, власне кажучи, заважав їм цього зробити? З моменту підписання даного договору, сторони погодилися на викладені в ньому умови. Тому вважаємо, що дана сфера суспільних відносин підлягає суто диспозитивному регулюванню. Сторнони договору

повинні виважено вступати у договірні відносини і самостійно нести тягар відповідальності за свої дії.

Однак зрозуміло, що на практиці зустрічаються випадки, коли зобовязання між сторонами є настільки невизначеним, що подекуди неможливо встановити навіть строк вчинення певних дій, не вказаний предмет договору. В таких випадках, як зазначалося вище, вважаємо договір укладеним, однак таким, що не відповідає вимогам закону. В. Дзера класифікує вимоги дійсності правочину на : вимоги до форми; до сторін; стосовно відповідності волі і волевиявлення сторін; вимоги до змісту правочину [6]. В контексті змісту правочину, перш за все розуміються істотні умови останнього. Відповідно, правочини з недоліком змісту — це правочини, зміст яких суперечить вимогам закону [7] . Таким чином, ст. 215 ЦК повинна бути доповнена положенням : «недійсним є такий правочин, який не відповідає вимогам закону», відповідно, ч. 1 ст. 638 ЦК — положенням : «Якщо сторони не досягли у належному порядку та формі згоди з усіх істотних умов договору, такий договір може бути визнаний судом недійсним». Пропонується концепція саме оспорюваного правочину.

Отже, вважаємо конструкцію визнання договору неукладеним такою, що не підлягає застосуванню. А факт недосягнення згоди між сторонами договору з усіх його істотних умов — правовою підставою до визнання останнього недійсним.

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України. Упорядники: В.Л. Яроцький, В.І. Борисова. — Х: Право, 2006. — 400 с.*
2. *Семенов М. Дійсність правочинів. // Закон і Право. — 2001. — № 6.*
3. *Мілаш В. Проблеми визначення змісту понять «нечинність» та «недійсність підприємницького договору. Конституція України — основа побудови правової держави і громадянського суспільства / За заг. ред. М. І. Панова. — Х: НЮАУ, 2006 — 387 с.*
4. *Вісник податкової служби. — 2001. — № 1.*
5. *Луць В. Контракти у підприємницькій діяльності. — К. — 1999. — С. 34.*
6. *Дзера Н.. Некоторые вопросы признания сделок недействительными в предпринимательской деятельности // Підприємництво, господарство, право. — 1997. — № 4. — С. 5.*
7. *Цивільне право України / За заг. ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової — 2-ге вид. — К: Юрінком Інтер. — 2004. — 736 с.*

Н. М. Бєлова

студентка Черкаського національного університету імені Богдана Хмельницького, Черкаси, Україна

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ВДОСКОНАЛЕННЯ ЗАХИСТУ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Однією з найважливіших умов успішного розвитку науки і техніки, промисловості, торгівлі, культури та інших сфер діяльності є не лише визнання за творцями об’єктів інтелектуальної власності та особами, які отримали права на ці об’єкти, певних цивільних прав, але й забезпечення надійного захисту цих прав. Для цього необхідна відповідна нормативно-правова база та інфраструктура, укомплектована потрібною кількістю фахівців з відповідною підготовкою й досвідом.

Законодавець в деяких випадках допускає змішування понять «охорона» і «захист». Так, наприклад у Законі України «Про авторське право і суміжні права» в редакції від 11 липня 2001 р. (далі — Закон) ч. 2 ст. 3 починається реченням:

«положення цього Закону спрямовані на захист особистих немайнових і майнових прав», за яким слідує перелік суб'єктів, авторські права яких охороняються за законодавством України. В ч. 4 ст. 44 Закону вказано: «закінчення строків захисту суміжних прав настає 1 січня року, наступного за роком, у якому закінчились передбачені цією статтею строки захисту». Але ж дана стаття присвячена строкам охорони суміжних прав. Такі випадки потребують виправлення. Щоб не виникало такого змішування потрібно чітко усвідомлювати різницю між цими поняттями.

Охорона — це сукупність заходів, спрямованих на забезпечення нормальної реалізації прав, а також на захист у разі їх порушення або оспорювання. Захист є сукупністю заходів, спрямованих на визнання, відновлення та припинення порушень прав, які застосовуються правомочною особою самостійно чи компетентними органами самостійно або за зверненням правомочної особи [2, с. 7 — 8].

Захист прав на об'єкти інтелектуальної власності здійснюється у передбаченому законодавством порядку, тобто із застосуванням належної форми, засобів і способів захисту [3, с. 5]. Національне законодавство містить норми, що дають змогу захищати права на об'єкти інтелектуальної власності як в адміністративному, так і в судовому порядку.

Судовий порядок захисту прав ґрунтується на Конституції України, зокрема ст.ст. 55 і 124, і є універсальним, а адміністративний порядок — спеціальним, тобто таким, що може бути застосований лише у випадках, прямо (спеціально) передбачених законом.

У ст. 432 Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 року (далі — ЦК України) передбачено право особи на звернення до суду за захистом свого права інтелектуальної власності відповідно до ст. 16 ЦК. У ч. 2 цієї статті визначено, що суд у випадках та в порядку, встановлених законом, може постановити рішення, зокрема, про:

- застосування негайних заходів щодо запобігання порушенню права інтелектуальної власності та збереження відповідних доказів;
- зупинення пропуску через митний кордон України товарів, імпорт чи експорт яких здійснюється з порушенням права інтелектуальної власності;
- вилучення з цивільного обороту товарів, виготовлених або введених у цивільний оборот з порушенням права інтелектуальної власності;
- вилучення з цивільного обороту матеріалів та знарядь, які використовувалися переважно для виготовлення товарів з порушенням права інтелектуальної власності;
- застосування разового грошового стягнення замість відшкодування збитків за неправомірне використання об'єкта права інтелектуальної власності. Розмір стягнення визначається відповідно до закону з урахуванням вини особи та інших обставин, що мають істотне значення;
- опублікування в засобах масової інформації відомостей про порушення права інтелектуальної власності та зміст судового рішення щодо такого порушення.

Адміністративний захист об'єктів інтелектуальної власності — це сукупність заходів адміністративного припинення та притягнення до адміністративної відповідальності, спрямованих на визнання прав та припинення порушень, які застосовуються органами внутрішніх справ, державними інспекторами з питань інтелектуальної власності, митними органами та місцевими судами, за заявою або скаргою особи, право якої було порушено, або за ініціативи компетентного органу [2, с. 7]. Адміністративний порядок має декілька позитивних особливостей, насамперед оперативність розгляду справ, що створює можливості для швидкого відновлення порушених прав.

Для забезпечення захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності в адміністративному порядку відповідно до Закону України «Про внесення змін до

деяких законів України з питань інтелектуальної власності» від 21 грудня 2000 року було створено Апеляційну палату Державного департаменту інтелектуальної власності. Відповідні повноваження має також Антимонопольний комітет України та його органи на місцях.

На завершення наведемо декілька прикладів вдалого захисту прав інтелектуальної власності в судовому та адміністративному порядку.

Так, Апеляційною радою Державного департаменту інтелектуальної власності було визнано знак «ТРАМАЛГІН» схожим настільки, що його можна сплутати зі знаком «ТРАМАЛ», раніше зареєстрованим на інше ім'я іншої особи для однорідних товарів. Висновок базувався на тому, що фрагмент ТРАМАЛ входить безпосередньо в позначення «ТРАМАЛГІН» та «ТРАМАЛ», тобто повністю ідентичними є перший та другий склади обох позначень, які при порівнянні дво- та трискладових слів несуть основне фонетичне навантаження [4, с. 26].

Господарським судом м. Києва розглядалася справа за позовом ЗАТ «Львівська тютюнова фабрика» до акціонерного товариства «Філіп Моріс Україна» та Державного департаменту інтелектуальної власності про визнання недійсним свідоцтв України на знаки для товарів і послуг за № № 20232, 20233. Враховуючи надані сторонами докази, суд встановив, що позначення «Новость» не відповідає умовам надання правової охорони згідно з ч. 4 ст. 6 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», що відповідно до ст. 19 цього Закону є підставою для визнання свідоцтва недійсним [1, с. 21].

Таким чином, можна зробити висновок, що наявна система захисту прав інтелектуальної власності потребує подальшого вдосконалення. Всебічний прогрес України можливий лише за умови ефективного використання інтелектуального потенціалу нації. І наше головне завдання — захищати права на результати творчої діяльності від будь-яких порушень, підвищуючи престиж і ефективність творчої праці.

Використані джерела:

1. *Андрієнко В. Захист об'єктів інтелектуальної власності у Господарському суді міста Києва // Інтелектуальна власність. — 2002. — № 10. — С. 20 — 23.*
2. *Негрескул В. Поняття адміністративного захисту авторського права і суміжних прав // Інтелектуальна власність. — 2003. — № 5. — С. 3 — 8.*
3. *Підопригора О., Кравченко С., Теленик С. Адміністративний захист права на об'єкти інтелектуальної власності в Україні // Інтелектуальна власність. — 2003. — № 12. — С. 5 — 10.*
4. *Салфетник Т. Захист прав у сфері інтелектуальної власності // Інтелектуальна власність. — 2002. — № 2-3. — С. 24 — 26.*

Ю. В. Білоусов,
кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри цивільного права та процесу Хмельницького університету управління та права, завідувач Подільської лабораторії Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва, Хмельницький, Україна

ОКРЕМІ ПИТАННЯ УДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ОРГАНІЗАЦІЮ ТА ЗДІЙСНЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА

Вже протягом понад 15 років із часу прийняття Концепції судово-правової реформи в Україні продовжуються дискусії з приводу стратегії і тактики її проведення. 7 лютого 2002 року було прийнято нову редакцію Закону України «Про судоустрій України», яка повинна була ознаменувати завершальний етап судово-правової реформи і остаточно завершитися прийняттям новітніх процесуальних кодексів. Водночас з часу прийняття цього Закону до нього вже внесено зміни та доповнення сімома законами, при тому, що у попередню редакцію Закону України «Про судоустрій» від 5 червня 1981 року за часи незалежності Української держави було внесено зміни та доповнення шістьома законами. Окремі положення нового Закону «Про судоустрій України» були предметом розгляду Конституційним Судом України і визнані як такі, що суперечать Конституції України (є неконституційними). А на сьогодні на розгляді у Верховній Раді України вже є «нова хвиля» законопроектів щодо організації та відправлення судочинства, в тому числі нові редакції Законів України «Про судоустрій України» (проект № 2835 від 27.12.2006), «Про статус суддів» (проект № 2834 від 27.12.2006), подані Президентом України. При цьому вони вже прийняті за основу (постанова Верховної Ради України від 03.04.2007 р. № 846-V).

У цьому випадку виникає об’єктивна потреба можливо дещо зупинитися, переосмислити здійснене, оцінити ефективність правового регулювання, визначити тенденції розвитку, окреслити подальші кроки удосконалення механізму регулювання організації та здійснення судочинства у цивільних справах.

Конституційний-неконституційний? Знову латаємо дірки

Загалом сучасне законотворення в Україні, зокрема у царині цивільного судочинства нагадує принцип латання дірок. Тобто є певна проблема, яка виникла у процесі застосування запроваджених правових норм, або виявлена явна недоречність або дурниці, упущення, вона вирішується, усувається, але подекуди з істотним запізненням.

У цьому контексті цікавим прикладом є ситуація із запровадженням мораторію на реалізацію державного майна. Так, коли розпочалися зловживання із примусовою реалізацію арештованого майна у порядку виконавчого провадження, особливо щодо державної власності, набула широкого розголосу своєрідна діяльність державного спеціалізованого підприємства «Укрспецюст», Верховна Рада для збереження державних активів змушена була прийняти 29 листопада 2001 року Закон України «Про введення мораторію на примусову реалізацію майна» (Офіційний вісник України. 2001. № 52. Ст. 2332). Відповідно до ст. 1 цього Закону передбачено встановлення мораторію на застосування примусової реалізації майна державних підприємств та господарських товариств, у статутних фондах яких частка держави становить не менше 25 відсотків, до вдосконалення визначеного законами України механізму примусової реалізації майна.

Цей закон був предметом розгляду Конституційного Суду України на предмет його відповідності положенням Конституції України. І у цьому випадку, на наш погляд, у рішенні від 10 червня 2003 року № 11-рп/2003 у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України

(конституційності) Закону України «Про введення мораторію на примусову реалізацію майна» (справа про мораторій на примусову реалізацію майна) (Офіційний вісник України. 2003. № 25. Ст. 1217) Конституційний Суд України визнає, що правовий статус суб'єктів права різних форм власності ґрунтується на єдиних конституційних принципах. Однак при цьому вказує у мотивувальній частині, що правовий статус кожного з суб'єктів права власності має особливості, що і характеризують його як такого. «Держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності як у тому, що є загальним для них, так і в його особливостях відповідно до законів, дія яких на них поширюється», — зазначає мотивувальна частина рішення Конституційного Суду України.

Отож, на наш погляд, Конституційний Суд України прийняв рішення, яке фактично відповідало лише положенням щодо інтересів держави, забезпечення економічної безпеки. Мотивування відповідності досліджуваного Закону положенням ст. 13 Конституції України щодо рівності усіх форм власності не може бути однозначно визнане як прийнятне, адже фактично було виділено серед інших недоторканну форму власності — державну.

Зрозуміло, що на той момент таке рішення вимагали потреби держави, суспільства, адже у протилежному випадку було б реалізовано через механізми примусового виконання рішень та банкрутство цілі галузі народного господарства. Але що особливо насторожувало, що Конституційний Суд України не надав переваги одній конституційній нормі перед іншою, а фактично доволі невпевнено обґрунтував відповідність Закону усім конституційним приписам.

І що ми бачимо сьогодні? У Національному плані дій із забезпечення належного виконання рішень судів, затвердженому Указом Президента України від 27 червня 2006 року № 587/2006, проголошується потреба скасувати цей Закон.

У ньому передбачено, що з метою встановлення порядку примусової реалізації майна підприємств державного сектору економіки розробити та подати в установленому порядку проекти законів про внесення змін до законодавчих актів з питань банкрутства, про визнання таким, що втратив чинність, Закону України «Про введення мораторію на примусову реалізацію майна». При цьому зауважимо, що Указ підписаний наприкінці першого півріччя, а строк виконання цього завдання визначений у першому півріччі 2006 року. Отже, фактично Міністерствам юстиції та економіки було надано 3 дні для розробки пакету цих документів. Отож, протягом п'яти років потуги у цьому напрямку не мали жодних позитивних здвигів, а визначитися із скасуванням закону слід було у такий стислий строк.

Але це слід замислюватися над цими строками, та й не в них справа, адже вже майже рік після схвалення Національного плану, вказаний закон не втратив чинності. Питання в іншому: чому виникла потреба у скасуванні дії спірного Закону? Він же відповідає нормам Конституції України.

Проблема полягає у тому, що саме положення Закону України «Про введення мораторію на примусову реалізацію майна» вимагав розроблення механізму реалізації державного майна. На жаль, цього механізму Верховною Радою чи іншими державними органами розроблено не було, його немає і тепер. Саме розробка цього механізму повинна стати предметом діяльності науковців та практиків.

Суди касаційної інстанції: скільки і навіщо?

Продовжити низку прикладів щодо «латання дірок» у чинному законодавстві можна ситуацією із визначенням суду касаційної інстанції у цивільних справах. Первісна редакція Закону України «Про судоустрій України» передбачала створення для цих потреб Касаційного Суду України. Це положення Закону про судоустрій також було предметом розгляду у Конституційному Суді України. Відповідно до рішення Конституційного Суду України 11 грудня 2003 року № 20-рп/2003 у справі за конституційним поданням 62 народних депутатів України щодо відповідності

Конституції України (конституційності) пункту 3 частини другої статті 18, статей 32, 33, 34, 35, 36, 37, підпункту 5 пункту 3 розділу VII «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про судоустрій України» (справа про Касаційний суд України) положення чинного законодавства щодо створення та існування Касаційного Суду України були визнані такими, що не відповідають вимогам Конституції України (є неконституційними).

За такою логікою, якщо «пофантазувати», то можна визнавати неконституційними й інші органи державної влади та місцевого самоврядування, про котрі немає згадки в Конституції України (як-от, Адміністрація чи Секретаріат Президента України).

Останні ж зміни, які відбулися щодо оптимізації розгляду справ у порядку касаційного провадження, можна піддати сумніву з приводу правильності та логічності. 22 лютого 2007 року Верховна Рада України внісши зміни до прикінцевих та перехідних положень Закону України «Про судоустрій України» затвердила «кругообіг цивільних справ», визначивши загальні територіальні суди судами касаційної інстанції щодо інших загальних територіальних судів.

Цікавим у цьому аспекті є обґрунтування необхідності прийняття такого закону (від 22 лютого 2007 року). Відповідно до пояснювальної записки до проекту Закону (О. Ю. Шустік, А. В. Портновим, О. Лукаш, Л. І. Фесенком, М. І. Замковенком, Є. В. Корнійчуком, А. В. Лабунською (№ 2294 від 09.11.2006) сказано, що вносяться ці зміни задля гарантування права на справедливий розгляд у розумні строки касаційною інстанцією.

Автори подання посилаються на страшну статистику, за якою станом на початок другого півріччя 2006 року у Судовій палаті у цивільних справах Верхового Суду України накопичились понад 42 тисячі нерозглянутих справ. Незважаючи на актуальність порушеного питання, Верховною Радою України і досі не прийнято жодного закону, який би вирішив питання завантаженості Верховного Суду України.

У разі прийняття мав би дозволити прискорити судовий розгляд цивільних справ та зменшить ризик потенційних втрат Україною коштів з Державного бюджету України за рішеннями міжнародних судових установ за скаргами учасників цивільного процесу на порушення їхніх прав на справедливий судовий розгляд, гарантованого Конвенцією про захист прав і основних свобод людини.

З цього слід зробити висновок, що в Україні як не було суду касаційної інстанції, так і невідомо, коли вона буде. Адже наскільки було складно студентам роз'яснити, хто є судом касаційної інстанції в Україні, на сьогодні сталося розсіяння функцій суду касаційної інстанції.

Якщо у попередньому варіанті функцію суду касаційної інстанції у цивільних справах відповідно до прикінцевих і перехідних положень Цивільного процесуального кодексу України були внесені зміни до прикінцевих та перехідних положень Закону України «Про судоустрій» було визначено тимчасово судову палату у цивільних справах Верховного Суду України. А тепер виходить судами касаційної інстанції виступають усі апеляційні територіальні суди — кожен для кожного. Тобто «виконуючим обов'язки» суду касаційної інстанції у цивільних справах залишається судова палата Верховного Суду України. А тоді ж хто ці апеляційні загальні територіальні суди? Також в.о. т.в.о., т.в.п.? Коли ж буде сформований суд касаційної інстанції у цивільних справах?

У цьому випадку не буде виходом із ситуації і створення Вищого цивільного суду як суду касаційної інстанції, як це пропонується у президентському проекті Закону України «Про судоустрій України» та Концепції удосконалення судівництва…, адже суди цивільної юрисдикції не створені як спеціалізовані суди, вони залишаються у структурі загальних територіальних судів.

Народний засідатель у цивільному процесі: панацея чи біда?

Серед анахронізмів, на наш погляд, є прагнення будь-якими способами впровадити у цивільному процесуальному законодавстві положення щодо участі громадськості. І хоча ст. 124 Конституції України передбачає участь присяжних та народних засідателів, пригадується прізвисько цих осіб — «кивали», тобто особи, участь яких у цивільному процесі зволилась до виключно фізичної присутності під час розгляду та вирішення цивільної справи. Тому у Цивільному процесуальному кодексі України слід відмовитися від участі народних засідателів, оскільки такий інститут є пережитком радянського періоду і не свідчить про участь громадськості у відправленні правосуддя. Якщо уважно вивчити перелік справ, які повинні вирішуватися судом за участю народних засідателів, то слід висловитися за наступне. Відповідно до ч. 4 ст. 234 ЦПК України до цих справ відносяться справи про: обмеження цивільної дієздатності фізичної особи, визнання її недієздатної, поновлення у дієздатності; визнання фізичної особи безвісно відсутньою чи оголошення її померлою; усиновлення; надання фізичній особі психіатричної допомоги у примусовому порядку; примусова госпіталізація до протитуберкульозного закладу.

Проблема полягає не тільки у тому, що недостатньо чітко та аргументовано визначено саме ці категорії справ, які підлягають розгляду за участю народних засідателів. Немає у процесуальному законодавстві визначення повноважень народного засідателя (хоча є визначення прав та обов'язків осіб, які не мають цивільної процесуальної правосуб'єктності, як-от судовий розпорядник).

Справи щодо правового статусу фізичної особи із вадами психічного розвитку потребує залучення спеціалістів-психіатрів, а не залучення громадськості. У цьому випадку більш проблемним слід визнати дотримання Принципів захисту психічно хворих осіб та покращення психіатричної допомоги, які визначені резолюцією 46/119 Генеральної Асамблеї ООН на 75-ому пленарному засіданні 17 грудня 1991 року, які зобов'язують державу гарантувати кожній особі право на особисту участь у справі, яка стосується її прав, свобод та обов'язків. На сьогодні це положення міжнародного права не в повній мірі реалізоване у сучасному цивільному процесуальному законодавстві (див. напр., ст. 25 Закону України «Про психіатричну допомогу» та ч. 1 ст. 240 ЦПК України).

Справи про тривалу відсутність фізичної особи також не вимагають участі громадськості, адже вирішується питання про людську проблему, що обумовлена такою відсутністю та неможливістю реалізувати права тих осіб, інтереси яких постраждали внаслідок такої тривалої відсутності фізичної особи.

Справи про усиновлення взагалі випадають з цієї обойми. З однієї сторони слід погодитися, що предметом судового розгляду є питання дотримання формальних вимог закону, тобто відповідність усіх представлених до суду документам вимогам чинного сімейного законодавства. Поза тим у питаннях усиновлення дітей вимагається це й визначення відповідності усиновлення дитини її інтересам. Можливо для цього і потрібен людський досвід, який може бути збагачений при вирішенні питання у нарадчій кімнаті людьми з вулиці, простих людей, які на основі власного життєвого досвіду могли б вирішити ці питання не по закону, а по совісті. Але щодо цього є ряд аргументів. По-перше, при усиновленні повнолітньої фізичної особи відпадає потреба дбати про відповідність усиновлення інтересам усиновлюваного. По-друге, немає жодних гарантій, що народні засідателі будуть люди із багатим життєвим досвідом, а молода людина, котра може й пізнала відчуття батьківства. При цьому згадується адміністративний порядок усиновлення, за яким ці питання взагалі вирішувалися у кабінеті. Мив же не довіряємо професійному судді. А особливо актуальною проблемою постає збереження таємниці усиновлення. Як говорить приказка: «Що знають двоє, знає й свиня». Справа у тому, що передавши справи про усиновлення до судової юрисдикції ми вже об'єктивно розширили коло осіб, які мають доступ до такої

інформації (судді, секретарі судових засідань, працівники канцелярії та архіву та інші). Подекуди ця інформація могла стати відмовою будь-кому, хто має справу із судовими документами (стажерам, практикантам, науковцям та ін.). У нашому ж випадку ми умисно розширюємо коло осіб, які матимуть справу із інформацією, яку ми вже й не зможемо назвати «таємницею усиновлення». При цьому, що це звичайні люди, яких скільки б не попереджав про нерозголошення інформації, скільки б не лякав про можливість притягнення такої особи до відповідальності, багато хто з них не зможе втримати цю інформацію і не відкрити цю інформацію своєму близькому, рідному, знайому, а, можливо, «зі щирих почуттів» й самому усиновленому. Та нехай знає!

Справи про надання психіатричної допомоги у примусовому порядку, особливо ті, що стосуються примусової госпіталізації до психіатричного лікувального закладу взагалі вимагають прискореного розгляду, чого неможливо зробити при необхідності викликати до суду народного засідателя.

Справедливий, ефективний, доступний суд, ... багатий суд? За чий рахунок?

Багато говориться на різних рівнях про забезпечення доступності судового захисту. Що ж ми маємо насправді? В частині організації судочинства адміністративні суди віддаляються від звичайного обивателя, як на рівні місцевому, так і щодо апеляційного оспорення ухваленого судового рішення, адже, як правило, передбачена така послідовність: «Хмельницький — Львів — Київ», яка замінила більш звичну і доступну послідовність «Кам'янець-Подільський — Хмельницький — Київ». І задля забезпечення ілюзії доступності зроблено неприродне наділення загального територіального суду функціями адміністративного суду у деяких категоріях справ. Тому можливо у цьому випадку слід відмовитися від прив'язки спеціалізованих та територіальних судів до адміністративно-територіального устрою держави. Особливо для адміністративних судів це б дало додаткової, вже навіть номінальної незалежності від органів державної влади та місцевого самоврядування.

Важливим аспектом доступності судового захисту є прийнятна фінансова складова. На сьогодні, як правило, позивач у цивільній справі при зверненні до суду повинен платити двічі (державне мито та витрати на інформаційно-технічне забезпечення розгляду цивільної справи). Тому доцільним було б скасувати додатковий збір при зверненні до суду, а саме витрати на інформаційно-технічне забезпечення розгляду цивільної справи. На це й був спрямований проект Закону України, розроблений у Хмельницькому університеті управління та права, та поданий на розгляд Верховної Ради України народним депутатом 4 скликання Віталієм Олуйком (№ 7154 від 04.03.2005), який, на жаль, був відхилений Верховною Радою України (постанова від 08.02.2006).

Доволі цікавим було у цьому аспекті обговорення у Верховній Раді України проекту Закону України «Про судовий збір», який повинен врегулювати відносини щодо розміру судового збору у цивільних справах та порядку його справляння. Тоді народний депутат України 5 скликання Володимир Яворівський висловився з приводу того, що цей закон треба ретельно вивчити на предмет створення додаткових перешкод для доступу до судового захисту. Його слова були такі: «збір судовий — це колосальний удар по тих людях, які і раніше боялися йти у суд, а зараз вони то більше туди не підуть» (стенограма засідання п'ятого, сесійний зал Верховної Ради України, 9 лютого 2007 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.rada.gov.ua/zakon/new/STENOGR/09020703_05.htm). Не будемо дискутувати з приводу суті, призначення та функцій судового збору (нині — державного мита) при зверненні до суду, однак особа, яка звертається до суду, не повинна платити двічі.

Адміністративна юстиція: чи буде фаховою?

Доступність судового захисту у контексті адміністративного судочинства не повинно відбуватися за рахунок фаховості. Якщо ми говоримо, що адміністративне судочинство є надто особливим, яке вимагає фахової підготовки із спеціалізації суду,

то слід відмовитися від практики визнання загального територіального суду як адміністративного суду. Суд, який відправляє судочинство не повинен визначати для себе процесуальний закон, за яким повинна розглядатися справа.

Наводимо приклад наступного характеру. У суді першої інстанції у порядку цивільного судочинства вирішується справа про поновлення на посаді директора комунального підприємства. Суд першої інстанції вирішував цю справу як цивільну за положеннями цивільного процесуального законодавства. На це рішення була подана апеляційна скарга. Загальний територіальний апеляційний суд трактуючи справу як таку, що виникає із відносин публічної служби, розглядає справу (нагадуємо справа по першій інстанції вирішувалась як цивільна) за положеннями Кодексу адміністративного судочинства України, тобто як адміністративну. За результатами розгляду цієї справи суд виносить ухвалу про скасування рішення суду першої інстанції у зв'язку з тим, що справа належить до справ адміністративної юрисдикції і повинна вирішуватися за правилами КАС України по першій інстанції. І це ще не все! У своїй ухвалі суд апеляційної інстанції визначив строк та порядок касаційного оскарження. І цим судом безперечно був визначений Вищий адміністративний суд України (ми ще не забули, що справа була ініційована та розглянута у суді першої інстанції як цивільна). Особи, які беруть участь у справі, і які були незадоволені таким рішенням суду апеляційної інстанції, вирішили оскаржити його. І, оскільки вони були учасниками цивільної справи за трудовим спором, вони оскаржили це рішення до суду касаційної інстанції, який визначений цивільним процесуальним законодавством, тобто до судової палати у цивільних справах Верховного Суду України. Підставою для касаційного оскарження рішення суду було грубе порушення судом апеляційної інстанції норм процесуального права. І яким здивуванням став лист з Верховного Суду України, відповідно до якого справа не підлягає розгляду судовою палатою у цивільних справах Верховного Суду України. Касаційна скарга була скерована до Вищого адміністративного суду України, а ухвала судді Верховного Суду України є остаточною і оскарженню не підлягає. Вищий адміністративний суд України цілком справедливо відмовив у відкритті касаційного провадження у справі. З яких підстав? Через пропуск строку для касаційного оскарження, оскільки за час, протягом якого питання про відкриття касаційного провадження вирішувалось у Верховному Суді України, а потім пересилалось до Вищого адміністративного суду строк на касаційне оскарження рішення, звичайно, сплив.

Ця справа є тільки яскравим показником того, що суддя не повинен обкладатися процесуальними законами, він повинен за ними жити (відправляти правосуддя). Не повинно ставатися так, що суддя місцевого територіального суду (як правило, саме з цієї посади відбувається старт майбутніх суддів апеляційних, касаційних та Верховного Суду України, а відповідно й велика частина цього суддівського корпусу — це молоді судді) вирішував справи за чотирма процесуальними законами — Цивільним процесуальним, Кримінально-процесуальними, Кодексом адміністративного судочинства та Кодексом України про адміністративні правопорушення, вже не говорячи про розгляд судами справ про корупційні правопорушення відповідно до Закону України «Про боротьбу з корупцією».

Удосконалення процесуального законодавства: як це зробити?

Увага, яка прикута сьогодні до якісного, справедливого та неупередженого судочинства тільки загострює потребу якісного науково-теоретичного та методичного обґрунтування стану та тенденцій розвитку судової системи України. В Україні підготовлено ряд дисертацій на цю тематику, однак чи мають вони конкретне прикладне спрямування. Мають, але не усі. Так, приміром докторська дисертація Дмитра Притики, присвячена становленню та розвитку господарського судочинства, може бути реалізована, оскільки її автор безпосередньо був фундатором цієї гілки судової системи, дбав і ми впевнені дбатиме про її розвиток, належне функціонування

та фінансування. Здобутки ж дисертаційних досліджень, які виконані не в рамках судової системи, а у межах науково-дослідних установ чи навчальних закладів інколи не можуть похвалитися високим чи принаймні прийнятним рівнем впровадження розроблених авторами теоретичних положень у практичну площину. Щодо цього назріває потреба у посиленому збільшеному поєднанні, симбіозі правозастосовчих та правотворчих органів із закладами, які проводять наукові дослідження. У нас ще не стало поширеним залучення практичних працівників до наукової діяльності. У сусідніх державах нормальним вважається такий стан, що суддя, прокурор високого рівня постійно займаються науковою діяльністю, мають науковий ступінь, вчене звання, викладають у вищих навчальних закладах, установах та закладах підвищення кваліфікації суддівського, прокурорського корпусу, професійних юристів. Допоки українська юридична наука, правотворча та правозастосовча практика не будуть звертатися та аналізувати теоретичне обґрунтування своєї діяльності, не може бути здійснено якісного прориву у відповідних сферах. Працювати за принципом «набивання шишок» — це екстенсивний шлях розвитку як на рівня нормотворення, так і на рівні правозастосовчої діяльності.

P. S.

Новий світ вимагає нового якісного погляду, який повинен спиратися не тільки на власний особистий досвід, а на досвід поколінь, на досвід інших держав та народів. Тільки взаємне збагачення, взаємне доповнення може бути тим поступом уперед, якого вимагає реалізація усім уже до оскоми набитої ст. 1 Конституції України про те, що Україна є правова, демократична та соціальна держава та ст. 3 Конституції України, яка проголошує функцію обслуговування державним апаратом потреб людини. І у цьому контексті висловлюємо солідарність з положеннями Концепції вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, схваленої Указом Президента України від 10 травня 2006 року № 361/2006 (Офіційний вісник України. 2006. № 19. Ст. 1376), в якій першим завданням визначено створення цілеспрямованої, науково обґрунтованої методологічної основи розвитку правосуддя в Україні на найближчі десять років. Хотілося, щоб це не були пусті декларативні слова, а вони наповнилися реальним змістом.

А. А. Богач
студент Хмельницкого университету управления и права,
Хмельницький, Україна

ИСТОРИЧЕСКИЕ ПРЕДПОСЫЛКИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ НА ЗАТОНУВШИЕ КОРАБЛИ И ГРУЗА НА НИХ

«Стремление к собственности больше,
чем что-либо другое мешает людям
жить свободно и хорошо»
Бертран Рассел

Знаменитый философ прав. Но диалектика жизни заключается в том, что без признания прав собственности существование общества пока невозможно. А поскольку развитие нашего общества непрерывно, то процесс формирования правовых норм носит постоянный характер.

Так недавнее создание акваланга, не только означает свободу доступа человека в подводный мир, но и распространение на этот мир всего комплекса законов, регламентирующих существование человека на суше. И одна из этих проблем — постоянные находки на дне останков затонувших кораблей, которые и сами по себе, а

тем более с учетом грузов и имущества экипажей и пассажиров представляют историческую, культурную и коммерческую ценность. При этом подъём и вторичное использование затонувшего имущества является традиционным видим деятельности населения прибрежных областей. Распространенность характеризуется тем, что ещё 100 лет назад уже были законы, которыми регламентировались данные работы. Так, в древнейшем судебнике жителей о. Готланд — «Гуталаге» было зафиксировано, что человек, поднявший добро со дна моря «… пусть имеет треть от своей находки. А если он найдет это за пределами видимости с земли, то пусть он имеет половину того, что нашел».

Позднее в «Бьеркеарэттен» — первом общегородском своде законов Швеции, составленном около 1345 года появился уже специальный раздел, трактовавший о подъеме имущества после кораблекрушений.

«Если кто-нибудь нашел затонувшее судно в открытом море вне (зоны) наблюдения и присмотра (с берега), он забирает себе половину найденного,

- Если он найдет его на морском дне и будет вынужден применить кошку и (подъемный) бак, он (тоже) забирает себе половину.

- Если он найдет в зоне наблюдения и присмотра (с берега), он забирает себе третью часть найденного,

- Если кто-то найдет товар, прибитый к берегу так, что можно добраться до него в брод, он забирает четвертую часть,

- Если кто-либо потерпит кораблекрушение в границах города, всякий, кто спасет товар, получает вознаграждение согласно суждению достойных людей.

О (любой) находке необходимо объявить официально или человек провозглашается вором, а его находка — воровской добычей и добрые люди это рассудят…».

По мере совершенствования водолазных средств — появление колоколов и водолазных костюмов регламентация усложнилась, и очередной Свод уже Королевских Законов «О подъеме имущества со дна» был принят в Швеции в 1692 году.

Однако не одна Швеция имела подобные законы — принимались они и в других Европейских странах, что, не мешало им заниматься грабежом затонувших сокровищ везде, куда можно было дотянуться. Причем велось это на государственном уровне. Примером может служить экспедиция которую, направил в 1686 году Яков II Английский для подъема ценностей с испанского галеона «Нуэстра сеньора де ля Консепсьон» («Пречистая дева»). Эта экспедиция принесла 300 000 фунтов стерлингов, из которых щедрый монарх выделил Уильяму Фиппсу — человеку, нашедшему и поднявшему ценный груз 6% поднятых сокровищ.

По мере развития водолазной техники эффективность подводных поисков постоянно росла. Так в начале XVIII века Джон Летбридж создал «ныряльную машину» — прообраз современных жестких водолазных костюмов.

Очередной бурный всплеск развитие водолазных работ получило после Первой Мировой войны, когда стало доступно вентилируемое снаряжение. Однако истинный прорыв наступил после создания акваланга. Это настолько повысило эффективность обнаружения затонувших объектов, что в послевоенные годы Второй Мировой подъем имущества со дна стал одним из серьезных сегментов рынка. Так первые подводные проекты Кусто, обеспечившие ему первоначальный капитал — это «пиратский» подъем каучука с немецких транспортов, потопленных в устье Жиронды.

Такая успешная деятельность привлекла внимание массы желающих получать доходы за счет работы других. В первую очередь это были наследники собственников, затем государственные фискальные органы, а также различные узкие социальные сообщества (например, ученые-археологи).

В результате этих процессов в 70-е годы XX века во всех странах мира произошло формирование пакетов законов, которыми регламентировались права

собственности на найденные объекты, права их первооткрывателей, роль государства. Так, в Королевстве Швеция с 1974 года действуют специальные «Правила поиска и подъема затонувших судов и грузов».В Великобритании же с 1894 года действует «Акт о морских торговых судах». С 1973 года определенные ограничения на подъем «исторических» кораблей были введены «Актом об Охране затонувших кораблей». Во Франции с 1961 года действует «Декрет о правовом режиме затонувшего имущества, а 19 января 1968 года — «Декрет о происшествиях на море».

При этом все национальные законы касаются только территориальных и экономических вод прибрежных государств. А Международные воды долгие годы были зоной свободной деятельности для подводников. Однако с 1956 года на международном уровне совершались пытались навязать государствам — членам ООН систему международно-правового регулирования, которая не была принята поскольку нарушала древний принцип «Свободу морей», да и государства не хотели ставить под угрозу политические и экономические интересы.

На сегодня борьба завершилась компромиссом в виде принятия 2 ноября 2001 года на 31-й сессии Генеральной конференции ЮНЕСКО международной «Конвенции об охране подводного культурного наследия».

В соответствии с этим документом под понятие «культурных ценностей» теоретически попадают абсолютно все предметы неприродного происхождения, оказавшиеся на морском дне. Поскольку «Подводное культурное наследие» означает все следы человеческого существования, имеющие культурный, исторический или археологический характер, которые частично или полностью, периодически или постоянно находятся под водой на протяжении не менее 100 лет, такие как:

- объекты, сооружения, здания, артефакты и человеческие останки вместе с их археологическим и природным окружением;

- суда, летательные аппараты, другие транспортные средства или любые их части,

их груз или другое содержимое, вместе с их археологическим и природным окружением…».

При этом, объявить «культурным наследием» все оказалось мало и статья 2 Конвенции включает пункт гласящий, что «подводное культурное наследие не должно эксплуатироваться в коммерческих целях…» Но тогда в каких можно? Получается, что только в научных? Однако далее следует правило согласно которому «… при осуществлении деятельности, направленное на подводное культурное наследие не должен… нарушаться покой человеческих останков и мест, являющихся объектом поклонения». Но ведь гибель «судов летательных аппаратов и других транспортных средств» в море как правило была сопряжена с гибелью их экипажей. Как быть с археологическими исследованиями специальное направление которых занимается исключительно раскопками могильников и культовых сооружений? Так в 2003 году российским археологам удалось обнаружить на дне Ладоги целую систему каменных колец — более 15 штук, которые скорее всего являются древнейшими могильниками или святилищами. Изучение их может быть весьма перспективным, но если следовать Конвенции — оно невозможно.

Таким образом, объем ограничений оказывается таким большим, что, вероятно, ни одно из Государств-участников «Конвенции об охране подводного культурного наследия» не ратифицирует её в чистом виде, а по-прежнему будет руководствоваться в своей практике национальным законодательством.

Относительно Украины и России, то мы можем констатировать, что существуют пробелы в правовом регулировании данного вопроса. По общему правилу все затонувшие суда считаются собственностью государства, хотя реестры затонувших кораблей отсутствуют. При этом в Кодексах Торгового Мореплавания России и Украины права прежних владельцев не признаются, поскольку нормы статьи 391

Кодекса Торгового мореплавания Украины и статьи 411 Кодекса Торгового Мореплавания Российской Федерации определяют строк подачи исков в 3 года, по истечению которого государство считает корабль своим.

Таким образом, государства уже на протяжении многих лет пытаются определить правовой режим затонувших кораблей и груза на них, но, к сожалению, эти попытки пока не увенчались успехом.

Использованные источники:

1. *«Конвенция об охране подводного культурного наследия» от 2 ноября 2001 года.*
2. *Кодекс Торгового мореплавания Украины от 23.05.1995 года.*
3. *Кодекс Торгового Мореплавания Российской Федерации от 30.04.1999 года.*
4. *[Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://ships.rwwws.ru.*

В. М. Боричевський

студент Інституту повітряного і космічного права
Національного авіаційного університету,
Київ, Україна

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЗАХИСТУ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ У СФЕРІ КОСМІЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ

Для досягнення Україною стабільного економічного зростання, підвищення конкурентоспроможності національної економіки, очевидно, слід швидкими темпами впроваджувати у виробничі процеси інноваційні технології та розробляти ефективні методи їх комерційного застосування.

Одним з основних напрямів втілення в життя зазначеної мети є комерційне використання космічних технологій, зокрема подвійного призначення. Такий підхід створить умови не лише для збереження, але й подальшого розвитку космічної галузі України вже у напрямку комерціалізації останньої.

З огляду на те, що Україна є учасницею низки міжнародних договорів з охорони інтелектуальної власності (Паризької конвенції з охорони промислової власності, Договору про патентну кооперацію, Мадридської угоди про міжнародну реєстрацію знаків тощо), таке становище зобов’язує забезпечити охорону прав на об’єкти інтелектуальної власності на рівні провідних країн світу. Проте, наразі неподоланими у визначеному руслі залишаються аспекти належної регламентації та ефективного захисту на законодавчому рівні захисту інтелектуальної власності у космічній галузі нашої держави.

Нині, на наш погляд, наріжним каменем даної проблеми є існування факту принципово невірної побудови системи нормативних актів у сфері космічного права. Так, відповідно до ст. 92 Конституції України, окрім іншого, виключно законами України визначаються засади освоєння космічного простору. Слід погодитись, що дієвість такого освоєння залежить не лише від рівня розвитку технологій, але й досконалості механізму правового регулювання. Тому з наведеного вбачається цілком логічний висновок: у зазначеній сфері питання захисту права інтелектуальної власності повинні врегульовуватись лише на рівні закону. Проте, ст. 8 Закону України «Про космічну діяльність» містить тільки норму, що передбачає можливість існування подібного нормативного акту, якого, до речі, на сьогодні ще не існує [2, с. 3].

Тому метою даної статті є спроба запропонувати на основі норм чинного законодавства модель побудови ефективного правого механізму захисту права

інтелектуальної власності на об'єкти, що стосуються діяльності з використання та дослідження космічного простору в мирних цілях.

Таким чином, зважаючи на викладене, видається за доцільне запропонувати два основних напрямки вдосконалення законодавства України щодо досліджуваної проблеми: 1) внесення змін до чинних нормативних актів, що регулюють питання захисту інтелектуальної власності 2) розробка та впровадження нових Правил охорони прав інтелектуальної власності в космічній галузі (надалі — Правила).

Для реалізації першого зазначеного етапу, на нашу думку, законодавцям слід провести комплекс заходів, спрямованих на прийняття відповідних змін до чинних законодавчих актів, що регулюють захист прав інтелектуальної власності, з метою створення дієвого механізму забезпечення охорони прав інтелектуальної власності у сфері космічної діяльності. Невід'ємну частину такого механізму повинні складати закони «Про авторське право і суміжні права», «Про захист від недобросовісної конкуренції», «Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем», «Про охорону прав на зазначення походження товарів», «Про наукову і науково-технічну експертизу», «Про інформаційні агентства», «Про рекламу» тощо.

Натомість, способом вирішення іншої поставленої проблеми вдосконалення законодавства у цій сфері є виокремлення нагальних питань, що ускладнюють подальше функціонування майбутніх Правил, тобто: спочатку треба впровадити механізм належної оцінки об'єктів інтелектуальної власності підприємств, установ, організацій, підпорядкованих Національну космічному агенту України, відповідним чином забезпечити підготовку фахівців у цій сфері; розробити порядок набуття прав інтелектуальної власності на космічні об'єкти, створені за рахунок коштів державного бюджету та державних цільових фондів чи суб'єктів інвестиційної діяльності; запровадити механізм державної підтримки патентування вітчизняних об'єктів інтелектуальної власності у космічній галузі в іноземних державах тощо.

Доцільним також видається розроблення спеціальних законодавчих норм, які б врегульовували питання захисту прав інтелектуальної власності вітчизняного виробника при здійсненні експорту космічних технологій, у тому числі результатів відповідних науково-дослідних, дослідно-конструкторських та інших видів робіт. Необхідно також створити порядок та відповідні інструкції щодо внесення до змісту зовнішньоекономічних договорів (контрактів) положень про охорону прав інтелектуальної власності експортера або положень, що визначають обсяги і порядок переходу права цієї власності до іншої особи [3, с. 16].

Таким чином, вважаємо, впровадження та реалізація у короткотерміновій перспективі зазначених шляхів удосконалення законодавства України стосовно захисту об'єктів права інтелектуальної власності у сфері космічної діяльності не лише сприятиме гармонізації національного законодавства з нормами міжнародних договорів, а й дозволить спростити процедури набуття прав на «космічні» об'єкти інтелектуальної власності з урахуванням сучасних поглядів і досвіду розгляду відповідних заявок і видачі охоронних документів; зменшить обсяг правопорушень у сфері використання прав на об'єкти інтелектуальної власності, активізує винахідницьку діяльність і створить умови для ефективного використання космічного потенціалу України [6, с. 13].

Використані джерела:

1. *Конституція України // ВВРУ. — 1996. — № 30.*
2. *Закон України «Про космічну діяльність» / Космічне право України. Збірник нац. і міжнар. правових актів / Упоряд.: І. П. Андрушко, О. В. Бєглий; Відп. ред. Н. Р. Малишева та Ю. С. Шемшученко, 3-тє вид., перероб. і допов. — К.: Юрінком Інтер, 2001.*
3. *Концепція космічної діяльності в Україні в 1998-2012 рр. — К.: НКАУ, 1997. — 30 с.*
4. *Розпорядження КМУ від 13.06.2002 року №321-р «Про затвердження Концепції розвитку національної системи правової охорони інтелектуальної власності»*

5. *Біглий О. В. Третя конференція ООН з космосу і проблеми розвитку прав інтелектуальної власності // Інтелектуальна власність. — 2000. — №4.*
6. *Біглий О. В. Закон України «Про космічну діяльність» і витоки національного космічного права // Космічна наука і технологія. — 1996. Т.2. — № 5-6. — С. 13-16.*

Л. В. Бурлак
студентка Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ДО ПИТАННЯ ПРО ВИЗНАЧЕННЯ КРИТЕРІЇВ ІНФОРМАЦІЇ, ЩО НАДАЄТЬСЯ СПОЖИВАЧАМ

Відповідно до чинного законодавства споживач наділений цілим арсеналом прав, що входять до його цивільно-правового статусу. Одним із таких прав є, передбачене ст. 15 ЗУ «Про захист прав споживачів» [1], право споживача на інформацію про продукцію. Ч. 1 цієї статті визначає, що споживач має право на одержання необхідної, доступної, достовірної та своєчасної інформації про продукцію, що забезпечує можливість її свідомого і компетентного вибору. Тому нашою метою є розкриття змісту цих понять.

До такої інформації законом висуваються якісні і кількісні вимоги. Доведенню до споживача належить «необхідна інформація». У чинному законодавстві не розкривається зміст цього поняття, і при виникненні спорів варто виходити із звичайних вимог, що висуваються, в першу чергу, звертаючи увагу на інтереси споживача, враховуючи, що інформація покликана забезпечити можливість компетентного, незалежного вибору продукції, можливість використання її за призначенням, попередити про небезпеку, а також про можливість забруднення навколишнього середовища. Тобто в це поняття повинна бути включена інформація, що відповідно до закону є обов’язковою.

Кількість інформації повинна бути достатньою для того, щоб споживач отримав усі необхідні відомості з приводу визначеної продукції. У встановлених нормативно-правовими актами межах, її обсяг визначається виробником. Він може визначатися і споживачем у випадку, якщо виробником не враховано усі особливості продукції. У зв’язку з цим споживач може поставити будь-яке питання, що стосується продукції, а виробник зобов’язаний вжити всіх необхідних заходів для відповіді на них. Таким чином, досягається повнота інформації.

Визначений у законі перелік відомостей, що повинен бути наданий споживачу, слід розглядати як обов’язкову інформацію, що є частиною «необхідної інформації». Інформація повинна бути викладена в доступній за сприйняттям формі. Вона стає доступною, якщо виражена мовою, якою володіють ті, на кого поширюється інформація, та містить лише зрозумілі терміни та характеристики, що є загальновживаними та загальновідомими. Інформація є достовірною, коли вона відповідає істинному стану речей. Недостовірна інформація з часом може призвести до неправильного розуміння або прийняття неправильних рішень. Достовірна інформація з часом може стати недостовірною, так як володіє якістю старіння, тобто перестає відображати істинний стан речей.

Своєчасно отримана інформація, що відповідає переліченим вище вимогам, може принести очікувану користь та позитивний результат у вигляді прийняття споживачем правильного рішення.

Під час розгляду вимог споживача про відшкодування збитків, завданих недостовірною або неповною інформацією про продукцію чи недобросовісною

рекламою, необхідно виходити з припущення, що у споживача немає спеціальних знань про властивості та характеристики продукції, яку він придбаває (презумпція непрофесійності споживача).

Правовідносини за участю споживача виникають на підставі різноманітних юридичних фактів. Процес реалізації правового статусу споживача починається вже з моменту, коли він виявляє намір придбати товар або безпосередньо робить це, укладаючи цивільно-правовий договір, вступаючи в цивільно-правові відносини. У зв'язку з чим, становить науковий інтерес аналіз особливостей юридичних фактів щодо реалізації правового статусу споживача з приводу права на інформацію.

На відміну від приблизного переліку підстав виникнення цивільних прав і обов'язків учасників цивільного обороту, визначених ст. 11 ЦК України [2], значення юридичного факту набуває *вираження* споживачем *наміру* придбати товар, про що йдеться у ст. 1 Закону.

Природа такого юридичного факту та місця у динаміці цивільних відносин не досить досліджена, адже у більшості публікацій він узагалі не аналізується, хоча на практиці є досить розповсюдженою підставою виникнення правовідносин за участю споживача. Таке право споживача як право на інформацію про товар виникає до укладення договору з одного факту вираження споживачем наміру вступити в нього. Це означає, що, звернувшись до продавця з проханням показати товар, розповісти про його властивості, особа уже реалізує свій правовий статус. Відмова продавця задовольнити обґрунтовані вимоги споживача в частині надання інформації є порушенням його прав. Так, непредставлення продавцем інформації про товар визнається необґрунтованим відхиленням торгового підприємства від укладення договору роздрібної купівлі-продажу і тягне за собою обов'язок відшкодувати покупцю завдані цим збитки відповідно до ч. 5 ст. 698 ЦК України. З цієї підстави виникає організаційне правовідношення інформаційного типу, у рамках якого виникають так звані «переддоговірні» права й обов'язки, наприклад, право на інформацію [3, с. 52; 4, с. 277-278].

Питання про те, як розцінювати право на одержання інформації про товар і про продавця (виробника, виконавця), що виникає у споживача незалежно від факту укладення договору лише з одного вираження наміру купити товар, є спірним як у літературі, так і на практиці. Висловлено думку, що таке право і, відповідно, обов'язок підприємця надати таку інформацію виникає з адміністративно-правових відносин підприємця з державою, з державного наказу, тому, факту укладення договору тут не потрібно. За порушення такого наказу настає відповідальність у вигляді адміністративного штрафу [5, с. 10].

Інші вважають, що обов'язок надання інформації, що існує ще до моменту укладення договору, випливає з публічного зокрема, договору роздрібної купівлі-продажу) [6, с. 52]. У такому контексті зобов'язання по інформуванню споживача не є договірним, але не може бути віднесено і до числа позадоговірних зобов'язань, що розуміються традиційно. Його пропонують вважати переддоговірним, таким, що виникає у силу інших дій осіб. При цьому кореспондуюче такому обов'язку підприємця право споживача виникає в момент, коли він виразив намір придбати товар. Такий підхід є обґрунтованим, однак, визначаючи природу цієї дії як вираження наміру, ми вважаємо, що його варто віднести до категорії юридичних вчинків, тобто таких правомірних дій, з якими закон пов'язує визначені юридичні наслідки незалежно від того, чи були такі дії спрямовані на ці наслідки чи ні [7, с. 90-91].

Отже, підсумовуючи вищевикладене, необхідно зазначити, що право споживача на інформацію є особливим «переддоговірним» правом, що виникає у особи при виявленні наміру придбати чи замовити продукцію для особистих потреб. Інформацію про продукцію слід відмежовувати від реклами. Отже, *право споживача на інформацію* можна визначити як *встановлене законодавство і гарантоване державою право на*

одержання необхідної, доступної, достовірної та своєчасної інформації про продукцію та її виробника, що забезпечує особі можливість свідомого і компетентного вибору товару (роботи, послуги).

Використані джерела:

1. *Про захист прав споживачів: Закон України від 12.05.1991 р. у редакції Закону України від 01.12.2005 р. // ВВР. — 2006. — № 7. — Ст. 84.*
2. *Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // ОВУ. — 2003. — № 11. — Ст. 461.*
3. *Советское гражданское право: Гражданское право. Учебник / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М., 1999. — Часть 2.*
4. *Сукач А. А. Преддоговорное информационное правоотношение в сфере розничной купли-продажи // Ученые записки Юридического института Красноярского государственного университета: Вып. 1 / Отв. ред. Т. В. Сахнова. — Красноярск, 2001.*
5. *Артемьев А. Д., Тамаева Т. Н., Морозов Г. Б. Закон «О защите прав потребителей» в системе источников российского права // Материалы 3 Всероссийской конференции «Защита прав потребителей». — Екатеринбург, 2000.*
6. *Гражданское право: Учебник / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М., 1999. — Часть 2.*
7. *Советское гражданское право: Гражданское право. Учебник / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М., 1999. — Часть 2.*

О. О. Валігура

студент відділення підготовки магістрів
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО ЗАКРІПЛЕННЯ ІНВЕСТИЦІЙНОГО ДОГОВОРУ

Поняття та правова природа інвестиційного договору неодноразово були предметом дослідження вітчизняних науковців-юристів, але дані дослідження будувались на основі його теоретичного буття, але не пропонувалась практична схема його закріплення та регулювання в чинному законодавстві України. В результаті цих досліджень виявлена основна відмінність інвестиційного договору від інших цивільно-правових договорів, якою є досягнення кінцевої мети, а саме — здійснення інвестицій. Інвестиційний договір (контракт) — це угода двох або більше учасників інвестиційної діяльності, змістом якої є взаємні права та обов'язки, спрямовані на реалізацію іноземних інвестицій з метою одержання прибутку або досягнення іншого соціального ефекту.

На інвестиційні договори поширюються норми Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) [1], положення Господарського кодексу України (далі — ГК України) [2], Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» [3], а також Закону України «Про режим іноземного інвестування» [4], але і цей маленький перелік нормативно — правової бази України не визначає понятійний зміст інвестиційного договору, а тільки обумовлює можливість існування інвестиційної діяльності і тим самим умовно передбачає існування і інвестиційного договору.

Новизна даної теми полягає в тому, що в українській правовій науці в останні роки майже не було проведено комплексне дослідження основних теоретичних та практичних проблем регулювання інвестиційних договорів. Тому досліджуючи дану проблему, ми будемо намагатися отримати результати, які можуть теоретично та практично вплинути на розвиток чинного законодавства України в сфері регулювання інвестиційної діяльності.

Специфіка предмета інвестиційного договору полягає в тому, що він містить у собі два роди об'єктів інвестиційних відносин: матеріальний — інвестиція у визначеному виді та кількості (обсяг майна, робіт чи послуг тощо) і юридичний — дії, спрямовані на здійснення інвестування у відповідній формі (створення підприємства, придбання корпоративних прав, спільна діяльність тощо). Юридичний об'єкт буде завжди залежати від конкретного виду інвестиційного договору.

У зв'язку з тим, що сьогодні відсутнє законодавче визначення інвестиційного договору, виникають складності пов'язані з його укладанням, виконанням і головне захистом порушених прав та інтересів сторін.

На даний час ст. 54 Угоди про партнерство та співробітництво між Європейськими співтовариствами і Україною, від 14 червня 1994 р. (ратифіковано Законом України від 10 листопада 1994 р.) передбачено заохочення та захист інвестицій [5]. В зв'язку з цим ми можемо прослідкувати, що законодавство України спрямоване на адаптацію до стандартів законодавства Європейського Союзу, а саме: встановлення сприятливого клімату для інвестицій, як внутрішніх, так і іноземних, руху капіталу та обміну інформацією про можливості щодо інвестицій.

Основними цілями цього співробітництва, зокрема, є:

- Укладення між державами-членами і Україною, за необхідністю, угод про заохочення і захист інвестицій;
- Укладення між державами-членами і Україною, за необхідністю, угод про уникнення подвійного оподаткування;
- Створення сприятливих умов з метою залучення іноземних інвестицій в економіку України;
- Формування стабільної і незалежної законодавчої бази й умов в галузі підприємницької діяльності, а також обмін інформацією про закони, положення та адміністративну практику в галузі інвестицій;
- Обмін інформацією про можливості інвестування, зокрема під час проведення торгових ярмарків, виставок, торгових тижнів та інших заходів.

Аналізуючи дані цілі, можемо побачити одним із пріоритетів адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу є розроблення та укладання інвестиційних угод, які б передбачали не тільки заохочення та захист інвестицій, а й встановлювали чітке регулювання інвестиційної діяльності, могли визначати істотні умови домовленостей в інвестиційній сфері, розвивали підприємницьку діяльність та створювали закону та стабільну практику в галузі інвестицій.

Вивчаючи чинне законодавство України, її законні та підзаконні акти, де б хоча б згадувалось про інвестиційний договір, можна побачити, що майже 97% усіх можливих норм, які б пояснювали або ж роз'яснювали саму суть інвестиційного договору, віднесенні до житлового будівництва і по силі правової захищеності функціонують на рівні розпоряджень органів державної влади, положень різного роду відомств та законопроектів, які навіть не пройшли перше читання у Верховній Раді України і ні в якому разі не базуються на законі або хоча б на указі чи постанові президента України чи Кабінету Міністрів України.

Але дивлячись на практичний бік цієї проблеми, можна побачити безліч справ загальних та спеціалізованих судів України, де розглядались справи, предметами яких виступали інвестиційні договори і суть спору стосувалась, як визнання інвестиційного договору дійсним так і розірвання інвестиційного договору. Виникає питання, яким чином суд вирішував дані спори, що на їх розсуд є інвестиційний договір, які його істотні умови, чим регулюється його сутність, яким нормативно — правовим актом? Аналогія права і закону — є відповіддю на дане питання.

Тому, нагальною проблемою в даний час є прийняття законодавчої бази, яка б закріпила понятійний зміст інвестиційного договору або хоча б віднесла його до норм

вже існуючого законодавства: Цивільного кодексу України або Господарського кодексу України.

Підсумовуючи все вищевикладене, ми б хотіли дати бачення поняття інвестиційного договору. Інвестиційний договір — це договір, хоча б однією стороною якого є інвестор (юридична, фізична особа або держава), що регулює відносини з приводу ризикового і довгострокового вкладення майна, майнових прав та інших цінностей, що мають ринкову вартість в обраний об'єкт підприємницької діяльності з метою одержання прибутку (доходу) від реалізації (використання) цих цінностей або досягнення іншого соціального ефекту.

Використані джерела:

1. Цивільний кодекс України: Кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV // Відомості Верховної Ради. — 2003. — № 38. — Ст. 356.

2. Господарський кодекс України: Кодекс України від 16.01.2003 № 436-IV // Відомості Верховної Ради. — 2003. — № 18, № 19-20, № 21-22. — Ст. 144.

3. Про зовнішньоекономічну діяльність: Закон України від 16.04.1991 № 959-XII // Відомості Верховної Ради. — 1991. — № 29. — Ст. 377.

4. Про режим іноземного інвестування: Закон України від 19 березня 1996 р. // Відомості Верховної Ради. — 1996. — № 19. — Ст. 80.

5. Угода про партнерство та співробітництво між Європейськими співтовариствами і Україною від 14 червня 1994 р. (ратифіковано Законом України від 10 листопада 1994 р. № 237/94-ВР) // ОВУ. — 1994. — № 26. — С. 9.

А. В. Волошина

студентка Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ОСОБЛИВОСТІ ДОПИТУ СВІДКА В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Засобами доказування обставин, що є підставами вимог та заперечень сторін цивільного процесу, серед іншого можуть слугувати письмові та речові докази, зокрема звуко- і відеозаписи, висновки експертів. Однак, в деяких випадках, найбільш дієвим доказом є показання свідків.

Відповідно до ст. 50 ЦПК України свідком може бути кожна особа, якій відомі будь-які обставини, що стосуються справи[1]. Для виконання функцій свідка необхідно, щоб особа була здатна за своїм фізичним та психічним розвитком (станом) правильно сприймати обставини, які мають істотне значення для справи, або давати про них правильні показання[2]. Відповідно, якщо фізична особа є недієздатною, а також, якщо особа перебуває на обліку чи на лікуванні у психіатричному закладі і не здатна через свої фізичні чи психічні вади правильно сприймати обставини, що мають значення для справи, або давати показання, то вона не підлягає допиту як свідок. Свідками також не можуть бути згідно ст. 51 ЦПК України особи, які за законом зобов'язані зберігати в таємниці відомості, що були довірені їм у зв'язку з їхнім професійним чи службовим становищем.[3]

Згідно з ст. 50 ЦПК України викликаний свідок зобов'язаний з'явитися до суду у визначений час і дати правдиві показання про відомі йому обставини. Виклик свідка в суд може бути здійснений телеграмою, факсом чи за допомогою інших засобів зв'язку,

---

[1] *Диба І.* Свідок в цивільному процесі // Юридичний вісник України. — 2005. — № 43.

[2] *Штефан М. Й.* Цивільний процес: Підручник. — 2-ге вид., перероб. та доп. — К.: Ін Юре, 2001. — 696 с.

[3] Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. // ОВУ. — 2004. — № 16. — Ст. 1088.

які забезпечують фіксацію повідомлення або виклику. Якщо свідок не буде виявлений за адресою, повідомленою суду, виклик можливо здійснити судовою повісткою за місцем роботи свідка. У разі, якщо свідок не має можливості з'явитися до суду у визначений час, він повинен завчасно повідомити про це суд. Причому, цей обов'язок щодо повідомлення покладений саме на свідка, а не на сторону у справі. При заявленні клопотання про виклик свідка необхідно назвати обставини, які може підтвердити даний свідок, окрім того, у заяві про виклик свідка зазначаються його ім'я, місце проживання (перебування) або місце роботи. Належним чином викликаний свідок, який без поважних причин не з'явився в судове засідання або не повідомив про причини неявки, може бути підданий приводу через органи внутрішніх справ з відшкодуванням у дохід держави витрат на його здійснення[1].

ЦПК України передбачає порядок допиту свідків. Такий порядок регламентується ст. 180 ЦПК України. Кожний свідок допитується окремо. Свідки, які ще не дали показань, не можуть перебувати в залі судового засідання під час розгляду справи. Перед допитом свідка головуючий встановлює його особу, вік, рід занять, місце проживання і стосунки із сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі, це робиться для того щоб на об'єктивність і повноту показань свідків про відомі їм обставини справи не впливали існуючі неправові зв'язки свідка і сторін. Далі суд роз'яснює його права і з'ясовує, чи не відмовляється свідок із встановлених законом підстав від давання показань. У разі, якщо свідок має законні підстави відмовитися від дачі показань, суд приймає дану відмову шляхом постановлення ухвали. [2]

Ст. 63 Конституції України передбачено, що особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначено законом.[3] Саме ст. 52 ЦПК України членами сім'ї та близькими родичами визначає: чоловіка, дружину, батька, мати, вітчима, мачуху, сина, дочку, пасинка, падчерку, брата, сестру, діда, бабу, внука, внучку, усиновлювача чи усиновленого, опікуна чи піклувальника, особу, над якою встановлено опіку чи піклування, члена сім'ї або близького родича цих осіб. Особа, яка відмовляється давати показання, зобов'язана повідомити причини відмови.

Новий ЦПК України містить новелу про те, що окрім повідомлення про кримінальну відповідальність за дачу завідомо неправдивих показань і відмову від давання показань, свідок має бути приведений до присяги. Текст присяги складається зі слів «Я, (ім'я, по батькові, прізвище), присягаю говорити правду, нічого не приховуючи і не спотворюючи». Даний текст зачитується вголос безпосередньо свідком та підписується ним. Підписаний свідком текст присяги та розписка приєднуються до справи. Однак, якщо судом перед початком допиту свідка буде встановлено, що існують перешкоди для його допиту, то такий свідок до присяги не приводиться, а суд виносить ухвалу про відмову від дачі показань свідком.

Допит свідка розпочинається з пропозиції суду розповісти все, що йому особисто відомо у справі[4].

За загальним правилом, свідків допитують усно, за винятком випадків, коли показання пов'язані з будь-якими обчисленнями та іншими даними, які важко зберегти в пам'яті. В такому випадку даючи показання, свідок може користуватися записами, які потім подаються судові та особам, які беруть участь у справі, і можуть бути приєднані до справи ухвалою суду. Свідкові надається право давати показання рідною мовою або мовою, якою він володіє.

Питання ставляться свідкові в такому порядку: першою — особа, за заявою якої викликано свідка, а потім інші особи, які беруть участь у справі. Суд ставить питання

---

[1] *Диба І.* Свідок в цивільному процесі // Юридичний вісник України. — 2005. — № 43.
[2] Цивільний процес: Навч. посібник / За ред. Ю. В. Білоусова. — К.: Прецедент, 2005.
[3] Конституція України від 28.06.1996 р. // ВВР. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
[4] *Диба І.* Свідок в цивільному процесі // Юридичний вісник України. — 2005. — № 43.

після закінчення допиту осіб, які беруть участь у справі, але він має право в будь-який момент допиту з'ясовувати суть відповіді свідка на запитання осіб, які беруть участь у справі. Запитання свідкам може ставитись і під час дослідження інших доказів. Якщо питання, поставлені свідку, за змістом ображають честь, гідність особи, є навідними або не стосуються предмета розгляду, головуючий має право знімати їх за заявою осіб, які беруть участь у справі. Свідок може бути допитаний повторно в тому самому або наступному засіданні за його заявою або заявою сторін чи інших осіб, які беруть участь у справі, чи з ініціативи суду. Свідки також можуть бути допитані одночасно (очна ставка) для з'ясування причин розбіжностей[1]. Обставини, щодо яких дає показання свідок, повинні бути відомі йому особисто. У разі, якщо свідку відомі певні факти з певних джерел, то варто ставити запитання, з яких саме джерел свідок брав дану інформацію, оскільки показання свідка, який не може назвати джерела своєї обізнаності щодо певної обставини, не мають доказової сили.

Кожний допитаний свідок має залишатися в залі судового засідання до закінчення розгляду справи. Суд може дозволити допитаним свідкам залишити залу засідання суду до закінчення розгляду справи за згодою всіх сторін. За наявності заперечення однієї із сторін, свідок не може залишити залу судового засідання. Все це викликано необхідністю уникнення спотворення показань свідків, оскільки знаючи окрім суті спору пояснення сторін, вислухавши їх запитання та пояснення, показання інших свідків, свідок може сформулювати свої показання таким чином, щоб позиція тієї сторони, яка викликала цього свідка, підтвердилась би за допомогою його показань. Саме з цією ж метою сформульовано положення про те, що вже допитані і ще не допитані свідки не повинні спілкуватися між собою.

Кожний допитаний свідок має залишатися в залі судового засідання до закінчення розгляду справи. Суд може дозволити допитаним свідкам залишити залу засідання суду до закінчення розгляду справи за згодою всіх сторін. За наявності заперечення однієї із сторін, свідок не може залишити залу судового засідання. Все це викликано необхідністю уникнення спотворення показань свідків, оскільки знаючи окрім суті спору пояснення сторін, вислухавши їх запитання та пояснення, показання інших свідків, свідок може сформулювати свої показання таким чином, щоб позиція тієї сторони, яка викликала цього свідка, підтвердилась би за допомогою його показань. Саме з цією ж метою сформульовано положення про те, що вже допитані і ще не допитані свідки не повинні спілкуватися між собою.

Свідкам, які не досягли шістнадцятирічного віку, головуючий роз'яснює обов'язок про необхідність дати правдиві показання, не попереджуючи про відповідальність за відмову від давання показань і за дачу завідомо неправдивих показань, а також не приводить до присяги.

Педагог, батьки, усиновлювачі, опікуни, піклувальники, при яких проводиться допит неповнолітнього свідка, можуть з дозволу суду ставити свідкові запитання, а також висловлювати свою думку стосовно особи свідка, змісту його показань.

У виняткових випадках, коли це необхідно для об'єктивного з'ясування обставин справи, на час допиту осіб, які не досягли вісімнадцятирічного віку, із зали судового засідання за ухвалою суду може бути видалена та чи інша особа, яка бере участь у справі. Після повернення цієї особи до зали судового засідання головуючий повідомляє її про показання цього свідка і надає можливість задати йому питання.

На свідка, що не досяг шістнадцятирічного віку, не поширюються правила стосовно неможливості залишення зали судового засідання до закінчення розгляду. Лише в окремих випадках, коли суд визнає необхідною присутність цього свідка в залі судового засідання, йому забороняється залишати зал судового засідання[2].

---

[1] Цивільний процес: Навч. посібник / За ред. Ю. В. Білоусова.— К.: Прецедент, 2005.

[2] *Диба І.* Свідок в цивільному процесі // Юридичний вісник України. — 2005. — № 43.

Ст. 184 ЦПК України передбачається, якщо сторона, третя особа, їх представники заявляють, що факти, які мають значення для справи, їм відомі особисто, вони за їх згодою можуть бути допитані як свідки.

Підсумовуючи усе вищевикладене необхідно зазначити, що допит свідків є складним і відповідальним процесом. Адже саме завдяки їх свідченням суд може здійснити повний і всебічний розгляд справи по суті. На нашу думку, новели, введені в ЦПК України, є позитивним кроком у розвитку науки цивільного процесуального права.

А. А. Ворончук
студент Белорусского государственного университета,
Минск, Республика Беларусь

АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО СТАТУСА ГОСУДАРСТВЕННЫХ ОБЪЕДИНЕНИЙ

В настоящее время в гражданском законодательстве Республики Беларусь актуальными являются вопросы, связанные с образованием и деятельностью государственных объединений. Гражданский кодекс Республики Беларусь 1998 г. (далее — ГК Республики Беларусь) в первоначальном виде не предусматривал такого вида юридических лиц, как государственные объединения. В соответствии со ст. 1141 ГК Республики Беларусь, государственные объединения рассматривались как временное явление. Однако возникали новые объединения государственных предприятий, учреждений и организаций, которые практически выпадали из сферы гражданско-правового регулирования.

Ситуация изменилась с принятием Закона Республики Беларусь от 20 июля 2006 года № 160-З «О внесении изменений и дополнений в Гражданский кодекс Республики Беларусь», который дополнил главу 4 ГК параграфом 6 «Государственные объединения». Таким образом, государственные объединения закрепились в законодательстве как один из постоянных видов юридических лиц.

Изменения затронули само понятие государственного объединения. Если ранее под государственным объединением понималось объединение государственных предприятий, учреждений и организаций (что вытекало из ст. 1141 ГК Республики Беларусь), то в настоящее время в соответствии со ст. 123-1 ГК Республики Беларусь государственным объединением признается объединение государственных юридических лиц, государственных и иных юридических лиц, а также государственных и иных юридических лиц и индивидуальных предпринимателей [1, ст. 123-1, ст. 1141]. Полагаю, что таким широким определением размывается действительная природа государственных объединений.

При создании государственных объединений, субъектами которого будут являться негосударственные юридические лица и индивидуальные предприниматели, в основе непременно должны лежать принципы равноправия и сотрудничества. Предприятия частной формы собственности могут войти в состав государственного объединения добровольно, приняв решение в установленном порядке (например, решением общего собрания участников хозяйственного общества). В том случае, если одним из субъектов планируемого государственного объединения будет являться акционерное хозяйственное общество с контрольным пакетом акций, находящихся у государства, то, соответственно, для принятия решения о вхождении данного общества в государственное объединение будет достаточно воли государства. К тому же не стоит

забывать о возможности применения особого права государства, предусмотренного Указом Президента Республики Беларусь от 1 марта 2004 г. № 125 — речь идет о так называемой «золотой акции». Реализовав данное право, государство может определить необходимое решение о вхождении данного хозяйственного общества в состав государственного объединения. Причем особо стоит отметить, что «золотая акция» как особое право государства может быть применено даже в том случае, если в уставном фонде хозяйственного общества на дату принятия соответствующего решения отсутствует доля государства (важно при этом, чтобы соблюдались положения п.п. 1.1-1.2 вышеназванного Указа № 125, определяющие круг хозяйственных обществ, в которых может быть применено данное право) [3, п. 3].

Однако при соблюдении соответствующей процедуры все равно приходится столкнуться с определенным противоречием. Исходя из п. 2 ст. 123-1 ГК Республики Беларусь, государственное объединение создается в целях общего руководства, общего управления деятельностью, ее координации. То есть, несмотря на юридическое равноправие, в государственном объединении будет присутствовать фактически властный и координирующий элемент.

По общему правилу, государственные объединения являются некоммерческими организациями (хотя на практике ситуация обратная). Внешне данная конструкция выглядит противоречивой: некоммерческое государственное производственное объединение состоит из субъектов, в отдельности являющихся коммерческими юридическими лицами. Причем в соответствующих уставах сказано, что данные производственные объединения вправе заниматься предпринимательской деятельностью в целях реализации задач, которые стоят перед ними. Представляется, что создание государственных производственных объединений в виде некоммерческих организаций является нецелесообразным.

В соответствии со ст. 123-3 ГК Республики Беларусь имущество государственного объединения находится в государственной собственности и принадлежит ему на праве хозяйственного ведения либо на праве оперативного управления (в зависимости от решения соответствующего государственного органа (должностного лица), принявшего решение о создании государственного объединения). В условиях современной экономики, полагаю, более эффективным и действенным для государственных объединений будет являться механизм закрепления за ними имущества на праве хозяйственного ведения.

Однако действующая практика идет вразрез с нормами ГК Республики Беларусь. В уставах государственных объединений, подчиняющихся Совету Министров Республики Беларусь (Белбиофарм, Белгоспищепром, Белнефтехим и др.), сказано, что имущество данных концернов закрепляется за ними на правах владения, пользования и распоряжения в пределах, установленных законодательством Республики Беларусь. Де-факто речь идет о праве хозяйственного ведения, однако де-юре мы можем заключить о существовании особого вещного права, не предусмотренного ГК.

В рамках разрешительного порядка государственная регистрация государственных объединений осуществляется регистрирующим органом только после получения надлежащим образом оформленного согласия антимонопольного органа [2, с. 11]. Фактически получается, что создание государственных объединений всегда сопровождается монополизацией товарного рынка. Однако в законодательстве Республики Беларусь не содержится конкретных критериев, в соответствии с которыми образование государственных объединений будет признано антимонопольными органами незаконным.

Полагаю, что альтернативой государственным объединениям в условиях современной рыночной экономики могут послужить холдинги. Однако в силу особенностей белорусской экономики (преобладание государственного сектора) существование холдингов вряд ли будет являться целесообразным. Министерству

экономики и Министерству торговли поручено только к 2009 году разработать рекомендации по созданию холдингов [4, п. 39].

Таким образом, можно констатировать, что деятельность государственных объединений в Республике Беларусь в дальнейшем будем развиваться, что обусловливает необходимость ее регулирования на законодательном уровне.

Использованные источники:

1. Гражданский кодекс Республики Беларусь: с изм. и доп. по состоянию на 3 ноября 2006 г. — 3-е изд., с изм. и доп. — Мн: Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь, 2006. — 656 с.

2. О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции: Закон Республики Беларусь // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2000. № 8. 2/139.

3. Об особом праве («золотой акции») государства на участие в управлении хозяйственными обществами: Указ Президента Республики Беларусь от 1 марта 2004 г. № 125 // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2004. № 37. 1/5374

4. О программе развития внутренней торговли Республики Беларусь на 2006-2010 годы: Постановление Совета Министров Республики Беларусь от 27.07.2006 г. № 941 // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2006. № 5/22667.

Ю. М. Вус

студентка відділення підготовки магістрів
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ОСОБЛИВОСТІ ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ БУДІВЕЛЬНИМИ РОБОТАМИ

Актуальність теми даного дослідження зумовлена, насамперед тим, що забезпечення права на відшкодування шкоду, відображає загальну тенденцію посилення захисту прав приватної особи, яка має місце в Україні в останні десятиліття. Норми Конституції, спрямовані на захист здоров'я, покликані забезпечити нормальну життєдіяльність людини, забезпечити її фізичне та психічне благополуччя. Вітчизняне цивільне законодавство тривалий час не містило норм, які передбачали би правила відшкодування шкоди, завданої при вчиненні будівельних робіт третім особам. Такий стан речей створював значні труднощі при захисті прав і свобод громадян, що, у свою чергу, нерідко тягло порушення цивільних прав та інтересів останніх. Із прийняттям 16 січня 2003 року Цивільного кодексу України, більш деталізовано врегулювання відносин із відшкодування шкоди, зокрема завданої джерелом підвищеної небезпеки. Однак законодавець залишає поза увагою питання відшкодування шкоди, завданої будівельними роботами.

Законодавець встановлює лише орієнтовний перелік видів джерел підвищеної небезпеки, до яких відносить діяльність, пов'язану з використанням, зберігання 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, яка створює підвищену небезпеку для особи, що цю діяльність здійснює, та інших осіб (ст. 1187 Цивільного кодексу України). На практиці вирішення питання про віднесення чи ні певної діяльності до джерела підвищеної небезпеки вирішується шляхом встановлення її трьох ознак: а) неможливість повного контролю з боку людини; б)

наявність шкідливих властивостей джерела підвищеної небезпеки; в) велика ймовірність завдання випадкової шкоди.

На нашу думку будівельну діяльність слід віднести до джерел підвищеної небезпеки як таку, яка пов'язана із використанням, зберігання або утриманням транспортних засобів, механізмів та обладнання, а також, якій властиві неможливість повного контролю з боку людини, наявність шкідливих властивостей джерела підвищеної небезпеки, велика ймовірність завдання випадкової шкоди. Так, під будівельними роботами розуміються роботи по спорудженню, ремонту та реконструкції будинків і будівель, а також розбирання і пересування раніше побудованих об'єктів, зокрема: загальнобудівельні (земляні, кам'яні, опоряджувальні, монтаж будівельних конструкцій та інші), спеціальні (монтаж систем водопостачання, технологічного устаткування) і допоміжні (навантажувально-розвантажувальні, заготівельні і транспортні, які пов'язані з будівництвом об'єктів і виконуються в його межах). Саме будівництво, де застосовуються механізми відноситься до джерела підвищеної небезпеки. Будівельники повинні дотримуватися будівельних норм і правил (БН і П), які мають метою забезпечити безпеку при спорудженні, ремонті, реконструюванні всіляких будівель. При цьому безпека передбачається як для учасників будівельних робіт (мулярів, штукатурів, водіїв), так і для осіб, що користуються спорудженими будівлями (мешканці житлових будинків, осіб, що користуються мостами та естакадами, персоналу установ та ін.). Порушення правил експлуатації будівельних механізмів створює небезпеку для працівників будівництва і, навіть, для сторонніх осіб, що знаходяться в сфері дії цих механізмів (бетонозмішувалок, кранів, транспортерів тощо), які широко використовуються у будівництві. Наприклад, вантажний кран може впасти на споруду, що знаходиться поблизу будівництва [1, с. 673-674].

Проаналізувавши норми Цивільного кодексу України можна зробити висновок про складність визначення суб'єкта відповідальності за шкоду, завдану будівельними роботами третім особам. Так, відповідно до ч. 2 ст. 1172 Цивільного кодексу України замовник відшкодовує шкоду, завдану іншій особі підрядником, якщо він діяв за завданням замовника. Однак, зміст даної норми є загальним правилом відшкодування юридичною або фізичною особою шкоди, завданої їхнім працівником чи іншою особою. Тому ми вважаємо, що у разі завдання шкоди будівельними роботами, не дивлячись на договірні відносини між замовником та підрядником, слід керуватися ст. 1187 ЦК України, так як дані роботи відносять до діяльності джерела підвищеної небезпеки.

В юридичній літературі склалися наступні погляди щодо визначення суб'єкта відповідальності за шкоду, завдану на будівництві. Так, Д. Марголін розмежовує відповідальність замовника та підрядника за шкоду завдану на будівельних роботах. Замовник не втручається в керівництво технологічним процесом і не здійснює нагляд за дотриманням підрядчиком правил техніки безпеки (ч. 1 ст. 849 ЦК України). Як правило, він не несе відповідальності за шкоду, завдану в процесі будівництва. Замовник відповідає тільки у випадках завдання шкоди при виконанні підрядником невеликих за об'ємом робіт, які здійснюються під його безпосереднім наглядом, чи виконуються періодично, чи в діючих цехах або на підприємстві. Як розмежувати відповідальність генеральних підрядників і субпідрядників? Генеральний підрядник не звільняється від турботи про дотримання правил безпеки на будівельних площадках і в тих випадках, коли окремі роботи здійснюють субпідрядні організації. Якщо навіть нещасний випадок мав місце на ділянці, відведеній субпідряднику, чи на його роботах, то внаслідок нездійснення генеральним підрядником необхідних мір безпеки загального характеру або недотримання ним правил виконання робіт, генеральний підрядчик повинен нести відповідальність за завдання шкоди незалежно від того, потерпілий є його робітником чи робітником спеціалізованої організації. Але

генеральний підрядник не перевіряє рівень знань у підпорядкованій йому спеціалізованій організації, а також справність механізмів, що використовуються на будівельних роботах іншими господарськими органами. Тому генеральний підрядник відповідає за шкоду, завдану іншим особам (в тому числі і робітниками спеціалізованих організацій) і при відсутності його вини. Наведене правило не застосовується до випадків завдання шкоди за наявності вини підрядника [3, с. 66-67] .

Підтримує позицію Д. Марголіна й К. А. Флейшиц щодо відповідальності підрядника за завдану шкоду на будівництві і можливості спільної відповідальності його та замовника. На її думку, це повинна бути солідарна відповідальність цих осіб [4, с. 52].

На нашу думку з цією позицією слід погодитися, оскільки вона ґрунтується на загальних принципах цивільного законодавства. При цьому, генеральний підрядник несе відповідальність, якщо не доведе, що шкоди було завдано внаслідок непереборної сили або умислу потерпілого.

Використані джерела:

1. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / Відп. ред. Я. Ю. Кондратьєв, С. С. Яценко. — К. — 1994. — 799 с.

2. Марголин Д. Ответственность за причинение вреда на строительных работах // Социалистическая законность. — 1959. — № 9. — С. 66-67.

3. Флейшиц Е. А. Обязательства из причинения вреда из неосновательного обогащения. — М.: Госюриздат, 1951. — 239 с.

К. В. Габельчук

студентка Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ДОГОВОРИ ІГОР І ПАРІ: ПРОПОЗИЦІЇ ЩОДО ЇХ ЗАКОНОДАВЧОГО ЗАКРІПЛЕННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ КОДЕКСІ УКРАЇНИ

Як відомо, виникнення нових суспільних відносин в ряді випадків потребує законодавчого регулювання, з тим щоб ввести їх в правове поле, перетворивши цим самим у правовідносини. Такою новою сферою суспільних відносин в наш час став гральний бізнес, який продовжує розвиватись досить швидкими темпами. Проте досі немає жодного ґрунтовного нормативно-правового акта, який би належним чином врегулював ігри і парі (їх правове регулювання обмежується комплексними законами, що стосуються ліцензування, патентування окремих видів діяльності, оподаткування прибутку підприємств, а також декількома актами, що закріплюють порядок проведення державних лотерей). Це призводить до значних зловживань і навіть певного свавілля з боку організаторів ігор і парі, а також до незахищеності гравців, які через відсутність законодавчого закріплення своїх прав потерпають від їх незнання і неможливості їх відстоювання. На нашу думку, починати правове регулювання в цій сфері слід із внесення відповідної глави «Ігри і парі» до Цивільного кодексу України, яка б містила загальні положення про договори ігор і парі, як один з видів договірних зобов'язань з надання послуг, визначаючи цим самим їх суть та правову природу. Власне таку главу ми і пропонуємо в нашій роботі.

Ми вважаємо за доцільне розмістити дану главу у І підрозділі (договірні зобов'язання) розділу ІІІ (окремі види зобов'язань) ЦК України, серед глав про надання послуг, адже таким чином ми поширюємо на договори ігор і парі дію положень про захист слабкої сторони у договірних правовідносинах (в даному випадку гравця —

споживача даних послуг), що характерні для публічних договорів і договорів приєднання.

В запропонованій нами главі ми наводимо визначення договорів ігор і парі, вказуємо на предмет, форму, істотні умови, строки, сторони договорів, закріплюємо підстави надання судового захисту за даними договорами, даємо поняття окремих видів цих договорів, визначаємо правовий титул, на якому організаторам ігор і парі належить призовий фонд, встановлюємо особливості правової природи лотерейного білета.

Внесення даної глави в ЦК України забезпечило б можливість системної розробки на її основі законодавства про ігри і парі, підвищило б статусу азартних ігор як легалізованих на рівні кодексу договірних правовідносин. Законодавче визначення природи договорів ігор і парі сприятиме однаковому їх розумінню всіма суб'єктами, що діють в даній сфері.

Отже, наводимо зміст обговорюваної глави:

«Глава 70^1. Ігри і парі

Стаття 1045^1. Договори ігор і парі

1. Договорами ігор і парі є засновані на ризику договори, за якими одна сторона (організатор) зобов'язується провести гру чи парі та безоплатно передати у власність виграш другій стороні (учаснику, гравцю) в разі її перемоги, яка визначається випадком.

Для цілей даної статті ризик — це усвідомлення учасником можливості програшу в іграх і парі, а також визначення конкретного розміру виграшу залежно від результатів розігрування.

2. До договорів ігор і парі належать:

1) договір гри в казино і на гральних автоматах;

2) договір парі;

3) договір лотереї.

3. Договори ігор і парі є публічними і є договорами приєднання.

4. Вимоги сторін з даних договорів не підлягають судовому захисту, за винятком випадків, коли особа прийняла участь в іграх чи парі під впливом обману, насилля, погрози або зловмисної домовленості її представника з організатором таких ігор чи парі або ж, якщо договір укладений щодо ліцензованих ігор чи парі.

Стаття 1045^2. Предмет договорів ігор і парі

1. Предметом договорів ігор і парі є виграш в грошовій чи натуральній формі.

Стаття 1045^3. Форма договорів ігор і парі

1. Договори ігор і парі укладаються в усній формі.

2. Про укладення договорів ігор і парі свідчать білети, квитанції чи інші документи, що видаються гравцю.

Стаття 1045^4. Сторони договорів ігор і парі

1. Організаторами ігор і парі є юридичні особи, що отримали ліцезію на здійснення даного виду діяльності (казино, букмекерські контори, організатори лотерей).

2. Учасниками (гравцями) ігор і парі є дієздатні фізичні особи, що досягли 18 років, за винятком учасників лотереї, якими можуть бути особи у віці 16 років.

Стаття 1045^5. Істотні умови договорів ігор і парі

1. Істотними умовами договорів ігор і парі є строк проведення ігор і парі, порядок визначення переможця і розміру виграшу.

Стаття 1045^6. Строк договорів ігор і парі

1. Строк договору визначається часом проведення ігор і парі.

2. Моментом укладення договору є момент внесення ставки гравцем.

Стаття 1045[7]. Права і обов'язки організатора

1. Організатор ігор і парі зобов'язаний прийняти ставки від учасників, сформувати з них призовий фонд, провести розігрування, підвести його підсумки, визначивши переможця, оприлюднити результати, передати виграш переможцю.

2. Організатор ігор і парі наділений правом встановлювати умови договору і правом на перехід права власності на ставки учасників, що програли, а також на виграш у випадку не звернення за ним переможця.

3. Організатор лотереї має право на використання імені переможця для оголошення його як такого.

Стаття 1045[8]. Обов'язок учасника (гравця) дотримуватись правил розігрування

1. Учасник ігор і парі зобов'язаний дотримуватись встановлених організатором правил розігрування.

Стаття 1045[9]. Призовий фонд

1. З моменту прийняття ставок і до завершення розігрування призовий фонд належить організатору ігор і парі на праві довірчої власності.

Стаття 1045[10]. Договір гри в казино і на гральних автоматах

1. За договором гри в казино і на гральних автоматах організатор зобов'язується провести в межах конкретного приміщення (ігрового залу) циліндричні ігри, ігри в карти, кості, на гральних автоматах чи інші азартні ігри та передати виграш переможцю, який вніс ставку на виграшне число, комбінацію чисел, чи переміг у розігруванні.

2. Ставки за договором гри в казино чи на гральному автоматі здійснюються лише через замінники гривні — жетони.

Стаття 1045[11]. Договір парі

1. За договором парі учасники ведуть спір щодо невідомого результату події, яка відбудеться в майбутньому, і організатор зобов'язується передати виграш учаснику-переможцю, прогноз якого виявився вірним.

2. Учасниками парі залежно від його виду можуть бути:

1) лише гравці, які внесли ставки на певний результат події, — у випадку гри на тоталізаторі;

2) гравці і організатор парі — у випадку гри в букмекерському парі.

Стаття 1045[12]. Договір лотереї

1. За договором лотереї організатор зобов'язується провести масове розігрування призового фонду, сформованого учасниками лотереї шляхом купівлі лотерейних білетів, і передати виграш переможцю розіграшу, який поставив на виграшну комбінацію чисел чи придбав виграшний білет.

Стаття 1045[13]. Лотерейний білет

1. Реквізитами лотерейного білета є його розмір, колір, символіка, нумерація тощо.

2. Виграшний лотерейний білет після розіграшу стає цінним папером, що посвідчує право вимоги його володільця до організатора лотереї.

Стаття 1045[14]. Припинення договорів ігор і парі

1. Договори ігор і парі припиняються двома шляхами:

1) завершенням розігрування, якщо гравець програв;

2) виконанням організатором ігор і парі обов'язку по передачі виграшу, якщо гравець переміг.

Р. О. Гаврік
аспірант Хмельницький університет управління та права,
Хмельницький, Україна

ДО ПИТАННЯ ПРО СУТНІСТЬ ЗАКОННОЇ СИЛИ РІШЕННЯ СУДУ

Удосконалення цивільного процесуального законодавства, забезпечення розуміння дійсної сутності нових понять та категорій, вперше визначених у Цивільному процесуальному кодексі України 2004 року є неможливим без дослідження правової доктрини, джерел цивільного процесу країн Європи та ближнього зарубіжжя. Одним із мало досліджених на даний час питань є сутність законної сили судового рішення, тим більше поняття законної сили у новому Цивільному процесуальному кодексі, як і у попередньому, не визначається, а позиція вчених-процесуалістів щодо цього питання є суперечливими.

Визначення поняття «законна сила судового рішення» в цивільному процесуальному законодавстві країн Європи як правило відсутня і акцент робиться на наслідках набрання рішенням законної сили. Це можна побачити проаналізувавши положення, наприклад, Цивільного процесуального закону Латвійської республіки, Цивільного процесуального кодексу (далі — ЦПК) Естонії, ЦПК Російської Федерації, ЦПК Республіки Білорусь, ЦПК Грузії.

Дослідивши наукові праці з питань законної сили рішення суду, поняття законної сили можна умовно звести до кількох визначень (підходів):

1. Законна сила рішення суду як правова дія індивідуального правового акта, прийнятого судом. Даний підхід, представлений М. Авдюковим [1, 5], О. В. Шиманович [2, 99] та спочатку його притримувався М. Гурвіч [3, 413]. Відповідно до цього підходу законна сила рішення суду розуміється як правова дія рішення суду як індивідуального правового акта, що прийнятий судом. При цьому ця правова дія пов'язувалася із остаточним встановленням обставин та фактів, і як наслідок, неможливістю його оскарження або перегляду (М. Авдюков, О. В. Шиманович), неможливістю пред'явлення тотожного позову О. В. Шиманович); можливістю його примусового виконання (М. Авдюков); або із рядом процесуальних та матеріальних наслідків такої дії, в тому числі і вище зазначені (М. Гурвіч).

2. Законна сила рішення суду як особлива якість рішення суду, набуття якої означає набуття ним ознак акта правосуддя як особливого індивідуального правового акта. Представниками цього підходу є більшість українських науковців, які взяли за основу дослідження М. Й. Штефана [4, 368]. Такими є наприклад І. О. Безлюдько [5, 264], Ю. В. Білоусов [6, 182], Я. П. Зейкан [7, 330], В. І. Тертишніков [8, 233], С. І. Чорнооченко [9, 176].

3. Законна сила як сукупність ознак рішення суду як акту правосуддя; Цього підходу притримуються В. А. Мусін [10, 300] та Н. І. Громов [11, 37].

4. Ототожнення законної сили та незмінності рішення суду характерне для останніх робіт М. Гурвіча, який розмежовує поняття «правова дія» та «законна сила», вважаючи, що в зміст останньої входить неможливість оскарження, перегляду та зміни рішення суду та пред'явлення і розгляду у суді тотожного позову, а обов'язковість та примусове виконання є наслідками правової дії судового рішення [12, 144-145].

5. Законна сила рішення суду як його обов'язковість. Цей підхід представлений Н. Б. Зейдером [13, 119], М. Л. Вікут [14, 294].

Аналіз кожного із наведених підходів дозволяє знайти слабкі та сильні сторони кожного із них.

Ототожнення законної сили і правової дії має сенс, якщо вносити в зміст правової дії як елементи, що характерні для правової дії індивідуального правового акта органу державної влади (обов'язковість та примусовість виконання), так і

враховувати, що окремі елементи змісту (незмінність, виключність, преюдиційність) є проявом специфіки судового рішення як акта правосуддя. Наслідки набрання рішенням суду законної сили — обов'язковість, незмінність, виключність, преюдиційність, здатність бути виконаним примусово — є проявом його правової дії, характерні для рішення суду, яке діє, яке здатне спричиняти правові наслідки. Недіюче рішення суду не є обов'язковим, не має бути виконаним, і тим більше, може бути змінене судом або оскаржене сторонами та іншими учасниками процесу. Факти, встановлені в рішенні суду, яке не діє, не матимуть доказової сили, оскільки встановлені правовим актом суду, який ще може бути змінений або оскаржений, дійсність якого ще не презюмується.

Окремі наслідки (обов'язковість та примусовість виконання, преюдиційність в аспекті використання преюдиційних фактів у діяльності заінтересованих суб'єктів) безпосередньо пов'язані із дією рішення суду, інші — є або гарантією такої дії через забезпечення стабільності змісту правового припису, що міститься у рішенні (незмінність, виключність, преюдиційність в аспекті забезпечення однакового розуміння фактів та обставин, встановлених у рішенні суду). В науковій літературі така ситуація має назву статичних та динамічних елементів законної сили судового рішення [15, 318].

Таким чином, законна сила — це водночас і правова дія рішення суду, і його стабільність. Розуміння законної сили рішення суду тільки як єдності динамічних її елементів надзвичайно звузило б це поняття і не дало можливості відмежувати від родового поняття «правова дія індивідуального правового акта». Таким чином критикується положення про законну силу рішення суду як її обов'язковість, оскільки статичні елементи законної сили рішення суду забезпечують її правовий вплив рішення, тобто дію її динамічних елементів, що не дає можливості говорити про вторинність незмінності та виключності, як на цьому наполягав Н. Б. Зейдер. Так само звуженим є розуміння законної сили рішення суду як незмінності, тим більше, що ця правова позиція не дозволяє обґрунтувати доцільність існування цього правового інституту.

Підхід, запропонований М. Й. Штефаном, частково є правильним, оскільки акцентується увага на тому, що лише набравши законної сили рішення суду стає індивідуальним правовим актом органу судової влади із відповідними рисами. Однак при цьому не приділяється уваги тому факту, що ці ознаки є проявом правової дії рішення суду, що вони характерні саме для рішення, яке діє. Недіючі судові рішення жодною з цих рис не володіють. За винятком окремих випадків рішення набуває усіх рис правового акта негайно після набуття рішенням законної сили, тобто після того, як це рішення почало діяти.

Підхід, відповідно до якого законна сила рішення суду розуміється як сукупність ознак рішення суду — змістовно є дублюванням позиції М. Й. Штефана, однак він має ще один недолік — його представники навіть не акцентують на тому, що законна сила рішення суду є якістю рішення (по аналогії із правовою дією як якістю правового акта), не пояснюються причини існування такого правового інституту.

На підставі проведеного дослідження можна зробити висновки:

1. Законна сила рішення суду є правовою дією рішення суду як акту правосуддя, що виявляється у певних правових наслідках, якими є ознаки, що роблять наказ, що міститься у рішенні суду, підставою для виникнення у учасників процесу прав, обов'язків та відповідальності у сфері матеріального права в межах позовних вимог позивача, а також ознак, які гарантують стабільність цього наказу та всього рішення суду; водночас законна сила як правова дія є якістю судового рішення, що характеризує його як акт правосуддя із рисами індивідуального правозастосовчого акту та специфічними рисами акту правосуддя.

2. Поняття «законна сила рішення суду», змістовно є єдністю динамічних (що виражають здатність рішення суду спричиняти правові наслідки для учасників процесу) та статичних елементів (якими забезпечується дієвість рішення суду, тобто здатність його спричиняти правові результати через неможливість зміни рішення суду або прийняття нового рішення з тотожного спору).

3. Поняття «законна сила рішення суду» є поняттям змістовно ширшим за поняття «правова дія індивідуального правового акта», оскільки крім обов'язковості включає й інші ознаки рішення суду, що є правовими наслідками набрання рішенням суду законної сили, які і складають зміст законної сили рішення суду.

Використані джерела:

1. *Авдюков М. Г. Судебное решение. — М.: Госюриздат, 1959. — 192 с.*
2. *Шиманович О. В. Законна сила судового рішення // Підприємництво господарство і право. — 2004. — № 10. — С. 98-102.*
3. *Гурвич М. А. Решение советского суда в исковом производстве // Гурвич М. А. Избранные труды / МГУ им. М. В. Ломоносова, Юрид. фак., Кубан. гос. ун-т, Каф. гражд. процесса и трудового права. — Краснодар: Совет. Кубань, 2006. — Т. 1. — С. 319-445.*
4. *Штефан М. Й. Цивільний процес: Підручник для юридичних спеціальностей вищих закладів освіти. — К.: Ін Юре, 1997. — 608 с.*
5. *Безлюдько І. О., Бичкова С. С., Бобрик В. І. та ін. Цивільне процесуальне право України: Навчальний посібник / За заг. ред. С. С, Бичкової. — К.: Атіка, 2006. — 384 с.*
6. *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. — 293 с.*
7. *Зейкан Я. П. Коментар Цивільного процесуального кодексу України. — К.: Юридична практика, 2006. — 560 с.*
8. *Тертишніков В. І. Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар. — Х.: Консум, 2003. — 408 с.*
9. *Чорнооченко С. І. Цивільний процес України: Навчальний посібник. — К.: Центр навчальної літератури, 2005.– 308 с.*
10. *Гражданский процесс: Учебник. Изд. 3-е, перераб. и доп. / Под ред В. А. Мусина, Н. А. Чечиной, Д. М. Чечота. — М.: ПБОЮЛ Гриженко, 2001. — 544 с.*
11. *Громов Н., Кечеруков С. Законная сила судебного решения //Законность. -1999. — № 2. — С. 37-41*
12. *Гурвич М. А. Судебное решение: Теоретические проблемы. — М.: Юридическая литература, 1976. — 176 с.*
13. *Зейдер Н. Б. Судебное решение по гражданскому делу. — М.: Юридическая литература, 1966. — 195 с.*
14. *Гражданский процесс России: Учебник / Под ред. М. А. Викут. — М.: Юристъ, 2004. — 459 с.*
15. *Масленникова Н. И. Законная сила судебного решения в советском гражданском процессуальном праве: Дисс. ... канд. юрид. наук. — Свердловск, 1975.*

С. Ю. Гапало

аспірантка Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана, Київ, Україна

ДО ПИТАННЯ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ОПЕРАТИВНО-ГОСПОДАРСЬКИХ САНКЦІЙ

Проблема поняття, сутності, якісних характерних ознак, підстав і порядку застосування оперативно-господарських санкцій на даний момент є досить актуальною,

зважаючи на той факт, що норми, які врегульовують функціонування останніх, були вперше закріпленні на законодавчому рівні в результаті прийняття Господарського кодексу України (діла ГКУ).

Відзначаючи порівняну новизну категорії оперативно-господарських санкцій в господарському законодавстві України, слід підкреслити, що на доктринальному рівні вони були запропоновані та розроблені ще радянськими вченими. Так, одні вчені доходили до висновку, що оперативні заходи є особливою категорією правоохоронних заходів, окремою по відношенню до цивільно-правових санкцій та відповідальності [1, с. 18-19], [2, с. 126], інші відносили заходи оперативного впливу до різновиду як цивільно-правових санкцій, так і відповідальності [3, с. 35], треті, ототожнюючи оперативно-господарські санкції із організаційними санкціями, а їх застосування з різновидом цивільно-правової відповідальності, протиставляли їх санкціям майнового чи грошового характеру [4, с. 66-67], [5, с. 54], четверті визнавали їх такими, що являють собою різновид цивільно-правових санкцій та не є цивільно-правовою відповідальністю [6, с. 54-55], [7, с. 127] тощо.

Вирішуючи проблему визнання оперативно-господарських санкцій видовою категорією господарсько-правових санкцій, слід звернутись до поняття, ознак та функцій господарських санкцій взагалі. Так, однією з основних ознак господарсько-правової санкції є втілення в них заходів державного примусу. Саме на відсутність ознак державного примусу при застосуванні оперативно-господарських санкцій, як один з вирішальних факторів відмежування останніх від категорії санкцій та відповідальності, посилались В. П. Грибанов, М. С. Карпов та Б. І. Пугинський. Проте, така позиція, як бачиться, на сьогодні вже не є достатньо аргументованою. При застосуванні оперативно-господарських санкцій фактор державного примусу не зникає повністю, натомість він передається, так би мовити делегується сторонам-контрагентам у господарському зобов'язанні. Таке делегування чітко простежується в нормі ст.ст. 235 та 237 ГКУ.

Наявність негативних наслідків юридичного чи економічного характеру в результаті застосування також були предметом полеміки серед науковців. На нашу думку, позиція відомого цивіліста В. П. Грибанова, що застосування заходів оперативного впливу при необхідній позитивній реакції з боку зобов'язаної сторони може і не потягнути за собою невигідних наслідків або значно зменшити їх розмір, усе ж не є безспірною, адже термін «необхідна позитивна реакція» передбачає певні додаткові дії, витрати, використання додаткового людського фактору тощо, отже, з метою уникнення негативних наслідків взагалі, зобов'язана сторона повинна буде докласти певних додаткових зусиль, які в кінцевому результаті так чи інакше вплинуть на її економічне становище чи обмежать її в певних правах.

Наступною ознакою, що підлягає аналізу, є застосування господарсько-правових санкцій за ініціативою управненої сторони. Група вчених, що не визнають оперативно-господарських санкцій, ані різновидом санкцій, ані відповідальністю, посилаються на односторонній характер (оминаючи волю боржника в зобов'язанні) застосування останніх, та відсутність претензійно-позовного порядку. Щодо першого, цілком логічним було б погодитись із вищенаведеною думкою В. В. Васькіна, та згадати, що воля боржника не враховується та власне й не повинна враховуватись при застосуванні санкцій взагалі (чи то при відшкодування збитків, чи то при застосування штрафних санкцій та оперативно-господарських санкцій). Відсутність же претензійно-позовного порядку не свідчить про неможливість віднесення оперативних санкцій до різновиду господарських санкцій, враховуючи специфіку втілення державного примусу при їх застосуванні.

Досить тісно пов'язаною із вищезазначеними є ознака односторонності оперативно-господарських санкцій, що закріплена як на доктринальному, так і на легальному рівні. Уявляється, що термін «одностороння санкція» є не зовсім

коректним, зважаючи на той факт, що «двосторонніх санкцій» не існує. Певно, що під одностороннім порядком мається на увазі той факт, що сторона-контрагент в зобов'язанні застосовує оперативно-господарську санкцію без попереднього звернення до органів юрисдикції. Існує також думка, що односторонній характер проявляється також в тому, що сторона, яка застосовує оперативну санкцію, не зобов'язана повідомляти про це стороні-боржнику. Таке твердження не знайшло закріплення в чинному ГКУ і це є цілком логічним. Натомість, доцільно було б виключити з п. 1 ст. 235 ГКУ словосполучення «в односторонньому порядку» та внести зміни до п. 1.ст. 237 ГКУ, додавши положення про обов'язковість повідомлення боржника про застосування проти нього оперативної санкції кредитором. Строки такого повідомлення пропонується чітко встановлювати в умовах договірного зобов'язання. Проблемним питанням при цьому, однак, може бути визначення строку такого повідомлення у випадках відмови прийняття предмету поставки, що не відповідає вимогам якості чи строк поставки якого прострочений.

Твердження В. П. Грибанова про те, що на відміну від санкцій, що носять еквівалентно-відшкодувальний характер, заходи оперативного характеру здебільшого мають превентивне значення, не є безспірним, беручи до уваги функції, які виконують господарські санкції взагалі. Серед них — стимулююча, компенсаційна, штрафна, виховна, інформаційна, контрольна тощо. Виконання оперативно-господарськими санкціями першочергово функції стимулювання не надає останнім жодного специфічного забарвлення для відмежування їх від господарсько-правових санкцій, тим більше, що в основному при застосуванні цих санкцій йдеться саме про так зване «негативне стимулювання».

З усього вищезазначеного можна зробити висновок, що оперативно-господарські санкції цілком підпадають під ознаки господарсько-правових санкцій і тому мають бути визнані одним з їх видів.

Із зазначеного вище видається можливим дійти висновку, що оперативно-господарськими санкціями є оперативні заходи делегованого до застосування державою сторонам в господарських правовідносинах примусу, що виражаються у настанні певних негативних наслідків організаційно-майнового характеру, з метою припинення або попередження повторення порушень господарського зобов'язання що застосовуються останніми без звернення до компетентного органу юрисдикції.

Використані джерела:

1. *Карпов М. С. Правоохранительный характер мер оперативного воздействия // Адвокат: М., 2003. — №6. — С. 18-20.*
2. *Грибачов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. — М.: Рос. право, 1992. — 204 с.*
3. *Васькин В. В., Овчинников Н. И., Рогович Л. Н. Гражданско-правовая ответственность. — Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та., 1988. — 180 с.*
4. *Бриных Е. В. Оперативные санкции — форма гражданско-правовой ответственности // Советское государство и право, 1967. — № 6. — С. 65-70.*
5. *Юдашкина Ц. Г. Об эффективности оперативно-хозяйственных санкций за нарушение условия о качестве продукции // Экономико-правовые проблемы повышения эффективности народного хозяйства. — Куйбышев. — 1980. — С. 53-64.*
6. *Каудыров Т. Е. Оперативные санкции в системе способов обеспечения гражданско-правовых обязательств // Совершенствование правовых средств борьбы с гражданскими правонарушениями. — Алма-Ата: Изд-во Каз. ун-та, 1984. — С. 54-58.*
7. *Тєньков С. Оперативно-господарські санкції у судовій практиці // Вісник господарського судочинства. — 2005. — № 6. — С. 126-128.*

О. М. Гнатів
асистент кафедри цивільного права та процесу
Львівського національного університету імені Івана Франка,
Львів, Україна

КОРПОРАТИВНИЙ ІНВЕСТИЦІЙНИЙ ФОНД ЯК ЕМІТЕНТ ПАЙОВИХ ЦІННИХ ПАПЕРІВ

Відповідно до ст. 7 Закону України «Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди) від 15 березня 2001 року [1] корпоративним інвестиційним фондом вважається інститут спільного інвестування, який створюється у формі відкритого акціонерного товариства і провадить виключно діяльність із спільного інвестування, яка полягає в об'єднанні (залученні) грошових коштів інвесторів з метою отримання прибутку від вкладення їх у цінні папери інших емітентів, корпоративні права та нерухомість.

Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 195 Цивільного кодексу України [2] пайовим визнається цінний папір, який засвідчує участь у статутному капіталі, надає власнику право на участь в управлінні емітентом і одержання частини прибутку, зокрема у вигляді дивідендів та частини майна при ліквідації емітента. Пайові цінні папери ще називають корпоративними, оскільки вони посвідчують корпоративні права їх власників, обсяг яких визначено у ч. 1 ст. 167 Господарського кодексу України [3].

За чинним законодавством України до пайових цінних паперів належать акції та інвестиційні сертифікати, хоча віднесення останніх до цієї групи цінних паперів є спірним. Інвестиційний сертифікат фактично є титулом власності, оскільки засвідчує право власності на частку у пайовому інвестиційному фонді, який є активами, а не юридичною особою.

Відповідно до ч. 1 ст. 6 Закону України «Про цінні папери і фондовий ринок» від 23 лютого 2006 р. [4] акція — іменний цінний папір, який посвідчує майнові права його власника (акціонера), що стосуються акціонерного товариства, включаючи право на отримання частини прибутку акціонерного товариства у вигляді дивідендів та право на отримання частини майна акціонерного товариства у разі його ліквідації, право на управління акціонерним товариством, а також немайнові права, передбачені Цивільним кодексом України та законом, що регулює питання створення, діяльності та припинення акціонерних товариств.

Оскільки корпоративний інвестиційний фонд створюється у формі відкритого акціонерного товариства, звідси висновок, що він здійснює емісію пайових цінних паперів.

Розмір початкового статутного капіталу корпоративного інвестиційного фонду не може бути менше тисячу двісті п'ятдесят мінімальних заробітних плат, виходячи із ставки мінімальної заробітної плати, діючої на момент створення акціонерного товариства (ст. 24 Закону України «Про господарські товариства» від 19 вересня 1991 року).

Однією з особливостей корпоративного інвестиційного фонду є те, що він не може бути заснований юридичними особами, у статутному капіталі яких частка держави або органів місцевого самоврядування перевищує двадцяти п'яти відсотків.

Корпоративний інвестиційний фонд провадить свою діяльність на підставі статуту, який затверджується відповідно до законодавства, та регламенту — документа який визначає особливості його діяльності, зокрема напрями інвестування. Корпоративний інвестиційний фонд провадить свою діяльність, якщо сімдесят або більше відсотків середньорічної вартості активів, що належать йому на праві власності, вкладені у цінні папери. Управління активами корпоративного інвестиційного фонду на підставі відповідного договору здійснює компанія з управління активами.

Корпоративний інвестиційний фонд не може емітувати та розміщувати цінні папери, крім акцій; розміщувати акції за ціною, нижчою від номінальної вартості;розміщувати акції за ціною, нижчою від вартості чистих активів корпоративного інвестиційного фонду в розрахунку на одну акцію; розміщувати акції понад проголошену кількість; відмовитися від викупу власних акцій з підстав, не зазначених у законі або у нормативно-правових актах емітованих Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку.

Акції корпоративного інвестиційного фонду повинні бути тільки простими іменними. Відкрита підписка на акції провадиться після реєстрації фонду в реєстрі інститутів спільного інвестування. Реєстрація проспекту емісії та випуску акцій здійснюється протягом тридцяти календарних днів з дати подання емітентом заяви та всіх необхідних документів, установлених в актах Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку.

Корпоративні інвестиційні фонди інтервального (вважається таким, якщо він бере на себе зобов'язання здійснювати на вимогу інвесторів викуп цінних паперів, емітованих ним протягом обумовленого у проспекті емісії строку, але не рідше одного разу на рік) або відкритого (вважається таким, якщо він бере на себе зобов'язання здійснювати у будь-який час на вимогу інвесторів викуп цінних паперів, емітованих ним) типу після реєстрації в реєстрі розміщують свої акції за ціною, що становить вартість чистих активів у розрахунку на одну акції.

З метою придбання акцій інвестор подає заявку на придбання цінних паперів компанії з управління активами або торговцям цінними паперами (згідно з проспектом емісії акцій).Заявки на придбання та викуп акцій подаються в строки, установлені проспектом емісії, та не відкликаються. Розміщення та викуп акцій здійснюється компанією з управління активами безпосередньо або через торговців цінними паперами , з якими компанія з управління активами уклала відповідні договори. Торговець цінними паперами під час розміщення та викупу акцій діє від імені, за рахунок та в інтересах корпоративного інвестиційного фонду. Розміщення акцій починається з дати, зазначеної в проспекті емісії, але не раніше реєстрації випуску в реєструвальному органі. Мінімальний строк розміщення акцій визначається в проспекті емісії

Кожна розміщена акція корпоративного інвестиційного фонду надає її власникові однаковий обсяг прав. Акції корпоративного інвестиційного фонду, що розміщуються, можуть придбаватися лише за грошові кошти. Неповна сплата розміщених акцій не дозволяється. Строк відкритої підписки на акції корпоративного інвестиційного фонду відкритого або інтервального типу не обмежується.

Дивіденди по акціях корпоративного інвестиційного фонду відкритого та інтервального типу не нараховуються і не сплачують.

Як бачимо, особливості пайових цінних паперів корпоративного інвестиційного фонду пов'язані зі специфікою його діяльності.

Використані джерела:

1. *Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди): Закон України від 15 березня 2001 року // Відомості Верховної Ради (ВВР). — 2001. — № 21. — Ст. 103.*
2. *Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року // Відомості Верховної Ради (ВВР). — 2003. — № 40-44. — Ст. 356.*
3. *Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року // Відомості Верховної Ради (ВВР). — 2003. -№ 18, № 19-20, № 21-22. — Ст.144.*
4. *Про цінні папери та фондовий ринок: Закон України // Відомості Верховної Ради (ВВР). — 2006. — № 31. — Ст. 268.*

В. П. Голей
курсант Національної академії Служби безпеки України,
Київ, Україна

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗАЛУЧЕННЯ ІНОЗЕМНИХ КРЕДИТІВ ПІД ГАРАНТІЇ УРЯДУ УКРАЇНИ

Отримання Україною незалежності надало поштовх вітчизняним підприємствам отримувати і, відповідно, іноземним фінансовим установам надавати кошти, що сприятимуть, перш за все, розвитку галузей виробництва. Зі всіх видів залучення іноземних фінансових ресурсів найбільш загрозливим для національної економіки є залучення іноземних кредитів, повернення яких гарантується Кабінетом Міністрів України.

Насамперед слід зазначити, що серед всього спектру законодавчих та нормативних актів, що регламентують процес отримання вітчизняними підприємствами та установами кредитів, що надаються іноземними фінансово-кредитними структурами, варто виокремити постанови Кабінету Міністрів України № 414 від 5 травня 1997 «Про впорядкування залучення і використання іноземних кредитів, повернення яких гарантується Кабінетом Міністрів України, вдосконалення системи залучення зовнішніх фінансових ресурсів та обслуговування зовнішнього державного боргу», № 1466 від 21 вересня 1998 року «Про забезпечення відшкодування витрат державного бюджету, які виникли внаслідок виконання зобов'язань за іноземними кредитами, залученими державою або під державні гарантії», № 787 від 11 липня 2001 року «Про заходи щодо залучення державою або під державні гарантії іноземних кредитів і надання державних гарантій», Бюджетний кодекс України, закони про державний бюджет України.

Слід зазначити, що відповідно до чинного законодавства, платежі, пов'язані з виконанням гарантійних зобов'язань, належать до платежів боргу. Таким чином, у разі невиконання юридичними особами своїх зобов'язань щодо погашення та обслуговування наданих на умовах повернення кредитів, залучених державою або під державні гарантії, їх боргові зобов'язання перекладаються безпосередньо на державу і перетворюються на складову частину державного боргу.

Саме тому надання гарантій щодо залучення іноземних кредитів, для погашення яких передбачається використовувати бюджетні кошти, здійснюється тільки тоді, коли такі кошти передбачено в державному бюджеті. Юридичні особи-резиденти, які отримали такі гарантії, несуть повну відповідальність за повне та своєчасне погашення кредиту, сплату процентів за користування ним, а також сплату комісійних. Контроль за цільовим та ефективним використанням і своєчасним погашенням кредитів здійснюється відповідними центральними органами державної виконавчої влади.

Незважаючи на те, що процедура надання та подальшого супроводження іноземних кредитів під державні гарантії передбачає доволі жорсткі умови, рішення Уряду протягом 1992-1999 років про залучення зазначених коштів на користь неплатоспроможних підприємств призвели до масового невиконання ними фінансових зобов'язань за одержаними позиками та перекладання їх на державний бюджет.

За останніми даними Міністерства фінансів України, сума простроченої заборгованості підприємств-позичальників перед держбюджетом з погашенням кредитів, залучених державою або під державні гарантії, перевищила 1,83 млрд. дол. США, або 9, 23 млрд. грн. Зокрема, до теперішнього часу резонансними боржниками є сумно відомі концерн «Украгротехсервіс», корпорація «Украгропромбіржа» та «Українська аграрна біржа».

Слід зазначити, що відповідно до чинних законодавчих норм, у разі невиконання юридичними особами своїх зобов'язань щодо погашення та обслуговування наданих на

умовах повернення кредитів, залучених державою або під державні гарантії, органи стягнення застосовують механізм стягнення цієї заборгованості у порядку, передбаченому законом для стягнення не внесених у строк податків і неподаткових платежів, включаючи погашення такої заборгованості за рахунок майна боржників.

Однак, серед шляхів виходу із ситуації, пов'язаної з відсутністю коштів у позичальників для сплати боргів за взятими ними кредитами, слід виокремити наступний — за ініціативою зацікавлених кіл з'являються проекти щодо списання державою заборгованості суб'єктів господарювання за іноземні кредити, отримані під гарантії Кабінету Міністрів України.

Певні зміни у ситуацію, що склалися, приніс Державний бюджет на 2007 рік, відповідно до статей якого запроваджено норму, згідно з якою поновлено можливість за поданням Кабінету Міністрів України надавати державні гарантії. Тобто у поточному році стало можливим відкриття іноземними кредиторами кредитних ліній, виконання умов яких гарантуватиметься державою, а у разі невиконання кредитні зобов'язання сплачуватимуться з держбюджету. Позитивним є те, що з метою недопущення втрат бюджету на виконання гарантійних зобов'язань передбачається, що юридичні особи, щодо яких приймається рішення про надання кредитів або гарантій, зобов'язані подати зустрічні, безвідзивні та безумовні гарантії банків, які протягом 2005-2007 рр. додержуються встановлених Національним банком України обов'язкових економічних нормативів або надати інше належне забезпечення.

Також серед нововведень цьогорічного бюджету — заборона проведення реструктуризації заборгованості суб'єктів господарювання перед державою за кредитами, залученими державою або під державні гарантії; списання заборгованості суб'єктів господарювання перед державою за кредитами, залученими державою або під державні гарантії.

Таким чином, головною проблемою іноземного кредитування економіки України залишається не тільки складність повернення вже наданих кредитів, які стали частиною державного боргу, але й прогалини у вітчизняному законодавстві, які допускають утворення подібної ситуації.

М. С. Гребенюк
здобувач Інституту держави і права ім. В. М. Корецького,
Київ, Україна

ВИРІШЕННЯ ГЛОБАЛЬНИХ ЕКОЛОГІЧНИХ ПИТАНЬ В РАМКАХ КОНФЕРЕНЦІЇ ООН З ТОРГІВЛІ І РОЗВИТКУ (ЮНКТАД)

Ми не успадкували цю землю від наших батьків,
ми позичили її в наших дітей.

Концепція стійкого розвитку на сьогоднішній день набула нового значення та є життєво необхідною для безпечного та успішного функціонування суспільства в рамках правової держави. Діяльність держав по здійсненню даної концепції відбувається в умовах тісного співробітництва і спрямована на досягнення як ефективного функціонування економіки, так і екологічної збалансованості, а також соціальної справедливості на всіх рівнях.

Конференція ООН з торгівлі і розвитку (ЮНКТАД) є найбільшою міжнародною організацією, яка займається розглядом та вирішенням практично всіх правових питань міжнародної торгівлі та її розвитку. Держави, створюючи зазначену Організацію,

визнавали, що вона представляє унікальну можливість для всеохоплюючого огляду проблем торгівлі і зв'язку між торгівлею та економічним розвитком..[1] Як відомо економічна діяльність справляє безпосередній вплив на стан навколишнього середовища тому питання екології не могли залишитися поза увагою даної Організації. Проблеми забруднення навколишнього середовища та знищення багатьох видів представників живої природи потребує негайного реагування та вирішення, яке може бути здійсненим лише спільними зусиллями світового співтовариства. Правовою базою для таких заходів є прийняті в рамках ООН міжнародні акти серед яких: Всесвітня хартія природи, Конвенція про міжнародну торгівлю видами дикої флори і фауни, які знаходяться під загрозою зникнення (ЦІТЕС), Конвенція про біологічну різноманітність, Кіотський протокол до Рамкової конвенції ООН про зміну клімату та ін.

В ході восьмої сесії ЮНКТАД в Картахені у 1992 р. було визначено завдання Організації в області екологічних заходів і торговельних норм; ресурсів для охорони навколишнього середовища і розвитку; екологічно безпечної технології; і раціонального використання природних ресурсів [2]

В сфері охорони навколишнього середовища ЮНКТАД проводить аналітичну, дослідницьку роботу, залучаючи провідних експертів, та здійснює заходи технічної допомоги спільно з іншими міжнародними організаціями згідно опрацьованих програм, зокрема з Продовольчою і сільськогосподарською організацією (ФАО), Програмою розвитку ООН (ПРООН), Програмою ООН з навколишнього середовища (ЮНЕП), Глобальним екологічним фондом (ГЕФ), Світовою організацією торгівлі (СОТ).

В рамках ЮНКТАД створено консультативну робочу групу з екологічних вимог та доступу до ринку для країн, що розвиваються, яка є своєрідним форумом представників урядів, приватного сектору та неурядових організацій де розглядаються проблеми застосування екологічних вимог щодо ринку експорту та відбувається обмін національним досвідом відносно запровадження ефективної регулятивної практики по забезпеченню цілей розвитку та соціального добробуту.

У 1996 р. за ініціативи ЮНКТАД засновано програму «Біоторгівля», яка містить декілька проектів і розглядає питання виготовлення, збирання та комерціалізації товарів і послуг в біологічному середовищі рослин і організмів нашої планети. Програма включає сфери генетичних ресурсів, різних видів та екосистем, які використовуються з огляду на екологічні, соціальні та економічні критерії. Країни, які розвиваються, мають багаті і добре розвинені біологічні ресурси, світовий попит на які постійно зростає. Програма «Біоторгівля» сприяє покращенню функціонування місцевих інституцій, які підтримують біоторгівлю а також займається питаннями збереження біологічної різноманітності.

За спільної участі ЮНКТАД, ФАО та Міжнародної федерації руху органічних агрокультур утворено Міжнародну цільову групу з гармонізації та еквівалентності органічних агрокультур, яка служить відкритою платформою для діалогу між приватними і публічними інституціями а також громадськими організаціями, які займаються тогівлею та регулятивною діяльністю в даному секторі економіки. Метою Групи є перегляд існуючих стандартів агрокультур та опрацювання механізму для полегшення доступу до ринків органічної продукції товарів країн, які розвиваються, з огляду на екологічні норми по збереженню природнього балансу.

У співробітництві з ФАО опрацьовано «Приблизну модель сільськогосподарської торговельної політики», котра містить детальний якісний та кількісний аналіз питань торговельної політики та є цінною для різного рівня країн в ході поточних переговорів в рамках СОТ.

Ефективним засобом реалізації мандатів і забезпечення максимальної віддачі від роботи ЮНКТАД та ЮНЕП стала програма Цільова група з питань торгівлі, навколишнього середовища і розвитку, в рамках якої проводяться тематичні

дослідження та регіональні політичні діалоги. Дана програма має за мету допомогти укріпити потенціал зацікавлених країн ефективно працювати з національними та регіональними питаннями торгівлі, навколишнього середовища та розвитку[3]

Секретаріат ЮНКТАД систематично готує Огляди з торгівлі і навколишнього середовища метою яких є підвищення розуміння та забезпечення діалогу з ключових торговельних питань навколишнього середовища. Кожне видання Огляду складається з однієї чи декількох статей на обрані теми, коментарів експертів до цих статей та розгляду діяльності ЮНКТАД з технічного співробітництва в сфері торгівлі, навколишнього середовища та розвитку. Огляд за 2006 р. проводить загальний та секторальний аналіз вимог в галузі сільського господарства та електроніки щодо охорони навколишнього середовища і здоров'я та їхній вплив на доступ до ринків.

В ході одинадцятої сесії ЮНКТАД у Сан Паулу в 2004 р. держави-члени погодилися, що «ЮНКТАД слід і надалі сприяти країнам, які розвиваються, у питаннях на перетині торгівлі та навколишнього середовища, таких як доступ до ринку, сільське господарство, передача екологічно сприятливої технології, екологічні товари та послуги [4]

Україна, яка є членом даної Організації впродовж багатьох років, повинна брати активнішу участь в роботі ЮНКТАД по здійсненню програм щодо забезпечення сприятливої екологічної ситуації, що є особливо актуальним для нашої держави.

Використані джерела:

1. *Резолюція Генеральної Асамблеї ООН 1995(XIX).*
2. *Документы Конференции Организации Обьединенных Наций по торговле и развитию.Восьмая сессия. Картахена-де-Индиас, Колумбия. 8-25 февраля 1992 г. Доклад и приложения. Организации Обьединенных Наций, Нью-Йорк, 1993 С.78.*
3. *Review of the technical cooperation activities of UNCTAD. Report by the Secretary-General of UNCTAD. Annex I: Review of activities undertaken in 2004. TD/B/WP/181/ Add.1.p-38. www.unctad.org.*
4. *Sao Paulo Consensus, TD/410, 25 June 2004, paragraph 103. www.unctad.org*

С. Д. Гринько

кандидат юридичних наук, доцент,
професор кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління та права,
старший науковий співробітник Подільської лабораторії
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва,
Хмельницький, Україна

ЗНАЧЕННЯ РЕЦЕПЦІЇ РИМСЬКОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА

Відновлення в Україні ідеї приватного права, законодавчо закріпленої в новому Цивільному кодексі, вимагає сьогодні звернення до джерел приватно — правового підходу, тобто до основних положень римського приватного права, до основних засад, на яких ґрунтується «дух римського права». Як зазначав відомий дореволюційний цивіліст і романіст Йосиф Олексійович Покровський, «рецепція римського права була й історичною необхідністю, й фактором прогресу», оскільки дозволяла задовольнити загальноєвропейську нужденність в універсальному, загальному праві, заснованому на індивідуалістичних (приватно-правових) підґрунтях, що дозволило сформувати майновий взаємозв'язок різних осіб незалежно від їх національної і державної приналежності.

Дещо подібне відбувається й сьогодні. Сучасна Україна відновлює і розвиває приватно — правові традиції, що засновані на положеннях римського права, враховуючи сучасний світовий досвід. Прикладом цього є новий Цивільний кодекс України, що закріплює і розвиває в своїх правилах прогресивні постулати цивілістики.

Проте найбільш важливим сьогодні уявляється, використовуючи відомий вираз Р. Ієринга, «дух римського права», тобто ті фундаментальні ідеї та підходи, майже бездоганна логічна система категорій, визначень і норм, якими традиційно вирізнялось римське право.

Питання рецепції римського приватного права досліджувались, головним чином, у працях західноєвропейських науковців та романістів Російської імперії XIX ст. стосовно перебігу цього процесу у Західній Європі (М. Боголепова, С. Муромцева, І. Покровського, В. Хвостова, П. Виноградова та інших).

Що стосується досліджень рецепції римського права в радянський період, то таке питання взагалі не виникало. Це пов'язано із марксистсько-ленінським світоглядом, що відкидав ідею суверенітету приватної особи, приватної власності тощо. Лише в другій половині XX ст. з'являється низка спеціальних праць з римського права, проте в них рецепція римського права не розглядалася взагалі, або розглядалася під кутом зору впливу римського права на системи права окремих західно-європейських країн (наприклад, кандидатська дисертація В.Бека, виконана у Львові у 1950 році («Рецепція римського права в Західній Європі»).

Відносно вивчення рецепції римського права в Україні, то фундаментальною працею є докторська дисертація Е. Харитонова, захищена в Одесі у 1997 році («Рецепція римського приватного права (теоретичні та історико-правові аспекти)»), де досліджуються теоретичні та історико-правові проблеми рецепції римського приватного права західно-європейською та візантійською цивілізаціями, впливу римського приватного права на цивільне законодавство України. З 2000 року в Україні захищається ряд кандидатських дисертацій, присвячених рецепції окремих інститутів та правових категорій римського приватного права в сучасне цивільне право України, однак науковці обминають увагою питання поняття, етапи, види та форми рецепції римського приватного права в Україні.

Питання рецепції сьогодні є відкритим не лишу у зв'язку із проведенням правової реформи в Україні, прийняттям нового Цивільного кодексу, але із виявленням прагнення нашої держави до входження до складу Європейського Союзу (далі ЄС). Однією із умов вступу України до складу ЄС є проведення адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу, що не є простою справою, враховуючи складність та значний обсяг нормативних актів. Так, недостатньо лише перекласти і ухвалити на законодавчому рівні відповідні правові акти, оскільки європейське право, будучи генетично пов'язаним із правовими системами держав-членів, звідки воно бере юридичну техніку, термінологію та принципи, базується на конституційній доктрині і правовій традиції країн європейської демократії, як це чітко простежується у практиці Європейського суду. Крім того, мова йде не лише про оновлення та модернізацію українського законодавства, а про зміну світогляду, перехід від однієї правничої системи до європейської, ринкової. Тому є доцільним не лише вивчення положень чинного законодавства ЄС та європейських країн — учасниць ЄС, але й аналіз засад, на яких ґрунтується їхнє право, його розуміння — «дух права». А відповідно підґрунтям формування сучасної європейської системи права, і не лише європейської (про опосередковану рецепцію можна говорити і в країнах англомовної правової системи), є римське приватне право, а одним із методів порівняльного правознавства, окрім адаптації, гармонізації, є саме рецепція. Тому дослідження питання рецепції римського права завжди було, є і буде актуальним, особливо сьогодні.

Термін «рецепція» походить від латинського «recepтio», що означає «сприйняття», «відновлення дій». В науковій літературі термін «рецепція» досить часто

використовується (пишуть про рецепцію творів художньої літератури, мистецтва, навіть про рецепцію клітин, планет тощо). І, як правило, його трактують як запозичення і пристосування даним суспільством соціологічних і культурних форм, що виникли у іншій країні або в іншу епоху.

Відносно права, то рецепцію, як правило, трактують як відновлення, запозичення, відбір, переробку, засвоєння[1]. Однак зустрічається більш деталізований підхід до суті рецепції права. При цьому, слід зазначити, коли згадують рецепцію права, то, як правило, мова йде про рецепцію римського приватного права.

Прихильники марксистсько-ленінської ідеології під рецепцією розуміли переробку і пристосування римського права до феодальних, а пізніше буржуазних умов, при цьому підкреслювали, що рецепція є наслідком повторюваних явищ в розвитку приватної власності і товарного виробництва.

У Словнику іншомовних слів зазначено, що рецепція — це запозичення однією державою більш розвинутого права іншої держави. Д. В. Дождев характеризує рецепцію римського права як явище, характерне для усієї континентальної Європи і Шотландії, що полягало у сприйнятті та засвоєнні римського спадку в якості чинного права.

Тобто, рецепція зводиться все ж до запозичення тих чи інших норм, положень іноземного права. Однак, як вірно зауважує Е. Харитонов, розуміння рецепції як простого запозичення є надто спрощеним або у крайньому разі — однобічним і дещо прямолінійним. Має йтись не тільки про запозичення буквальне, запозичення тексту правових норм, а про сприйняття засад та принципових підходів. Крім того, має бути врахована та обставина, що коли говорять про рецепцію римського права, то йдеться про право держави, що вже не існує і не має прямих наступників. Отже, рецепція — це відродження системи права, яка існувала раніш. Таким чином, на думку Є. Харитонова (з якою слід погодитися), *рецепцію римського права слід розглядати як складову частину загального процесу відродження цивілізацій (культур), що існували раніше, сприйняття духу й головних засад та основних положень тією чи іншою цивілізацією на певному етапі*[2].

Римське приватне право здійснило на Україну не менший вплив, ніж на Західну Європу. Однак своєрідність цього впливу полягає в наступному:

1. В Україні має місце рецепція римського приватного права, процес якої триває й досі, як східного візантійського типу, так і західно-європейського.
2. Головними чинниками впливу римсько-візантійського права в Україні було поширення християнства та нужденність в ньому царської влади, а західно-європейського впливу — не лише із вказаними причинами, але із суто світським інтересом до римського права та необхідністю розвитку комерції, зокрема зобов'язального та речового права. При цьому дослідити факт рецепції римсько-візантійського права можна проаналізувавши положення канонічного права.
3. В Україні, на відміну від Росії, рецепція римського приватного права західно-європейського типу мала місце раніше, ще у XII — XVI ст., коли Україна перебувала у складі Великого Князівства Литовського.
4. Відносно видів рецепції римського приватного права, то, в основному має місце опосередкована (похідна) рецепція, яка відбувається шляхом запозичення римсько-правових ідей та правових рішень не безпосередньо з першоджерел, а через ті системи права, де рецепція відбулася раніше.

---

[1] Энциклопедический словарь Русского библиографического института Гранат. Том 36-Часть 1. — М., 1932. — С.595; Моддерман В. Рецепція римского права. — С. — Петербург, 1888. — С.17; Муромцев С. Рецепция римского права на Западе. — М., 1886. — С.12 та інші.

[2] Харитонов Е. О. Рецепція римського приватного права: (Теоретичні та історико-правові аспекти). — Одеса, 1997. — С.23-25.

5. Питання рецепції римського права сьогодні в Україні є актуальним як у зв'язку із проведенням правової реформи, так із прагненням нашої держави до входження до складу ЄС.

Таким чином, рецепція римського права не втратила своєї актуальності для сучасної України. З одного боку, це означає відродження і продовження тієї глибокої роботи по засвоєнню багатовікового правового опиту, яку активно вели юристи XIX — XX ст.ст. Це і відродження власних правових традицій, а з іншого, — пошук спільних коренів, що може сприяти в майбутньому зближенню західноєвропейської і української моделі, пов'язаної спільною основою — рецепцією римського приватного права.

Л. Ю. Грушіна
студентка Кіровоградського юридичного інституту
Харківського національного університету внутрішніх справ,
Кіровоград, Україна

ЩОДО ХАРАКТЕРУ ВІДНОСИН ЧЛЕНІВ НАГЛЯДОВОЇ РАДИ З АКЦІОНЕРНИМ ТОВАРИСТВОМ

Центром будь-якої із систем корпоративного управління є наглядова рада акціонерного товариства, яка може, з одного боку, активно і реально захистити права акціонерів, що її обрали, а з іншого — сприяти діяльності правління в досягненні цілей і завдань, що ставляться перед товариством. Цей представницький орган, по суті, здійснює деякі управлінські функції, властиві загальним зборам акціонерів.

Законом України «Про господарські товариства» на наглядову раду покладено такі функції: представницька, тобто представляти інтереси акціонерів у перерві між проведенням загальних зборів акціонерів; контрольна і регулятивна, тобто контролювати і регулювати діяльність правління або іншого виконавчого органу.

Наглядова рада формується з числа акціонерів даного товариства, але водночас в її роботі можуть брати участь (с правом дорадчого голосу) представники профспілкового органу або іншого уповноваженого трудовим колективом органу, що підписав колективний договір від імені трудового колективу. Слід зазначити, що в багатьох країнах (наприклад, у Франції, Німеччині) законами закріплено резервування у наглядових радах місць для працівників акціонерних товариств, що не є акціонерами, а також для фахівців — експертів, що володіють необхідними товариству знаннями, авторитетом і т.п. [1, с. 94].

Із змісту ст. 46 Закону України «Про господарські товариства» [2] можна зробити висновок про те, що, по-перше, наглядова рада є постійно діючим виборним органом акціонерного товариства, який представляє інтереси акціонерів у період між проведенням загальних зборів; по-друге, на раду може бути покладено виконання окремих функцій, що віднесені до компетенції загальних зборів; по-третє, члени ради не можуть бути членами виконавчого органу і ревізійної комісії; по-четверте, до складу наглядової ради можуть входити тільки акціонери, тобто особи, що володіють акціями даного товариства.

Природу відносин, що виникають між акціонерним товариством і членами наглядової ради, в централізованому порядку практично не визначено. Деякі нормативні акти передбачають договірну природу даних відносин. Так, у «Положенні про відповідальність посадових осіб перед товариством і акціонерами відкритого акціонерного товариства» [3] встановлено, що між посадовими особами і акціонерним

товариством виникають договірні відносини шляхом підписання контракту, який передбачає обов'язки і встановлює обмеження для даних осіб.

У пункті 14 «Положення про спостережну раду акціонерного товариства, створеного шляхом корпоратизації державних підприємств, закритих акціонерних товариств, більш ніж 75% статутного фонду яких належить державі, а також виробничих і науково-дослідних об'єднань, правовий статус яких не був приведений у відповідність із чинним законодавством», затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України 19 липня 1993 р. № 556 [4] , визначено, що за виконання обов'язків члена спостережної ради виплачується щомісяця шість мінімальних заробітних плат голові і чотири мінімальні заробітні плати іншим членам правління, а також додаткова винагорода за підсумками року в розмірі 10% винагороди, яку одержує голова правління в установленому порядку. Як видно, в зазначеному Положенні передбачаються елементи, властиві трудовому праву.

Серед вчених також немає єдності щодо правової природи відносин, які виникають між акціонерним товариством і головою (членами) наглядової ради.

Так, О. Кібенко вважає, що відносини з членами наглядової ради можуть оформлятися за допомогою як трудового, так і цивільно-правового договору [5, с. 76]. У проекті Закону «Про акціонерні товариства» [6] передбачається, що між акціонерним товариством і членами наглядової ради можуть укладатися як трудові договори, так і цивільно-правові.

Інші правознавці схиляються до думки, згідно з якою відносини між товариством і членами наглядової ради не є трудовими. В обґрунтування своєї точки зору Б. Р. Карабельніков висуває такі аргументи: незважаючи на значний список питань, цьому органу немає необхідності засідати надмірно часто. На практиці наглядова рада навіть найбільших акціонерних товариств збирається не частіше одного разу на місяць (якщо, звичайно, не виникає яких-небудь надзвичайних обставин), а в менших компаніях і того рідше — іноді навіть один раз на півроку. У підсумку доводиться констатувати, що виконання функцій члена наглядової ради не вимагає ні особливих витрат часу, ні надмірних зусиль. Тут не доводиться говорити про підпорядкування внутрішньому трудовому розпорядку акціонерного товариства і, як наслідок, немає підстав вважати, що між акціонерним товариством і членами спостережної ради виникають трудові відносини [7, с. 31]. На думку В. В. Єршова і О. О. Єршової, «існують приклади застосування трудового права до власне цивільно-правових відносин. Так, тривалий час голова правління (генеральний директор) укладав трудові договори з членами наглядової ради, у такий спосіб не зводячи їх до становища найманих робітників, яких генеральний директор міг звільнити з ініціативи адміністрації, позбавити премії і т.п. З цим не можна погодитися» [8, с. 73]. На їх думку, члени наглядової ради повинні «спостерігати» за виконавчим органом і можуть його приймати на роботу (а не навпаки), перебувати з товариством у цивільно-правових відносинах, за свою роботу одержувати винагороду, а не заробітну плату.

Якщо звернутися до практики, в акціонерних товариствах із невеликою чисельністю акціонерів (приблизно до 30 чоловік) члени наглядової ради збираються на засідання не рідше одного разу на місяць, що не заважає їм поєднувати виконання основної трудової функції в товаристві і посаду члена наглядової ради. У деяких акціонерних товариствах із головою і членами наглядової ради укладаються цивільно-правові договори.

На деяких великих акціонерних підприємствах дещо інакше — на наглядову раду покладаються такі функції: згода на проведення операцій по розпорядженню нерухомим майном, балансова вартість якого перевищує визначену суму; затвердження звітів правління і ревізійної комісії за звітний період і попередній розгляд річних звітів, балансів; аналіз дій правління щодо управління товариством; реалізація інвестиційної, технічної і цінової політики, додержання номенклатури товарів та ін.

Тому відбувається щоденна робота голови і членів наглядової ради, їх посади включено в штатний розпис, встановлено оклад, розроблені і діють посадові інструкції.

Виходячи з конституційних принципів рівноправності форм власності, свободи конкуренції, підприємницької діяльності, а також із самої сутності природи корпоративних норм, які передбачають право самої корпорації регулювати різні аспекти своєї діяльності, вважаємо, що самі акціонери в даному випадку мають право визначати природу відносин, що виникають між акціонерним товариством і членами наглядової ради. «Будь-яка організація, що являє собою автономне утворення, об'єднання осіб і капіталів для здійснення якоїсь соціально-корисної діяльності, має право формулювати для своїх членів певні правила поведінки з тим, щоб максимально ефективно організувати їх роботу і досягти поставлених перед організацією цілей і завдань. Таке корпоративне право в широкому сенсі» [9, с. 59].

З огляду на те, що акціонерне товариство наділене самостійністю в підборі кадрів, організації праці, затвердженні штатного розпису, вважаємо, що з головою і членами наглядової ради можна укладати як цивільно-правові, так і трудові договори.

Використані джерела:

1. *Долинская В. В. Закон об акционерных обществах: органы юридического лица // Государство и право. — 1996. — № 3. — С. 94-102.*
2. *Про господарські товариства: Закон України від 19 вересня 1991 року // Відомості Верховної Ради України — 1991. — № 49. — Ст. 682.*
3. *Положення про відповідальність посадових осіб перед товариством та акціонерами відкритого акціонерного товариства: затверджене Наказом ФДМУ від 5 травня 1996 року № 71- р // Бюл. приватизации. — 1996. — № 11. — С. 75.*
4. *Положення про відповідальність посадових осіб перед товариством та акціонерами відкритого акціонерного товариства: Затверджене наказом ФДМУ від 5 травня 1996 року № 71-р // Бюл. приватизации. — 1996. — № 11. — С. 75.*
5. *Дибенко Е. Р. Научно-практический комментарий к Закону Украины «О хозяйственных обществах». — Х.: ЭСПАДА, 2002. — 440 с.*
6. *Проект Закону України «Про акціонерні товариства. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http: // rada. gov. ua.*
7. *Корабельников Б. Г. Трудовые отношения в акционерных обществах. — М.: Статут, 2001. — 143 с.*
8. *Ершов В. В., Єршова Е. Л. Трудовой договор: Учебно-практическое пособие. -3 изд. — М.: Дело, 2001. — 352 с.*
9. *Российское трудовое право: Учебник для ВУЗов / Под ред. Зайвина А. Д. — М.: Изд. группа НОРМА-ИНФРА., 1998. -415 с.*

А. М. Гужва

здобувач Харківського національного університету внутрішніх справ,
Харків, Україна

НЕМАЙНОВИЙ ІНТЕРЕС У ДОГОВОРІ ЗА РИМСЬКИМ ПРАВОМ

Серед романістів XIX ст. упродовж тривалого часу був погляд, що зобов'язання обов'язково повинно мати майновий характер. Так, класик цивілістичної науки Д. І. Мейер вважав, що науку цивільного права треба вважати наукою про майнові права [1, с. 30]. Вперше обов'язковість майнового характеру зобов'язання була спростована німецьким ученим-правознавцем Р. Ієрінгом. Зустрічаємо аналогічні думки стосовно цього питання у працях багатьох учених-цивілістів. Найвідоміша праця, присвячена цьому питанню, — монографія дореволюційного російського

правознавця Є. Пасека «Неимущественный интерес в обязательстве». Серед інших учених, які зверталися до тематики немайнового інтересу, можна назвати правознавців радянського періоду Домбровського Є., Ряшенцева В., Ойгензіхта В. та ін.

Хоча навряд чи ми зустрінемо договір, предметом якого є лише немайнові відносини, у джерелах римського права можна знайти багато прикладів, де немайновий інтерес супроводжує майнові відносини. Є. Пасек стверджував: «в договор, носящий сам по себе имущественный характер, включаются соглашения, имеющие целью обеспечение интересов другого рода, такие соглашения получали правовую защиту и такая защита римскому праву была хорошо известна» [4, с. 84].

Насамперед, треба звернути увагу, що у римському праві є обов'язкова вимога немайнового характеру щодо предмету договорів.

Pacta, quae turpem causam continent, non sunt observanda: veluti si paciscar ne furti agam vel iniuriarum, si feceris: expedit enim timere furti vel iniuriarum poenam: sed post admissa haec pacisci possumus. item ne experiar interdicto unde vi, quatenus publicam causam contingit, pacisci non possumus. et in summa, si pactum conventum a re privata remotum sit, non est servandum: ante omnia enim animadvertendum est, ne conventio in alia re facta aut cum alia persona in alia re aliave persona noceat. (D. 2.14.27.4.).

(Угод, що містять у собі ганебну основу, не слід дотримуватись: як наприклад, якщо я укладу угоду, що не подам позову з крадіжки або із завдання образи, якщо ти це зробиш. Важливо, щоб був страх до покарання за крадіжку чи образу. Але після того, як це вже було скоєно, ми можемо укласти угоду. Також ми не можемо укласти угоду про те, щоб я не використовував інтердикт unde vi, тому що це стосується публічної справи. І, нарешті, якщо угода виходить за межі приватної справи, її не слід дотримуватись. Насамперед треба звертати увагу на те, щоб угода, яку уклали щодо певної речі або з певною особою не спричинила шкоди певній особі або певній речі[1]).

У Є. Пасека знаходимо міркування, які розвивають вказане положення римського права: «Обязательства, направленные на действия невозможные и на действия безнравственные, юридической силы иметь не могут, что понятно само собой, так как оба требования вытекают непосредственно из самой природы права. Защищая, наконец, обязательства, имеющие предметом действия безнравственные, право шло бы вразрез со своими основными задачами: каково бы ни было отношение между правом и моралью, защита безнравственности, тем более принуждение к ней, в цели права входить не может» [4, с. 98].

Самі ж договори також можуть містити вимоги немайнового характеру. Як показує аналіз джерел римського права, це, як правило, договори bona fides (доброї совісті).

Зустрічаємо у джерелах вимоги немайнового характеру у договорі найму. Наприклад, якщо через споруджену сусідом будівлю наймач дома втрачає світло, він може вчинити позов до наймодавця або знизити плату за найм. Те ж саме стосується випадку, коли наймодавець не ремонтує дуже ушкоджені вікна й двері (D. 19. 2. 25. 2.); якщо наймач залишає приміщення через страх, він може не сплачувати плату у тому разі, коли була причина для небезпеки [3,с. 471].

Розповсюдженими вимогами немайнового характеру у договорах купівлі-продажу є вимоги щодо певного поводження з рабами. Ці вимоги були забезпечені позовним захистом. Такі вимоги ґрунтувалися на гуманних міркуваннях і могли передбачати такі обов'язки покупця: звільнити раба, не використовувати рабиню у якості проститутки, добре поводитися з рабом, не віддавати раба у володіння родичів продавця у etc. Крім того, були вимоги щодо продажу рабів лише разом із їхніми родичами (D. 21.1.35). Цікавим є положення, згідно з яким відповідальність продавця за одного хворого раба, якщо він входив до складу трупи акторів чи хору, охоплює весь

[1] Переклад автора.

предмет продажу (тобто всю трупу чи хор) (D. 21.1.34) [3, с. 504]. Звичайно ж такі положення враховують скоріше немайновий інтерес рабовласника, ніж раба. Знаходимо навіть заборону продажу рабів, навіть злочинців, для боротьби із дикими звірами на арені цирку (D. 18.1.41) [3, с. 446].

Закріплено також немайновий інтерес стосовно раба у договорі доручення. Так, якщо у договорі доручення встановлено вимогу для покупця звільнити раба, і він його не звільнив, продавець може стягувати з покупця ціну, сплачену за раба, а також може подати позов із доручення через прихильність до раба (може, раб є його позашлюбним сином чи братом) (D. 17.1.54) [3, с. 426]. У цьому випадку також, скоріше за всього, захищається немайновий інтерес рабовласника.

Наведені вище деякі приклади надають підстави вважати, що вже за часів Стародавнього Риму були передбачені договори з немайновим інтересом. Але треба зазначити, що ці випадки були поодинокі і не складали єдиної системи. Немайнові вимоги щодо предмету договору мали додатковий характер і не отримали послідовного закріплення у зобов'язальному праві Стародавнього Риму. У першу чергу сприймали до уваги майнові відносини. Однак, те, що деякі угоди вже у римському праві передбачали охорону немайнових відносин можна вважати великим кроком у питанні розвитку немайнового інтересу у договірних зобов'язаннях.

На теперішній час багато здобутків правової думки сприймається нами як щось звичайне. Але формування багатьох правових понять пройшло через століття зусиллями багатьох юристів. На прикладі цієї доповіді була спроба показати, у яких випадках договірні зобов'язання набували немайнового інтересу у Стародавньому Римі.

Використані джерела:

1. *Мейер Д. И. Русское гражданское право. — 1902. — 268 с.*
2. *Иеринг Р. Интерес и право. — Ярославль. — 1880. — 212 с.*
3. *Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. — М.: Зерцало, 1997. — 608 с.*
4. *Парсек Е. Неимущественный интерес в обязательстве.– Юрьев, 1893. — 86 с.*

Н. Р. Гуменюк

аспірант Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПОНЯТТЯ, ФОРМИ І ВИДИ ТОРГІВ

Торги — найбільш складний, але при цьому максимально ефективний спосіб укладення договору. Виникнення такого змагального і добровільного способу купівлі-продажу, розміщення замовлень і здійснення інших цивільно-правових правочинів мало очевидні практичні передумови. Необхідність негайного пошуку контрагента і бажання забезпечити максимально вигідні економічні та інші умови договору, підсилення конкуренції між можливими контрагентами — головні причини створення та організації різних форм і видів торгів.

Незважаючи на широке застосування торгів в народному господарському обороті України, до цього часу існує чимало неузгодженостей в законодавчому регулюванні цього цивільно-правового інституту, насамперед, термінологічних, що зумовлено, в свою чергу, відсутністю вітчизняних науково-теоретичних напрацювань у цій сфері.

В Україні існує понад тисячу нормативно-правових актів, в яких вживаються терміни: «торги», «публічні торги», «тендер», «конкурс», «аукціон». Розмежування цих понять має особливо велике значення для виконавчого провадження, в рамках якого проводиться реалізація майна боржника, в тому числі — з торгів, оскільки може допомогти у визначенні інтересів, які насамперед захищаються в ході таких торгів, а також — у з'ясуванні правового становища спеціалізованої організації, боржника та державного виконавця, захисту їхніх прав і прав переможця-покупця у разі визнання торгів недійсними.

Цивільний кодекс України [8] не дає загального визначення цих понять, і в той же час не всі нормативно-правові акти містять пояснення, що саме слід розуміти під застосовуваними ними вищезазначеними термінами, а ті, які дають визначення, вживають їх у різних значеннях. Наприклад, в п'ятнадцятому абзаці ст. 1 Закону України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» [5] дається визначення: «**торги (тендер)** — здійснення конкурентного відбору учасників з метою визначення переможця торгів (тендера) згідно з процедурами (крім закупівлі в одного постачальника), встановленими цим Законом», а вже з назви іншого законодавчого акту випливає поняття **«конкурс (тендер)» —** це Положення про порядок організації та проведення міжнародних конкурсів (тендерів) на укладення контрактів на користування надрами [7]. А у Положенні про умови і порядок проведення тендерів (конкурсів) з визначення спеціалізованих організацій для реалізації арештованого державними виконавцями майна [6], як бачимо вживається термін **«тендер (конкурс)»**, який, як і у попередньому нормативно-правовому акті не тлумачиться законодавцем. У таких випадках виникає справедливий сумнів у ідентичності значення даних термінів. І таких випадків більш, ніж достатньо. За такої ситуації необхідним є аналіз цивільного, процесуального, виконавчого та інших галузей законодавства для визначення суті та правильності застосування розглядуваних понять, адже єдине правове регулювання торгів у сфері приватного і публічного права відсутнє.

Укладення договорів на торгах застосовується в таких сферах, як приватизація, державні закупівлі і підряди, продаж спеціальних дозволів (ліцензій) на право користування надрами, надання послуг з перевезення пасажирів на автобусних маршрутах загального користування**,** реалізація заставленого майна та ін. Торги можуть застосовуватись при укладенні будь-яких договорів, спрямованих на продаж майна (нерухомості, цінних паперів, активів підприємств), а також прав (наприклад, права на укладення договору та ін.), виключаючи лише договори, здійснення яких на торгах несумісне з їхньою сутністю. Так, торги не застосовуються для укладення договору дарування, договору про спільну діяльність тощо [2, с. 20].

Спробуємо вивести визначення і розкрити суть основних понять, які використовуються в інституті торгів. Розпочнемо із самого терміну «торги». Юридичний словник подає наступне визначення торгів: «це конкурентний порядок укладення деяких договорів (купівлі-продажу, поставки, підряду)» [1, с. 627], чим наголошує на конкурентну природу торгів. В навчальній літературі з цивільного права під торгами розуміється один із способів укладення договорів, суть якого полягає в тому, що договір укладається організатором торгів з особою, яка виграла торги [3, с. 507]. Дане визначення, не дивлячись на його стислість, дуже яскраво підкреслює цільову направленість торгів — на укладення цивільно-правових договорів. Проте, дане визначення не є бездоганним, оскільки замовчує про змістовну сторону поняття торгів. З метою усунення цього недостатку визначення спробуємо подати власну дефініцію: **торги — це спосіб укладення договору, який містить у своїй основі конкуренцію між суб'єктами цивільно-правових відносин на право бути стороною договору і призваний забезпечити укладення договору на оптимальних умовах для сторони, яка застосовує торги.**

Поряд із основною природою торгів як способу укладення договору існує ряд інших додаткових відмінних ознак, які також характеризують торги як категорію і дозволяють підкреслити окремі її сторони.

Перш за все, слід відзначити, що з якісної сторони торги є сукупністю певних елементів, впорядкована взаємодія яких дозволяє досягнути тау соціально значиму ціль, як встановлення договірних зв'язків між учасниками цивільно-правових відносин. Тому під торгами в зазначеному аспекті слід розуміти не лише спосіб, але й **механізм укладення договору** [4, с. 25].

Разом з тим, етимологічно термін «торги» своєю появою завдячує дієслову «торгуватися», тобто торгам внутрішньо притаманне і конкурентне начало, яке призводить до того, що торги також є **процедурою виявлення переможця**.

Крім цього, не можна забувати про те, що торги — **цивільно-правовий інститут**, який включає в себе сукупність правових норм, що регулюють відповідний вид суспільних відносин. Таким чином, торги слід розуміти не лише як спосіб укладення договору, а й як механізм укладення договору, як процедуру виявлення переможця, як цивільно-правовий інститут.

Форми торгів: аукціон, редукціон, спеціалізований аукціон; конкурс.

Значення і вживання терміну «тендер».

Розрізнення понять «публічні» та «прилюдні» торги.

Класифікація торгів.

За інтересом проведення торгів: приватні, публічні, змішані.

За підставами проведення: добровільні, примусові.

За колом учасників торгів: відкриті, закриті, з обмеженою участю.

Відповідно до сфери застосування: біржові, у виконавчому провадженні, у сфері державних закупівель та ін.

Використані джерела:

1. Большой юридический словарь / В. А. Белов, В. В. Бойцова, Л. В. Бойцова и др.; А. Я. Сухарев, В. Е. Крутских (ред.). — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: ИНФРА-М, 2002. — 704 с.

2. Волков К. Н. Торги как способ заключения договора: Дис. ... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 2006. — 155 с.

3. Гражданское право: Учебник. Т. 1. Изд. пятое, перераб. и доп. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М., 2000. — 630 с.

4. Груздев В. Торги: понятие, правовая природа, признание недействительными // Хозяйство и право. — 2004. — № 7. — С. 25.

5. Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти: Закон України від 22.02.2000 р. № 1490-III // ВВР. — 2000. — № 2. — Ст. 148.

6. Положення про умови і порядок проведення тендерів (конкурсів) з визначення спеціалізованих організацій для реалізації арештованого державними виконавцями майна, затв. Наказом Міністерства юстиції України від 11.11.2003 р. № 136/5 // ОВУ. — 2003. — № 46. — Ст. 2414.

7. Про Положення про порядок організації та проведення міжнародних конкурсів (тендерів) на укладення контрактів на користування надрами, затв. Постановою Кабінету Міністрів України від 08.06.1998 р. № 33 // ОВУ. — 1998. — № 23. — Ст. 838.

8. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV // ВВР. — 2003. — №№ 40-44. — Ст. 356.

О. І. Гуменюк
аспірант Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПОНЯТТЯ ТА ЗНАЧЕННЯ ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЇ УЧАСНИКІВ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Однією з найактуальніших проблем останнього часу стає проблема індивідуалізації учасників цивільних правовідносин. Адже нормальне здійснення цивільних прав і виконання цивільних обов'язків неможливе без чіткого уявлення про суб'єкта таких відносин.

Проблема індивідуалізації була актуальною ще в період античності. Філософи того часу (Левкіп, Демокріт, Епікур, Лукрецій, Платон, Арістотель та ін.) здійснили перші теоретичні роздуми та осмислення проблеми індивідуалізації, що в свою чергу найшло відображення в Римському праві. Як свого часу зазначав М. В. Вишняк: «Римське право являє собою крайнє вираження індивідуалістичного начала. Рим, який вдало поєднував ідею свободи (Греція) з ідеєю неообхідності (Схід), з яких складається право, — однаково наповнив і цивільне, і публічне своє право крайнім індивідуалізмом» [1, с. 11].

Повертаючись до сьогодення, слід відмітити, що чинний Цивільний Кодекс України (далі — ЦК) у статті 2 визначає учасників цивільних відносин, якими є: фізичні та юридичні особи, держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права, а також закріпляє деякі засоби індивідуалізації для цих учасників та відповідні права на них (наприклад для фізичних осіб — право на ім'я (ст. 294 ЦК), право на індивідуальність (ст. 300 ЦК)), що свідчить про бажання законодавця здійснити чітку диференціацію цих учасників. І справді, як відзначив У. Бек: «Центральні інститути, такі як основні права (громадянські, політичні і соціальні) адресовані індивідууму, а не колективам чи групам» [2]. Питання індивідуалізації зачіпається законодавцем і в інших нормативно-правових актах, зокрема в Законах України «Про банки і банківську діяльність», «Про електронні документи та електронний документообіг», «Про електронний цифровий підпис», «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців», «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні», «Про Державний реєстр фізичних осіб — платників податків та інших обов'язкових платежів» і інших, що свідчить про важливість даного питання. Так, згідно ст. 64 ЗУ «Про банки і банківську діяльність» банкам забороняється відкривати та вести анонімні (номерні) рахунки, а також забороняється вступати в договірні відносини з клієнтами — юридичними чи фізичними особами у разі, якщо виникає сумнів стосовно того, що особа виступає не від власного імені. А тому, лише індивідуалізувавшись у суспільстві можна повноцінно вступати у суспільні відносини та вимагати правового захисту своїх суб'єктивних цивільних прав та охоронюваних законом інтересів. Також слід зазначити, що індивідуалізація учасників цивільних правовідносин дає можливість державі та суспільству здійснювати ефективне регулювання суспільних відносин та забезпечувати охорону їхніх прав і законних інтересів в окремо взятому правовому порядку. Як зазначав у своїй роботі Й. О. Покровський: «Суспільство і держава складаються з визначеної кількості індивідів, кожний з яких відчуває себе окремою, самостійною особистістю, зі своїм внутрішнім і зовнішнім життям, зі своїми індивідуальними інтересами і індивідуальними особливостями» [3].

Незважаючи на актуальність проблеми індивідуалізації учасників цивільних правовідносин, на сьогодні у вітчизняній юридичній науці не було здійснено комплексного наукового дослідження даного питання. Деякі аспекти інституту індивідуалізації висвітлювалися у підручниках, посібниках, монографіях та статтях,

присвячених правовій охороні окремих його елементів, проте не слід вважати цю проблематику вичерпаною.

Досліджуючи дане питання в науковій літературі, автори основну увагу приділяють такому способу індивідуалізації як ім'я фізичної особи. Виділяють і деякі інші індивідуалізаційні ознаки: у фізичних осіб — це громадянство, сімейний стан, вік, стать, стан здоров'я [4], місце проживання, честь, репутація, гідність, номер, серія паспорта та доменне ім'я, і ін.; у юридичних осіб — це логотип, бренд, репутація, електронний підпис керівника, індекс, електронний адрес, статут, рахунок тощо [5]. Деяким із вказаних вище ознак відповідають суб'єктивні цивільні права, більшість із яких мають природу особистих немайнових прав.

Недостатність сучасних наукових розробок із зазначеної проблематики, відсутність теоретичних узагальнень та відповідних практичних рекомендацій негативно впливають на формування та розвиток інституту індивідуалізації учасників цивільних правовідносин у системі цивільного права України. Зазначене обумовлює нагальну потребу глибокого комплексного наукового дослідження теоретичних та практичних проблем індивідуалізації, а науково-теоретичні висновки та практичні рекомендації сприятимуть впровадженню більш досконалого нормативного масиву, присвяченого правовій регламентації відносин у даній сфері цивільно-правового регулювання.

Для розуміння правого режиму індивідуалізації слід перш за все визначити її поняття. Виходячи з того, що індивідуалізація в принципі служить виокремленню індивідуальності суб'єкта як учасника правовідносин, то під нею слід розуміти сукупність ознак, які визначають своєрідність суб'єкта чи об'єкта. Таким чином, індивідуалізація може розглядатись як ідентифікація суб'єкта відносин через належні йому ознаки. В цивілістиці традиційно так склалось, що термін «індивідуалізація» застосовувався для встановлення тих ознак учасника цивільних відносин, які служили цілям вирізнення його від інших учасників.

Слід також відзначити правовий аспект індивідуалізації, який має два прояви: матеріальний, як система притаманних учаснику цивільних правовідносин індивідуальних ознак, що відрізняють його від інших учасників, і процесуальний — врегульована діючим законодавством процедура набуття певних ознак індивідуалізації і закріплення прав на них.

Позитивне регулювання індивідуалізації має різногалузеву та різноінституційну основу. Дане законодавство є комплексним і змішаним. Проте основну його частину становить право приватне, зокрема цивільне. Норми щодо індивідуалізації зустрічаються в загальних положеннях про фізичних та юридичних осіб; в праві інтелектуальної власності; в праві про недобросовісну конкуренцію. Проте всі вони мають одне призначення — ідентифікувати учасника правовідносин.

Індивідуалізація учасників цивільних правовідносин може здійснюватись різноманітними ознаками, тісно пов'язаними з тим, чи мова йде про фізичну особу, чи про юридичну особу чи іншого суб'єкта. Проте є індивідуалізаційні ознаки які притаманні всім учасникам цивільних правовідносин. До таких слід віднести репутацію та ознаки, що іменують учасника правовідносин.

Підсумовуючи вище наведене, виведемо поняття індивідуалізації учасників цивільних правовідносин, під яким слід розуміти процес виділення суб'єкта по певним соціально-юридичним ознакам, які мають правове значення, і відрізняють його від інших учасників цивільних правовідносин і характеризують як відокремленого, персоніфікованого суб'єкта цивільно-правових відносин.

Використані джерела:

1. Вишняк М. В. Личность в праве. 2-е изд. — Пг., 1917 //http://dbs-win.rub.de/personalitaet/pdf/136.pdf .

2. Бек У. Собственная жизнь в развязанном мире: индивидуализация, глобализация и политика. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.soc.pu.ru/publications/pts/bek_3.shtml.
3. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. — Пг., 1917 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://dbs-win.rub.de/personalitaet/ru/index.php?cp=document&id=233 .
4. Гражданское право. Учебник. Изд. 2, перераб. и доп. / Отв. ред. Е. А. Суханов. — М., 1998. — Т. 1.
5. Селюков М. А. Индивидуализация юридических лиц: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. / Белгородский государственный университет. — Белгород, 2006.

А. М. Демчук
аспірант Львівського національного університету імені Івана Франка,
Львів, Україна

ПРИПИНЕННЯ ДОГОВОРУ СКЛАДСЬКОГО ЗБЕРІГАННЯ

У Цивільному кодексі України (далі — ЦКУ) знайшли своє правове регулювання ряд нових договорів, що зумовлено потребами економічного обороту, а також договори, які не регламентувались ЦК 1963 р., хоча і мали широке застосування. До таких договорів саме відноситься договір зберігання на товарному складі. Даному виду договору присвячено § 2 Глави 66 ЦКУ ст. 294 Господарського кодексу України (далі — ГКУ), Закон України «Про зерно та ринок зерна в Україні» [1, с. 258]; Закон України «Про сертифіковані товарні склади та прості і подвійні складські свідоцтва» [2, с. 136]. Дані нормативні акти покликані врегулювати відносини складського зберігання та сформувати належну правову базу для встановлення відкритих і зрозумілих суспільству відносин.

Проте, правовий зв'язок, що існує між суб'єктами зобов'язань, ніколи не може бути довічним. Поставши одного разу з перебігом певного часу та за тих чи інших обставин, цей зв'язок має властивість зникати, і суб'єктивні права та обов'язки, що становили зміст зобов'язального правовідношення, відпадають, у зв'язку з чим дія існуючого цивільно-правового зобов'язання припиняється [3, с. 504].

Метою даної доповіді є: дослідження основних підстав припинення зобов'язання зберігання на товарному складі та встановлення їх особливостей.

У свій час Д. І. Мейєр виділяв три основні підстави припинення зберігання: повернення майна поклажодавцю, перехід до зберігача прав на це майно і загибель майна («...майно знищується зберігачем, він несе відповідальність або не несе відповідальності, однак: поклажа все одно припиняється.») [4, с. 491].

Як і при визначенні підстав і меж відповідальності сторін договору складського зберігання, порядок припинення договору в нинішній час регулюється нормами § 2 глави 66 ЦК України з урахуванням положень § 1 даної глави, а також норм глави 50 ЦКУ. Щодо зберігання товарів на складах, яке визначається спеціальними нормативно-правовими актами, можуть встановлюватися особливі умови припинення договору складського зберігання.

Основною підставою припинення договірних зобов'язання складського зберігання є його виконання сторонами. На думку М. І. Когана виконання зобов'язання повинно бути підтверджене документом: повернення товару поклажодавцю повинне бути підтверджене складською квитанцією, а платежі за договором — платіжними дорученнями з відмітками банку про їх здійснення [5, с. 30].

За загальним правилом договір складського зберігання, укладений на певний строк, припиняється після закінчення зазначеного строку.

Оскільки будь-який договір зберігання покликаний забезпечити інтереси поклажодавця, останній має право у будь-який момент зажадати припинення зберігання і повернення прийнятих на зберігання речей. Ця норма, встановлена у ст. 953 ЦКУ, є імперативною. Тому сторони не мають права передбачити в договорі зберігання умову про заборону поклажодавцю вимагати припинення зберігання. Якщо така умова все ж таки буде включена в договір, згідно до ст. 217 ЦКУ вона буде нікчемною.

Якщо в договорі складського зберігання строк зберігання визначається моментом вимоги товарів поклажодавцем, у цьому випадку договір припиняється в той момент, коли поклажодавець пред'являє складу вимогу про повернення товарів. Відповідно до ст. 938 ЦКУ, зберігач має право після закінчення звичайного за цих обставин строку зберігання речі зажадати від поклажодавця забрати річ назад, надавши йому для цього розумний строк.

Якщо договір складського зберігання укладається на невизначений строк, в цьому випадку він може бути припинений за ініціативою поклажодавця.

Якщо ж договір зберігання укладений без зазначення строку, відповідно до ч. 2 ст. 938 ЦКУ зберігач зобов'язаний зберігати річ до пред'явлення поклажодавцем вимоги про її повернення. При цьому норма ч. 2 ст. 938 ЦКУ не містить вказівок на право зберігача вимагати припинення договору після закінчення звичайного строку зберігання речей такого роду.

Проте очевидно, що право зажадати припинення договору зберігання і передачі речей, які зберігаються, назад, повинно бути надане зберігачеві і у випадку, коли договір зберігання укладений без зазначенням строку. Інакше зберігач зобов'язаний був би постійно зберігати річ, чекаючи того моменту, коли поклажодавець зажадає її повернення. Тому товарний склад, як і будь-який інший зберігач, повинен вимагати припинення договору і в разі, коли строк зберігання визначений моментом вимоги речі поклажодавцем, і в разі, коли договір укладений без зазначення строку.

Договір складського зберігання припиняється у разі знищення товарів, що зберігаються на складі, якщо вони належать до індивідуально-визначених речей. Однак, дискусійним серед цивілістів є питання про те, чи припиняється дія договору складського зберігання у разі знищення товарів, які визначаються родовими ознаками, тобто при іррегулярному зберіганні [6, с. 497]. Очевидно, що у випадку, якщо товарному складу надано право розпорядження такими товарами і до відносин сторін згідно із нормою ст. 958 ЦКУ застосовуються правила про позику, загибель таких товарів не звільняє склад від обов'язку повернути поклажодавцю однакову кількість інших товарів того ж роду і якості. Тобто в цьому випадку загибель товарів, що зберігаються, не може бути підставою для припинення договору складського зберігання.

Договір складського зберігання припиняється при продажі товарним складом товарів, що зберігаються, в умовах, передбачених ст. 945 ЦК України — коли під час зберігання виникла реальна загроза псування товарів, що зберігаються, або товари вже піддалися псуванню, або виникли інші обставини, за яких збереження товарів не може бути забезпечене, і поклажодавець не може своєчасно вжити відповідних заходів.

До договору складського зберігання застосовуються загальні положення глави 50 ЦК України про припинення зобов'язань. Зокрема, зобов'язання щодо складського зберігання може бути припинено угодою сторін.

Відповідно до ст. 606 ЦК України договір складського зберігання припиняється у випадку, якщо товарний склад набуває товарів, що зберігаються, у власність. Договір складського зберігання також припиняється у разі ліквідації товарного складу або поклажодавця, оскільки інше не встановлене нормами глави 66 ЦКУ.

В науковій літературі, як окремі способи припинення договору зберігання розглядав також зарахування зустрічних вимог зберігача і поклажодавця, за яким

вимога поклажодавця до зберігача щодо відшкодування вартості втрачених або зіпсованих товарів зараховується в рахунок вимоги зберігача щодо оплати його послуг [5, с. 31]. Очевидно, що зобов'язання з договору складського зберігання може бути припинене зарахуванням зустрічних вимог товарного складу і поклажодавця за умови дотримання правил, встановлених ст. 601 ЦКУ.

Якщо договір складського зберігання є консенсуальним довгостроковим, то при передачі товарів на зберігання в цьому випадку припинення строку зберігання окремої партії товарів не буде підставою для припинення договору. Окрім цього, якщо договір складського зберігання є змішаним і передбачає разом із забезпеченням збереження товарів обов'язок товарного складу надати інші послуги поклажодавцю, в цьому випадку закінчення строку зберігання і повернення товарів поклажодавцю також можуть не бути підставами для припинення договору складського зберігання.

Отже, підстава припинення зобов'язання за договором зберігання на товарному складі залежить від форми та умов на яких був укладений сам договір.

Використані джерела:

1. *Про зерно та ринок зерна в Україні: Закон України від 4 липня 2002 року № 37-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 35. — Ст. 258.*
2. *Про сертифіковані товарні склади та прості і подвійні складські свідоцтва: Закон України від 23 грудня 2004 року № 2286-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 6. — Ст. 136.*
3. *Цивільне право України: Академічний курс: Підруч.: У двох томах / За заг. ред. Я. М. Шевченко. — Т.1. Загальна частина. — К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. — 520 с.*
4. *Мейер Д. И. Русское гражданское право. — Санкт-Петербург: 1910. -С. 491.*
5. *Коган М. И. Регулирование отношений по хранению товаров в торговле. — М. — 1970. — 237 с.*
6. *Иоффе О. С. Обязательственное право. — М. — 1975. — 880 с.*

Л. М. Долгополова

студентка факультету № 4 Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, Харків, Україна

ІННОВАЦІЙНЕ ІНВЕСТУВАННЯ

Сучасність свідчить про те, що рівень економічного розвитку окремої держави безпосередньо залежить від ефективності державної політики в інноваційній сфері. Починаючи 70-80 років XX століття, у розвинутих країнах виникли нові тенденції розвитку інноваційної діяльності. Насамперед, численними творцями промислової власності, розробниками науково-технічної продукції були представники малого бізнесу. Первинним джерелом коштів малих наукоємних компаній є власні капітали їх засновників, котрих, звичайно, не вистачало для мети фінансування всіх стадій створення і реалізації нововведень. Це спонукає засновників звертатися до зовнішніх джерел фінансування, якщо вони переконані, що на створений зразок нового продукту є попит і він має свій ринок збуту. Таким чином, це і послугувало поштовхом для виникнення нового різновиду фінансового капіталу – венчурного (ризикового) , який почав працювати в сфері венчурного бізнесу. Згодом виникла широка мережа структур, які стали організаційною формою інноваційної діяльності [1, с. 48].

Загалом, венчурний бізнес є комплексним поняттям, що охоплює ряд складових. У першу чергу, це система фінансування інноваційної діяльності, коротко кажучи —

«інвестиції в інновації». По-друге, це цілий ряд суб'єктів інноваційних правовідносин, основними з яких є венчурні фонди. По-третє, венчурний бізнес стає однією з форм комерціалізації інтелектуальних продуктів.

Загальний світовий ринок венчурного капіталу в середині 90-х перевищив 100 млрд. дол. За один тільки 1996 р. нові інвестиції венчурного капіталу в США становили майже 10 млрд. дол., а на європейському континенті — майже 8 млрд. дол. За фінансової підтримки з боку венчурного капіталу отримали путівку в життя такі досягнення людства, як мікропроцесори, персональні комп'ютери, технологія рекомбінантних молекул ДНК (генна інженерія). Низка раніше невідомих фірм, таких як «Майкрософт», «Джінентек» піднялися на «дріжджах» венчурного капіталу до рівня лідерів нових галузей сучасного наукоємкого виробництва.

На даний час існують два основних ринки венчурного капіталу — США і Канади та Європи. Звичайно, під європейським ринком розуміють ринок Західної Європи. Перспективними також вважаються ринки Південно-Східної Азії, Ізраїлю, Індії і Австралії. Думки експертів розходяться щодо потенціалу Китаю , однак, у будь-якому разі, він є великим [2, с. 27].

Зрозуміло, що особливість застосування венчурного капіталу залежить від специфіки конкретної країни. Так, наприклад: для США характерно залучення венчурного капіталу в нові наукоємні технології, що прискорює процес широкого освоєння інновацій і, як правило, не пов'язано з державними цільовими програмами. Це — надання різних пільг, які покривають у середньому від 10% до 20% загальної суми витрат на науково-дослідні й дослідно-конструкторські роботи їх безпосередніх виконавців. Це, насамперед, амортизаційні пільги й податкові знижки на капіталовкладення а також організаційні заходи з координації наукових досліджень. Крім того, ця форма стимулювання передбачає концентрацію кадрів і матеріального забезпечення для експериментальних і дослідних цілей, створення служб збору й обробки інформації тощо [3, с. 44].

У країнах Західної Європи венчурні інвестиції спрямовують на активізацію довгострокових (ризикових) досліджень у провідних галузях економіки і здійснюють у формі надання контрактів на виконання окремих науково-дослідних робіт, дотацій, кредитних пільг, різноманітних гарантій виконавцям. При цьому найважливіша роль належить стимулюванню державних цільових програм. Крім того, венчурних інвестицій потребує стимулювання розвитку перспективних компаній, які через брак коштів вимушені зменшувати обсяги виробництва.

На сьогодні стратегічний намір України націлений на інтеграцію держави до європейської спільноти. Зрозуміло, що така інтеграція неможлива, зокрема, без інвестиційного клімату, стабільність якого заохочувала б іноземних інвесторів вкладати гроші саме в українські ідеї і як наслідок, гарантувала б ефективність інноваційної сфери [4, с. 9].

Ідучи шляхом досвіду розвинутих країн, покращити та активізувати останні можливо саме за допомоги венчурного бізнесу. З одного боку, в Україні цій актуальній проблемі приділяється увага, свідченням тому є низка законодавчих актів органів державної влади різних рівнів. Проте, з іншого боку, — досі не дано визначення суті, функцій, принципів діяльності венчурних фондів і венчурних компаній, які є першоджерелом Інноваційної діяльності у багатьох розвинених країнах світу. Недоліки такого роду призвели до того, що в Україні під терміном «венчурний» і поняттям «венчурний капітал» і «венчурне фінансування» розуміється будь-який вид фінансування, який відрізняється від швидкого і невигідного кредитування, який здебільшого нагадує проектне фінансування [5, с. 19]. Більш того, межі розуміння терміна «венчурний» розширені настільки, що під ним розуміють як засіб і форму фінансування, так і молоду тільки засновану компанію, яка шукає спосіб фінансування власного бізнесу за допомогою зовнішнього джерела [6, с. 34].

Звертає на себе увагу і той факт, що організаційно-правовими формами венчурного бізнесу в США і країнах Європи є акціонерні компанії, адже надійною гарантією венчурного капіталіста отримати прибуток при будь-якому результаті є контрольний пакет акцій , в які робилися інвестиційні вливання. В Україні, окрім акціонерних товариств (АТ), можливі вкладання інвестицій у товариства з обмеженою відповідальністю (ТОВ), а також командитні товариства, в яких вкладники не беруть участі в управлінні, а лише фінансують їх діяльність [7, с. 146].

В ідеалі система венчурних фондів повинна надати Україні можливість вийти на західний ринок. Зрозуміло, що для реалізації встановленої мети необхідна наявність вітчизняного конкурентоспроможного продукту, який міг би користувався попитом на західному ринку. Така стратегія, в свою чергу, потребує стимулювання вітчизняного наукового потенціалу як першочергового джерела впровадження відповідного продукту, послуги або технології. У цьому світлі заслуговує на увагу досвід Японії уряд якої стимулює винахідників не тільки шляхом надання податкових пільг чи державних премій, а і законодавчо встановленою можливістю використання працівником-винахідником до 15 відсотків робочого часу з метою розробки власного наукоємного проекту, використовуючи при цьому науково — технічний потенціал відповідної компанії.

Стає зрозумілим, що стимулююча державна політика в сфері венчурного фінансування можлива лише за підтримки вітчизняного виробника на взаємовигідних умовах. Першочерговим завданням при цьому є заохочення інноваційних проектів приватних і державних установ, організацій, компаній шляхом створення для них пільгових умов на розробку і впровадження прогресивної техніки й технології і здійснення науково-дослідної діяльності.

Нові знання мають стати товарами й послугами в сфері виробництва, що, в свою чергу, вимагає оновлення підходів в оподаткуванні, інвестуванні, страхуванні тощо. Доцільно було б законодавчо встановити можливість створення інноваційних фондів при навчальних та наукових закладах, поповнення яких відбуватиметься за рахунок відрахувань від надходжень за здійснення власної комерційної діяльності і насамперед в сфері реалізації результатів своїх знань, спонсорських надходжень від юридичних та фізичних осіб, у тому числу й іноземних.

Доцільно також додати, що стимулюванню вітчизняного наукоємного виробництва сприятимуть й іноземні інвестиції. Зрозуміло, що для цього необхідно спонукати західних інвесторів вкладати гроші у вітчизняні наукоємні проекти, які знайдуть реалізацію на території України. Це запобігатиме славнозвісній «втечі голів», тобто конкурентоспроможних проектів за кордон, досягнення відповідної мети можливе лише внаслідок формування та забезпечення реалізації єдиної державної політики щодо захисту інвесторів, використання венчурного капіталу для фінансування технологій, розвитку ринку цінних паперів та їх похідних, сприяння адаптації національного фондового ринку до міжнародних стандартів.

Використані джерела:

1. *Дагаєв А. А. Механізми венчурного (ризикового) фінансування: світовий досвід і перспективи розвитку. — Менеджмент в Росії і за кордоном. — 1998. — № 1.*
2. *Омельченко А. В. Інвестиційне право. — К.: Атіка, 2000.*
3. *Вознесенская Н. Иностранные инвестиции и смешанные предприятия в странах Африки. — М. — 1973.*
4. *Черниенко А. Развитие законодательства об инвестировании в Украине. Бизнес. — 1998. — № 22.*
5. *Чернадчук В. Д. Історія виникнення та розвитку венчурного фінансування. Український часопис міжнародного права. — 2000.*
6. *Коссак В. М. Правові засади іноземного інвестування. — Л.: Центр Європи, 1999.*

7. *Спасибо-Фатєєва І. В. Венчурний капітал і венчурні компанії як основа перетворень інноваційного середовища в Україні. — Вісник академії правових наук України. — № 2 (45). — 2006.*

С. Л. Драчук
студент Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Украъна

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРІВ ПОЗА ТОРГІВЕЛЬНИМ ТА ОФІСНИМ ПРИМІЩЕННЯМ

З розвитком та становленням цивільного права в Україні останнім часом постають цивілістичні новели, які ще не вивчені як слід у цивілістичній науці та належним чином не врегульовані чинним законодавством України. Таким ще практично майже невідомим інститутом у сучасній українській цивілістиці є прямий продаж (MLM (Multilevel Marketing)) [1] або так звана торгівля поза торгівельними та офісними приміщенням, проте діючий Цивільний кодекс України у ст. 702 визнає такий продаж як продаж товару за зразками [2], хоча багато хто з сучасних українців користуються вищезгаданим явищем, але навіть не підозрюють про це.

Згідно п. 9 ст. 1 ЗУ «Про захист прав споживачів» від 12 травня 1991року в редакції від 01.12.2005 року договір, укладений поза торговельними або офісними приміщеннями — це договір, укладений продавцем (виконавцем) із споживачем особисто в місці, іншому ніж торгівельні або офісні приміщення продавця [3].

Як видно зі статті 702 ЦКУ суть такого продажу полягає в тому, що покупцеві представляється екземпляр товару чи його опис або надається право випробування товару з одночасною передумовою: у випадку укладання договору купівлі-продажу доставлений товар буде цілком відповідати випробуваному або описаному зразку [4]. Наприклад, в 1956 році англійський суд у рішенні в справі «Steels and Bushes v.Bleecker Bik and Co» визнав, що якщо продаж відбувся за описом і за зразком, то для визнання договору дійсним необхідно, щоб річ відповідала не тільки зразку, але й дійсності [5]. Так, у Рекомендаціях щодо організації продажу товарів за зразками зазначається, що продаж товарів за зразками — це форма роздрібного продажу товарів, за яким покупець після попереднього ознайомлення самостійно або з допомогою продавця вибирає необхідні йому непродовольчі товари за встановленими у торгівельному залі зразками, оплачує покупку і одержує товар відповідно до вибраних зразків [6].

Загалом, багаторівневий маркетинг ─ маркетингова концепція, один із методів просування продукції від виробника до споживача, за якого незалежні збутові агенти (дистриб'ютори) фірми-виробника встановлюють безпосередні контакти з потенційними покупцями, наприклад, у місцях проживання або роботи останніх. Так, у жовтні 2001 року компаніями "Ейвон" (Avon), "Емвей" (Amway), "Фаберлік" (Faberlic) , "Мері Кей" (Mary Kay) , "Оріфлейм" (Oriflame) створено "Українську Асоціацію Прямих Продажів". Членство в такій асоціації є гарантією того, що компанія-член діє у відповідності до високих вимог щодо якості продукції та захисту прав споживачів [7].

Компанії-члени Асоціації вимагають від своїх представників дотримання норм «Кодексу професійної етики в галузі прямих продажів, що регулює відносини із споживачами». Наприклад, компанії-члени Асоціації вимагають від своїх представників від самого початку демонстрації товарів (послуг), не очікуючи жодних прохань з боку клієнта, представлятися, повідомляючи достовірну, точну і зрозумілу інформацію про себе, компанію та продукцію, гарантії. Вимагають також своєчасно виконувати замовлення покупців, надавати можливість повернення замовлення з

поверненням сплачених коштів чи предметів, які були надані в рахунок покупки, незалежно від того, чи передбачено це законодавством України [8].

Найважливішою особливістю таких контрактів є те, що споживач не виявляє будь-якого наміру та ініціативи щодо їх укладення (продавець здійснює візит до місця проживання або місця роботи споживача). Також споживачеві надається період замороження (протягом 7 днів з моменту підписання контракту), коли він має розірвати контракт без будь-яких пояснень та додаткових видатків [9].

Отже, виходячи із вищевикладеного слід зазначити, що існування такої асоціації як УАПП не відповідає Закону України «Про захист прав споживачів» у сфері продажу товарів поза торгівельними та офісними приміщеннями і встановлення нею Кодексу професійної етики носить лише рекомендаційний характер і не може на нормативному рівні захищати права споживачів.

Використані джерела:

1. *[Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.udsa.org.ua/booklet_2004.pdf-;*
2. *Цивільний кодекс України від 16.01.03 р. // ВВР. — 2003. — № 40-44. — Ст. 356.*
3. *Про захист прав споживачів: Закон України від 12.05.1991 р. в редакції від 01.12.2005 р. // ВВР. — 1991. — № 30. — Ст. 380.*
4. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: 2 том-2-е вид., перероб. і допов. //За ред. О. В. Дзери (кер. авт. колект.), Н.С. Кузнєцової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — Т.ІІ. — С.296-271.*
5. *Lowe R. Woodroffe Cosumer Law and Practice. — London, 1991. — P. 36-40*
6. *Рекомендації щодо організації продажу товарів за зразками затверджені наказом Міністерства економіки України від 20 липня 2000 року № 152*
7. *Гончарук Н. Пряма подача // Контракти. — № 39. — 2006. — 25 вересня;*
8. *Звєрєва О. В. Захист прав споживачів: Навчальний посібник. — К.: Центр учбової літератури, 2007. — 192 ст.*
9. *Бургуані Т., Рогачова Г. А., Серьогін О. Ю. Право і політика ЄС у сфері захисту прав споживачів: Навчальний посібник. — К.: ІМВ КНУ імені Тараса Шевченка, 2003. — С. 139.*

О. П. Дрішлюк
адвокат,
Одеса, Україна

ПРОВАДЖЕННЯ ЗА ВИНЯТКОВИМИ ОБСТАВИНАМИ ЯК ЗАСІБ ФОРМУВАННЯ ЄДИНОЇ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ПО ЦИВІЛЬНИМ СПРАВАМ В УКРАЇНИ

Реформування судової системи України супроводжується процедурою оновлення українського законодавства. Прийняття Цивільного кодексу України, Сімейного кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України вимагають теоретичного осмислення багатьох їхніх новел. Наприклад, перегляд доктрини цивільного права і закріплення в ЦК України нових джерел права, таких як договір, звичай, актуалізував дискусію щодо інших, законодавчо незакріплених джерел права, зокрема судового прецеденту, а також ролі судової практики в процедурі вдосконалення законодавчих положень та подолань прогалин в правовому врегулюванні суспільних відносин[6, 10, 11, 5, 2, 3].

На нашу думку, цей процес пов’язаний з тенденцією підвищення ролі судової влади в українському суспільстві, розповсюдженням юрисдикції суду, відповідно до положення ст. 124 Конституції України, на всі правовідносини, що знайшло офіційне підтвердження в рішенні Конституційного Суду України від 7 травня 2002 року в

справі № 1-1/2002 № 8-рп/2002, від 9 липня 2002 року в справі № 1-2/2002 № 15-рп/2002. Суд, здійснюючи правосуддя, на засадах верховенства права забезпечує захист гарантованих Конституцією України та законами прав і свобод людини і громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб, інтересів суспільства і держави. На ці аспекти неодноразово зверталася увага в літературі[9, 7].

Разом з тим, поза увагою дослідників залишились питання процесуальних передумов для визнання наявності судового прецеденту в цивільному, адміністративному та господарському процесі України.

В літературі слушно зазначалось, про посилення місця та ролі Верховного Суду України, що обумовлено покладеними на нього обов'язками, насамперед, забезпечення однакового застосування законодавства судами загальної юрисдикції[12]. Аналіз повноважень Верховного Суду України, передбачених ст. 47 Закону України «Про судоустрій України» дозволяє виокремити наступні повноваження, що мають принципове значення з точки зору обраного предмету дослідження: 1) переглядає справи у зв'язку з винятковими обставинами у порядку, встановленому процесуальним законом; переглядає справи у касаційному порядку у випадках, встановлених законом; у випадках, передбачених законом, розглядає інші справи, пов'язані з виключними обставинами; 2) дає судам роз'яснення з питань застосування законодавства на основі узагальнення судової практики та аналізу судової статистики; у разі необхідності визнає нечинними роз'яснення Пленуму вищого спеціалізованого суду, зазначені в пункті 1 частини другої статті 44 цього Закону; 5) веде та аналізує судову статистику, вивчає та узагальнює судову практику, ознайомиться в судах з практикою застосування законодавства.

Зміна процесуального законодавства України, зокрема прийняття нових процесуальних кодексів України суттєво посилили значення судової практики. Так, відповідно до ст. 1 ЦПК України завданнями цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Одним з механізмів, які дозволяють вирішити це завдання є право зацікавлених осіб на оскарження рішень в апеляційному та/або касаційному порядку. Слід зауважити, що з точки зору підготовки судових матеріалів саме касаційне оскарження до Верховного Суду України є найбільш складною та трудоемкою працею. Остання інстанція, яка ставить крапку і виключає можливість подальшого оскарження на національному рівні, вимагає додаткових зусиль з боку зацікавлених осіб та їх представників в частині підготовки матеріалів касаційної скарги. На відміну від раніше чинного ЦПК України 1963 року[4], відповідно до ч. 4 ст. 328 ЦПК України неправильне застосування норм матеріального права чи порушення норм процесуального права є підставою для відкриття касаційного провадження незалежно від обґрунтованості касаційної скарги. Разом з тим, зростання навантаження на суддів, збільшення обсягу судової практики та постійна зміна законодавства актуалізувало питання про забезпечення формування єдиної практики за певними категоріями справ. Реалізація повноважень Верховного Суду України як гаранта формування єдиної судової практики на Україні відбулась через закріплення в Цивільному процесуальному кодексі України 2004 року провадження у зв'язку з винятковими обставинами, однією з підстав порушення якої стало неоднакове застосування судом (судами) касаційної інстанції одного і того самого положення закону (ст. 354 ЦПК України). Аналогічні підстави для порушення провадження за винятковими обставинами Верховним Судом України передбачені ст. 237 КАС України. Аналогічна за своїми підставами процедура міститься і в ГПК України, відповідно до ст. 111-15 якого, Верховний Суд України переглядає у касаційному порядку постанови чи ухвали Вищого господарського суду України є випадки, коли вони оскаржені: у разі їх невідповідності рішенням Верховного Суду України чи

Вищого суду іншої спеціалізації з питань застосування норм матеріального права; у зв'язку з виявленням різного застосування Вищим господарським судом України одного й того ж положення закону чи іншого нормативно-правового акта у аналогічних справах.

Така ситуація дозволяє порушувати питання про прецедентність в роботі Верховного Суду України, через що суттєво зростає відповідальність його суддів. Така ситуація не є винятком в мировій практиці, а проведені порівняльні дослідження навпаки свідчать про розповсюдженість серед країн романо-германської правової родини такої ситуації[8]. В літературі роль судової практики завжди підкреслювалася[15, 1, 14], при цьому практика розглядається як поліаспектне явище[13], єдиного визначення якої і до тепер не має.

За таких умов вважаємо, що наведені процесуальні положення підкреслюють необхідність та актуальність дослідження судової практики і судового прецеденту не тільки з точки зору цивільного права України і його джерел, але з точки зору цивільного, адміністративного, господарського процесуального права України з метою вироблення відповідного механізму впорядкування судової практики та забезпечення її однаковості на території України у відповідних категоріях справ.

Використані джерела:

1. *Гражданское право в вопросах и ответах. — Харьков: Одиссей, 2001. — С. 33-34.*
2. *Дрішлюк А.І. Законодавче закріплення судового прецеденту на прикладі примусового припинення права власності // Наукові записки. Серія «Право». Вип. 6. — Острог, 2005. — С. 243-249.*
3. *Дрішлюк А.І. Про визначення місця судового прецеденту в системі джерел цивільного права України // Університетські наукові записки. Збір. Науков. праць. 2005. — № 3 (15) — С. 72-75.*
4. *Дрішлюк О.П. Окремі процесуальні передумови визнання судового прецеденту в правовій системі України. — Суспільство. Держава. Право. Серія Цивільне право. — 2005 . — № 5. — С. 68-71.*
5. *Луспеник Д. Отечественная судебная практика как дополнительный источник права // Юридическая практика. — 2004. — № 23 (337).*
6. *Малишев Б.В. Судовий прецедент у правовій системі Англії (теоретико-правовий аспект): Автореф. дис. к.ю.н. — К., 2002.*
7. *Марочкін І.Є. Доступність правосуддя та гарантії його реалізації. В зб.: Судова реформа в Україні. — К.: Юрінком-Інтер, 2002. — С. 31-34.*
8. *Марченко М.Н. Источники права. — М.: Проспект, 2005. — С. 503 — 518.*
9. *Організація судової влади в Україні / За ред. А.О. Селіванова — К.: Юрінком-Інтер, 2002. — С. 22-30.*
10. *Погребняк С. Вплив судової практики на юридичні акти в романо-германській правовій сім'ї // Вісник Академії правових наук України — 2003. — № 4. — С. 92-99.*
11. *Ришелюк А. Судебная практика на «кончики иглы» // Юридическая практика. — 2004. — № 26 (340).*
12. *Суд, правоохоронні та правозахисні органи України / За ред. В. Маляренко. — К.: Юрінком-Інтер, 2004. — С. 126.*
13. *Харитонов Е.О., Саниахметова Н.А. Гражданское право Украины. — Харков: Одисей, 2004. — С. 50-53.*
14. *Цивільне право України. У двох книгах. Книга перша / За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. — К.: Юрінком-Інтер, 2004. — С. 39-40.*
15. *Цивільне право України. У двох книгах. Книга 1 / За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової — К.: Юрінком-Інтер, 1999. — С. 43-44.*

А. Л. Дядюк
аспірантка Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана, Київ, Україна

ЗВИЧАЙ ДІЛОВОГО ОБОРОТУ ЯК ДЖЕРЕЛО ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ КОМЕРЦІЙНОГО ПОСЕРЕДНИЦТВА (АГЕНТСЬКИХ ВІДНОСИН)

За змістом ст.ст. 7, 305 Господарського кодексу України від 16.01.2003 р. (із змінами і доповненнями, надалі — ГК України), звичай ділового обороту не є джерелом (формою) регулювання агентських відносини [1]. Не зважаючи на це, деякими науковцями, серед яких Пугінський Б. І. [10, с. 45], Попондопуло В. Ф. та Яковлєва В. Ф. [6, с. 34], Щербина В. С. [12, с. 16], висловлюється думка, що однією з форм регулювання комерційної діяльності є звичай ділового обороту (торговий звичай), хоча останній і застосовується рідше, ніж нормативно-правові акти.

Нормативне визначення «звичаю» та «звичаю ділового обороту» відсутнє у ГК України, проте ч. 1 ст. 7 Цивільного кодексу України від 16.01.2003 р. (із змінами і доповненнями, надалі — ЦК України) закріплено, що звичаєм (або звичаєм ділового обороту) є правило поведінки, яке не встановлено актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин. Звичай може бути зафіксований у відповідному документі, проте, він не застосовується у цивільних відносинах, якщо суперечить договору або актам цивільного законодавства (ч. 2 ст. 7 ЦК України).

З іншого боку, ГК України опосередковано допускає застосування звичаїв ділового обороту для регулювання господарських відносин, на що вказує ряд статей, зокрема: ч. 1 ст. 32 використовує поняття «торгові та інші чесні звичаї у підприємницькій діяльності» при визначенні недобросовісної конкуренції; ст. 193 встановлює, що зобов'язання виконується відповідно до вимог, які звичайно ставляться у певних умовах за відсутності конкретних вимог щодо виконання зобов'язання у законах, інших нормативно-правових актах та договорах.

У коментарі до ГК України «вимоги, що у певних умовах звичайно ставляться» визначаються, як звичаї, які склалися у господарській діяльності та управлінні нею, звичайна поведінка учасників господарських відносин у конкретних життєвих обставинах, адекватна повсякденна практика [8, с. 332]. Проте наведена вище думка не є однозначною серед науковців. Наприклад, ст. 526 ЦК України, встановлює, що «зобов'язання має виконуватись відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що звичайно ставляться». Таке визначення дозволяє Боднар Т. В., на підставі граматичного тлумачення положень ст. 526 ЦК України, дійти висновку, що зазначені поняття не повинні вживатись як синоніми, оскільки «звичай ділового обороту є частиною більш широкого поняття — «інших вимог, що звичайно ставляться» [5, с. 63; 9, с. 24]. Проте і така точка зору додатково підтверджує наш висновок, що звичай ділового обороту є джерелом правового регулювання господарських відносин взагалі та агентських зокрема.

Крім того, поняття «звичай» зустрічається і у інших нормативно правових актах, що регулюють агентську діяльність в окремих галузях господарювання. Так відповідно до ст. 117 Кодексу торговельного мореплавства України від 23 травня 1995 року [2], морський агент зобов'язаний здійснювати добросовісно свою діяльність відповідно до інтересів судновласника або іншого довірителя і звичайної практики морського агентування.

У цьому контексті важливе значення може мати Рішення Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004 [4, с. 41], де в п. 4.1. роз'яснюється, що одним з проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема

норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства.

Відповідно, хоча в Україні агентський договір регламентується законодавством, проте, зважаючи на те, що ця сфера відносин залишається достатньо новою та динамічною, додаткового значення набуває таке джерело права, як звичаї ділового обороту. При цьому, на думку Тенькова С. О., звичай має лише заповнювати прогалини, доповнюючи чинне законодавство та умови договору не замінюючи їх [11, с. 23]. Висловлювання Тенькова С. О. відображає розповсюджену на сьогодні в теорії права позитивістську концепцію розуміння ролі звичаю. На відміну від соціологічної концепції звичаю, що надає останньому провідну роль серед джерел права, позитивістська — надає звичаю мінімальну роль, ототожнюючи право з волею законодавця [7, с. 34-36]. Проте варто пам'ятати, що сучасне торгове право багатьох країн сформувалось на основі торгових звичаїв, які продовжують відігравати важливу роль у сфері міжнародної торгівлі, відтак законодавець не повинен ігнорувати звичай як форму правового регулювання господарських відносин.

Зауважимо, що від звичаю ділового обороту слід відрізняти узвичаєння та усталену практику відносин між сторонами. Під узвичаєнням розуміють правило поведінки, про дотримання якого прямо домовились сторони у своєму договорі, а під усталеною практикою — взаємовідносини, що тривалий час існують між сторонами спірного договору [11, с. 23]. Фактично, зазначені правила поведінки не визнаються джерелами права, проте за конкретними справами можуть мати більшу юридичну силу.

Основними умовами застосування звичаю ділового обороту для регулювання агентської діяльності є: неврегульованість певного аспекту агентських відносин у чинному законодавстві або договорі; відповідність звичаю ділового обороту основам господарського законодавства та природі договору.

З огляду на зазначене, звичай ділового обороту є субсидіарною формою регулювання комерційної діяльності, що застосовується до агентських відносин у частині не врегульованій нормативно-правовими актами та договором.

Таким чином пропонуємо внести зміни до ГК України, шляхом прийняття нової статті наступного змісту:

« 1. Господарські відносини можуть регулюватись звичаєм ділового обороту.

2. Звичаєм ділового обороту є усталене правило поведінки, що склалось внаслідок неодноразового і тривалого однакового застосування на практиці у сфері підприємницької діяльності, не залежно від його закріплення у актах господарського законодавства.

3. Звичай ділового обороту, що суперечить нормативно-правовим актам господарського законодавства або договору, у господарських відносинах не застосовується.»

Використані джерела:

1. *Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року // ВВР. — 2003. –№ 18. — Ст. 135.*
2. *Кодекс торговельного мореплавства від 23 травня 1995 року // ВВР. — 1995. — № 47. — Ст. 349.*
3. *Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року// ВВР. –2003. — № 40. — Ст. 356.*
4. *Рішення Конституційного Суду України у справі щодо відповідності Конституції України положень статті 69 Кримінального кодексу України від 02.11.2004 № 15-рп/2004 // Офіційний вісник України. — 2004 рік. — № 45. –С. 41.*
5. *Боднар Т .В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві. — К.: Юрінком Інтер, 2005.*
6. *Коммерческое право: Учебник / В. Ф. Попондопуло, В. Ф. Яковлева (ред.), Санкт-Петербургский госуниверситет, 1998. — 518 с.*
7. *Мережко А. А. Договор в частном праве. — К.: Юстиниан, 2003. — 176 с.*

8. *Науково-практичний коментар Господарського кодексу України/ Кол. Авт.: Г. Л. Знаменський, В. В. Хахулін, В. С. Щербина та ін., за заг. ред. В. К. Мамутова. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — 688 с.*
9. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. — 2-е вид., перероб. і доп. / За ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — Т.ІІ. — 1087 с.*
10. *Пугинский Б. И. Коммерческое право России. Учебник. — 2-е изд. — М.: Издательство «Зерцало», 2007. — 350,[2]с.*
11. *Тенькав С. О. Коментар судової практики розгляду юридичних помилок у документах. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — 352 с.*
12. *Щербина В. С. Господарське право. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — 480 с.*

Є. М. Дядюк
аспірант Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана, Київ, Україна

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ЗАЛЕЖНОСТІ МІЖ АФІЛІЙОВАНИМИ (ПОВ'ЯЗАНИМИ) ОСОБАМИ В ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

Однією із традиційних ознак, що характеризує будь-яку юридичну особу (в тому числі і господарські товариства), є ознака самостійності.

Однак в ряді випадків законодавець встановлює норми, відповідно до яких одна формальна незалежна особа отримує можливість формувати волю інших формально незалежних осіб, фактично залежних від неї за тими чи іншими підставами.

Тому, для віднесення фізичної або юридичної особи до складу афілійованих (залежних) осіб виникає потреба у визначенні такої кваліфікуючої підстави залежності, як афілійованість — це здатність особи (юридичної чи фізичної) здійснювати вплив (або навпаки — зазнавати впливу) на діяльність суб'єкта господарювання, яка виникає в силу майнових, договірних, організаційно-управлінських, родинних та/або змішаних відносин, а також в силу спільного економічного інтересу, шляхом контролю та визначення рішень, які приймає такий суб'єкт господарювання. Тому метою нашої доповіді є аналіз тих відносини, які складаються між афілійованими особами.

Так, ст. 118 ЦК України закріплює, що господарське товариство (товариство з обмеженою або додатковою відповідальністю, акціонерне товариство) є залежним, якщо іншому (головному) господарському товариству належать двадцять і більше відсотків статутного капіталу товариства з обмеженою або додатковою відповідальністю чи двадцять або більше відсотків простих акцій акціонерного товариства [1].

Отже, цивільне законодавство основним і єдиним критерієм віднесення того чи іншого господарського товариства до залежного (в цілях дослідження зауважимо, що поняття «залежне та головне господарське товариство» є похідним від поняття «афілійовані особи») визначає майнові відносини — володіння часткою у статутному капіталі іншого господарського товариства, що, на нашу думку, не може бути достатнім для досягнення цілей закріплення категорії «афілійовані особи» в господарському законодавстві. В той же час слід вказати, що майнові відносини між пов'язаними господарюючими суб'єктами є найбільш расповсюдженою та законодавчо врегульованою формою взаємної залежності афілійованих осіб [8; с. 49].

На відміну від ЦК України, в ст. 126 ГК України застосовується таке поняття як «асоційовані підприємства (господарські організації)», отже — це група суб'єктів

господарювання — юридичних осіб, пов'язаних між собою відносинами економічної та/або організаційної залежності у формі участі в статутному фонді та/або управлінні [2]. Слід зауважити, що на практиці можливе встановлення і інших форм економічної залежності, окрім участі в статутному фонді, наприклад, шляхом вибіркового надання чи обмеження доступу до певних обмежених природних ресурсів тощо. Метою встановлення такої економічної залежності може бути цілком визначений економічних інтерес — набуття якихось переваг (в тому числі і незаконних), отримання прибутку від узгоджених дій.

Організаційно-управлінськими чинниками набуття афілійованих відносин (відносин контролю) між фізичними та/або юридичними особами може бути: 1) зосередження у однієї особи, яка не є учасником товариства і діє на підставі довіреностей учасників (у вітчизняній практиці це можуть бути посадові особи товариства, якім дрібні акціонери передають свої голоси, або банки, що зберігають свої акції за своєрідну компенсацію своїх послуг — передачі їм голосів з таких акцій), значної кількості голосів; 2) одні й ті самі особи обіймають посади в органах управління у двох і більше підприємствах.

Наприклад, підпункти 2.1.3.3 та 2.1.3.4 Положення про порядок подання заяв до Антимонопольного комітету України про попереднє отримання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання від 19.02.2002 р. № 33-р, передбачають такі форми встановлення організаційного контролю, як: 1) призначення чи обрання на посаду керівника, заступника керівника спостережної ради, правління, іншого наглядового чи виконавчого органу суб'єкта господарювання особи, яка вже обіймає одну чи кілька посад в інших суб'єктах господарювання; 2) створення ситуації, за якої більше половини посад членів спостережної ради, правління, інших наглядових чи виконавчих органів двох чи більше суб'єктів господарювання обіймають одні й ті самі особи [5].

Отже, Господарський кодекс України, на відміну від Цивільного, як ознаки афілійованості (пов'язаності) визначає як майнові, так організаційно-управлінські відносини — участь тих чи інших осіб в органах управління кількох юридичних осіб.

Однак, вищенаведений перелік підстав набуття зв'язків між суб'єктами господарювання не можна визнати вичерпним, оскільки не враховує такої підстави встановлення контролю над суб'єктами господарювання як родинні зв'язки. Цей критерій є особливо актуальним, оскільки це є одна із специфічних рис «тіньової сектору» економіки України.

Причому слід враховувати, що господарське законодавство визначає як родинні не будь-які зв'язки, а в залежності від ступеня споріднення. Так, в статті 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції» встановлюється, що до пов'язаних фізичних осіб належать — подружжя, батьки та діти, брати та/або сестри [3]. В той же час, Положення (стандарт) бухгалтерського обліку 23 «Розкриття інформації щодо пов'язаних сторін» оперує дещо ширшим поняттям, ніж конкуренційне законодавство. Пунктом 4 вказаного Положення закріплено, що пов'язаними сторонами є близькі члени родини особи, яка прямо або опосередковано здійснює контроль над суб'єктом або суб'єктами господарювання. До близьких членів родини належать — чоловік або дружина і родичі (визнані такими згідно із законодавством) фізичної особи, що є пов'язаною стороною, які можуть впливати або перебувають під впливом такої фізичної особи щодо прийняття рішень з фінансової, господарської та комерційної діяльності підприємства [6]. Отже, в даному випадку відбувається значне розширення кола осіб, які можуть бути визнані як афілійовані відповідно до певних родинних зв'язків між ними.

Як вказує російський вчений-юрист, укладення договору про встановлення відносин афілійованості — доволі рідкісне явище [9, с. 53]. Як правило, ці відносини виникають на підставі цивільно-правових договорів, мета яких не зводиться до

встановлення контролю (залежності) між підприємствами. Це можуть бути будь-які договори, умови якого дають одній стороні такого договору визначати рішення, що приймаються іншою стороною, в результаті чого остання стає дочірнім товариством. Це може бути спеціальний договір, який визначає ступінь впливу основного товариства на процес управління дочірнім товариством і на його виробничу, господарську, фінансову та іншу діяльність. При написанні умов такого договору важливо мати на увазі, що, не дивлячись на залежність від основного товариства, дочірнє товариство формально є самостійним суб'єктом права. Тому умови такого договору, що встановлюють економіко-правовий зв'язок між основним та дочірнім товариствами, не повинні обмежувати праводієздатність останнього [7, с. 12].

В господарському законодавстві України, як приклад договірних відносин, які ведуть до встановлення певної форми залежності, можна навести договір про надання цільового кредиту, коли банк-кредитор отримує право в тій чи формі визначати рішення боржника, пов'язанні із цільовим використанням кредиту. Також встановлення певних відносин контролю (залежності) характерно і для договору комерційної концесії, оскільки користувач зобов'язаний дотримуватися інструкцій і вказівок правоволодільця, спрямованих на забезпечення відповідності характеру, способів та умов використання комплексу наданих прав використанню цих прав правоволодільцем (ч. 1 ст. 371 ГК України).

Також законодавчо цілком можливою є ситуація, коли вищий орган управління суб'єкта господарювання передає по договору управління повноваження та функції виконавчого органу іншому суб'єкту господарювання. Такий механізм встановлення певного контролю та залежності між двома суб'єктами господарювання встановлений в положеннях Закону України «Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку» від 29.11.2001 р. № 2866-І, зокрема, в ст.ст. 12, 13, де встановлено, що форму управління неподільним та загальним майном житлового комплексу обирають загальні збори співвласників багатоквартирного будинку кваліфікованою більшістю голосів, а у разі передачі всіх або частини функцій по управлінню вказаним майном управителю — із обраною юридичною особою за договором [4].

Отже, договірні відносини між афілійованими особами виникають, коли особа або декілька осіб отримали можливість на підставі договору визначати рішення, які приймаються іншим господарюючим суб'єктом.

Найчастіше, як свідчить практика, відносини афілійованості є змішаними — містять ознаки майнових, організаційно-управлінських, договірних та родинних відносин в різних варіантах, оскільки забезпечують найбільш повне забезпечення різноманітних цілей встановлення відносин афілійованості.

Додамо, що в подальшому потребує більш ґрунтовного наукового аналізу наступні питання: дослідження такої ознаки афілійованості як спільний економічний інтерес, а також мети встановлення афілійованих відносин між суб'єктами господарювання

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435 // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40. — Ст. 356.*
2. *Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. № 436 // Голос України. — 2003. — № 49.*
3. *Про захист економічної конкуренції: Закон України від 11.01.2001 р. № 2210-111 // Відомості Верховної Ради України. — 2001р. — № 12. — Ст. 64.*
4. *Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку: Закон України від 29.11.2001 р. № 2866-І // Відомості Верховної Ради України — 2002 р. — № 10. — Ст. 78.*
5. *Положення про порядок подання заяв до Антимонопольного комітету України про попереднє отримання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання, затв. розпорядженням АМКУ від 19.02.2002 р. №33-р // Офіційний вісник України — 2002. — № 13. — Ст. 679.*

6. *Про затвердження Положення (стандарту) бухгалтерського обліку 23 «Розкриття інформації щодо пов'язаних сторін»: Наказ Міністерства фінансів України від 18.06.2001 р. // Офіційний вісник України — 2001. — № 26. — Ст. 1192.*
7. *Постановление Президиума ВАС РФ от 22 сентября 1998 г. № 5059/98 // Вестник ВАС РФ. — 1998. — № 12.*
8. *Дядюк Євген Категорія «пов'язані (афілійовані) особи» в господарському законодавстві України // Держава та регіони (серія: Право). — 2005. — № 2.*
9. *Ломакин Д. В. Самостоятельность дочерних и зависимых обществ // Законодательство. — 2002. — № 5.*

Р. Є. Еннан
аспірант кафедри цивільного права Одеської національної юридичної академії, Одеса, Україна

ПРАВО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ: СУТНІСТЬ ТА ПРАВОВА ПРИРОДА

Враховуючи наявність відносно самостійної сукупності норм та інститутів права інтелектуальної власності, що регулюють сферу однорідних суспільних відносин за допомогою специфічних методів правового регулювання, можна говорити про становлення сьогодні в системі національного права України — нової самостійної комплексної галузі права — права інтелектуальної власності. Її комплексний характер обумовлений низкою підстав, зокрема, на застосуванні таких методів правового регулювання відносин, як — диспозитивний, імперативний, метод заохочення, метод автономії та рівності сторін тощо. Тобто, юридичний інструментарій, який застосовується при регулюванні суспільних відносин у галузі інтелектуальної, творчої діяльності, не обмежується методами правового регулювання, притаманними цивілістичним наукам. Крім того, ця галузь права представлена відносно самостійними інститутами, кожен з яких має свої особливості, зумовлені специфікою самих об'єктів права інтелектуальної власності.

Отже, з огляду на вищезазначене, можна сказати, що право інтелектуальної власності — це самостійна комплексна галузь права, яка перебуває на стадії свого формування, являє собою сукупність норм права, які регулюють суспільні відносини, пов'язані зі створенням об'єктів права інтелектуальної власності, а також набуттям, здійсненням та захистом права на ці об'єкти.

Відповідно до ст. 419 ЦК України право інтелектуальної власності та право власності на річ не залежать одне від одного. Перехід права на об'єкт інтелектуальної власності не означає переходу права власності на річ. У свою чергу перехід права на річ не означає переходу права власності на річ. Тобто, право інтелектуальної власності — це одна категорія, а право власності на матеріальний об'єкт (виріб), в якому втілений твір, винахід, корисна модель тощо — це зовсім інша категорія. Відповідно, суб'єкти права інтелектуальної власності — це одна категорія, а право власники речей — це інша категорія суб'єктів права.

Сьогодні серед вчених правників не має єдиної точки зору з приводу розуміння природи та сутності права інтелектуальної власності. Чинне законодавство також не трактує це питання однозначно. На сьогодні в Україні стосовно цієї проблеми домінують дві основні концепції: виключних (інтелектуальних) прав і пропрієтарний підхід.

На нашу думку, правовий режим власності, який традиційно пов'язаний з тілесними об'єктами і включає правомочність володіння, користування та

розпорядження цими об'єктами, не можна застосовувати до нематеріальних результатів інтелектуальної (розумової) діяльності. Право інтелектуальної власності є правом особливого роду, воно відрізняється від класичного права власності.

По-перше, існують два види абсолютного права: речове право, що опосередковує майнові відносини, і право інтелектуальної власності на ідеальні результати інтелектуальної діяльності та прирівняні до них засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг. Зазначені види абсолютного права відрізняються як за об'єктами, так і за формами діяльності, у рамках якої вони виникають. На відміну від фізичної праці, результатом якої зазвичай є речі, результатом інтелектуальної діяльності є втілений в об'єктивній формі продукт, який залежно від його характеру називають твором науки, літератури, мистецтва, винаходом або промисловим зразком. З кожним з цих результатів пов'язані особливі умови оборотоздатності та використання, а також здійснення та захисту прав їхніх авторів.

По-друге, результати інтелектуальної діяльності на відміну від об'єктів речового права мають ідеальну природу. Як і будь-які нематеріальні об'єкти, вони не зазнають зношення чи амортизації, а можуть застарівати лише морально. Право інтелектуальної власності належить до нематеріальних цінностей. З одного боку ці об'єкти мають ідеальну природу і є нематеріальними, однак з іншого боку вони можуть бути втілені у фізичні (матеріальні) предмети, які мають певну економічну цінність.

По-третє, в загальному розумінні право власності являє собою панування особи над річчю. У свою чергу, право інтелектуальної власності можна визначити також як панування особи над результатом інтелектуальної діяльності (приватноправова монополія). Однак, така ніби подібність цих категорій не дає підстав вважати, що право інтелектуальної власності за своєю природою є різновидом права власності. Право власності є регулятором фізичного панування над річчю, відособлення цієї речі від інших речей. Об'єктом права інтелектуальної власності є результати творчої діяльності, які за своєю природою є нематеріальними. Ця обставина викликає необхідність особливого врегулювання відокремлення об'єкта від необмеженої кількості суб'єктів, які можуть вільно його використовувати за умови відсутності такого врегулювання.

По-четверте, право власності спрямоване перш за все на забезпечення панування особи над річчю, а заборона втручання третіх осіб у це право носить додатковий, забезпечувальний характер. Виключні (інтелектуальні) права на результати інтелектуальної діяльності в першу чергу спрямовані на відсторонення всіх третіх осіб від їх використання. Саме від цієї спрямованості і походить термін «виключні (інтелектуальні) права».

По-п'яте, відрізняються також і способи набуття та припинення прав на результати інтелектуальної діяльності та права власності. Так, наприклад, щодо таких прав неможливо застосовувати набуття за давністю володіння, специфікацію, знищення тощо. Володілець має безстрокове та абсолютне право на матеріальний об'єкт, в той час коли виключне право на об'єкт інтелектуальної власності є строковим і в передбачених законом випадках може зазнавати обмеження.

По-шосте, виключне право на результат інтелектуальної діяльності обмежене у просторі, а право на творчий результат нерозривно пов'язане з особою творця. Отже, права на результати інтелектуальної діяльності мають територіальний характер. Це означає, що виключні (інтелектуальні) права, набуті на території однієї держави, не отримують автоматичного визнання на території іншої — на відміну від права власності.

По-сьоме, юридичний інструментарій, застосовуваний до захисту прав інтелектуальної власності інший, ніж до захисту права власності. Так, наприклад, володілець права інтелектуальної власності не може вимагати його оречевлення, оскільки такої речі не існує.

По-восьме, право на результати інтелектуальної діяльності являє собою поєднання майнових та особистих немайнових прав. Ці групи прав в даному випадку не є незалежними одна від одної. Навіть при відчуженні матеріального носія об'єкта права інтелектуальної власності, автор не втрачає з ним зв'язок, останній продовжує існувати у формі немайнового права автора. Тобто, результат інтелектуальної діяльності ніколи повністю не виходить із сфери впливу його творця. Право на недоторканість твору тісно пов'язане з правом на переробку, право на обнародування твору, яке визнається як немайнове право, має властивості, притаманні майновим правам тощо. Отже, не можна штучно виокремити особисті немайнові права із категорії прав на результати інтелектуальної діяльності, оскільки у своєму тісному зв'язку ці обидві групи прав виражають монополізм на продукти інтелектуальної праці.

Крім того, окремі науковці-правники взагалі виступають проти використання самого терміну «інтелектуальна власність», який на їх думку, не відображає сутності та природи цих відносин, пропонуючи використовувати термін «інтелектуальні (виключні) права» (Дозорцев В. А.). Між іншим у романо-германській системі більшого поширення набуло визнання права інтелектуальної власності специфічним правом на об'єкт інтелектуальної праці, який охоплює майнові та особисті немайнові права, тобто тут має місце традиція визнання прав інтелектуальної власності особливими, виключними правами. Взагалі термін «інтелектуальна власність» у пандектній системі цивільного законодавства будь-якої країни носить умовний характер. Цей термін просто не є адекватним сутності правового явища — праву власності, адже у пандектній системі права не має місця «праву власності» на «безтілесні» об'єкти як «праву речовому».

Таким чином відмінностей та розбіжностей, на наш погляд, між правом власності та правом інтелектуальної власності набагато більше, ніж спільного, а щодо використання одного й того самого терміну «власність» — то це не про що не говорить, оскільки само по собі визначення «інтелектуальна власність» є умовною логічною конструкцією, яка вживається між іншим, у законодавстві багатьох країн світу вже не одне століття.

Ю. В. Желіховська
приватний нотаріус Хмельницького районного нотаріального округу,
Хмельницький, Україна

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВОРУ ІПОТЕКИ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Законодавство України про іпотеку базується на Конституції України і складається з Цивільного кодексу України, Господарського кодексу України, Земельного кодексу України, Закону України «Про іпотеку» та інших нормативно — правових актів, а також міжнародних договорів України.

До появи Закону України від 2 жовтня 1992 року «Про заставу» іпотека українським законодавством була не врегульована. Ціла низка постанов Кабінету Міністрів і Указів Президента була спрямована на регулювання довгострокових кредитів (в тому числі і іпотечних) для будівництва житла, оскільки соціальна проблема забезпечення житлом завжди залишалась актуальною для України.

Норми розділу II Закону України (надалі ЗУ) «Про заставу» виявилися недостатніми для успішного регулювання відносин іпотеки, тому Президент України на розвиток положень законодавства 14 червня 1999 року видав Указ № 641/99 «Про

іпотеку», однак він не вступив в дію в зв'язку з відхиленням проекту Закону «Про іпотеку». Підготовчим етапом впровадження ЗУ «Про іпотеку» мало стати прийняття Верховною Радою ЗУ «Про іпотечне кредитування та факторингові операції з іпотечними зобов'язаннями», однак Президент наклав вето на цей закон і подав у Верховну Раду ряд цілком слушних пропозицій щодо його зміни. На сьогоднішній день маємо діючий закон, котрий регулює відносини іпотеки — це Закон України «Про Іпотеку».

Принциповим питанням інституту іпотеки є визначення його місця серед речового чи зобов'язального права. Багато фахівців дотримуються думки, що заставне право варто віднести до числа речових прав. Такої ж думки дотримувались і дореволюційні російські юристи. І прийнятий у 1922 році Цивільний Кодекс РСФСР розглядаючи заставу як речове право регулював її нормами, що містилися в його підрозділах III і III-а «Речове право». Цивільний Кодекс Російської Федерації не розкриває поняття «речове право», а лише перелічує види цього права (ст. 216 ЦК РФ). Зупинимося на загальноприйнятому понятті речового права, що розуміється як право, що забезпечує задоволення інтересів уповноваженої особи шляхом безпосереднього впливу на річ, що знаходиться в сфері її господарського панування. Речові права мають подвійний характер, оскільки визначають два роди відносин: суб'єкта до речі і суб'єкта — до інших учасників господарських відносин, у зв'язку з чим мають наступні ознаки: об'єктом речового права є річ, з яким у суб'єкта існує нерозривний зв'язок, обумовленого пануванням над нею; панування над річчю здійснюється безпосередньо, без залучення участі інших суб'єктів цивільних відносин для реалізації права; речові права відносяться до розряду абсолютних, у зв'язку, з чим припускають їхній повний захист від дій третіх осіб і реалізуються в повному слідування за суб'єктом аж до моменту волевиявлення самого суб'єкта щодо долі приналежної йому речі.

З усіх вище перерахованих ознак законодавчо закріпленою є тільки третя ознака, інші і дотепер викликають суперечки. Але якщо іпотека має ці ознаки, то її варто віднести до речових прав. А тепер, насамперед, про нерозривний зв'язок речі і суб'єкта, що володіє нею. Предметом іпотеки є нерухоме майно, тобто матеріальна, індивідуально визначена річ, міцно зв'язана з землею, переміщення якої в принципі неможливо без значної шкоди їй (загальне визначення предмета іпотеки). Тобто об'єктом іпотечного права є річ. При встановленні іпотеки шляхом укладання договору, в ньому обов'язково вказується його предмет і належна йому оцінка. Іпотека слідує за майном, незалежно від права власності на нього, оскільки, як згадувалося вище, заставодавець вправі відчужувати предмет застави, передавати його в оренду й іншим способом ним розпоряджатися[1]. Це право випливає зі змісту іпотеки і може обмежуватися тільки законом, договором або волею заставодавця. Отже, нерозривний зв'язок заставодержателя з річчю безумовно присутній, чого не можна сказати у відношенні панування над нею. Можливість передачі майна, на яке встановлена іпотека, заставодержателю законодавством не передбачена. Тому повне панування заставодержателя (у змісті, близькому до поняття «володіння» і «розпорядження») над нерухомим майном у даній ситуації просто неможливе. Однак деякі фахівці вважають, що дана ознака речових прав є скоріше спеціальною, ніж загальною для всіх речових прав, оскільки, наприклад, речі можуть бути об'єктом не тільки речових прав, але і зобов'язальних, а так само об'єкти речових прав не завжди зводяться тільки до речей. Заставодержатель, як уже говорилося, не здійснює повного панування над річчю, маючи однак визначені повноваження, необхідні для забезпечення збереження цілісності і вартості предмета іпотеки, визначеної в договорі. А значить і друга ознака речових прав не може бути в даному випадку визнана показовою.

[1] Дякович М. М. Іпотека — інструмент для боржника і кредитора. Львів: 2004. — 90 с.

Що ж стосується третьої ознаки, то дійсно, іпотека володіє такою характерною властивістю речових прав, як право слідування. Тобто право іпотеки, нібито слідує за річчю. Де б не знаходився предмет іпотеки, у чиїй би власності він не знаходився, він буде залишатися предметом іпотеки до припинення основного зобов'язання. У даному сенсі річ або інше майно, передане в заставу, обтяжено нею. Цікавою у даному контексті видається позиція заставодержателя в російському законодавстві щодо можливості захищати їм свої права на річ. Ст. 347 ЦК РФ фактично прирівнює заставодержателя до «власника, що не є власником» (ст. 305 ЦК РФ), надаючи йому захист його права нарівні з власником, а так само і проти власника, але тільки в тому випадку, коли предмет застави знаходиться або повинний знаходиться в нього. Проте всі ці положення просто не можна застосувати до іпотеки, оскільки предмет застави залишається у заставодавця. Таким чином єдиним способом захисту свого права по збереженню вартості предмета застави, яким може скористатися заставодержатель при іпотеці, є вимога, висунута у формі позову, яка покликана, ґрунтуючись на певних правах заставодержателя щодо збереження предмета застави та його вартості, захистити його права[1]. Підставами для пред'явлення даної вимоги є: відповідні дії боржника, що опротестовуються, які дають підстави стверджувати про незабезпечення ним захисту та схоронності предмету застави; право пред'явлення даного позову може належати тільки такому кредиторові, чия вимога підлягає примусовому виконанню, тобто визнана судом і заснована на необхідності опротестувати юридичні дії боржника й усунути перешкоди щодо задоволення вимог кредитора; дії, що опротестовуються, повинні заподіювати шкоду кредиторові; оспорювані дії, відбуваються після виникнення права кредитора щодо цього майна; умисність наміру Боржника.

Не вдаючись у докладний аналіз перерахованих вище підстав (деякі фахівці заперечують необхідність останніх двох), відмітимо, що, дана вимога по своїй суті не носить речово-правового характеру, незважаючи на те, що спрямована на збереження заставленої в договорі вартості майна. Таким чином, іпотечне право має лише деякі прояви ознак речового права, що навряд чи може бути достатньою підставою для віднесення даного інституту права до речового. Про це ж говорить і безумовна акцесорність застави, залежність від основного зобов'язання, що не властива речовим правам і суперечить їх природі. Разом з тим, усе вищевикладене свідчить про безумовну особливість заставного права (і іпотеки, зокрема), що носить певні ознаки речових прав, однак до них не відноситься. Крім того, віднесення заставного права до речових прав позбавило б його ряду переваг і створило б перешкоди для побудови природних економічних відносин на практиці. Ряд сучасних вітчизняних і закордонних юристів пропонують охарактеризувати заставу, як речовий спосіб забезпечення зобов'язань, що здається найбільш вдалим визначенням. Пошук особливих сторін заставного права, що носять тільки речово-правовий або зобов'язально-правовий характер, є помилковим, оскільки збіднює одні сторони даного явища і викривляє інші, спотворюючи його суть. Таким чином, розгляд іпотеки був би гармонійним у системі способів забезпечення виконання зобов'язань, що відповідає суті і призначенню іпотеки за умови збереження «речового» елемента, що безпосередньо слугує захисту інтересів заставодержателя[2].

Щодо поняття і змісту договору іпотеки варто зазначити наступне. Заставою може бути забезпечена тільки дійсна вимога. Якщо відсутнє зобов'язання, забезпечене заставою — немає підстав для визнання застави дійсною. Заставою повинне бути забезпечене конкретне зобов'язання, що випливає з відповідного договору. У тому випадку, якщо забезпечене заставою зобов'язання відсутнє, у кредитора не виникає право задоволення своїх вимог, забезпечених заставою. Це має велике значення для практичної діяльності.

---

[1] Дякович М. М. Іпотека — інструмент для боржника і кредитора. Львів: 2004. — 95 с.

[2] Іпотека — практика застосування. — Харків: "Страйд", 2004. — 183 с.

І, нарешті, варто згадати про те, що застава може виникати не тільки за договором, але і за законом (наприклад, комісіонерові з комісійного доручення, речі, передані перевізникові). У майбутньому, на думку юристів, інститут утримання майна боржника в таких випадках замінить застосування застави за законом.

Т. В. Завязун
аспірант Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Київ, Україна

ПРОБЛЕМИ ПРАКТИЧНОГО ЗАСТОСУВАННЯ ІНСТИТУТУ НАБУВАЛЬНОЇ ДАВНОСТІ

Про відродження інституту набувальної давності в праві України можна говорити з набранням чинності Земельного та Цивільного кодексів України (далі — ЗК і ЦК відповідно). Поява даного інституту в новому українському законодавстві одразу ж викликала гострі дискусії щодо досконалості його законодавчого закріплення та практичного застосування, однак доцільність його існування та необхідність для потреб цивільного обігу є беззаперечними.

Відповідно до ст. 119 ЗК громадяни, які добросовісно, відкрито і безперервно користуються земельною ділянкою протягом 15 років, але не мають документів, які б свідчили про наявність у них прав на цю земельну ділянку, можуть звернутися до органів держаної влади або органу місцевого самоврядування з клопотанням про передачу її у власність або надання у користування.

Відповідно ж до ст. 344 ЦК особа, яка добросовісно заволоділа чужим майном і продовжує відкрито, безперервно володіти нерухомим майном протягом десяти років або рухомим майном протягом п’яти років, набуває право власності на це майно (набувальна давність), якщо інше не встановлено Кодексом. Якщо особа заволоділа майном на підставі договору з його власником, який після закінчення строку договору не пред’явив вимоги про його повернення, вона набуває право власності за набувальною давністю на нерухоме майно через п’ятнадцять, а на рухоме майно — через п’ять років з часу спливу позовної давності. Втрата не з своєї волі майна його володільцем не перериває набувальної давності у разі повернення майна протягом одного року або пред’явлення протягом цього строку позову про його витребування.

Передусім слід зазначити, що набувальна давність відповідно до норм ЦК є підставою набуття права власності, тоді як за ЗК — це лише передумова для виникнення такого права. Такі відмінності в правовому регулюванні, в свою чергу, не сприяють однаковому застосуванню цього інституту на практиці.

Варто відзначити, що в судовій практиці склалося кілька підходів щодо можливості застосування норм ЗК про набувальну давність до відносин, які виникли до набрання ним чинності. Так, наприклад, згідно з ухвалою апеляційного суду Житомирської області від 5 вересня 2006 р. «вказана стаття ЗК розповсюджується на правовідносини, які виникли після набрання чинності цим Кодексом, тобто з 1 січня 2002 р». Тотожні висновки містяться також в ухвалі апеляційного суду АРК від 23 серпня 2006 р., ухвалі апеляційного суду Чернівецької області від 20 грудня 2006 р. та ін.

Інший підхід був викладений в ухвалі Верховного Суду України від 30 травня 2007 р. Суд зазначив, що «колегія суддів не може погодитися з висновком районного суду в частині неможливості застосування ст. 119 ЗК України до спірних правовідносин у зв’язку з відсутністю зворотної дії в часі норми про набувальну

давність. Так, ЗК набрав чинності в січні 2002 р. Попереднім ЗК України 1991 р. норми щодо набуття права на земельну ділянку за давністю користування передбачено не було. Враховуючи викладене та зміст ст. 119 ЗК, можна зробити висновок, що зі вступом в дію вказаного Кодексу фізичні особи, в разі наявності визначених вказаною статтею підстав, набули можливості на звернення до відповідних органів щодо оформлення права на земельну ділянку за набувальною давністю».

Попри неоднакове тлумачення судами різних інстанцій ст. 119 ЗК, вважаємо, що саме другий підхід повинен набути загального поширення в судовій практиці. Конституція України встановлює, що закони України не мають зворотної дії в часі, за виключенням випадків, коли вони скасовують або пом'якшують відповідальність особи. На нашу думку, надання зазначеній вище нормі зворотної дії у часі є необхідним з таких підстав:

- практика землекористування без визначення прав особи щодо відповідної земельної ділянки була широко поширеною за часів, коли всі землі були державною власністю, тобто приблизно 15 років тому. В умовах реалізації земельної реформи така ситуація є неприпустимою;
- таке штучне затягування визнання прав громадян на землю не сприяє цивільному обігу земельних ділянок, оскільки позбавляє їх можливості відчужувати такі ділянки;
- в сучасних умовах, коли створено правову базу землекористування, необхідну інституційну та організаційну інфраструктуру земельних відносин, є неможливим виникнення ситуації, коли особа користується земельною ділянкою без достатніх підстав, і таке користування є добросовісним.

Дещо інший підхід на сьогодні склався щодо застосування набувальної давності у цивільних правовідносинах. Загальним правилом є те, що ЦК застосовується до цивільних відносин, що виникли після набрання ним чинності. Щодо цивільних відносин, які виникли до набрання чинності ЦК, положення цього Кодексу застосовуються до тих прав і обов'язків, що виникли або продовжують існувати після набрання ним чинності (п. 4 Прикінцевих та перехідних положень до ЦК). Виключенням із цього загального правила є застосування норм нового ЦК відносно строків набувальної давності.

Так, відповідно до п. 8 Прикінцевих та перехідних положень ЦК правила ст. 344 про набувальну давність поширюються також на випадки, коли володіння майном почалося за три роки до набрання чинності цим кодексом. Саме така не зовсім зрозуміла імперативність законодавця щодо визначення «за три роки» дещо юридично некоректна, оскільки суди це сприймають дослівно і вважають, що для давності володіння законом надана зворотна сила тільки за три роки до набрання чинності новим ЦК. Враховуючи відсутність доктринального тлумачення цього положення законодавства та будь-якої судової практики, в юридичній літературі ще в 2004 р. зазначалось про можливі проблеми його однакового застосування, що дійсно сьогодні підтверджується [1, с. 11].

Так, в ухвалі від 6 жовтня 2005 р. апеляційний суд Харківської області зазначив, що «за змістом наведеної норми в строк володіння позивачем майном може бути зараховано тільки три роки, які минули станом на 1 січня 2004 р., тобто з урахуванням викладеного на час пред'явлення позову не минуло десять років володіння ним чужим майном, оскільки в цивільному законодавстві до 1 січня 2004 р. взагалі був відсутній інститут набуття права власності за давністю володіння чужим майном».

Водночас, іншим рішенням від 13 жовтня 2004 р. судова колегія апеляційного суду Харківської області, навпаки, виключила з мотивувальної частини рішення районного суду посилання на те, що «десятирічний строк володіння квартирою за давністю починає текти саме за три роки до вступу в дію ЦК України 2003 р., так як це

не відповідає змісту положення ст. 344 ЦК та п. 8 Прикінцевих та перехідних положень до ЦК».

На нашу думку, саме другий варіант тлумачення початку перебігу строку давності для набувальної давності є правильним, оскільки інакше роль цього інституту цивільного законодавства втрачає своє значення. Саме такої точки зору дотримуються судді Верховного Суду України, які дали коментар до ст. 344 ЦК, хоча судова практика з цього питання досі не є усталеною [2, с. 765].

Використані джерела:

1. *Луспеник Д. Д. Собственность: споры о приобретательной давности (давности владения) по новому ГК (проблемы судебной практики) // Юридическая практика. — № 32 (10 августа 2004 г.). — С. 10–12.*
2. *Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: (В 4 т.) / А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань.– К.: А.С.К.; Севастополь: Ін-т. юрид. дослідж., 2004. — Т.1. — 866 с.*

Н. В. Задорожна

молодший науковий співробітник

Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва,

Київ, Україна

ЗМІСТ ПРАВА НА УЧАСТЬ У ДОБРОСОВІСНІЙ КОНКУРЕНЦІЇ

Господарські відносини виникають в процесі здійснення господарської діяльності на різних її стадіях. Вони є багатоманітними, розрізняються залежно від кола учасників, тривалості, виникають у різних сферах господарської діяльності.

Серед господарських відносин можна виокремити конкуренцію. Як зауважує Безух О. В., конкуренція є суспільними економічними господарськими відносинами. І на певних стадіях, внаслідок здійснення правочинів та інших юридичних фактів вони перетворюються на правові відносини [2].

Змістом будь-яких правових відносин, в тому числі і конкурентних, є права та обов’язки її учасників. Вважаємо за потрібне серед прав учасників конкурентних відносин виокремити право на участь у добросовісній конкуренції.

Його особливість полягає в тому, що воно безпосередньо випливає із права на підприємницьку діяльність, що передбачено Конституцією. Сам зміст права на участь у добросовісній конкуренції не є однозначним. Взагалі зміст будь-якого права складається із вчинення активних дій, які полягають в реалізації права, вимоги до інших не порушувати права та зверненні до держави за захистом своїх прав. Не заперечуючи в цілому існування права на добросовісну конкуренцію, різні вчені акцентують свою увагу на певних його особливостях.

Удалов Т. Г., Кулішенко С. В., Паращук С. А., розглядаючи право на добросовісну конкуренцію, зосереджують свою увагу на можливості активних, вільних дій суб’єкта господарювання змагального характеру [6], [4], [5].

Авер’янов досліджує зміст права на ринкові підприємницькі відносини, які можуть функціонувати лише за умови реалізації права власності права на працю, права на творчу діяльність і використання її результатів [1].

Дійсно, свобода активних дій в умовах конкуренції проголошується в ст. 42 Конституції України, де зазначено, що кожен має право на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом. Але такий підхід до змісту права на добросовісну конкуренцію є неповним.

Н. Корчак зауважує, що право на добросовісну конкуренцію не обмежується лише активними діями. На думку вченого, змістом права на участь у добросовісній конкуренції є складові, які полягають в утриманні від порушення заборон, виконанні додаткових обов'язків та додержанні вимог [3].

Зокрема, це утримання від порушення заборон, встановлених Законом України «Про обмеження монополізму та недопущення недобросовісної конкуренції у підприємницькій діяльності»; виконання додаткового обов'язку підприємствами-монополістами щодо укладення державного контракту та виконання державного замовлення відповідно до Закону України «Про поставки продукції для державних потреб»; додержання вимог, що пред'являються до суб'єктів господарювання як учасників економічної концентрації.

Кожна із думок певною мірою, є слушною. В основі реалізації права на участь у добросовісній конкуренції покладено власні активні дії. Проте з іншого боку, відповідні дії не повинні порушувати вимоги законодавства, що стосується здійснення господарської діяльності. При вчиненні дій не повинні порушуватись права інших учасників господарських відносин. Відповідні дії в такому випадку можуть вважатись порушенням прав інших суб'єктів господарювання на участь у господарській діяльності, тобто виходить за межі рамок поведінки, встановлених законом.

Як визначено в ст. 1 Господарського кодексу України, учасниками господарських відносин, а отже відносин у сфері конкуренції, є споживачі. В умовах конкуренції постійно порушуються їх права та може бути нанесена їм шкода. Саме тому є підстави стверджувати, що споживачі також є носієм права на участь у добросовісній конкуренції.

Але все ж таки є підстави стверджувати, що вони стосовно змагальних дій суб'єктів господарювання споживачі є пасивними учасниками господарських відносин. Їх активна роль у конкуренції виробників обмежується правом вибору товарів, робіт та послуг. І цей вибір ускладнюється, а іноді унеможливлюється неправдивістю поданої інформації, приховуванням її. І саме тому зміст права на добросовісну конкуренцію в даному випаду полягає у праві вимоги від виробників не порушувати права та інтереси споживачів, що передбачені законодавством України.

Отже, якщо для суб'єктів господарювання право на участь у добросовісній конкуренції більше проявляється в їх активних діях змагального характеру, то для споживачів це право більше має пасивний характер і полягає у можливості вимагати від виробників не порушувати їх прав. Саме тому є підстави стверджувати про неоднозначний зміст права на участь у добросовісній конкуренції.

Використані джерела:

1. *Авер'янов В. Б. Конституція України. Науково-практичний коментар. Харків: Право, 2003, Київ, Видавничий Дім «Ін Юре» 2003.*
2. *Безух О. В. «Конкурентні відносини і кодифікація цивільного законодавства». // Розвиток цивільного законодавства: шляхи подолання кодифікаційних протиріч. Матеріали міжнародної науково-практичної конференції. — 28-29 вересня 2006 року.*
3. *Корчак Н. Загальні положення державного захисту конкуренції у підприємницькій діяльності // Підприємництво, господарство і право. — 2001. — № 2. — С. 7-10.*
4. *Кулішенко С. В. Захист від неправомірного використання ділової репутації суб'єктів господарювання у конкуренції. — Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.04 — господарське право, господарський процес. — Донецьк . — Інститут економіко-правових досліджень НАН України.*
5. *Паращук С. А. Конкурентное право. — М. — Городец. — 2002.*
6. *Удалов Т. Г. Конкурентне право: Навч. посіб. — К.: Школа, 2004.*

С. Ф. Задорожна
молодший науковий співробітник
відділу міжнародного приватного права і порівняльного правознавства
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва,
Київ, Україна

ПРИМИРНА ПРОЦЕДУРА ЯК СПОСІБ ВИРІШЕННЯ КОМЕРЦІЙНИХ СПОРІВ

Цивільний кодекс України передбачає, що зобов'язання сторін припиняється частково або у повному обсязі на підставах, встановлених договором або законом. В ідеалі зобов'язання припиняється виконанням, проведеним належним чином. На жаль, значна кількість зобов'язань не виконуються сторонами належним чином. Саме у таких випадках особливого значення набувають норми договорів, що встановлюють правила вирішення спорів, які виникають між сторонами.

Зазвичай, договори передбачають поєднання кількох способів вирішення спорів: сторони прагнуть вирішити спір шляхом переговорів; у випадку, якщо проведення переговорів не дає бажаних результатів, спір передається на вирішення відповідних органів.

Для переговорів характерним є добровільна участь сторін в процесі та відсутність третьої сторони, яка б сприяла у вирішення спору чи виносила рішення. Переговори являють собою взаємодію учасників правового обігу, направлену на узгодження їхніх інтересів чи позицій з юридично значимого предмету. Усі спори, що виникають в процесі здійснення комерційної діяльності та не врегульовані шляхом переговорів, можуть вирішуватися державними судами або недержаними інституціями (так зване, альтернативне вирішення спорів).

Наступною альтернативою вирішення комерційних спорів є звернення до третейського суду. Якщо ми ведемо мову про зовнішньоекономічні договори, то маємо на увазі міжнародний комерційний арбітражний суд, що належить до альтернативних способів вирішення спорів, до яких також належить і примирна процедура.

Міжнародний комерційний арбітраж є способом вирішення спорів, що витікають з договірних чи позадоговірних відносин, за умови наявності іноземного елементу, в процесі здійснення зовнішньоторговельної діяльності та інших видів міжнародної економічної співпраці, розгляд яких (спорів) проводиться недержавною арбітражною установою за правилами цієї установи або правилами, спеціально передбаченими сторонами. Так, для арбітражу характерним є добровільна участь сторін у вирішенні спору та наявність третьої сторони, яка виносить рішення, діючи як приватний суддя. Рішення третейського судді є обов'язковим для виконання сторін.

Звернення до міжнародного комерційного арбітражу також надає сторонам можливість передбачити, що вони бажають, щоб їхній спір було розглянуто арбітрами, які б діяли у якості дружніх посередників.

Наступною можливою альтернативною вирішення комерційних спорів є звернення до примирної процедури (посередництва). Для посередництва характерним є наявність третьої сторони, медіатора, що сприяє вирішенню спору (та може навіть пропонувати вирішення спору), але не приймає рішення щодо врегулювання спору між сторонами. У деяких країнах, наприклад, у Великобританії процедури альтернативного вирішення спорів та медіації є синонімами.

У законодавстві та правозастосовчій практиці різних країн така процедура (спосіб) вирішення спорів отримала різні назви, зокрема, посередництво (ст. 153 ХПК Республіки Бєларусь), медіація (Федеральний Закон Австрії «Про посередництво в цивільних справах»), погоджувальна процедура (Погоджувальний регламент ЮНСІТРАЛ 1980 р.) або міжнародна комерційна погоджувальна процедура (Типовий Закон ЮНСІТРАЛ про міжнародну комерційну погоджувальну процедуру).

Незважаючи на використання різної термінології, йдеться про одне і те ж правове явище, якому притаманні певні ознаки.[1]

Ознаками посередництва є наступні, що одночасно є її принципами: добровільність, добросовісність та неупередженість посередника, ,цілковитий контроль сторін за результатами процедури, неконфронтаційний характер переговорів, атмосфера довіри та взаємоповаги, що підтримується посередником, конфіденційність, широке коло можливих взаємоприйнятних рішень сторін щодо спорів.

Таким чином, проаналізувавши перераховані вище принципи, ми приходимо до висновку, що посередництво — це добровільний процес пошуків і досягнення згоди, у якому немає переможців та переможених. Тому рішення, до якого сторони приходять в результаті примирної процедури, зазвичай, не потребує примусового виконання, адже вони самі зацікавлені у його виконанні[2].

Ще однією рисою, характерною для будь-якої примирної процедури, є мета її початку, документ, що її вінчає — «мирова угода». При цьому слід чітко розрізняти мирову угоду, що укладається в процесі здійснення державного судочинства, арбітражу та примирної процедури.

Метою застосування примирної процедури є мирне вирішення спору. Примирна процедура суттєво відрізняється від судового та арбітражного процесу. У той час як суді та арбітри «вирішують» справу їхні висновки мають форму судового або арбітражного рішення, що є обов'язковим для сторін, посередники лише «рекомендують» або «пропонують» можливі умови врегулювання спорів, які стають обов'язковими для сторін лише у випадку, якщо сторони погоджуються з ними. Хоча в ході судового або арбітражного процесу сторони також можуть вирішити спір шляхом узгодження («*accord des parties*»), така процедура не є типовою для процедури, яка по суті є змагальною.

Як правило, процес розгляду в третейському суді при усіх відмінностях, пов'язаних з питаннями компетенції, формування складу суду, має певні спільні риси з державним судом. Хоча перший є менш формалізованим, завдання у них спільне — вирішити спір, у тому числі, встановити і найбільш повно та всебічно дослідити максимально можливе коло обставин, оцінити їх у сукупності, адекватно кваліфікувати та винести законне та обґрунтоване рішення. Як показує практика, здебільшого спір виникає при неналежному виконанні сторонами своїх зобов'язань за договорами та/ або недобросовісній поведінці сторін спору, у яких виникли протилежні інтереси. За таких умов державний та третейський суд незалежно від волі сторін формулюють свою позицію, яка іноді суттєво відрізняється від позицій однієї або обох сторін.

Допомога, що надається незалежною особою або установою є ознакою, що відрізняє примирну процедуру від звичайних переговорів між сторонами, які, як уже зазначалося, є першим кроком для досягнення згоди при вирішенні спорів. Незалежний характер посередника відрізняє примирну процедуру від переговорів, що проводяться представниками (адвокатами) сторін.

Примирна процедура має ряд переваг у порівнянні з судовим вирішенням спорів та зверненням до міжнародного комерційного арбітражу. Серед них називають економію часу та коштів. Таку ж перевагу ми вище називали характерною для арбітражу у порівнянні з судовим розглядом. У той же час як при зверненні до примирної процедури, так і при зверненні до арбітражу витрати часу та коштів можуть бути значнішими, ніж при вирішенні спору у судовому порядку, якщо спори між сторонами не можуть бути врегульовані шляхом їхнього звернення до обраної процедури (якщо спір є складним або сторона (и) не бажає (ють) його вирішення). Ще

---

[1] *Притика Ю.* Посередництво як нова форма вирішення приватно-правових спорів // Сучасні проблеми адаптації цивільного законодавства до стандартів ЄС.— Львів, 2006. — С. 374-375.

[2] *Давыденко Д.* Медиация как примирительная процедура в коммерческих спорах: сущность, принципы, применимость // Хозяйство и право. — 2005. — № 5. — С. 107-108.

однією перевагою примирної процедури є її незмагальний, дружній характер. Уникнення звернення до суду або/ арбітражу може відновити, зберегти і продовжити партнерські відносини. Наступною перевагою примирної процедури є можливість вирішення спору без вирішення питання застосовуваного права, звернення до відповідної юридичної норми.

Незважаючи на деякі вказані вище переваги, слід зазначити, що цінність примирної процедури найбільш проявляється в межах довгострокових контрактів, коли виникають питання технічного характеру, невизначеність щодо тлумачення положень договору[1].

Належачи до однієї з альтернативних можливостей врегулювання протиріч, примирна процедура не є тією альтернативою, яка повністю виключає інші способи вирішення спорів. Кожен із способів може бути найоптимальнішим залежно від конкретної ситуації. Більше того, можливим є поєднання різних способів вирішення одного і того ж спору. На практиці вирішальним є наявність у учасників ділового обороту належного уявлення про наявні правові засоби вирішення спорів, а також уміння зорієнтуватися в них з урахуванням конкретного випадку для правильного вибору.

Кожен із описаних вище способів вирішення спорів має свої переваги та недоліки, що впливають на можливість застосування у тих чи інших обставинах. Дієвість примирної процедури та переговорів як методів вирішення комерційних спорів пов'язана з наявністю певного рівня культури ділових відносин у суспільстві, особистого підприємницькою культурою учасників ділового обороту. Посередництво — не панацея, але за відповідних умов, і головне, при готовності сторін до співпраці, їхньому взаємному бажанні досягти врегулювання, дані методи можуть сприяти достатньо швидкому і ефективному врегулюванню розбіжностей, економії сил і засобів, збереженню взаємодовіри між сторонами.

Підвищення ефективності примирних процедур, забезпечення їхнього гармонійного співіснування з іншими способами вирішення спорів належить до завдань, що мають вирішуватися, зокрема, на законодавчому рівні, в тому числі запровадження примирної процедури в Україні.

Л. О. Закорецька
молодший науковий співробітник
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва,
Київ, Україна

ЛІТЕРАТУРНИЙ ТВІР ЯК ОБ'ЄКТ АВТОРСЬКОГО ПРАВА

Бурхливий розвиток інтелектуальної діяльності як одного із виду суспільно-корисної діяльності та зростання її ролі в соціально-економічній системі зумовлюють необхідність постійного удосконалення творчої діяльності та її результату інтелектуальної діяльності. Світовий досвід свідчить, що високий рівень розвитку науки, техніки, культури в певній країні зумовлює її високий авторитет у світі. Адже відомо, що у тих країнах, де шанують інтелектуальну діяльність та поважають закони, що, зокрема, стосуються авторського права, багатше суспільство, вищий добробут народу.

[1] Див: Доклад Генерального секретаря: комментарии к пересмотренному проекту Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ (A/CN.9/180) 27 февраля 1980 // Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли. — 1980. — Т. XII. — С. 216-252.

Проте деякі правові аспекти охорони та захисту прав творчої людини щодо створеного нею об'єкта права інтелектуальної власності потребують подальшого вдосконалення.

Чинне законодавство України не повною мірою відповідає розвитку відносин, що виникають сьогодні у сфері створення та використання літературних творів [1, с. 132]. На сьогоднішній день в правовій літературі не досліджувались проблеми, пов'язані із поняттям твору як об'єкта авторського права та його ознаками, а також літературного твору як специфічного об'єкта авторського права. Сьогодні Цивільний кодекс України у статті 433 тільки переліковує, що саме є об'єктами авторського права, проте самого визначення поняття літературного твору не дає, а як відомо, чинне законодавство має починатися з визначення в цілому поняття літературного твору. Але перш ніж визначитися із поняттям літературного твору та спробувати дати йому визначення як об'єкта авторського права, зупинимося на визначенні твору в цілому.

Твір — це результат творчої діяльності, якій притаманна унікальність, неповторність та новизна [2, с. 128]. Що стосується новизни, то, як на мою думку, вона більш притаманна винаходові (наприклад, новизна заявки на винахід). Як зазначає О. В. Жилінкова, у англо-саксонських країнах, зокрема у Великобританії, важливе місце посідає оригінальність твору. Твір може не зовсім відповідати новизні, але автор доклав значних зусиль для його створення [3, с. 134].

Щоб бути об'єктом авторського права, твір повинен мати такі ознаки: творчий характер, вираження в будь-якій об'єктивній формі та можливість його відтворення. Творчий характер є однією із найважливіших ознак твору, оскілки твір, якщо він є результатом творчої праці — це об'єкт авторського права. Другою ознакою є вираження в об'єктивній формі. Ч. 2 ст. 433 Цивільного кодексу України наголошує на тому, що сутність твору, його наукова, літературна новизна, художня цінність значення не мають, охороняється лише форма вираження твору, а не його зміст.

Третьою ознакою є можливість відтворення. На думку О. П. Сєргєєва ця ознака пов'язана з можливістю відтворення творчого результату і є однією з основних причин виникнення авторського права взагалі [4, с. 219].

Що ж слід розуміти під літературними творами? Ні сам Цивільний кодекс України, ні Закон України «Про авторське право і суміжні права», ані Бернська Конвенція про охорону літературних та художніх творів самого визначення нам не дають. За загальним правилом літературні твори це оригінальні твори художнього, публіцистичного та прикладного характеру, які в залежності від форми їх вираження поділяються на письмові та усні.

Крім того, літературні твори поділяються на два основних види — художні та наукові.

А чи є об'єктами авторського права комп'ютерні програми і чи відносяться вони до літературних творів? Адже, якщо виходити із ст. 2 Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів, то комп'ютерні програми визнаються об'єктами авторського права і набувають правової охорони як літературні твори. Незважаючи на таке однозначне трактування і Бернської конвенції, і Угоди ТРІПС, вирішення зазначеного питання залишається спірним. Цей об'єкт продовжує залишатися складним об'єктом правової охорони. У законодавстві України комп'ютерна програма визначається як набір інструкцій у вигляді слів, шифрів, кодів, схем, символів чи у будь-якому іншому вигляді, виражених у формі, придатної для зчитування комп'ютером. При цьому правова охорона комп'ютерних програм не залежить від конкретного визначення терміна « комп'ютерна програма «. Який би зміст не був закладений у цей термін, положення про його охорону залишається інваріантними. У більшості країн світу підтверджене міжнародне трактування комп'ютерних програм як літературних творів, а значить, і об'єктів авторського права. Виходячи із ст. 2 ч. 1 Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів, яка встановлює:

«Літературні і художні твори охоплюють всі твори в галузі літератури, науки і мистецтва, яким би способом і в якій би формі вони не були виражені», випливає наступне:

1) Комп'ютерна програма має всі ознаки, перелічені у вищезазначеній статті Бернської конвенції.

2) Вихідний текст комп'ютерної програми має усі риси письмового літературного твору. Така подібність із письмовим літературним твором обумовлена тим, що текст комп'ютерної програми може бути написаний на різних мовах.

3) При розробці комп'ютерної програми використані алгоритми, методи, ідеї, теорії, формули дають підстави вважати її науковим твором.

4) Створені за допомогою комп'ютерної програми аудіовізуальні зображення, анімація та графіка мають риси художнього твору.

5) У 1973 р. Європейська патентна конвенція встановила, що на комп'ютерні програми повинна поширюватися правова охорона як на об'єкти авторського права і лише у 1995 р. Угодою ТРІПС їх правова охорона визнана як правова охорона літературних творів.

Таким чином, виходячи з усього вищевикладеного у цій статті, можна зробити наступні висновки:

1. Через недостатню урегульованість відносин, які виникають за наявності авторських прав, в Україні щороку порушуються права значної кількості авторів. А тому, для України, визнаної «піратською», охорона права на літературні твори, повинна стати одним із найпріоритетніших завдань сьогодення. 2. Залишається незрозумілим питання правової охорони комп'ютерних програм, через те потрібно більш детально розглянути ті принципи, положення і норми, що стосуються їх правової охорони та внести їх при розробці майбутніх законів. 3. А ні в Цивільному кодексі України, а ні в Бернській конвенції про охорону літературних і художніх творів, а ні у Законі України «Про авторське право і суміжні права» визначення літературного твору немає. А тому запропонуємо наступне визначення:

«Літературний твір — це виражене у письмовій або усній формі поєднання словесних символів, що є результатом творчої діяльності людини»

Використані джерела:

1. Жилінкова О. В. Поняття музичного твору як об'єкта авторського права // Університетські наукові записки. Часопис Хмельницького університету управління та права. — 2006. — № 1 (17). — С. 132.

2. Підопригора О. А. Право інтелектуальної власності. — К.: Ін Юре, 2002. — С. 128/

3. Жилінкова О. В. Поняття музичного твору як об'єкта авторського права // Університетські наукові записки. Часопис Хмельницького університету управління та права. — 2006. — № 1 (17). — С. 134/

4. Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. — 2-е изд-е,перераб. и доп. — М. — 2001. — С. 219.

Г. В. Закорецька (Підопригора)
аспірант Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
Київ, Україна

РАЦІОНАЛІЗАТОРСЬКА ПРОПОЗИЦІЯ В СИСТЕМІ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ: ДЕЯКІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ

Термін раціоналізаторська пропозиція походить від стародавнього римського — ratio — розум. Раціоналізаторська пропозиція — це розумна пропозиція, спрямована на удосконалення будь-яких виробничих процесів, яка за загальним правилом стосується виробництва, але може стосуватися й інших видів суспільно — корисної діяльності.

Як нижній рівень науково-технічної творчості раціоналізація не вимагає високої освіти та широких знань, в силу чого раціоналізація доступна широким верствам працівників.

Впровадження раціоналізаторських пропозицій у виробництво чи будь-яку іншу суспільно-корисну діяльність, підготовка їх до використання і саме використання не потребують вкладення значних коштів, матеріально-технічних ресурсів, зусиль тощо. Зазначений фактор сприяє широкому застосуванню раціоналізаторських пропозицій. Якщо винаходи в кращі часи використовувалися в межах не більше чотирьох відсотків, то раціоналізаторські пропозиції використовувалися в значно більших масштабах [1, с. 5].

Досить масштабне використання раціоналізаторських пропозицій зумовлює і значно більший економічний ефект від їх використання, який часто був вищий від використання винаходів [2, с. 23]. Усі наведені фактори свідчать на користь раціоналізаторських пропозицій. Тому найменша їх недооцінка може нанести велику шкоду суспільству.

Прикро, проте, у зв’язку з економічною кризою, що мала місце в перші роки незалежності України, творча активність в Україні помітно знизилася, що в свою чергу торкнулося й раціоналізаторської діяльності. Однією з причин цього негативного явища була і певною мірою поки що існує відсутність необхідної нормативно-правової бази [3, с. 5].

На сьогоднішній день законодавство України про інтелектуальну власність, про науково — технічну творчість поки що не приділяє правовому забезпеченню раціоналізації належної уваги. Немає закону про раціоналізаторську діяльність чи будь якого іншого нормативного акту, який би визначав параметри правової охорони раціоналізаторських пропозицій. Право інтелектуальної власності на раціоналізаторську пропозицію фактично не захищається. Складається враження, що хтось в Україні дуже зацікавлений у тому, щоб раціоналізаторська діяльність в Україні не розвивалася.

Розробники проекту Цивільного кодексу України взагалі відмовлялися включати раціоналізаторську пропозицію до проекту [4, с. 32-612]. Мотив був простий — раціоналізаторська пропозиція не може бути об’єктом права інтелектуальної власності.

Мотиви заперечення раціоналізаторської пропозиції як об’єкта інтелектуальної власності не витримують критики. Проти цих заперечень можна навести такі аргументи:

1) Раціоналізаторська творчість, безперечно є інтелектуальною творчістю. Раціоналізаторська пропозиція є результатом творчої і при цьому наполегливої праці. Проти творчого характеру раціоналізаторської пропозиції заперечувати важко. Протягом тривалого часу, починаючи з початку тридцятих років, раціоналізаторська пропозиція визнавалася об’єктом винахідницького права і охоронялася як творчий результат.

2) Раціоналізаторська діяльність та її результат раціоналізаторські пропозиції вносили, вносять і будуть вносити в процес науково-технічного розвитку України вагомий внесок. Удосконалення, які вносилися раціоналізаторськими пропозиціями в конструкції виробів, технологію виробництва та застосовуваної техніки і матеріалів істотно сприяли підвищенню технічного рівня виробництва та іншої суспільно-корисної діяльності.

3) В раціоналізаторську творчість залучаються мільйони працівників. У більшості випадків з цієї багатомільйонної армії учасників творчого процесу виростають талановиті винахідники. Раціоналізаторська творчість — це початкова творча школа, яка підготовлює своїх вихованців до вищого рівня науково-технічної творчості.

4) В порівнянні з іншими об'єктами права інтелектуальної власності (корисна модель, комерційне найменування, географічне зазначення, комерційна таємниця та деякі інші), які без будь-якого сумніву визнаються об'єктами права інтелектуальної власності, раціоналізаторська пропозиція є не менш вагома у процесі прискорення науково-технічного прогресу. Видається, що раціоналізаторська пропозиція більше важить для суспільства ніж деякі із перерахованих об'єктів права інтелектуальної власності. Тому немає підстав чи будь-яких перешкод для визнання раціоналізаторських пропозицій об'єктами права інтелектуальної власності.

Але добре те, що новий Цивільний кодекс України все ж таки визнав раціоналізаторські пропозиції об'єктами права інтелектуальної власності, чим зробив істотний прорив в правовій блокаді цього виду науково-технічної творчості.

Таким чином, раціоналізаторська пропозиція, безперечно є об'єктом права інтелектуальної власності. Частина 1 ст. 420 Цивільного Кодексу чітко й однозначно проголошує, що раціоналізаторська пропозиція є об'єктом права інтелектуальної власності.

Визнання раціоналізаторської пропозиції об'єктом права інтелектуальної власності визначає місце раціоналізаторської пропозиції в системі права інтелектуальної власності. Якщо право інтелектуальної власності визнається як підгалузь цивільного права, то право промислової власності є цивільно-правовим інститутом, а раціоналізаторська пропозиція посідає в ньому окреме місце субінституту.

Однак, становище раціоналізаторської пропозиції в системі права інтелектуальної власності зумовлює необхідність прийняття спеціального закону про раціоналізаторські пропозиції, адже чотирьох статей в Цивільному кодексі України явно недостатньо для правового забезпечення раціоналізаторської діяльності в Україні. Таким законом має стати спеціальний закон України про раціоналізаторські пропозиції, який має бути прийнятий у розвиток глави 41 Цивільного кодексу України.

Закон про раціоналізаторські пропозиції в Україні має забезпечити не тільки охорону права інтелектуальної власності на раціоналізаторську пропозицію, а й охопити своїм опосередкуванням всю сферу раціоналізаторської діяльності і включити в себе державне управління раціоналізаторською діяльністю, прогнозування, планування, моральне і матеріальне стимулювання і, безперечно, правову охорону раціоналізаторських пропозицій. Раціоналізація є одним із досить ефективних шляхів підвищення рівня суспільного виробництва та будь-якої іншої суспільно-корисної діяльності. Право інтелектуальної власності на раціоналізаторську пропозицію повинно посісти належне йому місце в системі права інтелектуальної власності не тільки формально, а й фактично відповідно до його ефективності.

Використані джерела:

1. Пугачев Ю. Н. В авангарде технического прогресса // Вопросы изобретательства. — 1984. — № 6. — С. 5.

2. *Сенин В. И. Как помочь рационализатору? // Вопросы изобретательства — 1992. — № 3-4. — С. 23.*
3. *Шидловський А. К. Досвід та проблеми винахідництва і підтримка творчої діяльності в науці // Інтелектуальний капітал. — 2003. — № 3. С. 5.*
4. *Цивільний кодекс України. Проект від 25 серпня 1996 р. — Українське право.*

А. О. Згама
аспірантка Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана, Київ, Україна

ПРО ПРОЦЕСУАЛЬНІ ВІДНОСИНИ В ГОСПОДАРСЬКОМУ СУДІ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ІНСТАНЦІЇ

У теорії цивільного процесуального права питання цивільних процесуальних відносин постійно перебуває в центрі дослідження. Продовжується аналіз поняття, змісту цих відносин і сучасними науковцями. Не може залишити поза увагою дане питання і наука господарського процесуального права.

Проблема цивільних процесуальних відносин переважно вивчалася на рівні вирішення спорів у суді першої інстанції. Зокрема, цьому питанню присвятили свої роботи такі вчені, як М. А. Гурвич, Д. Р. Джалілов, Н. Б. Зейдер, І. Д. Мозолін, Н. А. Фондамінський, В. П. Чечина та ін.

Проте потребує комплексного дослідження й апеляційне господарське правовідношення, використовуючи при цьому надбання науки цивільного процесуального права.

У теорії цивільного процесу не склалося єдиної думки щодо поняття процесуальних відносин. Ще у другій половині XIX столітті О. Бюлов визначив цивільне процесуальне відношення як звичайне зобов'язальне відношення цивільно-правового характеру, де сторони і суд мають права та обов'язки [1, с. 54]. При цьому він висловлювався про рівність суду і сторін у процесі, про право сторін на правосуддя і кореспондуючий такому праву обов'язок суду розглянути справу.

Однак були як прихильники [2, с. 17], так і критики теорії О. Бюлова. Останні на противагу стверджували, що процесуальні відносини характеризуються владними повноваження, якими наділяється суд [4, с. 149-160; 5, с. 204-207].

За радянських часів погляди на визначення процесуальних відносин полягали переважно у тому, що одні вчені говорили про суспільні відносини, які стають правовими в результаті впливу норм права. Зокрема С. Н. Абрамов говорив, що відносини ці суспільні; вони регулюються законом і є правовими [6, с. 4]. К. С. Юдельсон зазначав, що це врегульовані нормами права відносини між судовими органами радянської держави й іншими органами та особами, котрі складаються в процесі здійснення судом захисту прав і інтересів громадян та соціалістичних організацій [7, с. 9].

Представники іншого напряму наголошували, що правовідношення слід розглядати як існуюче поряд з тим суспільним відношенням, котре лежить в його основі, і яке регулює при цьому це суспільне відношення, так само як і норма права. Так, Д. Р. Джалілов вважав, що правові відносини становлять основну форму правового регулювання суспільних відносин, вони виступають в якості інструмента, під впливом якого норми права впливають на суспільні відносини [8, 16]. Дану точку зору поділяв і В. П. Мозолін [9, с. 55].

Таким чином, господарські процесуальні правовідносини можна визначити як зв'язок, що виникає між господарським судом як органом державної влади й іншими

учасниками процесу, і є виключним варіантом реалізації прав і здійснення обов'язків, пов'язаних із захистом прав або законних інтересів у судовому порядку.

Господарські процесуальні й господарські апеляційні правовідносини мають спільні ознаки, що їх характеризують. Так, вищеназвані правовідносини мають виключно правовий характер, основним методом їх регулювання є імперативність, обов'язковим їх суб'єктом є суд.

Разом з тим апеляційні правовідносини мають певні особливості, що і відрізняє їх від процесуальних відносин, які виникають при вирішенні справи у суді першої інстанції.

Апеляційне провадження являє собою як діяльність суду, так і дій різних учасників процесу, інтереси яких порушені судовим рішенням. При розгляді скарг суди другої інстанції є пов'язаними правами і обов'язками з особами, що беруть участь у справі. Правові зв'язки, що виникають при цьому між ними, свідчать про існування особливих, відмінних від провадження у суді першої інстанції господарських процесуальних відносин [10, с. 23-24].

Господарські процесуальні правовідносини, що виникають при перегляді судових рішень, є вторинними в системі процесуальних зв'язків, їх специфіка обумовлена самостійністю задач суду з перевірки законності і обґрунтованості актів правосуддя і відображують автономію функцій перегляду судових рішень.

Зміст правовідносин, що розглядаються, обумовлений цільовими настановами і повноваженнями судів щодо перевірки в установленому порядку судових рішень. Зміст перегляду полягає у процесуальній діяльності судів з перевірки законності і обґрунтованості оскаржуваних постанов, зі створення умов для правомірної роботи судів першої інстанції в подальшому.

Процесуальні відносини в апеляційній інстанції виявляють собою другу ланку всієї системи правовідносин по господарській справі. Процесуальні відносини за участю суду апеляційної інстанції обмежені за колом, за яким вони виникають.

Так, правом апеляційного оскарження наділяються сторони зі справи і прокурор (ч. 1 ст. 91 Господарського процесуального кодексу України (надалі — ГПК України). ГПК України не надає права подачі апеляційної скарги особам, що не були залучені до участі у справі місцевим господарським судом, навіть у випадках, якщо цей суд прийняв рішення про їх права та обов'язки.

Розрізняють загальний і спеціальний об'єкт процесуальних відносин. Так, загальним об'єктом для всіх господарських процесуальних відносин, що виникають в господарському процесі, є певна господарська справа. Для місцевих господарських судів характерним є те, що загальний об'єкт виступає і спеціальним, оскільки для суду такого рівня першочергове завдання полягає у розгляді справи по суті. Апеляційні правовідносини мають власний спеціальний об'єкт, яким є судові рішення суду першої інстанції, що не набрали законної сили.

Саме з приводу вказаних судових актів виникають процесуальні зв'язки між апеляційним судом й іншими учасниками процесу, інтереси яких порушені судом. Як учасник правовідносин, що складаються у процесі перевірки законності і обґрунтованості рішень та ухвал, суд другої інстанції неминуче повинен бути визнаним самостійним суб'єктом господарського процесуального права [10, с. 24].

Отже, наведене уможливило визначити господарське апеляційне правовідношення як самостійну динамічну систему господарських процесуальних правовідносин, що виникають між господарським судом апеляційної інстанції і особами, що беруть участь у справі, а також іншими учасниками процесу з приводу перевірки законності і обґрунтованості рішень суду першої інстанції і повторного розгляду справи по суті.

Використані джерела:

1. *Гражданский процесс. Учебник/ Под ред. В.А. Мусина, Н.Н. Чечиной, Д.М. Чечот. — М., 1997 — 472 с.*
2. *Гольмстен А.Х. Учебник русского гражданского судопроизводства. — СПБ., 1885 — 484 с.*
4. *Нефедьев Е.А. К учению о сущности гражданского процесса. Соучастие в гражданском процессе. Соучастие по немецкому и французскому праву. — Казань, 1891. — 231 с.*
5. *Гредескул Н.А. К учению об осуществлении права. — Харьков, 1900. — 248 с.*
6. *Абрамов С.Н. Гражданский процесс. — М.: Юр. изд-во, 1946. — 232 с.*
7. *Юдельсон К.С. Советский гражданский процесс. — М.: Госюриздат, 1956. — 439 с.*
8. *Джалилов Д.Р. Гражданское процессуальное правоотношение и его субъекты. — Душанбе, 1962. — 39 с.*
9. *Мозолин В.П. О гражданском процессуальном правоотношении// Советское государство и право. — 1955. — № 6. — С. 50-57.*
10. *Калмацкий В.С. Суд второй инстанции в советском гражданском процессе. — Уфа, 1978. — 83 с.*

Е. А. Зеленовский
студент Белорусского государственного университета,
Минск, Республика Беларусь

О НЕКОТОРЫХ АСПЕКТАХ ПРАВОВОГО ОПРЕДЕЛЕНИЯ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В ГРАЖДАНСКОМ КОДЕКСЕ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

Правовое понятие «предпринимательская деятельность» по-разному трактуется в различных государствах. Гражданским кодексом Республике Беларусь (далее ГК) [1; абз. 2 п. 1 ст. 1] закреплено аналогичное Гражданскому кодексу Российской Федерации [2; абз. 3 п. 1 ст. 2] определение. Так, в соответствии с ч. 2 п. 1 ст. 1 ГК предпринимательской является самостоятельная деятельность юридических и физических лиц, осуществляемая ими в гражданском обороте от своего имени, на свой риск и под свою имущественную ответственность и направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи вещей, произведенных, переработанных или приобретенных указанными лицами для продажи, а также от выполнения работ или оказания услуг, если эти работы или услуги предназначаются для реализации другим лицам и не используются для собственного потребления. Данное определение содержит ряд неконкретизированных положений, что обуславливает возможность неоднозначного толкования и вызывает ряд проблем в правоприменительной практике. Необходимость однозначного толкования вышеназванного определения обусловлена не только потребностью в единообразном подходе к регулированию гражданско-правовых отношений, но также и тем, что содержащееся в ГК определение предпринимательской деятельности используется в уголовном законодательстве Республики Беларусь [3; ч. 2 п. 1].

В связи с этим нами предлагается подробно рассмотреть каждый из установленных в определении признаков. Следует иметь в виду, что только наличие совокупности всех признаков позволит квалифицировать ту или иную деятельность в качестве предпринимательской.

Под предпринимателем понимается, в первую очередь, какое-либо физическое лицо (речь идет об индивидуальном предпринимателе). Действительно, согласно п. 1 ст. 22 ГК гражданин вправе заниматься предпринимательской деятельностью без образования юридического лица с момента государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя (далее ИП). Законодательными актами

предусмотрены иные требования для занятия предпринимательской деятельностью. С момента приобретения статуса индивидуального предпринимателя различают два вида правосубъектности физических лиц: правосубъектность в отношениях, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности; предпринимательская правосубъектность. Гражданское законодательство признает субъектами предпринимательской деятельности также и юридических лиц. При этом нельзя отождествлять деятельность юридического лица с деятельностью его органа, поскольку предпринимательская деятельность осуществляется субъектами в гражданском обороте от своего имени. Так, не является предпринимательской деятельность, если она осуществляется не от своего имени, а также не на свой риск и не под свою имущественную ответственность, а в качестве лица, принятого на работу к ИП или юридическому лицу или представителя ИП или юридического лица по их поручению [7; ст. 95]. Тем самым выполняется норма ст. 44 ГК, согласно которой юридическое лицо может от своего имени приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права. Применительно к ИП не требуется их личного участия в осуществляемой деятельности, но необходимым является условие, что она осуществляется от имени такого лица. Это означает, что действия работника ИП могут быть тождественны действиям последнего.

Важным признаком предпринимательской деятельности является самостоятельность действий субъектов. В юридической литературе отмечается, что этот признак указывает на т.н. «волевой источник» предпринимательской деятельности, т.е. лицо стремится заниматься такой деятельностью, проявляя свое стремление путем волеизъявления, без непосредственного давления на принимаемые им решения. Не будет являться предпринимательской деятельность, осуществляемая под принуждением. Необходимо иметь в виду, что в гражданском обороте субъект предпринимательства подвержен влиянию установленных правил, законам развития экономических процессов, присутствием конкурентов и т.д. Данные факторы существуют объективно и не могут рассматриваться как ограничивающие самостоятельность. Вместе с тем, в исключительных случаях, присутствие таких «внешних факторов» может исключать наличие предпринимательской деятельности.

Следующим признаком, закрепленным в легальном определении предпринимательской деятельности, является риск понести неблагоприятные имущественные последствия от деятельности. Во многом степень риска обусловлена личными качествами, опытом и навыками участников. Существенное значение имеет риск при обосновании ответственности за нарушение обязательства. Так, согласно п. 3 ст. 372 ГК если иное не предусмотрено законодательством или договором, лицо, не исполнившее обязательство либо исполнившее его ненадлежащим образом при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение обязательства невозможно вследствие непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств. Это означает, что лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, несет ответственность на началах риска, т.е. независимо от наличия вины. Вина является необходимым условием ответственности, если это прямо предусмотрено законодательством или договором. Свое применение в данном случае находит также признак самостоятельной имущественной ответственности..

Ключевым и, вместе с тем, весьма неоднозначным, на наш взгляд, признаком является признак систематичности получения прибыли от пользования имуществом, продажи вещей, произведенных, переработанных или приобретенных указанными лицами для продажи, а также от выполнения работ или оказания услуг. Собственно целью любой предпринимательской деятельности, в конечном итоге, и является извлечение прибыли. В различных отраслях права установлены свои правила относительно систематичности, при этом в гражданском праве данная категория не

конкретизируется. Но при установлении систематичности в какой-либо деятельности нельзя основываться лишь на количестве или частоте совершаемых действий, поскольку возможно случайная неоднократность. Следует принимать также во внимание мотив и направленность такой деятельности. В этой связи, примечательным является подход немецкого законодателя. В данном случае вместо такого признака как систематичность употребляется признак устойчивости осуществляемой деятельности, а также направленности на получение дохода, даже если цель получения прибыли отсутствует (§ 2 Abs. 1 Satz 1 und 3 UStG) [4] .

В большинстве случаев действия лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью, направлены на капитализацию дохода. Законодателем же установлено, что такая деятельность направлена на получение прибыли. Даже если первоначально предприниматель ставил целью получение дохода, а в итоге понес убытки, его деятельность все равно будет считаться предпринимательской [5; с. 36]. Внешними проявлениями направленной на получение дохода деятельности могут быть: содержание заведения, помещений, набор служебного персонала, публикация, наличие ассортимента товаров, длительный и стабильный режим работы, организационное построение профессиональной деятельности, проведение маркетинговых исследований, выбор сегмента рынка, позиционирование на нем и др. [6; с. 68]. Тем самым можно определить, является ли лицо «случайным» или «профессиональным» участником предпринимательской деятельности. При этом объем, или масштаб, деятельности значения, как правило, не имеет.

На наш взгляд, в правоприменительной практике необходимо неукоснительно принимать во внимание всю совокупность признаков правового определения предпринимательской деятельности. Должно быть проведено официальное толкование закрепленных признаков, изменен подход к такому признаку, как «систематичность».

Использованные источники:

1. *Гражданский кодекс Республики Беларусь: 7 дек. 1998 с изм. и доп.., № 218-3.*
2. *Гражданский кодекс Российской Федерации: 30 нояб. 1994 с изм.и доп. № 51–ФЗ // Консультант Плюс: Версия Проф. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». — М. — 2007.*
3. *Постановление Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 28 июня 2001 г. № 6 О судебной практике по делам о незаконной предпринимательской деятельности// Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2007.*
4. *Umsatzsteuergesetzbuch / Gesetztes Texte online — ФРГ — [Электронный ресурс] Режим доступа: http://www.gesetze.2me.net — Дата доступа: 09.09.2007.*
5. *Вабищев С. С. Предпринимательское право Республики Беларусь — Мн.: ОО «Молодежн. научн. общ.», 2005.*
6. *Вержак М. В. О признаках предпринимательской деятельности // Юридический мир. — 2005. — №2. — С.68*
7. *Лукашо А. И. Преступления против порядка осуществления экономической деятельности — Мн.: Тесей, 2002.*

А. М. Зелінський
старший викладач кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління та права

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЛІЦЕНЗУВАННЯ ТА АКРЕДИТАЦІЇ ДІЯЛЬНОСТІ ЗАКЛАДІВ ОХОРОНИ ЗДОРОВ‘Я

Основи законодавства України про охорону здоров‘я (стаття 33) передбачають, що лікувально-профілактична допомога в Україні надається акредитованими закладами охорони здоров'я, а також окремими медичними працівниками (фізичними особами - підприємцями), обов‘язковою умовою діяльності яких є отримання відповідної ліцензії.

Необхідно відзначити існування низки проблем пов‘язаних саме з ліцензуванням діяльності вказаних суб‘єктів.

Так, порядок ліцензування вказаної діяльності регламентовано Законом України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності», а акредитації – постановою Кабінету Міністрів України «Порядок державної акредитації закладу охорони здоров’я» та іншими нормативно-правовими актами, що прийняті чи видані на розвиток їх положень.

Разом з тим, одна з найактуальніших проблем, що постає при ліцензуванні діяльності закладів охорони здоров‘я та фізичних осіб – підприємців, виявляється в тому, що ліцензуванню в Україні підлягає не надання лікувально-профілактичної допомоги (про яку йдеться в Основах законодавства) чи медичної допомоги (про яку йдеться мова в статті 49 Конституції України) або медичних послуг, а такий вид господарської діяльності як медична практика. При цьому, визначення в законодавстві медичної практики немає. З огляду на це виникла ситуація, що законних підстав надавати лікувально-профілактичну допомогу, медичну допомогу чи медичні послуги в Україні фізичним особам, їх споживачам, ніхто немає. А ті хто їх надає, здійснюють її незаконно й мають понести за це відповідальність.

Суть наступної проблеми полягає в тому, що переважна більшість майбутніх закладів охорони здоров‘я та фізичних осіб – підприємців практично не можуть отримати ліцензію на здійснення господарської діяльності з медичної практики через те, що не можуть отримати один з обов‘язкових документів, що подаються в пакеті документів на отримання зазначеної ліцензії. Мова йде про довідку Міністерства охорони здоров‘я України або уповноваженої ним установи про стан матеріально-технічної бази, наявність нормативно-правових документів, у тому числі нормативних документів із стандартизації, необхідних для провадження цього виду господарської діяльності. Оскільки порядок отримання такої довідки, наразі, існує лише у вигляді проекту наказу Міністерства охорони здоров‘я України.

Особливе місце серед існуючих проблем займає питання про прийняття нових ліцензійних умови провадження господарської діяльності з медичної практики, оскільки вони затверджені наказом Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва, Міністерства охорони здоров'я України 16 лютого 2001 та вже не відповідають існуючому правовому регулюванню суспільних відносинам. Крім того практика їх застосування, а це 6 років, вказує на необхідність внесення змін до вказаного нормативно-правового акту.

Правове регулювання акредитації також не позбавлено недоліків та проблем.

На нашу думку, перш за все необхідно врегулювати питання акредитації фізичних осіб – підприємців, що здійснюють медичну практику, оскільки існуючий Порядок державної акредитації закладів охорони здоров‘я поширюється лише на заклади охорони здоров‘я, в тому їх розумінні як це встановлено в статті 3 Основ законодавства України про охорону здоров‘я. В той же час вказаний Порядок потребує суттєвого удосконалення.

Реформи повинні торкнутися процедури акредитації, оскільки наразі рішення нижчих акредитаційних комісій потребують додаткового затвердження Головною акредитаційною комісією при Міністерстві охорони здоров‘я України, що в більшості випадків є простою формальністю та породжує бюрократію. Крім того, на нашу думку, повинні бути допущені до здійснення акредитації також і громадські організації закладів охорони здоров‘я та пацієнтів.

Зміни повинні торкнутися й документів, що подаються на державну акредитацію. Перш за все, це стосується необхідності закріплення закритого, (а не відкритого як зараз) переліку документів на акредитацію.

Ще одним «болісним» питанням, наразі, як для закладів охорони здоров‘я, так для акредитацій них комісій є напрацювання ґрунтових критеріїв державної акредитації, оскільки існуючі не відповідають сучасним вимогам практики їх застосування. Одним з аргументів на користь цього твердження може слугувати те, що Міністерство охорони здоров‘я України знов готує зміни до Критеріїв (умов) державної акредитації лікувально-профілактичних закладів, що затверджені на початку цього року, а саме наказом від 24 лютого 2007 року № 92.

Вище вказане свідчить про необхідність нагального ґрунтовного дослідження зазначеної проблематики з метою розробки дієвого механізму ліцензування та акредитації суб‘єктів, що здійснюють медичну діяльність, що, в свою чергу, сприятиме ефективній реалізації гарантованого Конституцією України права на медичну допомогу.

А. В. Зеліско
аспірантка Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника, Івано-Франківськ, Україна

ДО ПРОБЛЕМИ МАЙНОВИХ ПРАВ ЧЛЕНІВ СПОЖИВЧИХ ТОВАРИСТВ

Участь особи в споживчому товаристві має наслідком виникнення в неї сукупності майнових та особистих немайнових прав. Серед майнових прав слід виділити закріплене частиною 4 статті 6 Закону право члена споживчого товариства одержувати частку прибутку, що розподіляється за результатами господарської діяльності між членами споживчого товариства відповідно до їх пайового внеску.

Майнові права членів споживчих товариств досліджувалися в працях В. І. Семчика, І. М. Кучеренко, окремі аспекти наведеного питання розглядалися С. Г. Бабенком, С. Д. Гелеєм, Я. А. Гончаруком та іншими. Серед російських вчених проблемам майнових прав приділяли увагу О. І. Зирянов, С. В. Тичинін і інші. Однак питання про право членів споживчого товариства отримувати частину прибутку продовжує бути актуальним з огляду на неналежне його законодавче закріплення. Адже Цивільний кодекс України визначив споживчі товариства як непідприємницькі товариства. Відповідно до статті 85 ЦК України непідприємницькими є товариства, які не мають на меті одержання прибутку для його наступного розподілу між учасниками. Проте Закон України «Про споживчу кооперацію» (частина 4 стаття 6) [1] та Закон України «Про кооперацію» (стаття 12) [2] передбачає право членів споживчого товариства на отримання частки прибутку, кооперативних виплат та виплат на пай. Отже чинні нормативно-правові акти неоднозначно врегульовують можливість членів споживчих товариств отримувати частину доходу товариства. Тому метою даного дослідження є питання про доцільність чи недоцільність права членів споживчого товариства на отримання частини прибутку.

Оскільки прийняття спеціальних законодавчих актів про споживчу кооперацію є характерним не тільки для України, але і для інших держав, то аналіз вказаних законів дасть змогу розкрити наявні недоліки та тенденції щодо правового врегулювання можливості членів споживчих товариств отримувати частину прибутку.

Законодавство інших країн передбачає три підходи до вирішення цього питання:

1) серед прав членів споживчих товариства право на отримання прибутку не закріплюється — Закон Республіки Молдавія «Про споживчу кооперацію» (стаття 25) [3], Закон Республіки Казахстан «Про споживчий кооператив» (частина 2 стаття 25) [4];

2) передбачена можливість розподілу між членами споживчого товариства обмеженої частини доходу (не більше 20%) — Закон Російської Федерації «Про споживчу кооперацію (споживчі товариства та їх об'єднання) в Російській Федерації» (стаття 11, частина 2 стаття 25 Закону) [5];

3) питання про можливість розподілу доходів між членами кооперативу врегульовується диспозитивними нормами. В нормативно-правовому акті передбачається право кооперативу на розподіл прибутку між членами, однак статутом може бути встановлено, що прибуток не розподіляється між членами та спрямовується в передбачені законом накопичення — Закон Німеччини «Про виробничі та господарчі кооперативи» 1889 року з наступними змінами по 2004 рік (абзац 1 параграф 19, параграф 20) [6, с. 332]. Розподіл прибутку між членами споживчого кооперативу відповідно до німецького законодавства здійснюється не шляхом виплати дивідендів чи процентів на пай, а шляхом паєнагромадження.

Як бачимо, законодавство різних держав неоднозначно вирішує питання про можливість чи заборону розподілу прибутку між членами споживчих товариств. Проте, саме визначення такого кооперативного товариства як споживчого вказує на те, що воно є непідприємницьким, а тому право на отримання прибутку нівелює різницю між споживчими товариствами та виробничими кооперативами, які відповідно до ЦК України є підприємницькими товариствами. У зв'язку з цим право на отримання прибутку повинно бути або виключене з переліку майнових прав членів товариства або значно обмежене.

Серед вчених теж існують різні підходи до можливості споживчих товариств розподіляти прибуток між їх членами. Зокрема, Е. А. Суханов заперечує будь-яку можливість такого розподілу та підкреслює, що весь дохід повинен спрямовуватися на досягнення поставлених перед товариством цілей [7, с. 197]. С. В. Тичинін обстоює можливість розподілу між членами товариства значно обмеженої частини отриманого доходу — не більше 8% доходів [8, с. 366]. І. М. Кучеренко зазначає, що споживчі товариства як некомерційні юридичні особи можуть займатися підприємницькою діяльністю, однак тільки 20% доходів можуть розподіляти між своїми членами [9, с. 18]. Подібну позицію займає А. П. Макаренко, який зауважує, що розподіл прибутку між членами на пайовий капітал повинен бути обмежений [10, с. 78].

На основі всього вищенаведеного необхідно зазначити доцільність встановлення обмеження на можливість розподілу прибутку між членами споживчого товариства не більше, ніж ¼ отриманих товариством доходів. При цьому слід сприйняти досвід Німеччини щодо розподілу частини прибутку між членами не через виплату дивідендів чи процентів, а шляхом паєнагромадження або здійснення кооперативних виплат залежно від кількості отриманих через товариство послуг. Законодавче закріплення вказаного механізму розподілу між членами споживчого товариства обмеженої частини доходу товариства усуне існуючу в чинних нормативно-правових актах суперечність щодо визначення правового статусу споживчих товариств.

Використані джерела:

1. Про споживчу кооперацію: Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 30. — Ст. 414.

2. *Про кооперацію: Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 5. — Ст. 35.*
3. *О потребительской кооперации: Закон Республики Молдова // «Мониторул Официал ал Р. Молдова» от 14.12.2000. — № 154-156. — С. 9-14.*
4. *О потребительском кооперативе: Закон Республики Казахстан // «Казахстанская правда» от 15. 05. 01. — № 117. — С. 3-9.*
5. *О потребительской кооперации (потребительских обществах и их союзах) в Российской Федерации: Закон Российской Федерации от 19 июня 1922 года №3085-1 // Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. — 1992. — №30. — Ст. 1788.*
6. *Про виробничі та господарчі кооперативи: Закон Німеччини // Германское право. Часть 1. Торговое уложение и другие законы: Пер. с нем. — М., 1996. –332 с.*
7. *Гражданское право: В 2 т.: Учебник // Отв. ред. Е. А. Суханов. — М.: Издательство БЕК, 2003. — Т. 1. — 816 с.*
8. *Тычинин С. В. Гражданско-правовое регулирование потребительской кооперации в России. Дис. доктора юрид. наук: 12.00.03. — Спб, 2004. — 405 с.*
9. *Кучеренко І. М. Правове положення споживчих товариств // Підприємництво, господарство і право. — № 4. — 2001. — С. 17-21.*
10. *Макаренко А. П. Теория и история кооперативного движения: Учебное пособие для студентов высших и средних кооперативных учебных заведений. — М.: ИВЦ «Маркетинг», 1999. — 328 с.*

Л. М. Зілковська
кандидат юридичних наук, доцент,
заступник декана економіко-правового факультету
Одеського національного університету ім. І. І. Мечникова,
Одеса, Україна

ЧИ ПОТРІБЕН СУСПІЛЬСТВУ ІНСТИТУТ ПАТРОНУВАННЯ НАД ДІТЬМИ ЯК ФОРМА ВЛАШТУВАННЯ ДІТЕЙ-СИРІТ І ДІТЕЙ, ПОЗБАВЛЕНИХ БАТЬКІВСЬКОГО ПІКЛУВАННЯ?

Державна політика в інтересах дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування є пріоритетною сферою діяльності органів державної влади України. Початок нового етапу державної політики в цій сфері покладено прийняттям нового СК України, в нормах якого знайшло своє вирішення багато проблем щодо правового регулювання відносин в сфері влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування. Водночас при безпосередньому застосуванні норм СК виникає багато проблем, пов’язаних з недосконалістю формулювання правових норм, з неточністю та неповнотою їх для врегулювання суспільних відносин. Критичному правовому аналізу мають підлягати насамперед норми глави 20 СК — «Патронат над дітьми».

Більшість науковців, які здійснюють дослідження проблем правового регулювання влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, вважають, що законодавче закріплення патронатного виховання, як ще однієї з форм улаштування дітей, позбавлених батьківського піклування, дозволить розв’язати такі існуючі в нашому суспільстві проблеми як відірвати дітей, позбавлених батьківського піклування, від «вулиці» і дати змогу особам, які не мають з певних причин постійної роботи, реалізувати за платню свої можливості у цій сфері (Л. Драгнєвич, В. Ю. Москалюк), інші науковці намагаються довести, що втіленням історично втраченого правового інституту патронату є прийомна сім’я (О. І. Карпенко). Ці позиції

по-різному обґрунтовуються, однак їх прибічники єдині в тому, що патронат уявляє з себе особливий вид або особливу форму влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, які мають право на існування.

На нашу думку, названі позиції видаються дещо спірними, оскільки існування законодавчого інституту патронату в такому вигляді, як він представлений в СК, веде до ототожнення декількох правових явищ, які істотно різняться між собою, а саме — ототожнення патронату над дітьми, по-перше, з встановленням опіки та піклування над дітьми, по-друге, з влаштуванням дитини в прийомну сім'ю. Крім цього, можливе ототожнення правовідносин патронатного вихователя і фактичного вихователя. До цього слід ще додати, що надаючи законодавчо можливість передачі дитини в сім'ю патронатного вихователя за договором на оплатній основі, законодавчо не виписано конкретних обов'язків патронатного вихователя, його звітності та контролю за його діяльністю, відповідальності, що може стати підставою для зловживання патронатними вихователями їхніми правами, створити загрозу для життя і здоров'я дитини.

Зважаючи на це, постає питання про самостійність і самоцінність інституту патронату над дітьми.

СК встановлює, що за договором про патронат орган опіки та піклування передає дитину-сироту або дитину, позбавлену батьківського піклування, на виховання у сім'ю іншої особи (патронатного вихователя) до досягнення дитиною повноліття, за плату. За виховання дитини патронатному вихователю встановлюється плата, розмір якої визначається за його домовленістю з органом опіки та піклування. (ст. 252, 254 СК). Закон, зобов'язуючи в ст. 255 СК патронатного вихователя забезпечити дитину житлом, одягом, харчуванням тощо, створити дитині умови для навчання, фізичного та духовного розвитку, захищати дитину, її права та інтереси як опікун або піклувальник, без спеціальних на те повноважень, водночас не містить тих застережень щодо особи патронатного вихователя, які містяться щодо особи опікуна та піклувальника в ст. 64 ЦК і тих вимог, що встановлені в ст. 244 СК. Це перша недосконалість в правовому регулюванні відносин з патронату над дітьми, що міститься в СК.

Другий недолік, на який слід звернути увагу, — це встановлення такої підстави припинення договору про патронат, як відмова від нього дитини, яка досягла чотирнадцяти років (ст. 256 СК). Як відомо, з досягненням дитиною чотирнадцяти років, вона має неповну цивільну дієздатність, яка дозволяє їй вчиняти правочини, передбачені ст. 31 ЦК (самостійно вчиняти дрібні побутові правочини, здійснювати особисті немайнові права на результати інтелектуальної, творчої діяльності, що охороняються законом), а також — передбачені ст. 32 ЦК (самостійно розпоряджатися своїм заробітком, стипендією або іншими доходами; самостійно здійснювати права на результати інтелектуальної, творчої діяльності, що охороняються законом; бути учасником (засновником) юридичних осіб, якщо це не заборонено законом або установчими документами юридичної особи; самостійно укладати договір банківського вкладу (рахунку) та розпоряджатися вкладом, внесеним нею на своє ім'я (грошовими коштами на рахунку). Інші правочини неповнолітня особа вчиняє за згодою батьків (усиновлювачів), піклувальників, органу опіки та піклування. Як бачимо, вчинення дитиною, яка досягла чотирнадцяти років, такого правочину, як відмова від договору про патронат, не входить до переліку правочинів, які фізична особа названого віку може вчиняти самостійно. Крім цього, ігнорується думка органу опіки і піклування, який є стороною за договором про патронат.

Слід зауважити, що ст. 256 СК не передбачає таких підстав для припинення договору про патронат, які встановлені, наприклад, щодо припинення опіки та піклування, або скасування усиновлення, зокрема передача малолітньої особи батькам (усиновлювачам) тощо.

Невизначеність правового статусу патронатних вихователів на практиці притягне до конфлікту інтересів між останніми і батьками дитини, яку взято під

патронат, оскільки передача дитини на виховання іншим особам не звільняє батьків від обов'язку батьківського піклування щодо неї. Такі конфлікти виникатимуть, зокрема, при вирішенні питання про медичне втручання, оскільки патронатні вихователі, на відміну від батьків, усиновлювачів, опікунів та піклувальників, не вважаються законними представниками неповнолітніх відповідно до Закону «Основи законодавства України про охорону здоров'я».

Відсутні в законодавстві також вимоги щодо звітності патронатних вихователів, і, головне, — щодо відповідальності патронатних вихователів за неналежне виконання їхніх обов'язків за договором про патронат.

На нашу думку, сутність патронату як соціально-правового явища має полягати не у визнанні його однією з форм влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування. Більш досконалими і ефективними в цьому сенсі є інститути опіки та піклування, прийомної сім'ї, дитячого будинку сімейного типу. Сутність патронату має полягати у супроводі (соціальному, педагогічному) дітей, сім'ї яких виявляються неблагополучними, діти перебувають в соціально-небезпечному становищі, в такому разі патронат слугуватиме профілактикою сирітства. Покладення таких функцій можливе як на органи опіки та піклування, служби в справах дітей, так і на освітні установи. До цього є й правові підстави. Так, Закон України «Про охорону дитинства» від 26 квітня 2001 р. № 2402-III не містить визначення патронату, однак передбачає можливість участі трудових колективів, благодійних та інших громадських організацій, фізичних осіб у створенні розвиненої системи патронату дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, у порядку, визначеному законодавством і за сприяння держави. При цьому патронат в розумінні цього Закону є одним із видів благодійності та спонсорства.

Виправлення існуючої на сьогодні ситуації з правового регулювання патронату неможливе тільки лише внесенням змін до глави 20 СК, направлених на усунення вказаних вище упущень. Повинні бути переглянуті позиції щодо необхідності патронату як законодавчого інституту форми влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування.

О. А. Іваненко
аспірант Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України,
Київ, Україна

ЗУСТРІЧНЕ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ТА ЙОГО СПІВВІДНОШЕННЯ З ІНСТИТУТОМ ПРИТРИМАННЯ

Співвідношення зустрічного виконання зобов'язань і інституту притримання є досить дискусійним питанням. На схожість юридичних конструкцій даних інститутів звертав увагу ще професор Катков М.М. У своєму дослідженні, присвяченому поняттю права притримання в римському праві, автор, висвітлюючи питання уявних випадків права притримання, називає невиконання зустрічного зобов'язання одним з таких випадків. На думку Каткова М.М., невиконання зустрічного зобов'язання є випадком невиконання з тих підстав, що умови виконання не всі ще є наявними [1, с. 152].

На тотожність притримання і зупинення (відмову) від виконання зобов'язання в рамках інституту зустрічного виконання вказував і відомий радянський вчений Агарков М. М. Так, автором зазначалося, що право притримання є правом боржника утримуватися від виконання обов'язку до тих пір, доки кредитор зі свого боку не

виконає свого обов'язку. Окремим випадком права притримання Агарков М. М. називав право притримання майна, належного іншій стороні [2; с. 117].

Чинне цивільне законодавство встановлює правило, згідно із яким, у випадку невиконання однією із сторін свого обов'язку або за наявності очевидних підстав вважати, що вона не виконає свого обов'язку у встановлений строк (термін) або виконає його не в повному обсязі, друга сторона має право зупинити виконання свого обов'язку, відмовитися від його виконання частково або в повному обсязі (ч. 3 ст. 538 ЦК України). Дана норма є новелою в чинному законодавстві, адже ст. 171 ЦК України 1964 року встановлювала лише обов'язок одночасного виконання взаємних зобов'язань і не передбачала можливість невиконання встановлених договором обов'язків однією із сторін.

Аналізуючи ч. 3 ст. 538 та ч. 1 ст. 594 ЦК України можна виявити схожість притримання і зупинення (відмови від виконання зобов'язання частково або в повному обсязі) виконання свого обов'язку в рамках зустрічного виконання зобов'язання. Така схожість полягає в тому, що в обох випадках управомочена сторона, має право не виконувати свій обов'язок: або не видавати річ боржникові і заявити про її притримання, або зупинити виконання свого обов'язку, відмовитися від його виконання частково або в повному обсязі. І, на думку автора доповіді, зазначене нами вище є єдиною спільною рисою притаманною зустрічному виконанню зобов'язань і інституту притримання. Відмова від виконання зустрічного зобов'язання має своєю метою надати стороні, яка виконує свої обов'язки, можливість не понести збитки в результаті такого «однобічного» виконання нею зобов'язання. Оскільки стороні надається право зупинити виконання зобов'язання або взагалі відмовитися від його виконання навіть в тому випадку, коли є обставини, які заздалегідь свідчать про те, що контрагент не виконає зобов'язання належним чином, то у іншої сторони може й не бути ніяких збитків. Тобто, утримуючись від зустрічного виконання зобов'язання, сторона зобов'язання може взагалі не понести ніяких збитків. Дійсно, виконання однією із сторін першою свого зобов'язання, може поставити її в таке становище, за якого вона не зможе забезпечити свої інтереси. Тому, саме мету ненастання небажаної ситуації, коли одна сторона, виконавши першою свій обов'язок не зможе забезпечити свої інтереси, і переслідує відмова від виконання зустрічного зобов'язання.

На відміну від зазначеного, у випадку застосування притримання речі, кредитор на момент невиконання боржником зобов'язання вже поніс певні збитки або вчинив витрати. А тому, очевидною є зовсім різна мета інститутів притримання і зустрічного виконання зобов'язання. Досліджуваний нами цивільно-правовий інститут має своєю метою забезпечення інтересів кредитора, який вже поніс збитки або, згідно ч. 2 ст. 594 ЦК України, має іншу невиконану вимогу до боржника.

Наступною відмінною ознакою даних інститутів є те, що конструкція норми, яка передбачає можливість зупинення або невиконання зобов'язання побудована таким чином, що сторона має право зупинити будь-яке виконання, як то: виконання обов'язків за договором доручення, нарахування відсотків за договором банківського владу, сплату грошей за договором купівлі-продажу тощо. На відміну від цього, відповідно до ст. 594 ЦК України, кредитору дозволяється лише притримати річ, якою він правомірно володіє і, яку належить передати боржникові, а не утримуватися від будь-якого іншого виконання зобов'язання.

Окрім зазначеного вище, є ще одна ознака, яка, на думку автора доповіді, категорично розмежовує інститут притримання і зустрічне виконання зобов'язань. Як передбачено ст. 597 ЦК України, вимоги кредитора, який притримує річ у себе, задовольняються з її вартості. Таке задоволення відбувається шляхом продажу притриманої речі з публічних торгів. Як ми бачимо із норм, які регулюють зустрічне виконання зобов'язань, даний інститут не передбачає можливості отримати задоволення вимог за рахунок вартості чужої речі. На нашу думку, така

«непередбаченість» викликана тим, що знаходження якихось речей несправного контрагента у сторони, яка вже виконала із свого боку умови зобов'язання, не є обов'язковою умовою існування і сталого функціонування інституту зустрічного виконання зобов'язань. Але ця обставина наділяє належного виконавця договору, окрім зупинення подальшого виконання, ще більш значною правомочністю. Адже, в тому випадку, якщо у нього опиниться якась річ контрагента, він зможе скористатися наданим йому правом на її притримання і в подальшому вже отримати задоволення з вартості реалізованої речі боржника за правилами ст. 591 ЦК України.

Різний правовий характер інститутів зустрічного виконання зобов'язання і притримання можна побачити і в порядку припинення правомочностей кредитора за даними інститутами. Так, у випадку порушення зобов'язання настають правові наслідки, передбачені ст. 611 ЦК України. Отже, якщо в результаті зупинення виконання обов'язку однією із сторін інша сторона не приступила до виконання свого обов'язку належним чином, то законом встановлюються певні можливості для захисту особою своїх порушених прав. Зокрема, особі надається право припинити зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від нього, якщо це встановлено договором або передбачено законом; розірвати невиконаний договір; вимагати сплати неустойки та відшкодування збитків, а також і моральної шкоди. Стосовно припинення притримання, то ми бачимо зовсім іншу ситуацію. Основними підставами припинення у кредитора права на притримання є, по-перше, задоволення пред'явлених кредитором вимог безпосередньо власником притриманого майна або особою, вказаною ним, а по-друге, реалізація притриманої речі за правилами встановленими чинним законодавством.

Таким чином, приведені нами аргументи доводять, що можливість невиконання зустрічного зобов'язання, хоча і захищає інтереси кредитора, все ж таки не являє собою спосіб забезпечення виконання зобов'язань Можливість застосування даної правового інституту лише захищає кредитора від понесення збитків, які могли бути спричинені виконанням ним свого обов'язку, незважаючи на відсутність виконання з боку боржника.

Використані джерела:

1. *Катков М. М. Понятие права удержания в Римском праве. — К. — 1910. — 178с.*
2. *Агарков М. М. Основы банковского права. Курс лекций. Учение о ценных бумагах. Научное исследование. Издание 2-е. — М.: Издательство БЕК, 1994. — 350 с.*
3. *Брагинский М. Б., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 2-е, испр. — М.: Статут, 1997. — 682 с.*
4. *Цивільний кодекс України: коментар. — Х.: ТОВ «Одіссей», 2003. — 856с.; Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За відповід. ред. О. В. Дзери (керівник авторського колективу), Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2005.*

Н. А. Іваницька
аспірантка Львівського національного університету імені Івана Франка,
Львів, Україна

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЛІЦЕНЗІЙНОГО ДОГОВОРУ НА ВИКОРИСТАННЯ ТОРГОВЕЛЬНОЇ МАРКИ

Ліцензійні договори на використання об'єктів інтелектуальної власності є відносно новим питанням законодавчого регулювання, оскільки тільки в Цивільному кодексі України від 2003 року на нормативному рівні їх було виділено в окремий договірний підтип і визначено їхнє місце в системі договорів. Цивільний кодекс України не містить спеціальних статей, які стосуються правового регулювання ліцензійних договорів на використання конкретних об'єктів виключних прав, в тому числі, торговельних марок. Проте норми, що прямо стосуються досліджуваної договірної конструкції містяться в спеціальному Законі Україні «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» та міжнародних договорах, зокрема, в Угоді TRIPS.

Джерелами правового регулювання ліцензійного договору на використання торговельної марки також слід вважати міжнародну та національну судову практику, звичаї ділового обороту у сфері розпорядження об'єктами промислової власності.

Окремі аспекти застосування ліцензійного договору на використання торговельної марки можуть бути розкриті за допомогою системного аналізу норм цивільного та податкового законодавства. Вказане стосується такого питання як визначення правового статусу осіб, які мають право укладати такий договір, та юридично-фінансової природи доходів ліцензіара.

Застосування законодавчих положень, які регулюють ліцензійні договори на використання торговельної марки, в судочинстві та комерційній практиці дозволяє виділити ряд проблемних питань наступного характеру, перелік яких не є, звичайно, вичерпним.

Визначення істотних умов ліцензійного договору на використання торговельної марки не є безспірним питанням. Вказане випливає з того, що ч. 3 ст. 1109 ЦК України передбачено визначення в договорі виду ліцензії, сфери використання об'єкта договору, розміру, порядку і строків виплати плати за використання об'єкта права інтелектуальної власності, а також інших умов, які сторони вважають за доцільне включити у договір. Разом з тим, як вбачається з аналізу ч. 4 вказаної статті, якщо у договорі не визначено вид ліцензії, то за ним надається невиключна ліцензія. Відповідно до ч. 7 зазначеної статті у разі непогодження території, на якій може використовуватися об'єкт договору, дія ліцензії поширюється на територію України. Крім того, ч. 3 ст. 1110 ЦК України передбачено також порядок визначення строку дії договору, якщо він не був спеціально обумовлений сторонами.

Щодо параметрів договірної винагороди (строки, розмір і порядок виплати), про які також згадується у ч. 3 ст. 1109 ЦК України, недвозначно висловився Вищий господарський суд України в Оглядовому листі № 01-8/24 «Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на знаки для товарів і послуг (торговельні марки)», зазначивши в п. 9, що законодавством України не передбачено надання дозволу на використання знака для товарів і послуг лише на платній основі. З вказаного випливає, що в ліцензійному договорі сторони мають обов'язково визначити на платній чи безоплатній основі надається дозвіл на використання торговельної марки, тобто умова оплатності не є обов'язковою для даного договору.

Виходячи з визначення істотних умов, яке закріплено в ч. 2 ст. 638 ЦК України, аналізу змісту ч. 5 ст. 1109 ЦК України, абз. 2 ч. 8 ст. 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», а також ч.ч. 3 і 7 вказаної статті поряд із судовим тлумаченням ВГСУ, викладеним вище, істотними умовами ліцензійного договору на

використання торговельної марки слід вважати умову про предмет договору (дозвіл на використання торговельної марки); умову, яка визначає оплатність чи безоплатність договору, а у разі оплатності — її параметри; умову про те, що якість товарів і послуг, виготовлених чи наданих за ліцензійним договором, не буде нижчою від якості товарів і послуг власника свідоцтва і що останній здійснюватиме контроль за виконанням цієї умови; а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди.

На теоретичному рівні доцільно висловити сумнів щодо коректності формулювання предмету ліцензійного договору, яке випливає зі змісту ч. 3 ст. 1109 ЦК України, а саме вказівки на те, що таким слід вважити «права на використання об'єкта права інтелектуальної власності». Зазначене положення вступає, на наш погляд, в суперечність з визначенням самого ліцензійного договору (ч. 1 вказаної статті), виходячи з аналізу якого предметом даного договору слід вважати саме дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності.

В літературі неодноразово піднімалось питання про те, що власником свідоцтва на торговельну марку (а отже, і ліцензіаром) може бути виключно суб'єкт підприємницької діяльності. З вказаною позицією погодитись не можна, оскільки чинним законодавством такого обмеження не передбачено і це було б порушенням статті 1 Протоколу 1 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, розуміючи при цьому, що справедливе очікування набути певні права також захищається в порядку вказаної статті. Питання щодо оподаткування доходів фізичних осіб (непідприємницького — пасивного характеру) у разі оплатності ліцензійного договору в податковому законодавстві вирішено. Залишається проблема закріплення в договорі умови про рівень якості маркованих товарів, якщо ліцензіар — фізична особа — не підприємець таких товарів не виробляв. Вважаємо обґрунтованим вихід, який вироблено практикою, а саме встановлювати рівень якості товарів, які підлягатимуть маркуванню об'єктом ліцензійного договору, не нижче національних стандартів.

Застосування ліцензійного договору на використання торговельної марки в діловій практиці свідчить про те, що чинна нормативна база потребує вдосконалення з урахуванням специфіки об'єкта — торговельної марки.

Г. В. Івачевська
аспірантка Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПРАВО НА СМЕРТЬ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ: ЮРИДИЧНА МОЖЛИВІСТЬ ЧИ ПРАВОВИЙ НОНСЕНС?

Відповідно до ст. 3 Конституції України життя людини визнається вищою соціальною цінністю. В свою чергу, право людини на життя займає перше місце серед природних та невід'ємних прав людини. Розглядаючи питання змісту права на життя науковці визначають, що його зміст складає два головних повноваження: захист життя та сприяння життю [2]. Проте ряд дослідників у зміст права на життя включають також можливість розпорядження власним життям, тобто — право на смерть [4].

Певною мірою термін «право на смерть» звучить парадоксально, тому що протягом віків передумовою всіх людських прав було фундаментальне та природне — право на життя. У зв'язку із цим виникає логічне питання: чи має право хто, окрім самої природи, вирішувати питання про його припинення? Людина приходить у світ поза своєю волею і поза нею, природно повинна залишати його. Існують також

аргументи на противагу цьому твердженню — якщо людина має право на життя, відповідно, і право убити себе власноручно чи за допомогою інших осіб також їй належить. Таким чином, питання про те, чи має людина право на смерть і досі залишається спірним і дискусії з цього приводу не припиняються.

Сьогодні в науковій літературі та пресі актуальною є тема права на смерть, під яким слід розуміти можливість людини свідомо добровільно в вибраний нею момент часу піти з життя вибраним і доступним для неї способом. Водночас, домінуючою є думка про те, що наявність в людини права на життя та його юридичне закріплення зовсім не означає, що у неї є і право на смерть. Більше того, історія свідчить про те, що бажання людини піти з життя в усі часи засуджувалось з погляду суспільства, релігії та моралі. Тисячоліттями існує Божа заповідь «Не вбивай». Саме в житті з усіма його труднощами і є людське призначення, а визнання смерті цінністю рівноцінною життю обумовлює в кінцевому етапі вмирання суспільства і держави [4]. Тому не можна говорити про право на смерть, як про юридичну категорію взагалі. Тим більше не слід виокремлювати цю правомочність з права на життя, оскільки у ньому самому присутнє заперечення життя. Про той факт, що повноваження розпоряджатись власним життям не вводиться до змісту права на життя свідчить і те, що людини яку застали за спробою самогубства, примусово повертається до життя. Таким чином людина не має законних підстав здійснювати вільний вибір між життям і смертю [6].

Але в правовій літературі все ж зустрічається точка зору відповідно до якої право на смерть розглядається як здійснення права на життя. Деякі автори намагаються ввести та нормативно закріпити право фізичної особи на смерть як складової права на життя чи як окремого суб'єктивного права [1]. Прихильники цієї теорії, говорять про те, що право на смерть — це по суті, продовження права на життя, а значить можливість здійснення бажання це життя обірвати. Іншими словами життя це нематеріальне благо, яке знаходиться в повному володінні власника і дана людина вправі ним розпорядитись. Невизнання за людиною права на смерть перетворює право на життя в обов'язок жити стверджує А. Малиновський. Автор вважає, що конституційне закріплення права на життя логічно передбачає юридичне закріплення права на смерть, говорить про те, що право на смерть необхідно розглядати як можливість людини свідомо і добровільно піти з життя вибраним і доступним їй способом, звертає увагу на те, що держава і суспільство тим самим, обмежує людину в свободі [3].

На сьогодні в науковій літературі можливими способами припинення життя з власної волі вважають: самогубство, самопожертву та евтаназію. Під поняттям самогубства як правило розуміють ціленаправлені дії суб'єкта володільця права на життя, що мають на меті відмову від повноваження жити. Під самопожертвою слід розуміти поведінку людини, спрямовану на досягнення загальнодержавної, суспільної чи іншої високої, з точки зору моральних засад суспільства, мети, яка завідомо для людини, може призвести до неминучого заподіяння їй смерті [5]. На нашу думку, закріплення права людини на смерть шляхом самогубства чи самопожертви є недоцільним, неприпустимим, а закріплення такого права на законодавчому рівні збільшить і так досить високий відсоток суїцидів які здійснюються. До речі, у нашій країні, як і в інших країнах заборони на самогубства немає, проте це не означає що держава прихильно ставиться до цього явища. Ми вважаємо найважливішим благом є життя і держава ні в якому разі не повинна спонукати людину до його припинення.

Актуальним залишається питання про право на припинення людиною свого життя шляхом евтаназії, яку в свою чергу поділяють на два види активну (введення помираючій людині лікарських засобів чи інші дії, які спричиняють швидку смерть і пасивну (навмисне припинення медиками терапії, яка підтримує життя хворого). Суперечливі погляди на евтаназію з медичної та морально-етичної точок зору породили суперечливу юридичну оцінку цього явища, що знайшло своє відображення в

законодавствах різних країн. Прихильники евтаназії доказують гуманність даного явища, мотивуючи свою точку зору тим що смертельно хвора людина все рівно рано чи пізно помре, адже в результаті деяких страшних хвороб хворі відчувають страшні муки і змушувати таку людину далі виносити ці страждання нелюдяно. Противники евтаназії категорично стверджують узаконивши дане явище, можна підштовхнути людей до зловживання цією можливістю. Так, на думку О. Домбровської не можна легалізувати евтаназію насамперед тому, що це суперечить принципам гуманізму і призначення медицини. Цінність людського життя спонукає боротися за нього навіть всупереч об'єктивним медичним законам і у найбезнадійніших ситуаціях.

Ми притримуємось думки, що право на життя людини включає два повноваження — повноваження володіти і повноваження використовувати життя. В свою чергу, повноваження щодо розпорядження життям не вводиться до змісту права на життя. Погоджуємось, що легалізуючи таке право фізичної особи, ми повинні будемо надати їй можливість здійснення даного права, надати узаконену можливість вибору — «жити чи не жити». Розділяємо думку науковців про те, що наявність узаконеної спонукаючої згоди суттєво збільшить кількість самогубств, евтаназій, тощо [7].

На нашу думку, закріплення в законі права на життя зовсім не означає закріплення і права на смерть. Ми вважаємо абсурдним, абсолютно неприйнятним, не логічним закріплення права на смерть у будь-якій формі, визнаючи життя людини найвищим благом, найбільшою цінністю, невід'ємним правом. Вважаємо, що вище перелічені повноваження на розпорядження власним вжиттям не входять до змісту права на життя.

Використані джерела:

1. *Домбровська О. Право на смерть: парадокс чи необхідна умова демократичного суспільства? // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права, 2002. — Спецвипуск № 1. — С. 48.*
2. *Линик Л. Н. Конституционное право граждан Российской Федерации на жизнь: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук:12.00.02 / Московский юридический институт. — М., 1993. — С. 17-18.*
3. *Малиновский А. Имеет ли человек право на смерть? // Российская юстиція, 2002. — № 8. — С. 54.*
4. *Романовский Г. Б. Гносеология права на жизнь. — Спб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. — 370 с.*
5. *Соловйов А. В. Право на життя: цивільно-правові аспекти: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук:12.00.03 / Львівський нац. університет імені Івана Франка. — Львів, 2005. — С. 8.*
6. *Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття зміст, система, особливості здійснення та захисту): Монографія / Відп. ред. Я. М. Шевченко. — Хмельницький: Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2007. — 626 с.*
7. *Стефанчук Р. О. Право на життя як особисте немайнове право фізичної особи // Право України. — 2003. — № 11. — С. 115-119.*

А.-А. О. Качан
студент Черкаського національного університету імені Богдана Хмельницького, Черкаси, Україна

ОСОБИСТИЙ СЕРВІТУТ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ НОРМАМИ ЦИВІЛЬНОГО ТА ЖИТЛОВОГО КОДЕКСІВ

Інститут користування чужим майном відомий ще з часів римського права. Чинний Цивільний кодекс (ЦК) приділяє цьому питанню достатньо багато уваги, виділивши його в окрему главу — Главу 32.

Особистий сервітут — це право члена сім'ї власника житлового приміщення на проживання в ньому. Така конструкція регулювання відносин власності між власником житла та членами його сім'ї раніше (до прийняття нового ЦК) не застосовувалася. Інших видів особистого сервітуту ЦК України не передбачає.

Сервітутне правовідношення виникає за наявності двох умов у їх сукупності: факту проживання особи разом з власником житла та спільне з ним користування цим житлом : «Члени сім'ї власника житла, які проживають разом з ним, мають право на користування цим житлом відповідно до закону» (ч. 1 ст. 405 ЦК). Якого саме закону — ЦК не встановлює.

Хоча положення житлового законодавства і підлягають переважному застосуванню до житлових відносин в силу ст. 3 Житлового кодексу (ЖК), до правовідносин з приводу особистого сервітуту вони можуть застосовуватись лише за аналогією. Положення ч. 2 ст. 156 ЖК, згідно якого члени сім'ї власника жилого будинку (квартири), які проживають разом з ним у будинку (квартирі), що йому належить, користуються цим житлом нарівні з власником, якщо при вселенні не було іншої угоди про порядок користування цим приміщенням, не підлягає застосуванню. Тобто, якщо власник дозволив користуватись всім житлом, без винятку, то право користування згідно ч. 1 ст. 405 ЦК України та ст. 156 ЖК України співпадають і застосовуються вимоги ст. 405 ЦК України.

В правовій літературі неоднозначно вказується на момент набуття членами сім'ї права особистого сервітуту. Так, є думка про набуття такого права на підставі факту набуття статусу члена сім'ї. Однак після аналізу вимог ч. 1 ст. 405 ЦК України з таким важко погодитись. Дана норма встановлює, що право на користування мають лише члени сім'ї, які проживають разом з власником, а житлове приміщення, яким вони мають право користуватися, визначає його власник. Отже, для набуття права особистого сервітуту іншими особами необхідно дві умови в їх сукупності — власник має надати дозвіл на проживання та визначити конкретні приміщення, а члени сім'ї повинні проживати разом з власником.

Особистий сервітут може бути встановлено в загальному порядку — договором, законом, заповітом та рішенням суду (ст. 402 ЦК).

Після припинення шлюбних відносин колишній член сім'ї власника не втрачає права користування житлом, визначене йому власником раніше. Таке правило витікає із особливостей змісту сервітуту, який визначається при його встановленні і не допускається зміна його умов за волею власника вже в процесі реалізації сервітутного права (після його встановлення).

Не врегульовано цивільним законодавством об'єм прав члена сім'ї власника. Очевидно, в даному випадку слід застосовувати за аналогією вимоги житлового законодавства.

Виникають також питання про збереження права користування житлом за колишніми членами сім'ї за їх тимчасової відсутності — згідно ст. 71 ЖК України (6 місяців) чи за ч. 2 ст. 405 ЦК України (1 рік). Очевидно, вірним буде висновок про збереження такого права на протязі 1 року в тому випадку, коли між власником і

колишнім членом сім'ї не укладено договір найму жилого приміщення (в порядку ст. 156, 162 ЖК України), тобто, коли зберігаються відносини особистого сервітуту.

Неоднозначно вирішується питання про збереження права користування житлом при переході права власності на квартиру до третіх осіб. Більшість авторів вказують на збереження за членами сім'ї попереднього власника такого права. Вони вважають, що право користування приміщенням може припинитися лише у випадках, передбачених у ст. 406 ЦК : «Сервітут припиняється у разі:

- поєднання в одній особі особи, в інтересах якої встановлений сервітут, і власника майна, обтяженого сервітутом;
- відмови від нього особи, в інтересах якої встановлений сервітут;
- спливу строку, на який було встановлено сервітут;
- припинення обставини, яка була підставою для встановлення сервітуту;
- невикористання сервітуту протягом трьох років підряд;
- смерті особи, на користь якої було встановлено особистий сервітут.
- Сервітут може бути припинений за рішенням суду на вимогу власника майна за наявності обставин, які мають істотне значення» [ч. 1, 2 ст. 406].

Існує і інша позиція: житлове законодавство не передбачає збереження за членами сім'ї права особистого сервітуту у випадку відчуження власником житлового будинку (квартири). Обґрунтування наступне: житлове законодавство виходить з того, що власник житлового будинку (квартири) має право продажу цих об'єктів без збереження членами сім'ї права користування. Не можна стверджувати, що до житлового сервітуту підлягає застосуванню загальне правило, відповідно до якого сервітут зберігає чинність у разі переходу до інших осіб права власності на майно, щодо якого встановлено сервітут, оскільки житловий сервітут має особистий характер [ч. 6 ст. 403 ЦК]. Оскільки відчуження житла передбачає вибуття колишнього власника з нього, а сервітут існує лише при спільному проживанні, то дія сервітуту припиняється в зв'язку із припиненням обставин, які були підставою для його встановлення [п. 4 ч. 1 ст. 406 ЦК].

В зв'язку з такими позиціями виникає питання: чи є у нового власника правові підстави пред'явити позов до членів сім'ї колишнього власника про виселення, і якщо є, то по яким нормам — житлового чи цивільного права?

Не врегульовано цивільним законодавством і наступне питання: сервітут завжди є платним (ч. 3 ст. 103 ЦК України), якщо інше не встановлено договором або рішенням суду. Проте в ст. 406 ЦК України (припинення сервітуту) відмова від внесення оплати не передбачена як підстава його припинення і власник житла знаходиться в невигідному для нього становищі.

Не вказано в п. 2 ст. 406 ЦК України що слід розуміти під «обставинами, що мають істотне значення» для припинення сервітуту. Оскільки підстави припинення сервітуту в певній мірі співпадають з підставами припинення зобов'язань, в деяких джерелах пропонують під такими випадками вважати вимоги ст. 652 ЦК України — «У разі істотної зміни обставин, якими сторони керувались при укладенні договору, договір може бути змінено або розірвано за згодою сторін, якщо інше не встановлено договором або не випливає із суті зобов'язання».

Не вказано в п. 4 ст. 406 ЦК України що слід розуміти під "іншими випадками, встановлених законом" для припинення сервітуту. По аналогії із припиненням зобов'язань в юридичній літературі пропонується застосовувати вимоги ст. 607 ЦК України — припинення зобов'язання неможливістю його виконання.

В доповіді перераховано лише незначну кількість питань, які виникають у правовідносинах між власником житла та членами його сім'ї. Особливо багато питань виникає між власником та колишніми членами сім'ї (при розлученні тощо). Ці питання, відтак, потребують детального науково-практичного висвітлення.

Використані джерела:
1. *Цивільний кодекс України / К.: Видавничий дім «ІнЮре», 2004.*
2. *Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України / За ред. А. Г. Яреми. — К.: А.С.К., 2004.*
3. *Коментар до ЦКУ / За ред. Є. О. Харитонова. — Харків: Одісей, 2003.*

О. І. Козловська
студент відділення підготовки магістрів
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

СЛУЖБОВИЙ РИЗИК ЯК ОБСТАВИНА, ЩО ВИКЛЮЧАЄ ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАПОДІЯНОЇ СПІВРОБІТНИКОМ ОРГАНІВ ВНУТРІШНІХ СПРАВ

Законодавство про матеріальну відповідальність співробітників органів внутрішніх справ містить обставини, при наявності яких заподіяна шкода не є суспільно шкідливим (небезпечним) діянням та не підлягає відшкодуванню, зокрема: непереборну силу, внаслідок дії якої заподіяно шкоду, виконання наказу старшого начальника, виправданий у конкретних умовах службовий ризик, правомірні дії; невстановлення винної особи, смерть винної особи (ст. 37 Положення 1995 року) [2].

Проблема віддання та виконання наказу начальника, як обставини, яка виключає матеріальну відповідальність заслуговує на увагу, так як її частково висвітлювали представники юридичної науки, зокрема Ю. Є. Винокуров, С. І. Дячук, М. І. Павлов, П. І. Романов, В. М. Чхіквадзе [4; 5; 6; 7; 8]. В юридичній літературі наказом (службовим розпорядженням) називають обов'язкову до виконання вимогу начальника про вчинення підлеглими якої-небудь дії по службі [9; с. 742]. Він обов'язковий для виконання та ґрунтується виключно на законі [10, с. 69; 11, с. 50]. Однак, на нашу думку, найбільш прийнятним є універсальне визначення наказу, яке дав С. І. Дячук: наказом є одноособова владна вимога особи якій надано владні повноваження у сфері управління, про вчинення або невчинення певних дій особою, на яку покладено обов'язок виконувати такі вимоги [12, с. 21].

До видів діяльності, які засновані на покорі, відноситься служба в органах внутрішніх справ, тому «вирішення питання про виконання наказу як обставини, що виключає відповідальність, цілком залежить від того, за яким принципом побудовано дисципліну в органах внутрішніх справ: за принципом безумовної обов'язковості (абсолютної покори) чи умовної обов'язковості (відносної покори). Згідно з нині чинним Дисциплінарним статутом органів внутрішніх справ України аказ є формою реалізації службових повноважень особи начальницького складу, згідно з якими визначаються мета і предмет завдання, строк його виконання та відповідальна особа, якій належить його виконати.Правом начальника є видача наказу, а обов'язок підлеглого — їх виконувати, крім випадку віддання наказу, який суперечить чинному законодавству [3].

Однак, виникає питання: якого характеру повинен бути наказ виданий начальником співробітником органів внутрішніх справа: правомірного чи неправомірного, оскільки ст. 37 Положення 1995 року можна тлумачити так, що заподіяння шкоди внаслідок виконання наказу старшого начальника можливе тільки за умови віддання наказу правомірного характеру [2]. Шкоду може бути заподіяна військовому майну як при виконанні правомірного, так і при виконанні неправомірного наказу командира (начальника) військової частини. Тому в другому випадку до матеріальної відповідальності за шкоду, заподіяну державі можна притягнути лише

начальника відповідно до ст. 11 Положення 1995 року [2]. За шкоду, заподіяну виконанням неправомірного наказу, виданого старшим начальником його безпосередній виконавець матеріальній відповідальності не підлягає, крім випадків, перевищення службових повноважень при виконанні наказу. За віддання та виконання явно злочинного розпорядження чи наказу передбачена юридична відповідальність (ч. 2 ст. 73 Конституції України) [1].

Враховуючи норми Конституції України (ст. 60) [1], роз'яснення Пленуму Верховного Суду України [14], наказ старшого начальника слід вважати правомірним за умови, що він виданий з дотриманням відповідної форми, в межах повноважень, в інтересах служби та відповідає вимогам військового законодавства.

Тому виконання наказу начальника є обставиною, яка виключає матеріальну відповідальність за шкоду, заподіяну державі, якщо наказ є неправомірним або у підлеглого немає усвідомлення про неправомірність наказу, виданого старшим начальником на виконання. Якщо виконавець наказу заздалегідь знав про його незаконність та передбачав шкідливі (небезпечні) наслідки його виконання, то матеріальна відповідальність, не виключається.

Використані джерела:

1. *Конституція України: Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.*
2. *Положення про матеріальну відповідальність військовослужбовців за шкоду, заподіяну державі, затверджене постановою Верховної Ради України від 23 червня 1995 року// Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 25. — Ст. 193.*
3. *Дисциплінарний статут органів внутрішніх справ України, затв. Законом України від 22 лютого 2006 року // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 29. — Ст. 245.*
4. *Винокуров Ю. Е. Надзор военного прокурора за законностью актов советского управления. — М: ВКИ, 1979. — 39 с.*
5. *Дячук С. І. Виконання наказу чи розпорядження у кримінальному праві (основні поняття, проблеми кваліфікації, удосконалення законодавства). — К.: Атіка, 2001. — 176 с.*
6. *Павлов Н. И. Правовые нормы осуществления единоначалия в Советских Вооруженных Силах. — М.: ВПА, 1979. — 36 с.*
7. *Романов П. И. Управление Вооруженными силами СССР. — М.: ВПА, 1954. — 85 с.*
8. *Чхиквадзе В. Обстоятельства, исключающие ответственность в военном уголовном праве // Советское государство и право. — 1941. — № 4. — С. 69-78.*
9. *Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. — К.: Юрінком, 1994. — 797 с.*
10. *Военное право: Учебное пособие / Под общ. ред. А. Г. Горного. — М.: ВПА им. В. И. Ленина, 1977. — 454 с.*
11. *Военное право: Учебник / И. Н. Арцибасов, Х. М. Ахметшин, В. Г. Белявский и др. — М.: Воениздат, 1984. — 334 с.*
12. *Дячук С. І. Виконання наказу чи розпорядження у кримінальному праві (основні поняття, проблеми кваліфікації, удосконалення законодавства). — К.: Атіка, 2001. — 176 с.*
13. *Чхиквадзе В. Обстоятельства, исключающие ответственность в военном уголовном праве // Советское государство и право. — 1941. — № 4. — С. 69-78.*
14. *Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя: постанова Пленуму Верховного Суду України від 1 листопада 1996 року № 9 // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — 1998. — № 8. — С. 49-56.*

Т. Е. Комарова
аспирантка Московского государственного университета им. М. В. Ломоносова, Москва, Российская Федерация

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ РЕГУЛЯТИВНОЙ ФУНКЦИИ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ ЗАПРЕТОВ

В науке гражданского права до сих пор остается без внимания ряд важнейших теоретических проблем, связанных с гражданско-правовыми запретами. Среди них одно из центральных мест занимает проблема регулятивной функции гражданско-правовых запретов.

Регулируют ли запреты нормальные, обычные общественные отношения или только охраняют их? [1, с. 35; 2, с. 42] Для рассмотрения данного вопроса, необходимо, прежде всего, определиться со сложным и объемным понятием «правовое регулирование». Что означает термин «регулировать общественные отношения»?

С одной стороны, регулировать — это упорядочивать, закреплять складывающиеся общественные отношения [3, с. 16; 4, с. 13]. С другой стороны, регулирование связано, прежде всего, с установлением известных рамок, границ, пределов поведения их участников [5, с. 10]. Таким образом, главное в правовом регулировании — это определенное целенаправленное упорядочение поведения людей, которое осуществляется, главным образом, путем включения в юридические нормы тех или иных дозволений и запретов.

Запреты (запрещающие нормы права) относятся к категории регулятивных норм (наряду с управомочивающими и обязывающими нормами права), рассчитанных на правомерное поведение. Запрещающие нормы права закрепляют обязанности для субъектов воздерживаться от совершения определенных действий.

Наглядно регулятивную роль запретов можно проиллюстрировать на примере тех запретов, которые устанавливают пределы осуществления субъективных гражданских прав участников правоотношений. Иными словами, юридическим средством, осуществляющим функцию установления внешних границ (юридической меры) субъективного гражданского права, являются гражданско-правовые запреты.

Как само субъективное право по своему содержанию, так и та свобода, которая гарантируется законом в целях реального осуществления права управомоченным лицом, не могут быть безграничными. Всякое субъективное право, будучи мерой возможного поведения управомоченного лица, имеет определенные границы как по своему содержанию, так и по характеру его осуществления. Границы есть неотъемлемое свойство всякого субъективного права, ибо при отсутствии таких границ право превращается в свою противоположность — в произвол и, тем самым, вообще перестает быть правом [6, с. 22].

Среди примеров можно назвать следующие запреты: запрет злоупотребления правом (ст. 10 ГК РФ); запрет ограничивать количество и стоимость имущества, находящегося в собственности граждан и юридических лиц (п. 2 ст. 213 ГК РФ); запрет должнику в случае солидарной обязанности выдвигать против требования кредитора возражения, основанные на таких отношениях других должников с кредитором, в которых данный должник не участвует (ст. 324 ГК РФ); запрет собственнику совершать в отношении принадлежащего ему имущества действия, противоречащие закону и иным правовым актам и охраняемым законом интересов других лиц (п. 2 ст. 209 ГК РФ); запрет ломбарду пользоваться и распоряжаться заложенными вещами (абз. 3 п. 3 ст. 358 ГК РФ) и др.

Как видно, возлагая на субъектов гражданского права обязанности пассивного типа, нормы права тем самым регулируют их поведение. Данные запреты выступают той границей поведения, при нарушении которой правомерное поведение лица

превращается в свою противоположность — противоправное поведением, не соответствующее императивной норме гражданского права.

Запреты могут быть установлены и соглашением сторон. В практике арбитражного суда г. Москвы (дело № А40-15814-64-185), например, между сторонами был заключен аренды нежилого помещения. В данном договоре стороны предусмотрели, что арендатор не вправе продавать товары корпорации «Sony», так как правом реализации данных товаров обладает арендодатель. Указанный запрет, конечно же, регулирует отношения сторон по договору. Более того, данное условие договора аренды является примером условия воздерживаться от совершения определенного действия.

Кроме того, предметом обязательства может быть и воздержание от действия (ст. 307 ГК РФ), известные еще русскому дореволюционному праву, например, обязательство не торговать однородными товарами в том же городе, или в той же части города.

По справедливому замечанию О. Э. Лейста, механизм действия запретов и санкций за их нарушение своеобразен. Именно запреты и корреспондирующие им санкции подчеркивают особенную социальную значимость охраняемых ими обязанностей и узловые пункты их реализации. Тем самым, они участвуют в механизме правового регулирования, рассматриваемом не только лишь в охранительном, но и в позитивном аспекте [1, с. 40].

Регулятивную функцию запретов признавали и другие исследователи (З. Д. Иванова [7, 108-109], Н. Н. Рыбушкин [8, с. 12-13] и др.).

По мнению некоторых исследователей, запреты выполняют только охранительную функцию. Не вызывает сомнений, что независимо от отраслевой принадлежности, все запреты имеют прежде всего охранительное назначение. Их цель — превентивная охрана регулируемых правом общественных отношений. Поэтому вполне обоснованно, что охранительные нормы рассчитаны на неправомерное поведение и поэтому всегда содержат указание на меры государственного принуждения [9, с. 90].

Однако, существует еще одна группа исследователей, считающих, что запреты сочетают признаки, свойственные реализации как охранительной, так и регулятивной функции права. По мнению В. Ф. Яковлева, и охранительные нормы регулируют общественные отношения [10, с. 190].

Как видно, вопрос о том, регулируют ли запреты общественные отношения или только охраняют их является довольно-таки дискуссионным в науке гражданского права. Однако, несмотря на множественность и неоднозначность подходов к одной из проблем, связанных с функциями гражданско-правовых запретов, они выполняют свою регулятивную функцию и служат той границей, при нарушении которой правомерное поведение лица превращается в свою противоположность.

Использованные источники:

1. Лейст О. Э. Санкции и ответственность по советскому праву. — М. — 1981. С. 35.
2. Ем В. Категория обязанности в советском гражданском праве (вопросы теории). Дисс…. к.ю.н. М. — 1981. С. 42.
3. Кечекьян С. Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. — М. — 1958. — С. 16;
4. Алексеев С. С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. — М. — 1966. — С. 13.
5. Иоффе О. С. Юридические нормы и человеческие поступки // Актуальные вопросы советского гражданского права. М. — 1964. — С. 10.
6. Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. — М. — 2000. — С. 22 (Серия «Классика российской цивилистики»).
7. Иванова З. Д. Запрещающие нормы в механизме правого регулирования // Советское государство и право. 1975. № 11. С. 108-109.

8. Рыбушкин Н. Н. Реализация запрещающих норм советского общенародного права. Автореферат. Дисс. ... к.ю.н. Казань, 1986. С. 12-13.
9. Радько Т. Н. О роли запретов в правовом регулировании // Труды Высшей следственной школы МВД СССР. Вып. первый. Волгоград. — 1969. — С. 90.
10. Яковлев В. Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. 2-е изд., доп. М. — 2006. — С. 190.

Л. Т. Комзюк
кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри приватного права та інтелектуальної власності
Черкаського національного університету імені Богдана Хмельницького,
Черкаси, Україна

АДАПТАЦІЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПОЛЬЩІ ПРО СУМІЖНІ ПРАВА ДО ACQUIS COMMUNAUTAIRE: ДОСВІД ДЛЯ УКРАЇНИ

12 грудня 2006 року було прийнято дві директиви ЄС, які суттєво змінили попередні норми щодо охорони суміжних прав (далі — СП). Йдеться про Директиву 2006/115/ЄС Європейського Парламенту і Ради від 12 грудня 2006 року про право на прокат, право на позичку і деякі суміжні авторському права у сфері інтелектуальної власності (далі — Директива 2006/115/ЄС) [1] та Директиву 2006/116/ЄС Європейського Парламенту і Ради про строк охорони авторського права і деяких суміжних прав (далі — Директива 2006/115/ЄС) [2]. Обидві директиви набрали чинності 16 січня 2007 р., замінивши, відповідно, Директиву 92/100 ЄЕС Ради Європейського Співтовариства від 19 листопада 1992 року про право на прокат, право на позичку і деякі суміжні права у сфері інтелектуальної власності [3, с. 82-89] та Директиву 93/98 ЄЕС Ради Європейського Співтовариства від 29 жовтня 1993 року про гармонізацію строку охорони авторського права і деяких суміжних прав [3, с. 100-106], які втратили чинність.

Все це актуалізує питання вдосконалення законодавства України про СП й викликає необхідність вивчення зарубіжного, зокрема польського, досвіду у цій сфері.

Вказаній проблемі поки що не приділено достатньої уваги вітчизняними дослідниками, лише деякі її аспекти частково розглянуті в статті Р. Дроб'язка [4, с. 18-21] та колективній монографії за редакцією Ю.Капіци [5, с. 98-110; с. 128-138].

Нині чинний в редакції 2000 р. [6] Закон Польщі про авторське право і суміжні права від 4 лютого 1994 р. був доповнений статтями 99-1, 99-2, 99-3 та 99-4 [7]. Тим самим до польського права були імплементовані (з деякими цікавими особливостями) положення Директиви 93/98 ЄЕС, якими передбачено охорону прав на нові об'єкти СП.

Цими об'єктами є: а) перші, чи так звані «посмертні видання» творів, *editio princeps,* «час охорони яких закінчився, а їх екземпляри не стали ще публічно доступними» (ст. 91-1), і які відповідали всім необхідним вимогам щодо авторсько-правової охорони; б) видання критичні чи наукові, які не є творами (ст. 99-2), а тому й не відповідають вимогам щодо авторсько-правової охорони.

Проте, ст. 99-3, на відміну від підходу, передбаченого на той час Директивою 93/98 ЄЕС, а нині також Директивою 2006/116/ЄС, допускає застосування приписів щодо охорони перших видань, наукових або критичних видань і до творів і текстів, які з огляду на час їхньої появи чи характер ніколи не охоплювались охороною АП (наприклад, старожитності, нормативні акти).

Оскільки ініціювали внесення згаданих змін до польського закону про АП і СП видавці [8, с. 88], то стає зрозумілим, чому у ст. 99-1 як про суб'єктів права на перші

видання йдеться не про будь-яких осіб (як у Директиві 93/98 ЄЕС, нині також у Директиві 2006/116/ЄС), а про видавців, котрі «перші правомірно опублікували або в інший спосіб розповсюдили твір». Саме за ними закріплене «виключне право на розпорядження і користування тим твором на всіх полях експлуатації протягом двадцяти п'яти років від дати публікації або розповсюдження». Визначення поняття «видавця» в цьому законі відсутнє, проте має місце презумпція, що видавцем є особа, прізвище або назва котрої міститься на предметах, на яких твір відтворено, або подана до публічного відому в будь-який спосіб у зв'язку з розповсюдженням твору. За видавця належить вважати того, хто вирішує про дане видання і є за нього відповідальним, а не того, хто виконує лише технічно-редакційну, друкарську чи подібну роботу. Ним може бути, наприклад, юридична особа, вищий навчальний заклад і т. ін. Такий ліберальний підхід дещо наближається до варіанта, передбаченого в Директиві 93/98 ЄЕС [13, с. 662]. Що ж до об'єктів права на наукові або критичні видання, то ними визнаються результати діяльності, що характеризується використанням наукових методів. Найчастіше йдеться про наукові видання старих рукописів, листів, хронік, документів, карт, архітектурних планів і т. ін., що супроводжуються «науковим апаратом» (поданням джерел, примітками, анотаціями).

У польській науковій літературі існує дискусія навколо тлумачення положень ст. 99-2 щодо первинних суб'єктів права на наукові або критичні видання. На думку Я.Барти і Р.Маркєвіча, ними можуть бути «творці видання» (літературознавці, історики, музикознавці), котрі зробили до нього свій науковий внесок [9, с. 670]. Натомість, А. Матляк вважає (і ця точка зору видається нам більш обгрунтованою), що законодавець мав тут на думці осіб, які ініціювали, організували і фінансували видання, що, з його точки зору, більше відповідає традиційному розумінню СП і бажанню охороняти виключно майнові права на видання [10, с. 140].

Отже, проведене нами дослідження дозволяє сформулювати наступні висновки і рекомендації щодо вдосконалення законодавства України про охорону СП і адаптації його до права ІВ ЄС.

1. Потрібно продовжити дослідження «адаптаційної» проблематики охорони «нових» СП, зокрема відповідного зарубіжного досвіду;
2. Внести зміни до ЦК України та Закону України про авторське право і суміжні права, імплементувавши норми щодо СП, передбачені статтями 2, 3, 5, 7, 8, 9 Директиви 2006/115/ЄС та статтями 3, 4, 5 Директиви 2006/116/ЄС;
3. Виключити ч.8 ст.28 Закону, оскільки вона помилково відносить публікації раніше неопублікованих творів, які стали суспільним надбанням, до об'єктів авторського права;
4. Внести відповідні зміни до багатьох інших спеціальних законів та підзаконних актів, що регулюють питання охорони і захисту СП.

***Використані джерела*:**

1. *Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property (codified version) // Official Journal of the European Union. L 376. — 27.12. 2006. — P. 0028-0035.*
2. *Directive 2006/116/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on the term of protection of copyright and certain related rights (codified version) // Official Journal of the European Union. L 372. — 27.12. 2006. — P. 12-18.*
3. *Авторське право і суміжні права. Європейський досвід: У 2-х книгах / За ред. А.С.Довгерта. — Книга 1: Нормативно-правові акти і документи. Європейська інтеграція України. — К., 2001. — 520 с.*
4. *Дроб'язко Р.В. Право на прокат і деякі суміжні права в Європейському Союзі // Інтелектуальний капітал. — 2004. — № 2. — С. 15-21.*

5. *Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавство України / За ред. Ю.М.Капіци. — К.: Слово, 2006. — 1104 с.*
6. *Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych — tekst jednolity // Dz. U. — 2000. — Nr. 80. — Poz. 904 (ze zmianami).*
7. *Ustawa z dnia 9 czerwca 2000 r. o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych // Dz. U. — 2000. — Nr. 53. — Poz. 637.*
8. *Golat R. Prawo autorskie i prawa pokrewne. 3 wyd. — Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2005. — 273 s.*
9. *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych: Komentarz. Wyd. III., zmienione. / Red. naukowa: J.Barta, R.Markiewicz. — Warszawa: Dom Wydawniczy ABC, 2003. — 870 s.*
10. *Matlak A. Prawo autorskie w europejskim prawie wspólnotowym. — Kraków: ZAKAMYCZE, 2002. — 428 s.*

Л. Н. Кононова
старший преподаватель кафедры гражданского права и процесса
Луганского государственного университета внутренних дел им. Э. А. Дидоренко,
Луганск, Украина

СВОБОДА ФИЗИЧЕСКОГО ЛИЦА КАК ПРИНЦИП ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

Вопрос, являющийся темой настоящего доклада, представляется, можно отнести к числу актуальных научных проблем гражданского права, что, в первую очередь, определяется факторами доктринального характера — обоснованием существования такого принципа гражданского права, как свобода физического лица. Кроме того, проблема состоит в том, что с формальной точки зрения практически отсутствует научная полемика по вопросу о статусе принципа свободы лица, его видовой принадлежности, содержании, сфере действия.

Анализ литературы свидетельствует, что, в целом, проводились разработки в сфере частной свободы — свобода договора (Н. И. Брагинский, В. В. Луць, О. В. Луць, Р. О. Халфина, Б. В. Покровский и др.), субъективное право на свободу (Н. Н. Агарков, С. Г. Зайцев, Л. В. Красицкая и др.), свобода лица и собственность (О. С. Иоффе, К. И. Скловский и др.), принцип свободы личности (А. А. Пушкин), свобода как гражданско-правовая категория (А. Е. Черноморец). Однако свобода лица как самостоятельный принцип гражданского права не исследовалась.

Изучение этой проблемы позволяет отметить, что цивилистами, хотя в основном в учебной литературе, было обращено внимание на то, что особое место в классификации принципов гражданского права занимает принцип свободы личности. Так, по мнению А. А. Пушкина «самым всеобъемлющим и в этом смысле краеугольным принципом гражданского права является принцип свободы личности» [1, с. 23]. Из этого принципа проистекает и свобода собственности, и свобода предпринимательства, и свобода договора. На сходных позициях с А. А. Пушкиным находится Н. Н. Сибилев, отметивший, что принцип свободы личности — самый главный принцип гражданского права, имеющий пределы действия и обусловливающий существование таких принципов, как свобода предпринимательства и свобода договора [2, с. 18] И с точки зрения Е. О. Харитонова определяющим принципом гражданского права является «… свобода личности, которую иногда называют «суверенитетом личности», включая в это понятие возможность индивида определять тип и характер поведения, свое место в обществе, в системе гражданских правоотношений и т. п. по собственному усмотрению, …» [3, с. 18].

В аспекте обозначенной темы указанные подходы цивилистов не нашли широкого распространения в науке гражданского права, но, полагаем, они имеют не только теоретическое значение, так как: подтверждают существование принципа свободы личности как самостоятельного принципа гражданского права и его можно рассматривать как правовую основу для всех принципов, связанных со свободой лица. Тем не менее, вызывает возражение, во-первых, то, что для определения роли принципа свободы личности цивилисты используют термины «самый всеобъемлющий», «самый главный». Полагаем, деление принципов по указанным категориям не достаточно обоснованно, поскольку возникает необходимость поиска критериев разграничения, например, между «самым главным» и «не главными» принципами и выяснения их роли в гражданском праве. Подобная постановка вопроса, вполне справедливо подвергается критике в цивилистике. Во-вторых, вызывает возражение формулировка принципа посредством категории «личность».

Анализ литературы свидетельствует о том, что в большей степени общепризнанным является рассмотрение категории «личность» в аспекте психолого-философского понятия, означающего лицо, наделенное уровнем психического развития. Вместе с тем, в юридическом смысле личность — человек, обладающий правоспособностью, является прототипом понятия «лицо». Данный подход сложился в цивилистике еще со времен римского права, где появилось понятие persona (юридически значимый момент личности, задействованный в правоотношении»), которое большинством исследователей переводится как «субъект права», «лицо» [4, с. 89]. Закон также применяет термин «физические лица» — ст. 24 ГК Украины, «юридические лица» — ст. 80 ГК Украины. В этой связи, полагаем, есть основания для использования категории «лица», а не «личность», в формулировке исследуемого принципа, т. е. речь идет о принципе свободы физического лица. Такая постановка вопроса ещё не получила должного признания в науке, но она, безусловно, имеет право на существование, о чем и свидетельствуют высказывания некоторых ученых. К примеру, в отличие от А. А. Пушкина, Е. О. Харитонова, Н. Н. Сибилева и других, Е. А. Богатых указывает на наличие в гражданском праве принципа свободы лица, обеспечивающегося «… равенством, автономией договора, диспозитивностью норм» [5, с. 14], а не «свободы личности». Представляется, эта точка зрения вполне обоснована.

Таким образом, несмотря на некоторые отличия в подходах ученых к исследуемому вопросу, общим для них является то, что они пытаются определить материально-правовой аспект свободы лица как принципа гражданского права. Правовой фундамент для решения указанных проблем имеется — это Конституция Украины как основа гражданского законодательства. Анализ ее содержания позволяет отметить, что по признаку источника нормативной основы принцип свободы физического лица получил конституционное начало, т. к. термин «свобода» оказался как бы встроенным в конструкцию прав человека — (ст. 21 — 23, 29, 33, 34 — 36, 38, 54), а принцип свободы человека (ст. 21, 23) определяет и его правовой статус, и правовой статус гражданина. Из этого следует, что Конституция Украины гарантирует свободу как правовое состояние. Для цивилистики это имеет значение в плане того, что предоставлена возможность использовать и конкретизировать свободу лица на отраслевом (гражданско-правовом) уровне в виде такой правовой конструкции, как принцип свободы физического лица.

Использованные источники:

1. Гражданское право Украины: [Учебник для вузов системы МВД Украины]: В 2-х частях. Часть 1 / А. А. Пушкин, В. М. Самойленко, Р. Б. Шишка и др.; под ред. проф. А. А. Пушкина, доц. В. М. Самойленко. — Х.: Ун-т внутр. дел; «Основа». — 1999.

2. Цивільне право України. Частина перша [Підручник для студентів юридичних спеціальностей вищих закладів освіти. / Ч. Н. Азімов, М. М. Сібільов, В. І. Борисова та інш.];

За ред. проф. Ч. Н. Азімова, доцентів С. Н. Приступи, В. М. Ігнатенка. — Харків: Право. — 2000/
3. Харитонов Є. О., Калітенко О. М., Зубар В. М. та ін. Цивільне та сімейне право України у запитаннях та відповідях. — Х.: ТОВ «Одіссей». — 2002.
4. Дождев Д. В. Римское частное право. — М., 1996. — С. 252; Хвостов В. М. Система римского права. — М., 1996.
5. Гражданское и торговое право: Учебное пособие. Изд. 2–е, дополненное и переработанное. — М.: Юридическая фирма «КОНТРАКТ». — 2000.

Ю. І. Корнієнко
науковий співробітник відділу проблем приватного права
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва,
Київ, Україна

ДО ПИТАННЯ ІПОТЕКИ ЯК ВИДУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

Розвиток іпотечних відносин значною мірою залежить від адекватного законодавства. Його відсутність до останнього часу практично унеможливлювала розвиток іпотеки, оскільки за таких умов ці відносини розвиватимуться неврегульовано, на власний розсуд його суб'єктів, що може призвести до кризи та дискредитації перевірених історією інститутів. Тож важливість вибору правильного шляху при формуванні іпотечного законодавства важко переоцінити [8, с. 100].

На сучасному етапі розвитку цивілістичної науки спостерігається позитивна тенденція до вивчення процесів іпотечного кредитування. Інтерес до цієї проблеми обумовлений як відносною новизною інституту іпотеки для цивільних правовідносин, так і чисельними, поки що невирішеними теоретичними та практичними питаннями і складнощами, які постають при реалізації прав, котрі випливають з іпотеки [7, с. 54]. В сучасній юридичній літературі до іпотеки виявлений відповідний інтерес, особливо помітний з розробкою і прийняттям Закону України «Про іпотеку». Питанням іпотеки в Україні приділяли увагу відомі вчені О. Грибанова, Н. Доценко, В. Марченко, В. Олійник, І. Пучковська, О. Любунь. Однак розпорошеність відомостей щодо іпотеки створює певні ускладнення. Викладене свідчить про надзвичайну актуальність зазначеної теми.

Іпотека (від грец. — застава) — застава землі, нерухомого майна, при якій земля та/або майно, що становлять предмет застави, залишаються у заставодавця або третьої особи (майнового поручителя), а заставодержатель набуває право на задоволення забезпеченого іпотекою зобов'язання, яке не виконується, за рахунок предмета іпотеки. Іпотека може застосовуватися для забезпечення будь-якого зобов'язання, у т.ч. зобов'язання, заснованого на договорах позики, купівлі-продажу, найму, підряду чи інших угодах [1, с. 719].

Іпотека — один з інститутів цивільного права, відомий ще римському праву як вид речового кредиту. Виникнення заставного права зумовлене бажанням гарантувати виконання зобов'язань боржником [1, с. 719].

Необхідно зазначити, що основна правова функція іпотеки полягає в зміцненні зобов'язальних правовідносин шляхом забезпечення інтересу кредитора-заставодержателя по зобов'язанню. Цей інтерес, який забезпечується іпотекою, полягає в належному виконанні боржником-заставодавцем покладених на нього обов'язків, або відшкодуванні ним збитків, які кредитор може понести у випадку невиконання цих обов'язків. Забезпечення такого інтересу зумовлено тим, що боржник перебуває під

загрозою відчуження предмету іпотеки, що спонукає його до належного виконання своїх обов'язків. Отже, наведений вище забезпечувальний характер іпотеки поєднує її з іншими способами забезпечення виконання зобов'язання — неустойкою, порукою, гарантією, завдатком тощо [2, с. 4].

Характеризуючи певний вид забезпечення виконання зобов'язання, вчені, як правило, називають ознаки, характерні для цього інституту в цілому. Так давно визнаним в доктрині цивільного права є твердження про те, що спосіб забезпечення виконання зобов'язання створює між кредитором за цим зобов'язанням та особою, що забезпечує зобов'язання, зобов'язальне відношення, яке є додатковим (акцесорним) щодо основного зобов'язання. Традиційно додаткове (акцесорне) зобов'язання кваліфікується як зобов'язання, залежне від існування та дійсності основного, в зв'язку з чим воно поділяє його долю [3, с. 399]. У новому Цивільному кодексі (далі — ЦК) в загальних положеннях Глави 49 це положення знайшло законодавче закріплення. Так, у ст. 548 ЦК зазначено, що недійсність правочину щодо забезпечення виконання зобов'язання не спричинює недійсність основного зобов'язання [4]. В свою чергу недійсність основного зобов'язання (вимоги) спричиняє недійсність правочину щодо його забезпечення, якщо інше не встановлено цим Кодексом. Однак з цього правила можливі винятки. Зокрема, гарантійне зобов'язання незалежне від основного [3, с. 399].

Варто зазначити, що іпотека є найбільш важливою формою застави. Це пояснюється споживчою вартістю її предмета (земля, споруди, нерухомість), який покликаний задовольняти життєво необхідні потреби суб'єктів цивільних правовідносин [2, с. 29]. Іпотека надійно захищає права кредиторів і встановлює високий пріоритет для вимог іпотекодержателя, що пояснює визнання цієї конструкції одним з найбільш ефективних способів забезпечення виконання зобов'язань боржника перед кредитором.

Вітчизняне законодавство в цілому сприйняло основні конструктивні елементи іпотеки, розроблені юристами попередніх епох.

Загальне визначення іпотеки закріплено ст. 575 ЦК України як застави нерухомого майна, що залишається у володінні заставодавця або третьої особи. Спеціальному регулюванню цієї конструкції присвячений Закон України «Про іпотеку», в якому іпотека розглядається як вид забезпечення виконання зобов'язання нерухомим майном, що залишається у володінні і користуванні іпотекодавця, згідно з яким іпотекодержатель має право в разі невиконання боржником забезпеченого іпотекою зобов'язання одержати задоволення своїх вимог за рахунок предмета іпотеки переважно перед іншими кредиторами цього боржника у порядку, встановленому законом (ст. 1).

У цілому правова сутність іпотеки, як застави в цілому, полягає в переважному (перед іншими кредиторами) праві кредитора за забезпеченим заставою зобов'язанням на звернення стягнення на попередньо визначене майно у випадку невиконання боржником прийнятих на себе зобов'язань [6, с. 442].

Правовий статус заставодержателя визначають два повноваження: 1) повноваження з відчуження переданого в іпотеку нерухомого майна, яке здійснюється у випадку несвоєчасного виконання забезпечуваного іпотекою зобов'язання; 2) іпотекодержатель набуває переважне право на задоволення своїх вимог за рахунок заставленого об'єкта нерухомості [6, с. 442].

В сучасних умова іпотека житла є одним з найпоширеніших видів іпотеки. Житло передається в іпотеку переважно для цілей забезпечення виконання зобов'язання з поверненням отриманого позичальником кредиту (позики) [6, с. 442].

У цьому випадку йдеться про відносини іпотечного кредитування, під якими необхідно розуміти грошові кошти, які надаються банком клієнту на придбання житла, а предметом застави виступає квартира, інший вид житла, в якому позичальник вже живе або буде проживати після придбання у власність. Іпотечний кредит є

довгостроковим кредитом, який надається під заставу нерухомості банківськими і небанківськими кредитними фінансовими установами, що мають право здійснювати кредитні операції (кредитні спілки тощо).

Отже, виникнення іпотеки породжує два види правовідносин: 1) між заставодавцем і заставодержателем; 2) між заставодержателем і третіми особами з приводу належного йому права на предмет застави.

З одного боку, між боржником (заставодавцем) і кредитором (заставодержателем) виникає відносне правовідношення: укладення договору іпотеки породжує певні права та обов'язки у сторін (наприклад обов'язок зі страхування заставленого майна, забезпечення схоронності предмета іпотеки тощо). З іншого боку, виникнення іпотечного правовідношення тягне встановлення особливого правового зв'язку між заставодержателем і річчю: при переході права власності на предмет іпотеки від заставодавця до іншої особи право іпотеки зберігає чинність.

При цьому варто зазначити, що іпотека встановлюється з метою забезпечення зобов'язання і тому вона не має самостійного значення. Це означає, що на відміну від речових прав, іпотека є акцесорним щодо основного зобов'язання, забезпеченням якого слугує іпотека [6, с. 443].

З огляду на викладене, можна зробити висновок, що на даному етапі одним з головних завдань розвитку інституту іпотеки все ще залишається створення належної законодавчої бази, яка б відповідала прогресивним міжнародним стандартам і враховувала позитивний досвід запровадження відповідного законодавства в інших країнах.

Використані джерела:

1. *Юридична енциклопедія. / За заг. ред. Шемшученка Ю. С. — Видавництво «Українська енциклопедія» імені М. П. Бажана. — Київ. — 1999. — 742 с.*
2. *Пучковская И. И. Ипотека: залог недвижимости. — Харьков: «Консум». — 1997. — 132 с.*
3. *Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. — Київ. — Істина. — 2004. — 928 с.*
4. *Цивільний кодекс України. // Відомості Верховної Ради. — № 40-44. — 2003. — Ст. 356.*
5. *Закон України «Про іпотеку». // Відомості Верховної Ради. — № 38. — 2003. — 2003.*
6. *Житлове законодавство України: стан та шляхи удосконалення: Моногрфія / За заг. ред. М. К. Галянтича. — Київ: КВІЦ. — 2006. — 564 с.*
7. *Абрамова В. Характеристика нерухомості, що може бути предметом іпотеки. // Право України. — № 6. — 2007. — С. 53 — 57.*
8. *Іпотечне кредитування: навчальний посібник / За ред. О. С. Любуня, О. І. Кірєєва, М. П. Денисенка. — Київ: Центр навчальної літератури, 2005. — 392 с.*

С. Ю. Корнійчук
студентка відділення підготовки магістрів
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

СУДОВЕ ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВАХ ПРО НАДАННЯ НЕПОВНОЛІТНІЙ ОСОБІ ПОВНОЇ ЦИВІЛЬНОЇ ДІЄЗДАТНОСТІ

Однією з новел чинного Цивільного процесуального кодексу України стало розширення переліку справ окремого провадження за рахунок впровадження нових процесуальних процедур розгляду та вирішення цивільних справ, зокрема цим кодексом вперше закріплено процедуру надання неповнолітній особі повної цивільної дієздатності.

За загальним правилом (ст. 35 Цивільного кодексу України) надання повної цивільної дієздатності проводиться за рішенням органу опіки і піклування за заявою заінтересованої особи та письмовою згодою батьків (усиновлювачів) або піклувальника.[1] Але життєві обставини нерідко складаються таким чином, що таку згоду неповнолітня особа отримати не може (наприклад, не всі батьки готові визнати, що їх неповнолітні діти здатні на власний розсуд набувати та здійснювати належні їй права, розпоряджатися доходами від власної трудової діяльності та нести повну відповідальність за свої дії).

В таких випадках закон надає можливість неповнолітній особі отримати повну дієздатність в судовому порядку (який визначено главою 3 розділу IV Цивільного процесуального кодексу України).

Чинним Цивільним процесуальним кодексом України визначено підсудність цієї категорії справ, вимоги до заяви, якою ініціюється провадження, порядок розгляду та вирішення такої справи. Разом з тим, слід відмітити недосконалість законодавчого регулювання вказаного питання.

В першу чергу звертає на себе увагу неузгодженість Цивільного та Цивільного процесуального кодексів в частині регулювання віку особи, яка правосуб'єктна ініціювати провадження в справах про надання повної цивільної дієздатності.

Так, з однієї сторони, відповідно до ст. 242 Цивільного процесуального кодексу заява про надання неповнолітній особі повної цивільної дієздатності може бути подана лише у випадках, передбачених Цивільним кодексом України, особою, яка досягла 16 років.

В той же час, виходячи із змісту ст. 35 Цивільного кодексу повна цивільна дієздатність може бути надана особі із 14-річного віку (якщо вона записана матір'ю чи батьком дитини).

Виникає питання. Яким чином особа, віком від 14 до 16 років, за наявності передбачених законом підстав може ініціювати судове провадження?

Вбачається, що для уникнення можливих проблем з тлумаченням ст. 242 Цивільного процесуального кодексу, варто внести зміни в її редакцію шляхом виключення з її змісту вказівки на 16-річний вік.

Адже, відповідно до ст. 32 Цивільного кодексу неповнолітньою особою вважається особа у віці від 14 до 18 років. Вказане положення дублює і ст. Сімейного кодексу України, який регулює відносини батьківства.

Таким чином, найбільш вірним було б сформулювати положення ст. 242 Цивільного процесуального кодексу наступним чином:

«Заява неповнолітньої особи про надання їй повної цивільної дієздатності у випадках, встановлених законом, подається до суду за місцем її проживання».

---

[1] Кравчук В. М. Угриновська О.І. Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України. — К.: Істина, 2006. — С. 653.

Крім того, потребує законодавчого вирішення питання про можливість представництва інтересів неповнолітньої особи в справах про надання останній повної цивільної дієздатності. Адже її представником фактично не може виступати законний представник. Оскільки, як правильно вказує Ю. В. Білоусов, останній братиме участь у справі як заінтересована особа[1]. Тобто тут можливе по суті лише договірне представництво. А враховуючи, що особи у віці від 14 до 18 років як правило не можуть похвалитися значними прибутками (особливо це стосується неповнолітніх батьків) вбачається доцільним законодавчо передбачити право останніх на безкоштовну правову допомогу.

Потребують реформування і норми Цивільного процесуального кодексу України в частині регулювання змісту заяви про надання неповнолітній особі повної цивільної дієздатності, складу обов'язкових учасників провадження у цій категорії справ. Крім того вбачається доцільним законодавчо встановити строки розгляду та вирішення цієї категорії справ, особливість доказування та низка інших питань.

Таким чином існуючий порядок провадження у справах про надання неповнолітній особі повної цивільної дієздатності потребує суттєвого удосконалення.

В. М. Косенко
студент Київського університету права НАН України,
Київ, Україна

ЗАХИСТ ПРАВ НА ТОРГОВЕЛЬНУ МАРКУ

Торгові позначення виникли разом з появою певних товарів, які виготовляли ремісники та інші працівники. Для того, щоб захисти свій товар люди створюючи його, почали одночасно робити певні позначення, які стали називати клеймом. Клеймо — відтиск, знак, відмітка, що наносяться на товар з метою фіксування його належності, порядкового номера, дати виготовлення, товаровиробника, а також підтвердження відповідності даного виробу узаконеній пробі й вимогам пробірного нагляду. Згодом клейма стали називати торговими знаками (торговими марками), які виокремлювали працівника чи підприємство.

Особливістю цих засобів індивідуалізації (торгових марок) є те, що не всі вони є об'єктами виключного права на використання. Право на використання зазначення походження товару може належати кільком особам одночасно і в рівній мірі, тобто це право не є виключним. Спеціального закону для охорони комерційного (фірмового) найменування Україна поки що не має. Основні положення цієї охорони містяться лише у ЦК України [3].

Сьогодні у ринкових умовах важливе значення мають знаки, слова і символи, що допомагають споживачам орієнтуватися в однорідних товарах і послугах різних фірм, одержувати найякісніші товари й уникати підробок. Таку функцію виконують знаки для товарів і послуг. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» знак для товарів і послуг — це позначення, за яким товари і послуги одних юридичних чи фізичних осіб відрізняються від однорідних товарів і послуг інших юридичних чи фізичних осіб. У Цивільному кодексі України знакам для товарів і послуг присвячено 9 статей глави 44 «Право інтелектуальної власності на торговельну марку». Як видно з назви цієї глави, знаки для товарів і послуг відповідно Кодексу отримали і нову назву — «торговельні марки». Зважаючи на те, що Цивільний

[1] Цивільний процес: Навчальний посібник/ За ред.Ю.В.Білоусова. — К.: Прецедент, 2005. — с.204.

кодекс України є основним актом національного цивільного законодавства і всі інші закони України приймаються відповідно до нього, далі ми використовуватимемо термінологію Кодексу.

У відповідності до ст. 492 Кодексу торговельною маркою (далі – марка) може бути будь-яке позначення або будь-яка комбінація позначень, які придатні для вирізнення товарів (послуг), що виробляються(надаються) іншими особами. Такими позначеннями можуть бути, зокрема, слова, літери, цифри, зображувальні елементи, комбінації кольорів.

Правова охорона надається тільки тій марці, що не суперечить суспільним інтересам, принципам гуманності та моралі. Торговельна марка міститься на продукції, що вводиться в цивільний оборот, її упаковці або в супровідній документації, і заміняє собою часом довгу і складну назву виробника товару. Тому не може вважатися охороноздатною маркою позначення, що складається з розміщених на виробі повних відомостей стосовно виробника товару, а також вказують на час, спосіб і місце виробництва, на вид, якість та властивості товару тощо, їх заміняє умовне позначення, що легко сприймається та запам'ятовується [2, с. 20 — 21].

Тому несанкціоноване використання торговельної марки, а також дії. що заподіюють чи можуть заподіяти шкоду власникові прав на них, згідно з чинним законодавством зумовлюють цивільно-правову та кримінальну відповідальність.

Порушенням прав власника торговельної марки визнається несанкціоноване застосування даної марки на товарах і при наданні послуг. Це може бути застосування торговельної марки на упаковці товарів, у рекламі, друкованих виданнях, на вивісках, у проспектах, на бланках та іншій документації, а також при демонстрації експонатів на виставках і ярмарках, що проводяться в Україні. Захист прав на торговельну марку здійснюється нормами адміністративного, цивільного та кримінального права. Адміністративно-правовий захист порушених прав полягає у можливості власника прав на торговельну марку:

1) звернутися із заявою про порушення правил добросовісної конкуренції до Антимонопольного комітету України чи його територіальних органів

2) подати скаргу до вищого за належністю органу організації-порушника, якщо такий існує.

Більшість спорів, пов'язаних із порушенням прав на торговельну марку, належать до компетенції господарських судів. Щодо спорів, де однією зі сторін є фізична особа, то вони розглядаються місцевими судами.

Цивільно-правовий захист порушених прав на торговельну марку полягає в тому, що її власник може:

- вимагати офіційного визнання цих прав. Такі спори виникають при реорганізації юридичних осіб, якщо під час її нечітко визначені права та обв'язки знов утворених організацій. Позов про визнання прав на торговельну марку може бути заявлено особою, яка претендує на охорону прав на її марку на підставі того, що вона добре відома в Україні;
- вимагати припинення подальшого використання марки. Ця вимога може заявлятися також і з метою недопущення правопорушення, що готується, коли незаконно маркований чужим позначенням товар лише готується до реалізації або ввезення на територію країни;
- вимагати вилучення з товару або його упаковки незаконно використовуваної торговельної марки схожого з ним до ступеня змішування;
- вимагати знищення вже виготовлених зображень марки.

Збитки, заподіяні внаслідок незаконного використання торговельної марки, повинні відшкодовуватися у повному обсязі. Потерпілий у цьому випадку — це власник права на торговельну марку, має право на відшкодування збитків. Ліцензіатів теж необхідно розглядати як потерпілих, що мають право на відшкодування збитків.

Так, потерпілі можуть вимагати як упущену вигоду, так і доходи, отримані особами, які незаконно використовували цю марку.

Якщо торговельна марка використовується на ліцензійній основі, то захист прав власника здійснюється за допомогою засобів, які визначені сторонами в ліцензійному договорі.

Ефективною формою впливу на порушника права на торговельну марку можуть служити публікація судового рішення з метою відновлення ділової репутації власника торговельної марки. За несанкціоноване використання торговельних марок передбачена також кримінальна відповідальність за ст. 229 КК України [1, с. 115- 116].

Отже, враховуючи вищезазначене, необхідно відмітити, що питання, яке стосується правової охорони торгівельних марок сьогодні має ще розвиватися і удосконалюватись. Адже з розвитком економіки, з'являється все більше торгових марок, а відповідно і зростає кількість порушень в сфері засобів індивідуалізації, що потрібно вирішувати на правовому не лише національному, а й міжнародному рівні.

Використані джерела:

1. Бошицький Ю. Л. Право інтелектуальної власності: навчальний посібник. — К.: Логос, 2007. — 488 с.

2. Правова охорона комерційних позначень в Україні: проблеми теорії і практики: 36 наук, статей / За заг. ред. Ю. С. Шемшученка, Ю. Л. Бошицького. — К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2006. — 638 с.

3. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.readbookz.com/book/192/7098.html

А. С. Кравчук

студент Криворізького економічного інституту

Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана,

Кривий Ріг, Україна

ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ФІКТИВНОГО ПРАВОЧИНУ

Наразі, коли життя сучасного суспільства так чи інакше пов'язане з різного роду узгодженням і упорядкуванням цивільно-правового буття, важливого значення набуває правочин як вольовий акт і засіб реалізації прав і інтересів учасників цивільного обігу. Сьогодні цивільне законодавство дає змогу суб'єктам права слідувати принципу свободи договору тим самим самостійно обирати модель своєї поведінки, у зв'язку з чим актуалізується питання щодо зловживанням можливістю використання недобросовісними суб'єктами правовідносин своїх прав з метою досягнення мети яка іде врозріз нормативним приписам і таким фундаментальним засадам цивільного законодавства як добросовісності, розумності і справедливості. Мова йде про фіктивні правочини як «засіб» уникнення небажаних правових наслідків для учасників такого правочину з приводу інших правовідносин.

Питання теорії правочинів, недійсних та нікчемних зокрема, було об'єктом дослідження багатьох вчених, але єдиного підходу і концептуального розуміння досі не існує.

Нині законодавець вперше закріплює дефінітивне положення фіктивного правочину в кодифікованому акті цивільного законодавства. Ні Цивільний кодекс УРСР 1922 року, а ні Цивільний кодекс УРСР 1963 року не містили в своєму понятійному апараті «фіктивний правочин». Натомість праобрази чинного ЦК розрізняли серед недійсних правочинів такі, що вчинені лише для виду ст. 34 ЦК УРСР

1922 року [1, с. 10]. і угоди укладені про людське око (мнимі угоди) ст. 58 ЦК УРСР 1963 року [2, с. 158] . Категорії «угода для виду» і «мнима угода» є за своєю суттю тотожними і їх єдність полягає у тому, що вчинення таких правочинів не тягне за собою реальних правових наслідків. І в першому і в другому випадку такі юридичні факти були недійсними в силу вказівки правової норми, тобто були абсолютно недійсними, судова констатація цього факту не вимагалася. Сьогодні законодавець не вказує на абсолютну недійсність фіктивного правочину, а лише можливість визнання його таким в судовому порядку. Проаналізувавши положення чинного ЦК України можна виділити такі кваліфікуючі ознаки фіктивного правочину:

- укладаючи фіктивний правочин, сторони імітують правові зв'язки між собою;
- фіктивний правочин направлений на регулювання фактично неіснуючих, ілюзованих правовідносин;
- сторони у момент вчинення правочину не прагнуть до логічного правового результату;
- сторони виражають волю на кінцевий неправомірний ефект, що обумовлюється таким правочином;

На сьогодні в наукових колах не існує і єдності щодо місця фіктивного правочину серед інших юридичних фактів такого змісту.

Чинний Corpus iuris civis класифікує недійсні правочини на нікчемні і оспорюванні. Наразі існує кілька позицій щодо місця фіктивного правочину в цій класифікації. Так, Кучер В. О. відносить фіктивні правочини до оспорюваних, які в момент вчинення породжують для його сторін цивільні права та обов'язки, що робить, на його думку, їх дійсними [3, с. 46]. Жеков В. І. в свою чергу відзначає, що фіктивні правочини є нікчемними, оскільки укладені з вадами змісту [4, с. 162] . На нашу думку, підвалини протилежних поглядів закладені в самому Цивільному кодексі, адже в підтвердження позиції Кучера В. О. ч. 2 ст. 234 ЦК наголошує, що фіктивний правочин визнається судом недійсним, з чого і випливає його оспорюваність, а правомірність такого правочину закріплює ст. 204 ЦК України (презумпція правомірності правочину), яка зазначає, що правочин є правомірним, якщо його недійсність прямо не встановлена законом або якщо він не визнаний судом недійсним. ст. 203 ЦК України підсилює твердження Жекова В. І., де зазначено, що правочин має бути спрямований на реальне настання правових наслідків, що обумовлені ним. Не додержання цього положення зумовлює не чинність, тобто нікчемність, вчинюваного правочину з самого початку його існування. Досить важко спираючись на положення Цивільного Кодексу України достеменно стверджувати до якої групи відносяться фіктивні правочини, адже йому властиві ознаки і нікчемності і оспорюваності. Цікавою є позиція Дзери О. В. щодо того, що фіктивні правочини не можуть бути віднесені ні до нікчемних а ні до оспорюваних [5, с. 399]. Він підкреслює, що такі правочини близькі до оспорюваних, які суд може визнати недійсними, за умови підтвердження допущених порушень вимог закону. На наш погляд доцільно було б фіктивні правочини виокремити в окрему категорію недійсних правочинів оскільки виділені кваліфікуючі ознаки властиві лише такому правочину. Таким чином недійсні правочини поділялися б на нікчемні, оспорювальні та фіктивні. Разом і з цим необхідно було б і внести зміни і доповнення до ЦК України у такому вигляді: ст. 215 ЦК доповнити частиною 4 і викласти її в такій редакції: Правочин, який вчинений без наміру створення правових наслідків, які обумовлені цим правочином, визнається судом фіктивним. А ст. 234 в такому вигляді: Фіктивний правочин не породжує жодних правових наслідків для сторін і третіх осіб, які обумовлюються цим правочином незалежно від мети його вчинення.

Використані джерела:

1. Гражданский кодекс УССР. Пост. ЦИК УССР от 16 декабря 1922 г. // СУ УССР. — 1922. — № 55. — Ст. 780.

2. *Цивільний кодекс Української РСР // Відомості ВР. — № 1540-06 від 18.07.1963 року.*
3. *Цивільне право України / За ред. І. А. Бірюкова та Ю. О. Заіки. — К.: «Істина», 2004). П. 39-45 гл. 4 навчального посібника.*
4. *Жеков В. І. Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. Одеса — 2006*
5. *Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України у II томах / За редакцією О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер. 2005.*

Н. М. Куліш
студентка Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПУ ЗМАГАЛЬНОСТІ В СПРАВАХ ПРО ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ ДЖЕРЕЛОМ ПІДВИЩЕНОЇ НЕБЕЗПЕКИ

Конституцією України (ст. 129)[1] до загальних засад судочинства віднесено принцип змагальності, суть якого полягає у забезпеченні особам, які беруть участь у справі широкої можливості відстоювати свої права та законні інтереси, свою позицію у справі, свободу надання ними суду своїх доказів і доказування перед судом їх переконливості тощо. Змагальністю визначається весь процес відбору фактичного матеріалу, необхідного для розв'язання судом справи, встановлюються форми, методи і способи дослідження цього матеріалу, процесуальна діяльність суб'єктів доказування, її послідовність і правові наслідки.

Змагальна форма процесу забезпечується активним процесуальним становищем сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, оскільки вони вправі надавати суду докази на обґрунтування своїх позицій та заявляти клопотання, пов'язані з доказуванням.

Змагальність характеризується широкою можливістю сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, визначати і використовувати в доказовій діяльності передбачені ЦПК України необхідні процесуальні засоби, фактичні дані і докази, що їх підтверджують[2].

Принцип змагальності ґрунтується на праві сторін вільно розпоряджатися фактичним матеріалом у процесі — principiurn instructionis processus ad instantium partium. Необхідні судові дані про юридичні факти в справі, що становлять предмет доказування, а також докази, якими вони підтверджуються, подають насамперед сторони. Кожна з них повинна доказати (onus probandi) ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог і заперечень[3]. У зв'язку з цим вони мають право знайомитися з матеріалами справи, брати участь у судових засіданнях, подавати докази і брати участь у їх дослідженні, заявляти клопотання та відводи, давати судові усні і письмові пояснення, подавати свої доводи, міркування та заперечення.

Слід підкреслити, що у процесуальній діяльності небайдуже, хто зобов'язаний бути активним у встановленні факту, оскільки завжди має бути можливість покласти наслідки його недоведеності на когось з учасників процесу. Тому ми погоджуємося з

---

[1] Конституція України від 28 червня 1996 року із змінами, внесеними згідно із Законом № 2222-IV (2222-15) від 08.12.2004 // Відомості Верховної Ради України.– 1996. — №30. — Ст. 129. — Ч. 4.
[2] 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. — С. 25.
[3] Цивільний процесуальний кодекс України № 1618-IV від 18 березня 2004 року // Відомості Верховної Ради Укріїни. — 2004. — № 40-41, 42. — Ст. 10.

висловленою в літературі точкою зору, що розподіл і повідомлення сторонам їх обов'язку з доказування — це функція суду[1].

Норми, що встановлюють обов'язок доказування, мають в цивільному процесі суттєве значення, адже коли в справі доказів недостатньо або вони суперечливі, постає питання про те, хто зі сторін і які фактичні обставин повинен доводити.

Особливо актуальним це питання є для розгляду та вирішення справ про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки, оскільки в таких справах ЦК України передбачає так звану «презумпцію вини володільця джерела підвищеної небезпеки». Зокрема, в літературі висловлюється точка зору, згідно з якою факт наявності вини особи, яка завдала шкоду, взагалі не входить в предмет доказування у справах про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки. Так, на думку Васильєва С. В., вина особи, яка завдала шкоду, для виникнення відповідальності непотрібна, оскільки володілець джерела підвищеної небезпеки зобов'язаний відшкодувати шкоду незалежно від вини[2].

Виникає питання, чи потребує доказування в цій категорії справ вина особи, яка володіє джерелом підвищеної небезпеки на певній правовій підставі, якщо ЦПК України вже не відносить цей презюмований факт до обставин, які звільняють від доказування і хто зобов'язаний доводити наявність або відсутність такої вини.

Презумпція — це встановлене законом припущення про наявність чи відсутність певного факту, яке звільняє сторону, на користь якої вона встановлена, від доказування стверджуваного нею факту, який вважається істинним, доки не буде доведено протилежне. Тобто презумпції звільняють сторону, на користь якої вона встановлена, від обов'язку доказування (але не позбавляють її права наводити докази, які обґрунтовують наявність чи відсутність певного факту), проте не звільняють іншу сторону від обов'язку довести протилежне, якщо така сторона заперечує презумпцію.

Слід зауважити, що закон в двох випадках передбачає можливість спростування презумпції вини володільця джерела підвищеної небезпеки. Це випливає з ст. 1187 ЦК України, згідно з якою особа, яка здійснює діяльність, що є джерелом підвищеної небезпеки, відповідає за завдану шкоду, якщо вона не доведе, що шкоди було завдано внаслідок непереборної сили або умислу потерпілого[3]. В даному випадку, якщо закон дозволяє у певних випадках оспорювання цих фактів, то цим самим він дозволяє їх доказування[4]. Тобто особливістю прояву принципу змагальності у цій категорії справ є те, що у випадках, коли закон встановлює відповідальність особи, яка завдала шкоду, відповідач при небажанні відшкодовувати шкоду, зобов'язаний доводити не лише відсутність своєї вини у завданні шкоди, але й наявність вини у діях потерпілого.[5] Крім того, відповідач може спростовувати презумпцію своєї вини шляхом доказування факту існування непереборної сили на момент завдання шкоди.

Звільняється відповідач від відшкодування завданої шкоди і в тому випадку, якщо доведе, що джерело підвищеної небезпеки вибуло з його володіння в результаті протиправних дій інших осіб, але це вже не презумпція[6]. За наявності таких обставин

---

[1] Луспеник Д. Застосування у судовій практиці доказових презумпцій та фікцій у системі розподілу обов'язків з доказування за новим ЦПК України // Право України. — 2005. — № 8. — С. 56.

[2] Васильєв С. В. Деликтное судопроизводствоство (судопроизводствоство о возмещении вреда): Учебное пособие. Издание второе. — Харьков: Одиссей, 2006. — С. 197.

[3] Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40-44. -Ст. 1187. — ч.5.

[4] Гамбаров Ю. С. Курс лекцій, читанных в 1894-1895 ак. г. // Хрестоматия по гражданскому процессу: Учеб. пособие. — М.: Городец, 1996. — С. 103.

[5] Васильєв С. В. Деликтное судопроизводствоство (судопроизводствоство о возмещении вреда): Учебное пособие. Издание второе. — Харьков: Одиссей, 2006. — С. 36.

[6] Справочник по доказыванию в гражданском судопроиводстве / Под. ред. И. В. Решетниковой. — М.: НОРМА, 2002. — С.110.

на відповідача покладається обов'язок довести факт вибуття джерела підвищеної небезпеки з його володіння.

У справах про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки, на нашу думку, наявність презумпції сприяє перерозподілу тягаря доказування таким чином, що особа, яка завдала шкоду, зобов'язана довести цілу низку фактів, щоб спростувати таку презумпцію. Тобто основний тягар доказування у даній категорії справ лежить на відповідачеві, хоча це не означає, що позивач не повинен доводити таких фактів, як розмір шкоди, причинний зв'язок між діянням і завданою шкодою тощо.

Натомість у справах про відшкодування шкоди, завданої внаслідок взаємодії кількох джерел підвищеної небезпеки принцип змагальності реалізується в повному обсязі.

І. М. Кучеренко
доктор юридичних наук,
провідний науковий співробітник Інституту держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України

ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРУ СОЦІАЛЬНОГО НАЙМУ ЖИТЛА

Сьогодні прийнято ряд нормативних актів, які регулюють відносини щодо отримання та користування соціальним житлом. Науковцями висловлюється думка, що «при «соціальному наймі» використовується лише зовнішня форма договору, яка, насправді, не має характерних ознак останнього» і такий договір «опосередковує відносини забезпечення житлом у межах «соціального права»» [1, с. 10-11]. З такою думкою важко погодитися. На перший погляд договір соціального найма навряд чи можна назвати домовленістю двох рівноправних учасників цивільних відносин, заснованою на принципах свободи договору, оскільки право на укладення такого договору мають особи, які перебувають на адміністративному обліку з дотриманням черговості, а розмір плати за житло обмежується законом. Але ж підставою виникнення цивільних правовідносин можуть бути будь-які юридичні факти, включаючи і перебування на адміністративному обліку, а свобода договору не є такою безмежною. Це стосується, зокрема, можливості регулювання ціни договору органами державної влади або органами місцевого самоврядування (ст. 632 ЦК).

Якщо говорити про зміст договору найму житла у приватному та соціальному житлі, то загалом права та обов'язки сторін є досить схожі. Це стосується зокрема обов'язків наймача щодо збереження та підтримання житла у належному стані, внесення плати за житло та комунальні послуги, проведення поточного та капітального ремонтів, можливості розірвання договорів у випадку його порушення. В деяких випадках наймачі соціального житла мають навіть більше прав чим наймачі у приватному фонді. Так, глава 59 ЦК не встановлює мінімальні вимоги до норми житлової площа, а об'єктом договору соціального найму може бути житло не нижче норми встановленої законом. Соціальний зміст договору найму у фонді соціального призначення полягає в тому, що наймачами такого фонду можуть бути лише особи, які не мають визначеного законом майнового стану, а також розмір плати за житло. Але такі особливості договору соціального найму житла не дають підстави для висновку про те, що такий договір не є цивільно-правовим. Підтвердженням цьому є те, що в деяких країнах відносини договору соціального найму регулює ЦК.

На сьогодні висловлюється критика щодо віднесення до соціального житла спеціалізованих будинків для ветеранів війни, громадян похилого віку та інвалідів, спеціалізованих будинків для бідних та безпритульних, тимчасових притулків для дорослих, оскільки такі будинки не можуть вважатися житлом, а є соціальними установами [2, с. 66-75; 3, с. 268]. З такою думкою не можна погодитися без застереження. Справді, спеціалізований будинок для ветеранів війни та праці, громадян похилого віку та інвалідів, тимчасовий притулок для дорослих, спеціалізований будинки для бідних та безпритульних — є установами. Але користування жилими приміщеннями спеціалізованих будинків для ветеранів війни та праці, здійснюється на підставі договору найму соціального житла. Тому, на наш погляд, навряд чи можна виключати такі об'єкти із соціального житлового фонду лише на тій підставі, що наймодавцем такого соціального житла є соціальна установа. Що стосується тимчасових притулків для дорослих та спеціалізованих будинків для бідних та безпритульних, то на сьогодні Кабінетом Міністрів не прийняті нормативні акти, які б врегулювали правові підстави надання та користування житлом у цих соціальних установах. Але з цього приводу можна зазначити наступне. Відповідно до ст. 379 ЦК житлом визнаються ті об'єкти нерухомості, які призначені та придатні для постійного проживання. Тобто ознаки, які виділяє ЦК, має суто технічний характер. Тому якщо об'єктом певних правовідносин є житло, ця ознака не може бути єдиною для визнання тих чи інших відносин житловими. Так, житлові приміщення можуть надаватися у користування фізичних осіб на підставі договору надання готельних послуг чи для використання у підприємницькій діяльності, на підставі трудового договору та з іншою метою. Спеціалізовані будинки для бідних та безпритульних — це установа соціального обслуговування, яка створюється з метою безоплатного забезпечення громадян без визначеного місця проживання тимчасовим житлом, їжею, передбаченою законодавством грошовою, медичною, правовою, соціальною, психологічною та побутовою допомогою, а також сприяння таким громадянам у встановленні особи, відновленні документів, паспортизації та працевлаштуванні [4]. Отже, метою таких установ є не тільки надання фізичній особі права на проживання у приміщеннях, які пристосовані для постійного проживання і можуть визнаватися житлом, а перш за все соціальне обслуговування. Таке ж саме призначення мають соціальний гуртожитки для дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, соціальний готель [5]. Метою проживання у таких установах є отримання соціальних послуг, а не тільки задоволення потреби у житлі. Соціальні послуги — це комплекс правових, економічних, психологічних, освітніх, медичних, реабілітаційних та інших заходів, спрямованих на окремі соціальні групи чи індивідів, які перебувають у складних життєвих обставинах та потребують сторонньої допомоги з метою поліпшення або відтворення їх життєдіяльності, соціальної адаптації та повернення до повноцінного життя (ст. 1 Закону «Про соціальні послуги» [6]). Отже, головною метою такої послуги є надання допомоги особам, які самостійно не можуть задовольнити ті чи інші потреби, тому відносини, які виникають між соціальною установою та особою щодо користування житлом не можна визнати цивільно-правовими, заснованими на договорі найму житла чи позички, хоча б тому, що особи, які проживають у таких установах, не можуть бути позбавлені права на проживання в них та виселені. На наш погляд, потрібно відмовитися від поєднання тих правових відносин, які мають різну правову природу, виходячи лише з того, що їх змістом є право користування об'єктом нерухомості, яке визнається житлом. Адже нікому не прийде на думку прийняти Кодекс про доходи, в якому врегулювати відносини щодо отримання доходів юридичними особами від підприємницької діяльності, фізичною особою — на підставі трудових та цивільних договорів, державою — від отримання податків, та конструювати правову концепцію про існування комплексної галузі права (законодавства) про доходи. Потрібно чітко виділити два види правових відносин:

відносини щодо користування житлом, як особливим об'єктом цивільних прав та відносини з надання соціальних послуг щодо проживання у соціальних установах фізичних осіб, які за своїм майновим станом не можуть його наймати чи набувати у власність житло. Таке розмежування стане підставою для виділення в системі цивільного законодавства окремої групи нормативних актів, які регулюють відносини щодо володіння, користування, розпорядження соціальним житлом, а також виділення в системі такої галузі права, як право соціального забезпечення.

Використані джерела:

1. *Гуляк Я. В. Договір найму (оренди) житла за цивільним законодавством України: Автореф. дис... канд. юрид. наук / ОНЮА. — О., 2005.*
2. *Литовкин В. Н. Концепция развития жилищного законодательства // Журнал российского права. — 2000. — № 5-6.*
3. *Базова Т. П. Общая характеристика права пользования жильцом в соответствии с Законом Украины «О жилищном фонде социального назначения»// Міжнародна науково-практична конференція «Розвиток цивільного законодавства: шляхи подолання кодифікаційних протиріч» (28-29 вересня 2006 р.). — К.: КНУ ім. Тараса Шевченка. — 2006.*
4. *Ст. 1 Закону України "Про житловий фонд соціального призначення" від 12 січня 2006 року № 3334-IV // ВВР. — 2006. — № 19-20. — Ст. 159.*
5. *Типове положення про соціальний гуртожиток, затвердженому постановою Кабінету Міністрів України від 8 вересня 2005 р. № 878 // Офіційний вісник України. — 2005. — № 37. — Ст. 2276.*
6. *Про соціальні послуги: Закон України від 19 червня 2003 року № 966- IV // ВВР. — 2003. — № 45. — Ст. 358.*

О. А. Кучинська

викладач кафедри цивільного, господарського права і процесу

Академії адвокатури України, Київ, Україна

СПАДКУВАННЯ АКЦІЙ ЗА ЧИННИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

В сучасному цивільному законодавстві, яке регулює питання спадкування, містяться норми, які покликані захищати власність фізичних осіб, стимулювати їх матеріальну зацікавленість в результатах праці, зміцнювати сімейні відносини.

Стаття 1216 ЦК України встановлює, що спадкуванням є перехід прав та обов'язків (спадщини) від фізичної особи, яка померла, (спадкодавця) до інших осіб (спадкоємців). Тобто, права та обов'язки (ними є, передусім, право власності на речі, доходи тощо), які належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті, переходять до спадкоємців.

Цивільним кодексом України регулюються питання загального характеру стосовно переходу прав та обов'язків від спадкодавця до спадкоємців. Поряд з цим, непростий фактичний склад спадкових правовідносин, необхідний для процесу спадкування певних об'єктів, зумовлює особливість перебігу цих правовідносин при переході прав на деякі види майна від спадкодавця до спадкоємців.

Зокрема, такими об'єктами є цінні папери. За загальним правилом, спадкування цінних паперів здійснюється відповідно до цивільного законодавства України. Проте, особливості правонаступництва, прийняття та оформлення права власності на цінні папери, все ж таки, регулюється спеціальним законодавством.

Згідно зі ст. 3 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок», цінні папери — це документи встановленої форми з відповідними реквізитами, що

посвідчують грошові або інші права, визначають взаємовідносини особи, яка їх розмістила (видала), і власника, та передбачають виконання зобов'язань згідно з умовами їх розміщення, а також можливість передачі прав, що випливають із цих документів, іншим особам.

Акція — це іменний цінний папір, який посвідчує майнові права його власника (акціонера), що стосуються акціонерного товариства, включаючи право на отримання частити прибутку акціонерного товариства у вигляді дивідендів та право на отримання частини майна акціонерного товариства у уразі його ліквідації, право на управління акціонерним товариством, а також немайнові права, передбачені Цивільним кодексом України та законом, що регулює питання створення, діяльності та припинення акціонерних товариств.

Сьогодні багато акціонерних товариств зіштовхуються з необхідністю визначення правової долі акцій померлих акціонерів. В цих акціонерних товариствах такі акції складають нерозв'язну проблему — тривалий час акції померлих осіб фактично залишаються без власника, що ускладнює рішення питань, пов'язаних з управлінням товариством: проблематичним може бути забезпечення кворуму на загальних зборах, прийняття рішень з питань, що вимагають кваліфікованої більшості, проведення корпоративних операцій з акціями та ін. Ця проблема пов'язана перш за все з тим, що спадкоємець, який фактично прийняв спадщину (в склад якої входять і цінні папери), може звернутися з заявою про видачу свідоцтва про право на спадщину і після закінчення шестимісячного строку, адже законом не обмежений термін видачі свідоцтва про право на спадщину особам, що фактично прийняли спадщину. Крім того, прийняття навіть частини спадщини розглядається як прийняття спадщини в цілому. Тобто, якщо особа, яка постійно проживала зі спадкодавцем і не подала заяви до нотаріальної контори про відмову від прийняття спадщини, вважається такою, що прийняла всю спадщину. Подальше звернення за видачею свідоцтва про право на спадщину, а згодом і за оформленням права власності на успадковане майно, не обмежується у часі, а отже може відбутись навіть зі спливом багатьох років.

Згідно ст. 34 Закону України «Про нотаріат», дії по видачі свідоцтва про право на спадщину належать до виняткової компетенції державних нотаріальних контор.

Для переходу акцій у порядку спадкування та подальшого оформлення права власності на ці цінні папери, спадкоємці померлого акціонера зобов'язані виконати такі дії:

1) звернутися в державну нотаріальну контору за місцем відкриття спадщини з заявою про прийняття спадщини та/або про видачу свідоцтва про право на спадщину (якщо спадкоємець уже фактично прийняв спадщину);

2) після одержання свідоцтва про право на спадщину здійснити перереєстрацію прав власності на акції.

На першому етапі, на наш погляд, є бажаним звернення спадкоємця до нотаріальної контори за видачею свідоцтва про права на спадщину, навіть у випадку її фактичного прийняття. Якщо спадкоємець не бажає володіти в подальшому акціями, проте не заперечує проти переходу у власність інших об'єктів спадкової маси, йому повинні видати свідоцтво про право на спадщину на всю спадкову масу, адже прийняття частини спадщини, або ж прийняття її з певними умовами не допускається чинним законодавством.

В подальшому розв'язання вищевказаної проблеми права власності на акції може бути вирішене у договірному порядку між акціонерним товариством та спадкоємцем.

На наступному етапі спадкоємець повинен звернутись до реєстратора, який веде реєстр власників іменних цінних паперів акціонерного товариства для переоформлення права власності на успадковані акції.

Таким чином, розглянувши в статті лише деякі проблеми, які постають на шляху як спадкоємців, так і інших осіб, які задіяні в процесі реалізації останніми своїх спадкових прав, слід зауважити, що випадки, коли до спадкової маси входить такий специфічний об'єкт як акція, є непоодинокими. Саме на цій підставі вважаємо за необхідне, щоб державні нотаріуси та керівні органи акціонерних товариств вживали всіх заходів до запобігання порушенню прав спадкоємців такого виду цінного паперу як акція.

Д. Д. Ландо
кандидат юридических наук,
старший преподаватель кафедры гражданского права
Белорусского государственного университета,
Минск, Республика Беларусь

МЕХАНИЗМ ВЗИМАНИЯ ПРОЦЕНТОВ ЗА ПОЛЬЗОВАНИЕ ЧУЖИМИ ДЕНЕЖНЫМИ СРЕДСТВАМИ: КОНСТРУКТИВНОСТЬ ИЗМЕНЕНИЙ

Согласно ч. 3 п. 1 ст. 366 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее — ГК), введенной Законом от 20 июля 2006 г. № 160-З «О внесении изменений и дополнений в Гражданский кодекс Республики Беларусь», в случае, если денежное обязательство в соответствии с законодательством подлежит оплате в белорусских рублях в размере, эквивалентном определенной сумме в иностранной валюте или в условных денежных единицах, проценты за пользование чужими денежными средствами начисляются на подлежащую оплате сумму в белорусских рублях, определенную по официальному курсу соответствующей валюты или условных денежных единиц на день исполнения денежного обязательства либо его соответствующей части, а в случае взыскания долга в судебном порядке — на день вынесения решения судом.

Предложенный законодателем механизм взимания процентов за пользование чужими денежными средствами представляется не вполне удачным ввиду следующих причин.

1. Установление единообразных правил определения момента перевода суммы долга, эквивалентной определенной сумме в иностранной валюте или в условных денежных единицах, в белорусские рубли целесообразно отразить в ст. 298 ГК «Валюта денежных обязательств». В настоящее время отсутствует единый порядок определения суммы, подлежащей оплате в белорусских рублях. В соответствии с ч. 2 п. 1 ст. 298 ГК стороны вправе указать курс или дату определения официального курса, которые позволяют установить сумму, подлежащую оплате в белорусских рублях. Согласно ч. 3 п. 1 ст. 366 ГК действуют императивные правила определения такой суммы: по официальному курсу соответствующей валюты или условных денежных единиц на день исполнения денежного обязательства либо его соответствующей части, а в случае взыскания долга в судебном порядке — на день вынесения решения судом.

Для решения проблемы определения момента перевода суммы долга в белорусские рубли полагаем целесообразным внести изменения в ч. 2 п. 1 ст. 298 ГК: подлежащая оплате в рублях сумма определяется по официальному курсу соответствующей валюты или условных денежных единиц на день исполнения денежного обязательства или его соответствующей части, при взыскании долга в судебном порядке — по официальному курсу соответствующей валюты или условных

денежных единиц на день вынесения решения, если иной курс или иная дата его определения не установлены законодательством или соглашением сторон.

2. Анализируемая норма (ч. 3 п. 1 ст. 366 ГК) устанавливает необоснованный с правовой точки зрения порядок начисления процентов за пользование чужими денежными средствами. До момента конверсии не происходит трансформации денежного обязательства, выраженного в иностранной валюте или в условных денежных единицах, в обязательство в белорусских рублях. Полагаем недопустимым установленное ч. 3 п. 1 ст. 366 ГК начисление рублевых процентов за период просрочки исполнения денежного обязательства, выраженного в иностранной валюте или в условных денежных единицах, с момента начала просрочки исполнения такого денежного обязательства. Начало периода начисления рублевых процентов за пользование чужими денежными средствами должно определяться моментом перевода суммы долга в белорусские рубли.

Принимая во внимание установленное ч. 3 п. 1 ст. 366 ГК правило определения суммы, подлежащей оплате в белорусских рублях, констатируем, что при взимании подлежащей оплате в белорусских рублях суммы в судебном порядке просрочки в уплате денежных средств в белорусских рублях не наступит и суду надлежит решать вопрос о валютных процентах. Исчисляться указанные проценты должны в иностранной валюте, взиматься — в белорусских рублях.

Не учитывая вид процентов за пользование чужими денежными средствами, подлежащих взиманию в анализируемой ситуации, законодатель допускает начисление процентов за пользование чужими денежными средствами на подлежащую оплате сумму в белорусских рублях, что является, на наш взгляд, неверным.

Следует не согласиться с высказанным в литературе до введения ч. 3 п. 1 ст. 366 ГК мнением о том, что при исполнении денежного обязательства с просрочкой в случае, если должником применен курс иностранной валюты на день фактического платежа, до дня такого платежа первоначальная сумма основного обязательства не определена и взыскание процентов за пользование чужими денежными средствами необоснованно, поскольку сумма основного долга определена с учетом курса иностранной валюты на день фактически произведенной оплаты. Такое толкование ч. 2 п. 1 ст. 298 ГК приводит к выводу о том, что в случае, если курс иностранной валюты в течение длительного времени стабилен, а должник затягивает исполнение денежного обязательства, он не подлежит ответственности в соответствии со ст. 366 ГК за время указанной просрочки.

Установление единообразных правил определения даты конверсии не влечет изменение срока исполнения денежного обязательства. В случаях, когда дата платежа не совпадает с договорной датой исполнения обязательства, основное обязательство должно определяться в иностранной валюте. Применение курса иностранной валюты на дату фактического платежа означает не определение первоначальной суммы основного обязательства, а определение таковой в белорусских рублях. В этом заключается цель валютной оговорки — максимальные преимущества кредитора с точки зрения получения суммы в национальной валюте. Подмена процентов за пользование чужими денежными средствами курсовой разницей, на наш взгляд, не обоснована.

4. Законодателем так и не решена проблема определения ставки процентов за пользование чужими денежными средствами для обязательств в иностранной валюте. ГК не ограничивает сферу действия ст. 366, устанавливающей ответственность за нарушение денежного обязательства, обязательствами в белорусских рублях. Постановление Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 21 января 2004 г. № 1 «О некоторых вопросах применения норм Гражданского кодекса Республики Беларусь об ответственности за пользование чужими денежными средствами», действующее в редакции от 6 апреля 2005 г., предусматривает, что при

использовании иностранной валюты в расчетах по обязательствам в случаях, порядке и на условиях, допускаемых и определяемых законодательством, нормы ст. 366 ГК не применяются, если иное не установлено законодательством или договором. Буквальное толкование указанной нормы позволяет предположить, что ст. 366 ГК применяется к обязательствам, выраженным в иностранной валюте или в условных денежных единицах. Отсутствие законодательно определенной ставки, по которой должен определяться размер процентов за пользование чужими денежными средствами в иностранной валюте, должно исключить период времени, начинающийся моментом нарушения денежного обязательства и заканчивающийся моментом конверсии, из формулы расчета размера процентов за пользование чужими денежными средствами.

Определенный в ч. 3 п. 1 ст. 366 ГК механизм взимания процентов за пользование чужими денежными средствами в случае нарушения денежного обязательства, выраженного в иностранной валюте или в условных денежных единицах и подлежащего оплате в белорусских рублях, основан на отождествлении указанного обязательства и денежного обязательства в белорусских рублях и нуждается в корректировке.

Є. В. Левіцький
студент Черкаського національного університету імені Богдана Хмельницького, Черкаси, Україна

ОПЕРАТИВНІ СПОСОБИ САМОЗАХИСТУ ЗА УКРАЇНСЬКИМ ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ

Конституція України в частині 5 статті 55 надає кожному право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від протиправних посягань [1]. Правило дістало назву самозахисту. На розвиток вказаного конституційного принципу виникло положення ст. 19 ЦК про самозахист цивільних прав. Ця норма є новелою в цивільному законодавстві України, що викликає жваву дискусію стосовно змісту цього правового феномену [7, с. 93].

Окремі теоретичні і практичні аспекти застосування самозахисту цивільних прав досліджували такі вітчизняні науковці: О. І. Антонюк, Н. С. Кузнєцова, З. В. Ромовська, Я. М. Шевченко, а також зарубіжні вчені: В. П. Грибанов, С. В. Сарбаш, О. А. Мінєєв та інші дослідники-цивілісти.

Сучасні реалії суспільного життя пов’язують ефективність механізму цивільно-правового захисту, перш за все, з його оперативністю. Одним з елементів механізму правового захисту, який надає можливість швидкого захисту, є право особи вживати заходів до відновлення порушених прав, включаючи можливість, усувати перешкоди у здійсненні цих прав без звернення до юрисдикційних органів. Цей принцип знаходив законодавче закріплення у найдавніших правових джерелах і у сучасному законодавстві різних держав [6, с. 1].

Оперативний спосіб самозахисту слід визначити як суб’єктивне право особи власними діями, без застосування державно-владного механізму захисту відновлювати порушені права.

На нашу думку, оперативними слід вважати ті способи самозахисту, які дозволяють відновити порушене право в максимально короткий строк.

Цивільний кодекс України (далі ЦК) закріплює чимало таких способів самозахисту.

Так, ст. 615 ЦК дозволяє кредитору в разі порушення зобов'язання боржником, частково або в повному обсязі відмовитися від цього зобов'язання [2], щоправда лише в тому випадку, коли така можливість закріплена договором або прямо визначена законом.

Оперативними є способи забезпечення виконання зобов'язань. На підтвердження висунутої тези пропонуємо проаналізувати зміст частини 1 ст. 594 ЦК. Законодавець допускає, що кредитор, який правомірно володіє річчю має право притримати її у себе до виконання боржником зобов'язання [2]. Таким чином, закон наділив кредитора правом самостійно захищати порушене цивільне право в певних межах встановлених законом. Ці самі межі визначені в ст. 595 ЦК [2], де виписані обов'язки кредитора стосовно притримуваної речі. У разі, коли боржник не вживає жодних заходів задля виконання зобов'язання, вимоги кредитора, який притримує річ у себе, задовольняються з її вартості (ст. 597 ЦК) [2].

Відповідно до ч. 3 ст. 612 ЦК якщо внаслідок прострочення боржника виконання зобов'язання втратило інтерес для кредитора, він може відмовитися від прийняття виконання і вимагати відшкодування збитків [2]. Тобто, внаслідок неналежного виконання боржником своїх зобов'язань, був порушений інтерес кредитора, відновлення порушеного права має відбутися за рахунок боржника.

Самозахист порушеного права оперативними діями має місце і в разі порушення умов договору купівлі-продажу щодо асортименту товару. Так, якщо продавець передав покупцеві частину товару, асортимент якого відповідає умовам договору купівлі-продажу, і частину товару з порушенням асортименту, покупець має право прийняти частину товару, що відповідає умовам договору, і відмовитися від решти товару; відмовитися від усього товару; вимагати заміни частини товару, що не відповідає асортименту, товаром в асортименті, який встановлено договором (ч. 2 ст. 672 ЦК) [2].

Стаття 825 ЦК наділяє наймача житла правом відмовитися від договору найму житла, якщо житло стало непридатним для постійного проживання в ньому [2]. Дозволимо собі припустити, що законодавець, запроваджуючи цю норму, мав на увазі, що житло стало непридатним для проживання не з вини наймача.

Учасник повного товариства, який систематично не виконує обов'язки, покладені на нього товариством, або своїми діями перешкоджає досягненню цілей товариства, і тим самим порушує права інших учасників, може бути виключений з нього [2]. Такий оперативний спосіб самостійного захисту передбачений ст. 128 ЦК.

Способи самозахисту можуть бути визначені не лише ЦК, а й іншими актами цивільного законодавства. Розглянемо, як приклад, Закон України «Про захист прав споживачів» [4], зокрема, статтю 8 Закону. Встановлюється, що у разі виявлення протягом гарантійного строку недоліків, споживач, в порядку та у строки, що встановлені законодавством, має право вимагати: пропорційного зменшення ціни; безоплатного усунення недоліків товару в розумний строк; відшкодування витрат на усунення недоліків товару. Якщо ж ці недоліки виникли з вини виробника товару або як наслідок фальсифікації товару, то покупець має право вимагати від продавця або виробника: розірвання договору та повернення сплаченої за товар грошової суми; вимагати заміни товару на такий же товар або на аналогічний, з числа наявних у продавця (виробника), товар [4, с. 4].

Таким чином, проаналізувавши норми окремих статей цивільного законодавства України, ми дійшли висновку, що носій майнових прав може захищати свої інтереси власними діями, не звертаючись до суду.

Отже, слід зазначити відсутність єдиного законодавчого, а також теоретичного підходів до визначення способів самозахисту цивільних прав. На нашу думку, оперативні способи самозахисту потрібно виписати окремою статтею ЦК. Також вважаємо за доцільне, встановити принципи застосування останніх. Здійснення

окреслених заходів сприятиме уніфікації вже кодифікованого законодавства, а відповідно і полегшенню його застосування.

Використані джерела:

1. Конституція України з порівняльним викладом статей, змінених конституційною реформою / Упорядник Ковальчук Є. О. — Харків: Бурун Книга, 2006. — 72 с.

2. Цивільний кодекс України. — Х.: ТОВ «Одіссей», 2006. — 424 с.

3. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За відповід. ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2005.–Т. І–832 с.

4. Про захист прав споживачів: Закон України // Відомості Верховної ради України. — 1991. — № 30.

5. Зорислава Ромовська. Українське цивільне право: Загальна частина. Академічний курс. Підручник. — К.: Атіка, 2005. — 560 с.

6. Антонюк О. І. Право учасників цивільних правовідносин на самозахист: Автореф. Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. — К. — 2005. — 13 с.

7. Антонюк О. І. Щодо питання визначення права на самозахист учасників цивільних правовідносин // Актуальні проблеми держави та права: Зб. наук. пр. — Одеса: Юридична література. — 2002. — Вип.15. — С.92 — 97

8. Грибачов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. — М.: Статут, 2000.

9. Сарбаш С. В. Право удержания и самозащита // Юридический мир. — 1998. — № 8. — С. 47 — 52.

10. Миневе О. А. Самозащита как форма защиты гражданских прав // Вопросы права и социологии: Межрегиональное научное издание. — Волгоград: Изд-во ВРО МСЮ, 2003. — Вып. 8. — С. 48-52.

В. В. Липницкий

студент Белорусского государственного университета,
Минск, Республика Беларусь

ПРОБЛЕМА ОПРЕДЕЛЕНИЯ НАЦИОНАЛЬНОГО МЕНЬШИНСТВА В МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВЕ

В международном праве отсутствует определение понятия национального меньшинства, что может быть обусловлено рядом причин:

1. Сложностью охватить единым понятием все группы, которые в различных странах являются национальными меньшинствами.

2. Многие государства имеют разный подход и различные традиции в понимании и определении национального меньшинства.

3. Стремление международного сообщества предоставить свободу государствам в определении этого понятия с тем, чтобы сделать возможным само принятие международных деклараций и конвенций в области защиты национальных меньшинств — «прагматический подход».

4. Проблема соотношения родственных и близких понятий «этническое меньшинство», «национальное меньшинство», «коренные малочисленные народы», «коренные народы», «национальные общины», «группы» и др.

Тем не менее, на международном уровне предпринимаются попытки дать единое определение национального меньшинства как объекта международно-правовой охраны. Это позволило бы унифицировать практику применения международно-правовых документов в области охраны национальных меньшинств, обеспечить единое толкование этих документов во всех странах, способствовало бы более полному охвату всех нуждающихся в международно-правовой защите меньшинств.

Наиболее «классическим» является определение национального меньшинства, данное Франческо Капоторти — специальным докладчиком Подкомиссии ООН по предупреждению дискриминации и защите национальных меньшинств — в отношении ст. 27 Международного пакта о гражданских и политических правах. Оно звучит следующим образом: национальное меньшинство — «это, по сравнению с остальной частью населения государства, меньшая по численности, не занимающая доминирующего положения группа, члены которой — граждане этого государства — обладают этническими, религиозными или языковыми характеристиками, отличающимися от таковых остальной части населения, и проявляют, пусть даже косвенно, чувство солидарности в целях сохранения своей культуры, своих традиций, религии или языка» [2, с. 33].

В этом определении можно выделить следующие квалифицирующие признаки:

1) критерий численности;

2) критерий недоминирования;

3) критерий наличия гражданства;

4) критерий самобытности;

5) критерий солидарности.

Большинство экспертов ООН, ОБСЕ, Совета Европы также приходят к такому определению. Можно утверждать, что среди европейских учёных уже достигнуто определённое единство, но политические лидеры и дипломаты не могут договориться о едином понятии национального меньшинства. В частности, этому препятствует позиция Франции и Германии, поэтому определение меньшинства до сих пор относится к компетенции каждой отдельной страны [6].

Многие авторы классифицируют критерии как объективные и субъективные; можно также подразделить их на качественные и количественные [2, с. 34].

В. В. Кочарян, замечая, что национальным меньшинством может быть как группа, большая по численности, чем остальная часть населения, так и занимающая доминирующее положение, предлагает использовать критерий численности и недоминирования альтернативно. Т.е. меньшинством может быть признана группа как меньшая по численности и занимающая доминирующее положение, так и группа, не занимающая доминирующего положения в обществе, но представляющая собой большинство [2, с. 36-37].

Интерес представляет и мнение И. Блищенко и А. Абашидзе по этому вопросу — они предлагают новый критерий определения национального меньшинства — дискриминационное положение наций и народов в том или ином регионе [3, с. 123-125].

Иной подход к определению национального меньшинства содержит Конвенция СНГ «Об обеспечении прав лиц, принадлежащих к национальным меньшинствам» от 21 октября 1994 года, которая в статье 1 содержит следующую дефиницию: «под лицами, принадлежащими к национальным меньшинствам, понимаются лица, постоянно проживающие на территории одной Договаривающейся Стороны и имеющие её гражданство, которые по своему этническому происхождению, языку, культуре, религии или традициям отличаются от основного населения данной Договаривающейся Стороны» [4, с. 92]. Таким образом, в основу данного определения легли критерии: 1) гражданства, 2) группа не является основной, 3) самобытности.

Парламентская Ассамблея Совета Европы в рекомендации 1255 (1995) «О защите прав национальных меньшинств» предлагает своё определение "национального меньшинства", которое следует понимать как "группу лиц в каком-либо государстве, которые:

a) проживают на территории этого государства и являются его гражданами;

b) поддерживают давние, прочные и непрерывные связи с этим государством;

c) обладают четкими этническими, культурными, религиозными и языковыми особенностями;

d) являются достаточно представительными, хотя и менее многочисленными по сравнению с остальным населением этого государства или какого-либо региона этого государства;

e) движимы стремлением совместно сохранять элементы, составляющие их общее своеобразие, включая свою культуру, традиции, религию и язык" [5, с. 103].

Практика применения международных конвенций в области охраны национальных меньшинств показывает, что различные государства по-разному трактуют понятие национального меньшинства, включая или исключая из него неграждан и мигрантов [1, с. 8].

Таким образом, в международном праве, доктрине и практике государств отсутствует единый взгляд на определение термина «национальное меньшинство», что объясняется рядом причин, в том числе — «прагматическим подходом». Однако национальные меньшинства являются реальностью, действительностью, которая не зависит от усмотрения того или иного правительства, и проблема их защиты давно перестала быть внутренним делом государств, а вышла на международный уровень. В связи с этим представляется необходимым выработка единого нормативного определения национального меньшинства, как на региональном, так и на универсальном уровне.

Использованные источники:

1. *Barnes C., Olsthoorn M. The Framework Convention for the Protection of National Minorities. A Guide for Non-Governmental Organizations // Minority Rights Group International [Electronic resource]. 2007 — Mode of access: www.minorityrights.org/download.php?id=36. — Date of access: 25.09.2007.*
2. *Кочарян В. В., Национальные меньшинства и их защита в международном праве /В. В. Кочарян // Правоведение. -1995. — № 2. — С. 29–44.*
3. *Блищенко И.П., Абашидзе А.Х. Права национальных меньшинств в свете мирового опыта // Общественные науки и современность. 1992. №4. С. 123-125.*
4. *Конвенция об обеспечении прав лиц, принадлежащих к национальным меньшинствам от 21 октября 1994 года // Абарона правоў асоб, якія належаць да нацыянальных супольнасцей Рэспублікі Беларусь. Даведнік. Складальнік Ніна Васільеўна Ходар — Мінск., 2006 «Энцыклапедыкс». — с. 91-94.*
5. *Рекомендация 1255 (1995) о защите прав национальных меньшинств от 31 января 1995 года // Абарона правоў асоб, якія належаць да нацыянальных супольнасцей Рэспублікі Беларусь. Даведнік. Складальнік Ніна Васільеўна Ходар — Мінск., 2006 «Энцыклапедыкс». — с. 103-105.*
6. *Дрибинс Л., Перспектива решения проблем меньшинств в Европейском Союзе / Л. Дрибинс // Dialogi.lv [Электронный ресурс]. — 07.11.2005. — Режим доступа: http://www.dialogi.lv/article.php?id=1683&la=1.* — Дата доступа: 10.09.2007.

В. В. Литовченко
помічник судді Малиновського районного суду м. Одеси,
Одеса, Україна

ПРОБЛЕМА РОЗМЕЖУВАННЯ КОМПЕТЕНЦІЇ ЗАГАЛЬНИХ ТА АДМІНІСТРАТИВНИХ СУДІВ ЩОДО ОБ'ЄКТІВ САМОЧИННОГО БУДІВНИЦТВА

До 1 вересня 2005 року в Україні не передбачалось спеціальної процедури розгляду адміністративних справ, хоча й існували відповідні глави (29-32) у ЦПК України (в редакції 1963 року) [1]. Тому, всі спори, що виникали з цивільних, житлових, земельних, сімейних, трудових та адміністративних відносин, якщо хоча б однією із сторін була фізична особа, розглядались судами переважно в рамках цивільного судочинства.

Із запровадженням спеціалізованого адміністративного судочинства в Україні, прийняттям КАС, ситуація змінилась. Спори що виникають з цивільних, житлових, земельних, сімейних, трудових правовідносин були віднесені до цивільної юрисдикції, усі публічно-правові — до адміністративної юрисдикції.

Визначення сфери адміністративно-процесуальних та цивільних-процесуальних правовідносин, розмежування підсудності окремих категорій справ між судовими інстанціями набуває суттєвої складності, а визначення межі між приватним та публічним спором залишається актуальним аспектом вдосконалення правосуддя для розбудови судової системи України та єдиного правозастосування норм права.

Стаття 15 ЦПК України визначає компетенцію судів щодо розгляду цивільних справ, вказуючи на те, що в порядку цивільного судочинства розглядаються справи про захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів, що виникають із цивільних, житлових, земельних, сімейних, трудових відносин, а також з інших правовідносин, крім випадків, коли розгляд таких справ проводиться за правилами іншого судочинства [2].

Стаття 4 КАС України чітко визначає, що правосуддя в адміністративних справах поширюється на всі публічно-правові спори, крім спорів, для яких законом встановлений інший порядок судового вирішення [3].

Постає питання за правилами якого судочинства повинен розглядатися спір про право, якщо він обтяжений публічно-правовим елементом. Наприклад, спір про визнання рішення сільської ради про відведення земельної ділянки недійсним та визнання права власності на самочинно збудований на цій же земельній ділянці будинок [4].

З першого погляду відносини стосовно визнання рішення сільської ради про відведення земельної ділянки обтяжені публічно-правовим елементом, оскільки спір виник із суб'єктом владних повноважень — сільською радою, щодо оскарження її акту індивідуальної дії — рішення про відведення земельної ділянки. З другого погляду, вимоги про визнання права власності на самочинно збудований будинок — це спір про визнання права, яке виникає із цивільних відносин і, відповідно до ст. 15 ЦПК України, підлягає розгляду в порядку цивільного судочинства.

Оскільки, в згаданому прикладі, як перша так і друга вимоги пов'язанні між собою, потреба врегулювати їх в одному провадженні є очевидною. Разом з тим, стаття 16 ЦПК України забороняє об'єднання в одне провадження вимог, які підлягають розгляду за правилами різних видів судочинства, якщо інше не встановлено законом. Аналогічне положення містить і ст. 21 КАС України.

Тому, виходячи з буквального тлумачення вказаних норм, загальні суди на практиці закривають провадження у справі на підставі п. 1 ч. 1 ст. 205 ЦПК України за не підсудністю їм вимог з публічно-правовим елементом, в нашому випадку — визнання рішення сільської ради про відведення земельної ділянки недійсною, роз'яснюючи право

позивачу звернутись із заявленими вимогами в порядку адміністративного провадження. При зверненні особи із заявленими вимогами до адміністративного суду, цивільна справа відносно визнання права власності відповідно до вимог п. 3 ч. 1 ст. 156 КАС України зупиняється, до розгляду адміністративної справи, що також є далеко не безспірним.

Все це призводить до затягування розгляду справи і фактично покладає хрест на вирішенні спору. Розгляд таким чином цивільних справ обтяжених публічно-правовим елементом, за давністю такого розгляду скоріш за всього втратить свою актуальність, а тривалість розгляду спочатку адміністративної, потім цивільної справи — перевищить усі рамки розумності.

На нашу думку, питання проблематики розмежування адміністративної та цивільної юрисдикції взагалі не існує, проблема, що виникла на практиці є результатом буквального тлумачення норм КАС України та ЦПК України, щодо підсудності справ суду, що призвело до зведення вирішення питання належності чи не належності певної справи до адміністративної юрисдикції до механічної фіксації присутності у спорі носія певної владної функції та повноважень, та/або наявності виданого ним акту.

Суб'єктний склад правовідносин повинен розглядатись поряд з вивченням самої природи спору. І тільки після цього, якщо у кінцевому результаті спір буде охарактеризований як спір про право, то незалежно від суб'єктного складу, він повинен буде розглянутий в порядку цивільного судочинства.

Такий висновок дає можливість нам зробити, аналіз положень ЦК України щодо підстав виникнення цивільних прав та обов'язків (стаття 11), здійснення цивільних прав (стаття 12), виконання цивільного обов'язку (стаття 14), способів захисту цивільних прав в тому числі визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб (п. 10 статті 16), права власності та зобов'язального права, свідчить, що всі ці права повинні розглядатися судом як цивільні [5].

Одночасно слід пам'ятати, що розмежування порядку вирішення публічних та приватних спорів, не означає існування різниці у захисті прав, свобод та інтересів у порядку цивільного або адміністративного судочинства. Оскільки, згідно з положенням статті 124 Конституції України [6], юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі. Одноманітні вимоги до судочинства в Україні обумовлюються забезпеченням конституційного принципу рівності осіб (стаття 22 Конституції України), виходячи з якого ступень захисту порушених прав не може залежати від виду судочинства — цивільного чи адміністративного, та суду, який розглядає відповідний спір.

Водночас саме тільки звернення до суду за захистом ще не означає, що суд зобов'язаний надати такий захист. Адже для того, щоб було надано судовий захист, суд повинен встановити, що особа дійсно має право, свободу чи інтерес, про захист яких вона просить, і це право, свобода чи інтерес порушені, невизнанні, оспорені відповідачем.

Критерій порушення, невизнання або оспорювання права, свободи чи інтересу може бути визначальним для встановлення «реальності», «матеріальності», спору про цивільні права та обов'язки у розумінні ЦК України.

Таким чином, якщо спір, що виник між сторонами, за сукупністю переліку ознак як суб'єктного, так і об'єктного (предметного) складу відносин, які дають можливість теоретичного віднесення їх до приватного, в даному випадку визнання права власності на самочинно збудований об'єкт нерухомості, а не публічного права, — такий спір повинен розглядатися в порядку цивільного судочинства.

***Використані джерела*:**

1. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 липня 1963 року // Інформаційно-пошукова правова система «НАУ».

2. Цивільно-процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року // Офіційний Вісник України.

— 2004. — №16. — Ст. 1088.
3. Кодекс адміністративного судочинства України від 06 липня 2005 року // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — №37. — Ст. 446.
4. Справа № 2-955/07 від 28.02.2007 р. про визнання рішення селищній раді про відведення земельної ділянки недійсним, визнання право власності на самочинно збудоване нерухоме майно.
5. Цивільний кодекс України: Закон України від 16 березня 2003 року // Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — Ст. 461.
6. Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.

О. С. Лиховид
студент Інституту підготовки кадрів для органів прокуратури України Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, Харків, Україна

ДОГОВОРИ З ВІДКРИТИМИ УМОВАМИ В АСПЕКТІ ПИТАННЯ УКЛАДЕНОСТІ ДОГОВОРУ В АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКІЙ ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ

Укладеність договору або визнання його неукладеним є одним з питань, що відображає юридичну сторону договору, оскільки вказує на необхідні умови для гарантування примусового виконання угод між приватними особами. Кращому розумінню даного питання сприятиме застосування порівняльно-правового методу дослідження. Сутність останнього полягає зокрема у тому, що спочатку оформлюється правова ситуація (конкретне практичне питання, що має потребу у вирішенні), а потім вивчають ті правові засоби, правові поняття та юридичні механізми, за допомогою яких різні правові системи вирішують дану ситуацію.

Відносно англо-американської правової системи поняття укладеності договору як чіткий правовий термін не виокремився, хоча звичайно поняття істотних умов і необхідності їх узгодження сторонами для того, щоб існував договір, використовується. Одним з аспектів, що має відношення до питання виникнення договору, є правове регулювання договорів з відкритими умовами, доречність існування яких оцінюється неоднозначно.

Під договорами з відкритими цінами прийнято розуміти договори, умови яких не характеризують повну домовленість між сторонами і положення якого можуть бути змінені без взаємної згоди [1]. Поняття «відкритих умов» розвивалося на противагу поняттю «закритих або зафіксованих умов» і відповідно вони визначалися як такі, що не були чітко визначені і погоджені на момент, коли сторони вступили у договір. При цьому визначення даних умов може залежати як від розсуду сторони договору, так і від зовнішніх обставин [2]. Відкриті умови є такими положеннями договору, які прямо надають стороні суттєвий, хоча і не абсолютний, розсуд при виконанні договору. При цьому сторони можуть залишити умови відкритими при таких обставинах: 1) коли конкретна договірна умова залежить від принципу невизначеності, відповідно до якого якщо «можливість або розмір залежного від обставин результату є таким сумнівним, що люди зі схожою інформацією та потребами оцінюють договір чи непередбачені умови повністю по-різному; 2) коли існує складність написання і примусового забезпечення виконання договорів, що точно визначають порядок виконання відповідно до добре розроблених умов щодо відомих ризиків; 3) коли сторона договору не бажає ризикувати; 4) коли сторонам краще встановити індивідуальні та спільні ризики, аніж чітко узгоджені умови; 5) коли існування додаткових юридичних

обмежень щодо виконання допомагає подоланню складностей примусового забезпечення відкритих умов [3; с. 997, 1004].

Можна виділити два види договорів з відкритими умовами: 1. Договори, в яких сторони свідомо залишили деякі умови без їх визначення з метою це зробити у майбутньому; 2. Договори, у положеннях яких умови були просто пропущеними. Але тут слід зазначити, що на практиці дана класифікація певним чином нівелюється, оскільки суди при правозастосування ототожнюють дані види [5; с. 50-51].

Традиційна договірна доктрина заперечує існування договорів з відкритими умовами. Це обґрунтовувалося тим, що договори з будь-якою невизначеністю (неясністю) не вважалися такими, що були юридично зобов'язуючими для сторін. Винятком з цього загального підходу була ситуація, коли наявне часткове виконання на момент порушення договору. У справі Augeri v. C. F. Wooding Co. зазначено, що якщо обіцянка з однієї сторони угоди була надто невизначеною і неясною для примусового забезпечення виконання, така обіцянка може бути зроблена визначеною шляхом повного або часткового виконання цією ж стороною, і тоді ця угода, що незважаючи на початкову юридичну незабезпеченість через значну неясність, стає юридично обов'язковою [5; с. 51].

На користь традиційного підходу наводяться такі аргументи. По-перше, традиційна доктрина загального права посилається на публічну політику відповідно, до якої суди повинні уникати примусово забезпечувати виконання таких договорів, в які сторони самі не мали намір вступати. Іншими словами, сторона договору не повинна примушуватися до виконання таких додаткових умов, на які вона в дійсності не погоджувалася (принцип автономності). По-друге, в аспекті економічної і соціальної корисності чітке визначення сторонами умов договору дасть змогу запобігти судовим провадженням та судовим витратам. Також спонукання до узгодження усіх умов сторонами буде сприяти конструюванню ними нових договірних форм. В свою чергу визначення судом умов договору має той недолік, що суди не завжди зможуть зрозуміти та врахувати особливості договірних відносин сторін та чітко визначити умови [5; с. 62-64].

Новий підхід відносно договорів з відкритими умовами пов'язаний з Уніфікованим комерційним кодексом США. Він базується на тому положенні, що договір не втрачає юридичної сили через невизначеність якоїсь умови, якщо є намір сторін вступити саме у правовідносини і є яка-небудь розумна підстава для конкретного способу судового захисту відповідного порушеного права. Договір не може бути юридично невизнаний лише з причин нечіткості якоїсь його умови [4; с. 88-89]. Для подолання прогалин певних умов договору цей кодекс передбачає спеціальні положення. Наприклад, відповідно до § 2-305 УКК використовується таке поняття, як розумна ціна, що застосовується у наступних випадках: а) якщо в договорі нічого не сказано про ціну; б) якщо ціна була залишена для майбутнього погодження і сторони не дійшли щодо неї згоди; в) якщо ціна має бути встановлена відповідно до певного ринку чи іншого стандарту, або має бути встановлена третьою особою або органом і цього не відбулося.

Незважаючи на те, що УКК регулює лише договори купівлі-продажу товарів, у теорії та судовій практиці набуває поширення вищезгаданий підхід також до договорів про надання послуг [5; с. 60]. Так, в одній з відповідних справ суд зробив висновок, що, хоча положення УКК прямо не поширюються на договори надання послуг, «вони відображають законодавчу політики держави уникати застосування попередньої доктрини, яка робить недійсними договори надання послуг із залишеними для подальшого погодження умовами про ціну» [5; с. 61]. Загалом визнання договорів з відкритими умова відображає сучасну тенденцію до спрощення правового регулювання надто динамічних економічних відносин, сприяння розширенню підприємницької діяльності.

Виявлення закономірностей щодо договорів з відкритими умовами може бути корисним і для національного цивільного законодавства, оскільки останнє спрощує укладення договору, виділяючи за загальним правилом лише одну істотну умову.

Використані джерела:

1. [Электронный ресурс] Режим доступа: http://www.businessdictionary.com/definition/open-contract.html

2. Carlos A. Gabuardi Open price terms in the CISG, the UCC and mexican commercial law, June 2001. [Электронный ресурс] Режим доступа: http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/gabuardi.html.

3. Mark P. Gergen The use of open terms in contracts // Columbia Law Review (1992-07) p. 997-999, 1004-1008.

4. Murray J. E. Murray on contracts. — 3-d ed. — Charlottesville. Virginia: The Michie company. Law publishers, 1990. — 1189 p.

5. Nellie Eunsoo Choi Contracts with open or missing terms under the Uniform Commercial Code and the Common Law: a proposal for unification // Columbia law review Vol. 103:50, 27-DEC-2002, p. 50-73

М. В. Логвінова

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права і процесу Юридичного інституту
Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника,
Івано-Франківськ, Україна

ПРО ПРИЄДНАННЯ УКРАЇНИ ДО ГААЗЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ДІТЕЙ ТА СПІВРОБІТНИЦТВО У СФЕРІ МІЖДЕРЖАВНОГО УСИНОВЛЕННЯ 1993 РОКУ

Позиція України щодо не визнання значної кількості прогресивних міжнародно-правових документів у сфері сімейних правовідносин як частини національного законодавства, гальмування законодавцем процедури підписання, ратифікації європейських угод і конвенцій, які б сприяли міжнародному співробітництву у цій сфері, з огляду на процес адаптації законодавства України до стандартів ЄС, залишається незрозумілою.

При цьому рішення щодо інтеграції України до міжнародного правового поля в сфері усиновлення було закріплено ще 24 січня 2001 року Указом Президента України «Про додаткові заходи щодо забезпечення виконання Національної програми "Діти України" на період до 2005 року».[1] Зокрема, програмою передбачено приєднання України до: Європейської конвенції про усиновлення дітей 1967 року; Європейської конвенції про правовий статус дітей, народжених поза шлюбом 1975 року; Європейської конвенції щодо визнання та виконання рішень про опіку над дітьми та відновлення опіки над дітьми 1980 року; Гаазької конвенції про цивільні аспекти міжнародного викрадення дітей 1980 року; Конвенції про юрисдикцію, право, що застосовується, визнання, виконання та співробітництво у сфері батьківської відповідальності та заходів захисту дітей 1996 року; Гаазької конвенції про захист дітей та співробітництво у сфері міждержавного усиновлення 1993 року.

В Посланні Президента України до Верховної Ради України «Європейський вибір. Концептуальні засади стратегії економічного та соціального розвитку України на 2002-2011 роки» визначено термін 2002-2007 років для приведення законодавства

України у відповідність до вимог законодавства ЄС у пріоритетних сферах, однією з яких безумовно є захист прав дітей та міжнародне усиновлення.

Таким чином, Україна взяла курс на ратифікацію вищевказаних конвенцій, проте під знаком питання залишається приєднання України до Гаазької конвенції про захист дітей та співробітництво у сфері міждержавного усиновлення 1993 року.

На сьогодні, негативними аспектами факту неучасті України в Конвенції 1993 року можна, зокрема, зазначити: 1) не безумовне визнання рішень про усиновлення — в більшості держав рішення українського суду про усиновлення підлягає затвердженню іноземним судом; 2) відсутність дуже важливої складової контролю за дотриманням прав усиновлених дітей з боку іноземної держави і недержавних організацій, які беруть участь в усиновленні; 3) відсутність взаємодії Державного департаменту з усиновлення та захисту прав дитини з Центральними органами з усиновлення інших країн, що призводе до неконтрольованого по кількості надходження особистих справ кандидатів в усиновлювачі; 4) унеможливлення ефективного контролю за діяльністю недержавних організацій, які надають послуги усиновлювачам, тощо. [2]

При цьому слід зауважити, що об'єктом критики на сьогодні виступає ст. 32 Конвенції, яка передбачає можливість участі в процесі усиновлення недержавних організацій, тобто питання щодо можливої комерціалізації процесу усиновлення. Проте доцільно зауважити, що використання словосполучення «комерціалізація процесу усиновлення» в умовах правового поля, що діє в Україні, є безпідставним з наступних причин.

Згідно з ст. 216 Сімейного кодексу України (далі — СК) існує заборона посередницької, комерційної діяльності щодо усиновлення дітей громадянами України, іноземцями або особами без громадянства. Здійснення посередницької діяльності передбачає настання кримінальної відповідальності згідно з ст. 169 Кримінального кодексу України.

Виходячи з функцій і покладених завдань, єдиним посередником в представництві інтересів дитини може виступати лише Державний департамент з усиновлення та захисту прав дитини. Жоден інший державний орган влади не може виступати посередником в правовому сенсі цього слова між дитиною, що підлягає усиновленню, та майбутніми усиновлювачами.

Проте з урахуванням вищевикладеного, треба розмежувати діяльність посередницьку, комерційну, та діяльність суто професійну, пов'язану з наданням різноманітних послуг та забезпечення представництва (виділено автором) інтересів усиновлювачів перед державними органами. Так, наприклад, здійснення перекладацької роботи може бути приватною підприємницькою діяльністю в сфері надання послуг, але дана перекладацька робота не є посередництвом при здійсненні усиновлення.

Згідно з ст. 237 Цивільного кодексу України представництвом є правовідношення, в якому одна сторона (представник) зобов'язана або має право вчинити правочин від імені другої сторони, яку вона представляє. Представник може бути уповноважений на вчинення лише правочинів, право на вчинення яких має особа, яку він представляє, з урахуванням дотримання форм представництва. В кодексі немає жодних обмежень щодо того, хто може бути представником і з яких питань заборонено здійснювати представницькі функції. Обмеження на представництво при усиновленні існує лише в питанні, коли усиновлювачі повинні здійснювати правочин особисто (наприклад, згідно ст. 223 СК, заява про усиновлення дитини до суду повинна бути подана усиновлювачами).

Надання представницьких послуг, з урахуванням юридичного аспекту усиновлення, як правило, надає адвокатура, суб'єкти підприємницької діяльності, які надають правову допомогу клієнтам у порядку, визначеному законодавством України, об'єднання громадян для здійснення і захисту своїх прав і свобод. З іншого боку,

іноземні усиновлювачі, згідно ст. 59 Конституції України та з метою отримання правової допомоги, можуть самостійно вибирати представником особу, яка є фахівцем у галузі права і за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи.

Таким чином, професійні гонорари особам, які приймають участь в процесі усиновлення (виділено автором), що передбачені ч.2 ст. 32 Конвенції, становлять професійні гонорари, які надані за здійснення перекладацької роботи або надання інших представницьких послуг, прирівняних до надання юридичних послуг, згідно з договорами, які були укладені між представниками та іноземними агенціями з усиновлення чи з фізичними особами, і не можуть трактуватись як комерціалізація процесу усиновлення.

І останнє зауваження. Норми Сімейного кодексу не містять положення про плату за оформлення усиновлення. Проте відсутність такої норми не означає, що плата за усиновлення дозволена. На сьогодні ця невизначеність потребує свого уточнення. І знову вважаємо за доцільне звернути увагу на положення Гаазької конвенції 1993 року про можливість відшкодування витрат, пов'язаних з оформленням усиновлення. Ми погоджуємося з тими науковцями, які виступають за встановлення високого державного мита за проведення міжнародного усиновлення та спрямування цих коштів на фінансування діяльності компетентного органу або на інші потреби, пов'язані з організацією діяльності з усиновлення. [3, с.112] На наш погляд, запровадження відшкодування іноземними громадянами витрат, пов'язаних із міжнародним усиновленням, не зустрінуть з їхньої сторони обурення, оскільки ці гроші усиновлювачів будуть спрямовані на розвиток державної системи, яка забезпечує організацію усиновлень, а не в кишеню різноманітних посередників.

Зважаючи на те, що одним з головних пріоритетів зовнішньої політики України визначено необхідність прискорення процесу інтеграції країни до Європейського співтовариства та всебічний захист інтересів дітей, приєднання України до зазначеної конвенції сприятиме покращенню правового регулювання міждержавного усиновлення в Україні, реально створюватиме позитивний міжнародний імідж України в питаннях всебічного захисту прав та інтересів дітей.

Використані джерела:

1. *Указ Президента України «Про додаткові заходи щодо забезпечення виконання Національної програми «Діти України» на період до 2005 року» від 24 січня 2001 року // Офіційний вісник України. — 2001. — №4.*
2. *Тези до виступу на прес-конференції з питання приєднання України до Гаазької конвенції «Про захист дітей та співробітництво у сфері міждержавного усиновлення» (1993 рік). — К., Лютий-березень 2004 рік.*
3. *Дюжева О. А. Некоторые проблемы законодательства о международном усыновлении // Семейное право России: проблемы развития: Сборник обзоров и статей. — М., 1996. — С.96-112.*

Т. В. Лопушанський
аспірант Львівського національного університету імені Івана Франка,
Львів, Україна

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ФРАНЧАЙЗИНГУ В ЕСТОНІЇ

Після розпаду Радянського Союзу прибалтійські республіки стрімкими темпами ввійшли у ЄС, залишили позаду адміністративно-командну економіку та усі її негативні наслідки. Зміна типу економік у цих країнах відбувалась у тандемі із зміною законодавства. Ринкові відносини, які давно панують у капіталістичному світі, зумовили жорстку конкуренцію між суб'єктами господарювання, де вижити можливо лише тоді, коли підприємці знаходять нові та нестандартні підходи у здійсненні своєї діяльності. Саме до таких методів здійснення підприємницької діяльності належить франчайзинг, який успішно використовується суб'єктами господарювання Естонії.

Правове регулювання франчайзингових відносин в Естонії здійснюються через такі нормативно-правові акти, як: Комерційний кодекс [3], закон «Про авторське право» [5], закон «Про основи правового регулювання промислової власності» [6], Патентний закон [4], закон «Про корисні моделі» [2], закон «Про товарні знаки» [7], закон «Про захист промислових зразків» [1]. Однак особливої уваги заслуговує Зобов'язально-правовий закон, прийнятий 26 серпня 2001 року і вступив у дію 1 липня 2002 року [8]. Згідно § 375 статті 19 цього закону за договором франчайзингу одна сторона (франчайзер) зобов'язується надати іншій стороні (франчайзі) право на використання в економічній або професійній діяльності сукупність належних франчайзеру прав і відомостей, в тому числі право на торгову марку, ділову ідентифікацію і ноу-хау франчайзера. У договорі франчайзингу за даним законом зазначається також предмет і цілі співпраці, термін дії договору, умови нарахування та розмір штрафів при достроковому розірванні договору, порядок відшкодування заподіяного збитку, дії сторін після закінчення договору, порядок вирішення спірних питань.

Законом визначено також права і обов'язки сторін. Права та обов'язки франчайзера умовно можна поділити на дві групи. Перша група визначає права та обов'язки франчайзера щодо сприяння у діяльності франчайзі. До цієї групи можна віднести, зокрема: 1. обов'язок франчайзера давати франчайзі рекомендації по реалізації наданих ним прав і всіляко сприяти франчайзі у зв'язку з їх реалізацією; 2. обов'язок франчайзера забезпечувати франчайзі матеріалами і рекомендаціями по ефективному розвитку бізнесу і адаптації системи до місцевих вимог і потреб; 3. обов'язок франчайзера забезпечувати посильну юридичну допомогу в спілкуванні з третіми особами, якщо такі дії можуть вплинути на бізнес; 4. обов'язок франчайзера надавати рекламне сприяння франчайзі згідно маркетинговому плану франчайзера. Другу групу становлять «контролюючі права франчайзера» за діяльністю франчайзі. До контролюючих прав франчайзера за цим законом можна віднести: 1. право франчайзера перевіряти якість товарів і послуг, які франчайзі пропонує споживачам за договором франчайзингу; 2. право франчайзера перевіряти і змінювати зареєстровані і незареєстровані товарні марки, використання ноу-хау, відповідність якості обслуговування клієнтів; 3. право франчайзера вимагати у франчайзі дотримання фінансової дисципліни (своєчасна оплата рахунків); 4. право франчайзера визначати розташування рекламних матеріалів у торговому залі та робити розпорядження для кращого експонування товарних марок у місцях продажу франчайзі. 5. право встановлювати кваліфікаційні вимоги для торгового персоналу франчайзі, а також систему навчання і атестації для оцінювання торгового персоналу.

Права та обов'язки франчайзі, які визначені Зобов'язально-правовим законом Естонії можна поділити на три групи. Перша група визначає обов'язки франчайзі,

зокрема, франчайзі зобов'язаний: 1. використовувати у своїй діяльності ділову ідентифікацію франчайзера; 2. забезпечувати відповідність якості товарів або послуг, які франчайзі надає споживачам на рівні якості франчайзера; 3. виконувати вказівки франчайзера, які направленні на використання наданих франчайзером прав на тих же підставах і тими ж способами, що й у франчайзера; 4. надавати клієнтам усі додаткові послуги, на які клієнти могли б розраховувати при придбанні товару або замовленні послуг у франчайзера. 5. забезпечувати фінансовий стан, який дозволяв би виконувати обов'язки за договором, зокрема наявність достатнього оборотного капіталу; 6. здійснювати свою діяльність відповідно до чинного законодавства. Друга група стосується прав франчайзі: 1. франчайзі має право застосовувати ноу-хау і систему, а також отримувати всесторонню допомогу в організації бізнесу і використовувати в своїй діяльності торгові марки і інші символи, ознаки, пізнавальні знаки і плани. 2. франчайзі має право робити франчайзеру пропозиції щодо поліпшення організації реклами і торгової діяльності. 3. франчайзі має право пройти навчання у франчайзера. Третя група передбачає обмеження прав франчайзі: 1. франчайзі не має права змінювати оформлення або розташування встановлених франчайзером торгових марок і пов'язаних з ними рекламних матеріалів без згоди франчайзера. 2. франчайзі не має права експонувати або продавати вироби, що конкурують з торговими знаками без письмової згоди франчайзера.

Звичайно, зміст договорів франчайзингу має конфіденційний характер і сторони за договором не мають права передавати цю інформацію третім особам.

Дослідивши права та обов'язки сторін у договорі франчайзингу, можна констатувати, що взаємини франчайзера та франчайзі повинні базуватися на двох принципах: принципі добросовісності та принципі справедливості.

Закон визначає порядок укладення і зміст попереднього договору. Попередній договір повинен відображати той самий формат, що й основний і бути укладений у тій же формі, що й основний договір франчайзингу. Укладення попереднього договору є чудовою гарантією того, що сторони будуть знати наперед основні ключові правила подальшої співпраці, яка детальніше буде реалізована у договорі франчайзингу.

Підсумовуючи дослідження законодавства у сфері франчайзингу в Естонії, можна з упевненістю сказати, що естонський законодавець досить обережно з урахуванням специфіки ринкової економіки врегульовує франчайзингові відносини, закріплюючи на законодавчому рівні лише ключові положення, залишаючи достатньо простору сторонам для укладення франчайзингових договорів, які б могли адекватно відобразити ті відносини, що складаються між франчайзером та франчайзі в кожному конкретному випадку.

Використані джерела:

1. *О защите промышленных образцов: Закон Эстонии // ПАЭ, 1998, 3/4, 1466.*
2. *О полезных моделях: Закон Эстонии // ПАЭ, 1994, 34-36, 407.*
3. *Коммерческий кодекс Эстонии. [Электронный ресурс] Режим доступа: http//estlex.info/eas_vk/950507.htm*
4. *Патентный закон Эстонии // ПАЭ, 1994, 34-36, 406.*
5. *Autoriõiguse seadus Vastu võetud 11. 11. 1992., jõustunud 12. 12. 1992. a seadusega // RT 1992, 49, 615.*
6. *Tööstusomandi Õiguskorralduse aluste seadus Vastu võetud 28. 01. 2003. a, jõustub 1. 05. 2004. a seadusega // RT I 2003, 18, 98.*
7. *Trade Marks Act Passed 22 May 2002 (RT1 I 2002, 49, 308). [Электронный ресурс] Режим доступа: www.cipr.org/legal_reference/countries/estonia/Estonia_TM_ENG.pdf*
8. *Võlaõigusseadus, Vastu võetud 26. 09. 2001., jõustunud 1. 07. 2002. a seadusega // RT I 2001, 81, 487.*

І. С. Лукасевич-Крутник
аспірант Львівського національного університету імені Івана Франка,
Львів, Україна

СФЕРА ЗАСТОСУВАННЯ ДОГОВОРУ ПІДРЯДУ НА ПРОВЕДЕННЯ ПРОЕКТНИХ ТА ПОШУКОВИХ РОБІТ

Цивільний кодекс України від 16.01.2003р. законодавчо визначив місце договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт в системі цивільно-правових договорів, присвятивши його регулюванню § 4 Глави 61. Проте норми цього кодексу не дають вичерпної відповіді на всі запитання, які ставляться практикою щодо зазначеного договору. Одним із таких запитань є невизначеність сфери застосування договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт. В сучасних умовах, коли кількість таких договорів зростає, воно набуває актуального значення.

Для визначення сфери застосування договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт необхідно з'ясувати, в яких сферах людської діяльності він укладається.

У Великому тлумачному словнику української мови під проектом розуміють: 1. Сукупність документів (розрахунків, креслень, макетів тощо), необхідних для зведення споруд, виготовлення машин, приладів і т. ін. 2. Попередній текст якого-небудь документа, що виноситься на обговорення, затвердження. // Щось незакінчене, намічене лише в загальних рисах (про літературний твір, лист, доповідь і т. ін.); начерк. 3. Задуманий план дій; задум, намір [3, с. 290].

Таке широке використання терміну «проект» породжує неоднозначне вирішення питання сфери застосування договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт. Усі висловлені з цього приводу в юридичній літературі точки зору можна звести до двох. Суть першої полягає у тому, що норми про цей договір відображають специфіку проектних та пошукових робіт незалежно від сфери, в якій вони виконуються. Тому положення цього договірного інституту потрібно застосовувати до будь-яких зобов'язань, які передбачають виконання пошукових робіт та розроблення технічної документації. А договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт в сфері будівництва може розглядатись лише як різновид договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт [9, с. 384-385]. Більше прихильників знайшла друга точка зору. Її зміст відображається у тому, що в цивільному праві під «проектом» завжди розумілась технічна документація, створена саме для будівництва [2, с. 152; 7, с. 3]. Коли мова йде про договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт, в юридичній літературі під «проектом» розуміють комплекс технічної документації, яка містить техніко-економічне обґрунтування, креслення, пояснювальні записки та інші матеріали, необхідні для здійснення будівництва чи реконструкції підприємств, будівель, споруд [8, с. 126; 1, с. 34; 10, с. 140]. Хоча визначення цього договору не згадує про сферу застосування, редакція окремих статей відповідного параграфу Цивільного кодексу дає можливість встановити, що мова йде саме про проектування в будівництві [4, с. 234]. Те саме стосується пошукових робіт [2, с. 152].

Спробуємо вирішити дану дискусію, опираючись на чинне законодавство України. Визначення проекту міститься у ст. 1 Закону України «Про архітектурну діяльність» від 20.05.1999р., який розуміє під ним документацію для будівництва (курсив автора) об'єктів архітектури, що складається з креслень, графічних і текстових матеріалів, інженерних та кошторисних розрахунків, які визначають містобудівні, об'ємно-планувальні, архітектурні, конструктивні, технічні і технологічні рішення, вартісні показники конкретного об'єкта архітектури. Постановою Кабінету Міністрів України від 1.06.2005р. «Про затвердження Загальних умов укладення та виконання

договорів підряду в капітальному будівництві» проектні роботи віднесено поряд з будівельними, монтажними та пусконалагоджувальними до робіт, пов'язаних з будівництвом об'єкта (курсив автора).

В статтях 888 — 891 Цивільного кодексу України мова йде про проектно-кошторисну документацію. Про проектно-кошторисну документацію згадується і в визначенні договору будівельного підряду, де зазначається, що замовник зобов'язується передати підрядникові проектно-кошторисну документацію, якщо цей обов'язок не покладається на підрядника (ст. 875 ЦК України). Зазначене положення свідчить, що проектно-кошторисна документація, яка розробляється за договором підряду на проведення проектних робіт, необхідна саме для проведення будівництва чи інших будівельних робіт. Крім того, в ч. 1 ст. 891 ЦК України зазначається, що підрядник відповідає за недоліки проектно-кошторисної документації та пошукових робіт, виявлені згодом у ході будівництва (курсив автора), а також експлуатації об'єкта, створеного на основі виконаної проектно-кошторисної документації і результатів пошукових робіт. Це і визначає сферу застосування названого договору.

Аналогічно вирішується питання сфери застосування договору на виконання пошукових робіт. Останні передбачають здійснення комплексу технічних та економічних досліджень району будівництва, що дозволяє обґрунтувати його доцільність і місце знаходження, зібрати необхідні дані для проектування [6, с. 635].

Про застосування договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт саме для будівництва свідчить і те, що відповідно до п. 30 ст. 9 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» від 1.06.2000р. проектні та вишукувальні роботи для будівництва віднесено до будівельної діяльності.

Зазначений вище аналіз чинного законодавства України свідчить на користь того, що сферою застосування договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт є виконання таких робіт саме для будівництва. І норми § 4 Глави 61 Цивільного кодексу України потрібно застосовувати при укладенні саме таких договорів. А при проектуванні (розробленні) нових виробів та конструкторської документації на них потрібно керуватись положеннями Глави 62 ЦК України — Виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт.

З метою уникнення подальших дискусій та враховуючи наведені вище зауваження, пропонуємо змінити назву § 4 Глави 61 Цивільного кодексу України «Проектні та пошукові роботи» на «Пошукові та (або) проектні роботи для будівництва». (Обґрунтування необхідності зміни назви § 4 Глави 61 Цивільного кодексу України із «Проектні та пошукові роботи» на «Пошукові та (або) проектні роботи» див. [5, с. 207-209] — прим. автора) .

Використані джерела:

1. *Басин Ю. Г. Проект. Строительство. Закон. — М.: «Юрид. лит.», 1978. — 152 с.*
2. *Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. — М.: Статут, 2005. — 1055 с.*
3. *Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. — К.: Ірпінь: ВТФ «Перун», 2002. — 1440 с.*
4. *Гражданское право. Т. 2 / Под ред. Е. А. Суханова. М.: БЕК, 1993.*
5. *Лукашевич-Крутник І. С. Поняття договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт за законодавством України // Молодь у юридичній науці: Збірник тез Міжнародної наукової конференції молодих учених «П'яті осінні юридичні читання» (27–28.10.2006р., м. Хмельницький): У 5-ти частинах. Частина третя: «Цивільне право. Сімейне право. Міжнародне приватне право». Підтом 1. — Хмельницький: Видавництво ХУУП, 2006. — 223 с.*
6. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / За ред. В. М. Коссака. — К.: Істина, 2004. — 976 с.*
7. *Панфілов Е. А. Гражданско-правовое регулирование деятельности государственных проектных организаций. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. — Свердловск, 1964. — 24 с.*

8. *Правовое регулирование капитального строительства в СССР. Отв. ред. проф. О. Н. Садиков. — М.: «Юрид. лит.», 1972. — 296 с.*
9. *Романец Ю. В. Система договоров в гражданском праве России. — М.: Юристъ, 2004. — 496 с.*
10. *Экономика строительства. Под ред. проф. Ионаса Б. Я. — М.: «Высшая школа», 1973. — 336 с.*

А. С. Макаренко
асистент кафедри господарського та цивільного права
Макіївського економіко-гуманітарного інституту,
Макіївка, Україна

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ АВТОМОБІЛЬНОГО ПЕРЕВІЗНИКА ЗА ПОРУШЕННЯ СТРОКІВ ДОСТАВКИ ВАНТАЖІВ

Оперативність, своєчасність доставки вантажу в господарській діяльності організацій може грати істотну роль в їх економічній діяльності. Зривання доставки вантажу може перервати цілу ланку економічних відносин, поставити під загрозу укладення правочину, або ж можу бути підставою для притягнення отримувача вантажу до відповідальності перед третіми особами (наприклад, покупцями за договором поставки, або клієнтами-споживачами).

Актуальність питання відповідальності перевізника за порушення термінів доставки вантажів підтверджується відсутністю в господарському законодавстві норм, що безпосередньо регулюють терміни перевезення і відповідальність перевізника за їх порушення. Саме тому виникають питання про можливу колізію норм господарського і транспортного законодавства і шляхи її подолання.

Відповідно до ст. 307 Господарського кодексу України за договором перевезення вантажу одна сторона (перевізник) зобов'язується доставити ввірений їй другою стороною (вантажовідправником) вантаж до пункту призначення у встановлений законодавством або договором термін і видати його уповноваженій на отримання вантажу особі (вантажоотримувачеві), а вантажоотримувач зобов'язується сплатити за перевезення вантажу встановлену плату [1]. Відповідно до ст. 50 Закону України «Про автомобільний транспорт» термін перевезення є істотною умовою договору про перевезення вантажу автомобільним транспортом [2].

Звернемося до регулюванню термінів доставки вантажів у господарському законодавстві. Відповідно до ст. 313 Господарського кодексу України перевізник зобов'язаний доставити вантаж до пункту призначення у термін, передбачений транспортними кодексами, статутами або правилами. Якщо термін доставки вантажів у вказаному порядку не встановлений, сторони мають право встановити цей термін в договорі [1].

Дещо інакше визначає термін доставки вантажу ст. 919 Цивільного кодексу України, згідно з якою перевізник зобов'язаний доставити вантаж ... до пункту призначення у строк, встановлений договором, якщо інший строк не встановлений транспортними кодексами (статутами), іншими нормативно-правовими актами та правилами, що видаються відповідно до них, а в разі відсутності таких строків — у розумний строк [5].

Звернемося до автотранспортного законодавства. Відповідно до Статуту автомобільного транспорту УРСР, затвердженого постановою Ради Міністрів Української РСР від 27 червня 1969 року № 401 (далі за текстом САТ) автотранспортні підприємства і організації зобов'язані здійснювати доставку вантажів у міжміському

сполученні в установлені строки. Строки доставки вантажів при міжміських перевезеннях і порядок їх обчислення встановлюються правилами (ст. 69 САТ) [4]. Щодо інших видів перевезень закріплений лише загальний принцип: автотранспортні підприємства і організації зобов'язані перевозити вантажі по найкоротшому маршруту, відкритому для руху автомобільного транспорту, а в регулярному міжміському сполученні, за винятком випадків, коли за шляховими умовами більш раціональним є перевезення з збільшенням пробігу (ст. 70 САТ) [4]. Правила перевезення вантажів автомобільним транспортом в Україні (надалі — Правила перевезення вантажів автотранспортом), затверджені наказом Міністерства транспорту України від 14.10.97 р. № 363 [3], взагалі не містять строків доставки вантажів.

Таким чином, чинне господарське, цивільне та транспортне законодавство України лише містить констатацію обов'язку перевізника доставити вантажі у встановлені строки, відсилаючи щодо самих строків або до умов договорів, або до розумних термінів.

Тепер звернемося до відповідальності перевізника за прострочення доставки вантажу. Згідно зі ст. 313 Господарського кодексу України, перевізник звільняється від відповідальності за прострочення в доставці вантажу, якщо прострочення сталося не з його вини [1]. Таким чином, Господарським кодексом закріплено презумпцію вини перевізника і на останнього покладається обов'язок доказування її відсутності. Загальний принцип відшкодування збитків у разі прострочення доставки вантажу передбачений ст. 923 Цивільного кодексу України [5]. Ст. 313 Господарського кодексу не містить встановленого розміру санкцій за прострочення доставки вантажів, а містить відсильну норму, згідно з якою розмір штрафів, що стягуються з перевізників за прострочення доставки вантажів, визначається відповідно до закону [1].

У свою чергу ст. 138 САТ передбачає стягнення з автотранспортних підприємств або організацій штрафу за прострочку в доставці вантажу при міжміських перевезеннях у розмірі 12 процентів провізної плати за кожну добу прострочки, якщо ті не доведуть, що прострочка сталася не з їх вини. Загальна сума штрафу за прострочку в доставці не може перевищувати 60 процентів провізної плати [4]. Виглядає дивною відсутність відповідальності перевізника за прострочення доставки вантажів підчас міських та приміських перевезень. На цей час такої прогалини у нормативному регулюванні можна позбутися лише шляхом включення положень про відповідальність перевізника до договорів перевезення.

Таким чином, з метою вдосконалення законодавства, що регулює строки доставки вантажу автомобільним транспортом, доцільно включити до Правил перевезення вантажів автотранспортом нормативні строки доставки вантажу, виходячи з виду вантажного перевезення та відстані, на яку такі перевезення здійснюються. Питання ж щодо відповідальності перевізника за порушення строків доставки вантажу підчас міських та приміських перевезень необхідно однозначно вирішити шляхом законодавчого закріплення такої відповідальності у господарському законодавстві.

Використані джерела:

1. Господарський кодекс України // Офіційний вісник України. — 2003. — № 11 (28.03.2003). — Ст. 462.

2. Про автомобільний транспорт: Закон України від 05.04.2001 № 2344-III ВР // Офіційний вісник України. — 2001. — № 17 (11.05.2001). — Ст. 719.

3. Правила перевезення вантажів автомобільним транспортом в Україні, затверджені наказом Міністерства транспорту України від 14.10.1997 р. № 363 // Офіційний вісник України. — 1998. — № 8 (12.03.98). — Ст.312.

4. Статут автомобільного транспорту УРСР, затверджений Постановою Ради Міністрів УРСР від 27.06.1969 № 401 // ЗП УРСР. — 1969. — № 7. — Ст. 88.

5. Цивільний кодекс України // Офіційний вісник України. — 2003. — № 11 (28.03.2003). — Ст. 461.

К. О. Маслова-Юрченко
аспірантка Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, Харків, Україна

ДОГОВІР АНДЕРРАЙТИНГУ ЯК НОВЕЛА ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Торговці цінними паперами на фондовому ринку України вже протягом достатньо тривалого часу займаються діяльністю з андеррайтингу, однак вітчизняні цивілісти по суті досі не розробляли пов'язану з ним теоретичну проблематику на монографічному чи дисертаційному рівні. Разом із тим, останнім часом законодавство нашої держави зазнало істотних змін, які актуалізували дослідження відповідного цивільно-правового договору, адже проблемні питання, пов'язані з розглядуваною діяльністю, є дискусійними й заслуговують на особливу увагу з боку фахівців та законодавця.

Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок» [1, с. 268], прийнятий Верховною Радою України 23 лютого 2006 р. (далі — ЗЦПФР), закріпив поняття андеррайтингу, що стало довгоочікуваною новелою вітчизняного законодавства. Зупинимося на основних положеннях вказаного закону, що присвячені діяльності з андеррайтингу.

Відповідно до ст. 17 ЗЦПФР андеррайтинг включається до професійної діяльності з торгівлі цінними паперами на фондовому ринку й визначається як розміщення (підписка, продаж) цінних паперів торговцями цінними паперами. Зі змісту цієї статті випливає, що суб'єктами діяльності з андеррайтингу можуть бути господарські товариства, для яких операції з цінними паперами є виключним видом діяльності, а також банки.

Стосовно торговців цінними паперами, які можуть провадити діяльність з андеррайтингу, ЗЦПФР встановлює спеціальні вимоги. Розмір статутного капіталу такого торговця цінними паперами повинен становити не менш як 600 тисяч гривень, причому він має бути сплачений грошима. Разом із тим відмітимо, що мінімальний розмір статутного капіталу торговця цінними паперами для провадження ним дилерської діяльності встановлено на рівні 120 тисяч гривень, а для провадження брокерської діяльності та діяльності з управління цінними паперами — 300 тисяч гривень. Згідно з тією обставиною, що законодавством встановлені особливі вимоги до андеррайтера, можно дійти висновку про спеціальний суб'єктний склад договору андеррайтингу, а відповідно й про специфічну сферу його застосування.

В договорі андеррайтингу беруть участь дві сторони: андеррайтер та емітент. Доктринальне визначення договору андеррайтингу можна дати таким чином: «За договором андеррайтингу одна сторона (андеррайтер) зобов'язується шляхом підписки або продажу розмістити цінні папери другої сторони (емітента) за дорученням, від імені та за рахунок емітента.»

Що стосується місця договору андеррайтингу в системі цивільно-правових договорів, то його слід розглядати (беручи до уваги дихотомічний спосіб класифікації договорів [2, с. 383-384]) як консенсуальний, відплатний і двосторонній договір. Консенсуальний характер договору обумовлює необхідність досягнення сторонами згоди з усіх істотних його умов для того, щоб договір вважався укладеним. Відплатним цей договір слід вважати тому, що обов'язку андеррайтера здійснити певні юридичні й навіть фактичні дії на виконання доручення емітента кореспондує обов'язок емітента надати певне благо в оплату за договором. Оскільки між сторонами цього договору існує особливий зв'язок, який знаходить свій вияв в їх взаємних правах та обов'язках, договір андеррайтингу є двостороннім.

Нарешті, договір андеррайтингу слід відносити до фідуціарних договорів, тому що характер відносин між його сторонами є особливо довірчим. Відповідно сторонам

(андеррайтеру та емітенту) має бути надана правова можливість відмовитися від договору в односторонньому порядку, що тягне за собою його припинення.

Зі змісту ч. 6 ст. 17 ЗЦПФР випливає, що андеррайтер зобов'язаний виконувати доручення на найвигідніших для емітента умовах, а у випадках, коли андеррайтером, окрім договору андеррайтингу, укладені договори за власний рахунок (наприклад, договори комісії чи управління майном), виконання договору андеррайтингу є пріоритетним.

Як бачимо, слід враховувати те, що ЗЦПФР неодноразово підкреслює особливий статус розглядуваної діяльності. Відповідно є підстави вважати, що увага, приділена законодавцем відносинам з андеррайтингу, свідчить про їх важливість для подальшого еволюціонування фондового ринку. У зв'язку з безспірною актуальністю питання необхідно провести всебічний теоретико-функціональний аналіз договірних відносин, що ґрунтуються на діяльності з андеррайтингу.

Тому на сьогоднішній день надзвичайно важливою є праця науковців-цивілістів, метою якої є розробка пов'язаної з андеррайтингом проблематики. На увагу заслуговують питання про сферу застосування договору андеррайтингу, його предмет, місце в системі цивільно-правових договорів, права, обов'язки й відповідальність сторін за ним та інші питання, які не отримали належного детального висвітлення ані в законодавстві, ані в науковій літературі. Але насамперед треба вирішити, як слід розглядати договір андеррайтингу, чи є це самостійний цивільно-правовий договір або різновид певного договірного типу [3, с. 37-38].

Таким чином, маємо підкреслити, що андеррайтинг як новела вітчизняного законодавства досі потребує професійного дослідження фахівцями, які стикаються з окресленим колом проблем у практичній діяльності або займаються їх теоретичним вивченням. Рекомендації цих спеціалістів допоможуть правильно оцінити нещодавні зміни в законодавстві України та можуть стати надійною основою для його подальшого вдосконалення.

Використані джерела:

1. Відомості Верховної Ради (ВВР). — 2006. — № 31. — Ст. 268.
2. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. — М.: Статут, 1999.
3. Иоффе О. С. Обязательственное право. — М.: Юрид.лит., 1975.

А. А. Мірзоян
здобувач відділу проблем цивільного, трудового і підприємницького права
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України,
Київ, Україна

ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ МАРКЕТИНГОВИХ ПОСЛУГ

Із розвитком економічних процесів та орієнтування економічного вектору в напрямку Світової організації торгівлі виникає необхідність у переосмисленні законів ринкової економіки та кваліфікованої допомоги суб'єктам господарювання у здійсненні їх діяльності із застосуванням ефективних способів конкуренції.

Це призводить до еволюції зобов'язальних відносин, що зумовлює виникнення нових, раніше невідомих радянському праву, договірних конструкцій. Важливе місце в класифікації договорів про надання послуг займають договори про надання послуг виробничої інфраструктури при цьому, як зазначав О.А. Красавчиков, слід виходити з

«об'єктивних критеріїв, взятих із самої реальної дійсності»[13, 25], а також послуги соціальної інфраструктури і послуг інфраструктури ринку.

Варто відмітити, що диференціація цих послуг здійснюється з врахуванням тих реальних соціально–економічних зон, на які простирається сфера їхньої дії. Якщо послуги соціальної інфраструктури як категорії цивільного права дещо досліджені, то послуги виробничої інфраструктури мають потребу у своєму переосмисленні в зв'язку з докорінним реформуванням основ економічного ладу. Що ж стосується послуг інфраструктури ринку, то формування цивільно–правового регулювання цієї сфери відносин відбувалося особливо активно в останнє десятиліття, оскільки систематика послуг, що входять у цей блок, також актуальна.

Звертаючи увагу на групу послуг, що забезпечують розподіл і просування товару на ринок, варто зупинитися на нових послугах, що забезпечує функції розподілу і просування товару [16], що поки ще не мають гідного місця в системі цивільного права і цивільного законодавства.

Особливу роль на стадії розподілу і просування товару відіграють маркетингові послуги. У цивільному законодавстві відсутнє легальне визначення «маркетингові послуги». Про них згадується лише той факт, що вони, відповідно до законів України «Про інноваційну діяльність» «Про пріоритетні напрями інноваційної діяльності в Україні» відносяться до інноваційної діяльності, тобто до діяльності, що спрямована на використання і комерціалізацію результатів наукових досліджень та розробок і зумовлює випуск на ринок нових конкурентоздатних товарів і послуг. Тим часом маркетингові послуги наполегливо входять у цивільний оборот і вимагають свого регулювання.

Маркетинг за своєю природою є специфічним видом діяльності, що дозволяє компанії заздалегідь бути упевненою в необхідності її продукції покупцю. Маркетинг розглядається ще і як управлінська концепція, який повинна охоплювати діяльність усіх без винятку підрозділів компанії [15, 122]. Часто поняття «маркетингові послуги» вживають як тотожне поняттю «інформаційні послуги». Очевидно, при розмежуванні цих послуг варто виходити з розуміння того, що таке маркетинг (легального поняття, якого немає) і що таке інформація.

Ст. 177 Цивільного кодексу України визначає інформацію об'єктом цивільних прав. Якщо виходити з дефініції, яка закріплена в Законі України «Про інформацію», то під інформацією слід розуміти документовані або публічно оголошені відомості про події та явища, що відбуваються у суспільстві, державі та навколишньому природному середовищі. Інформація є самостійним об'єктом цивільних прав, при цьому особливе значення має «машинна інформація, що циркулює в обчислювальному середовищі, зафіксована на фізичному носії у формі, доступній сприйняттю ЕОМ, чи передається по телекомунікаційних каналах» [9, 40]. У юридичній літературі розкриваються ознаки інформації як об'єкта цивільних прав: нематеріальне і неспоживне благо, піддане лише моральному, а не фізичному зносу; не обмежене в можливостях тиражування [5, 226].

Якщо ж розмежовувати поняття інформаційної послуги і інформації, то слід відмітити, що інформація є самостійним об'єктом правовідносини в охоронному правовідношенні по захисту комерційної інформації. У зобов'язальному правовідношенні про передачу конкретної інформації об'єктом також є інформація. Інформаційна ж послуга — це такий спосіб задоволення потреб замовника, що припускає не просто передачу інформації клієнту, а здійснення координованої із замовником діяльності, наприклад, по збору, пошуку, переробці, поширенню, систематизації, порядку використання інформації, тобто інформація тут виступає як результат.

Нерідко інформаційні послуги супроводжуються послугами консультування, навчання замовників, носять системний тривалий характер. З цієї причини варто розрізняти зобов'язання по передачі інформації і зобов'язання про надання

інформаційних послуг, хоча цільова спрямованість цих зобов'язань є схожою: доведення до відома замовника своєчасної, точної, достовірної інформації.

Маркетингові послуги — поняття більш об'ємне і не співпадає з поняттям «інформаційних послуг», адже за допомогою маркетингових послуг задовольняються інші потреби замовника. Якщо виходити з того, що маркетингова філософія орієнтована на задоволення потреб, то і стратегія перспективного розвитку компанії пов'язується з тим, чи буде зроблений конкурентноздатний товар, що задовольняє потреби споживачів. Маркетингові послуги — це не просто діяльність по збору передачі інформації, це дуже специфічна, творча діяльність, що охоплюється поняттям «маркетингові дослідження», які характеризуються добре розробленим науковим інструментарієм [4]. Трактування маркетингових послуг як послуг, спрямованих на пошук потенційних контрагентів, викликає заперечення, не відповідає специфіці маркетингових послуг і в пропонованому трактуванні збігається з маклерськими послугами.

У цивілістиці мали місце спроби з'ясування цивільно–правових форм регулювання відносин, пов'язаних із проведенням маркетингових досліджень, висловлювалася думка, що зобов'язання, які опосередковують дані відносини, відносяться до зобов'язань підрядного типу і мають особливий предмет — маркетингову інформацію (нематеріальний об'єкт), зафіксовану на матеріальному носії.

Слід також вказати і на характерні риси маркетингової послуги як об'єкта цивільних прав, які, на наш погляд, не дозволяють застосовувати до подібних відносин модель підрядного договору. Маркетингові послуги — це спосіб задоволення потреб господарюючого суб'єкта, що дозволяє, використовуючи прикладні рекомендації маркетологів, забезпечувати розробку, просування, поширення товарів кінцевому споживачу, потреби якого задовольняються за допомогою товару. Тільки за допомогою задоволення потреб споживачів господарюючий суб'єкт, може задовольнити і свій власний економічний інтерес.

Якщо предметом договору підряду завжди є результат як такий, притому неодмінно матеріальний [3,203], то в договорі про надання маркетингових послуг предметом є також результат, але результат іншої властивості — нематеріальний, котрий дозволяє замовнику правильно формувати і реалізовувати свою маркетингову стратегію заради тих кінцевих цілей, про які мова йшла вище.

На наш погляд, маркетингові послуги у своєму творчому, дослідницькому началі більш близькі до науково–дослідних або дослідно–конструкторських та технологічних робіт, займаючи за своїм правовим режимом проміжне положення між договором про надання послуг і договором на виконання науково–дослідних або дослідно–конструкторських та технологічних робіт.

Ця обставина вимагає більш глибокого осмислення правової регламентації результатів послуг, гарантій, що бере на себе виконавець по досягненню такого результату й інших питань.

В цілому, підсумовуючи викладене про інформаційні і маркетингові послуги, можна помітити, що правові форми передачі інформації, цивільно–правові форми інформаційних послуг мають потребу у своєму вдосконаленні. Оскільки цей спектр відносин тісно пов'язаний з життєвими інтересами особи (і її немайновими правами), суспільства в цілому. Ця проблема підсилюється тим, що інформація циркулює у комп'ютерному середовищі. В побут входить термін «комп'ютерна етика». Найближчим часом і юристам доведеться осмислити юридичні аспекти такої проблеми, як збереження в інформаційних ресурсах детального досьє про осіб, які уклали правочин; правомірність збору подібної інформації з метою її вільного продажу; використання бази даних комп'ютера для виявлення передбачуваних банкрутів тощо. Саме тому у своїх подальших наукових розвідках ми маємо на меті дослідити

можливість юридичного закріплення таких видів договорів у системі договорів про надання послуг.

Використані джерела:

1. *Акофф Р. Планирование в больших экономических системах. — М., 1972. — 224 с.*
2. *Аминов В.А. Консалтинг и право // http.www.i2r.ru/static/329*
3. *Брагинский М.И. Договор подряда и подобные ему договоры. — М., 1999. — 254 с.*
4. *Голубков Е. П., Голубкова Е. Н, Секерин В.Д. Маркетинг: выбор лучшего решения.: Экономика — М., 1993. — С. 7-11*
5. *Гражданское право: Учебник: В 3 т. Т. 1 / Н. Д. Егоров, И. В. Елисеев, А. А. Иванов и др. / Отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. — М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. — 776 с.*
6. *Гражданское право. Учебник для вузов. Часть первая / Н.Г. Валиева, Б.М. Гонгало, Ю.Е. Добрынин и др. / Под общей ред. Т.И. Илларионовой, Б.М. Гонгало, В.А. Плетнёва. — М.: Норма-Инфра-М, 1998. — 464 с.*
7. *Дернбург Г. Пандекты. Обязательственное право. — М., 1904. — Т.3. — 490 с.*
8. *Завидов Б.Д. Договоры посреднических услуг. — М., 1997. — 96 с.*
9. *Карась И.З. Экономический и правовой режим информационных ресурсов/ Под ред. Е.А. Суханова. — М., 1990. — С. 40-59.*
10. *Кондратьев В. Законы об акционерных обществах. Проблемы совершенствования // Хозяйство и право. — 1999. — №10. — С. 66–70.*
11. *Контрактное право. Мировая практика. Сделки: Собрание документов: В 3 т. / Под ред. Г.В. Петровой. — М., 1992. — Т.1. — 397 с.*
12. *Котлер Ф. Маркетинг. Менеджмент. — СПб., 1998. — 896 с.*
13. *Красавчиков О.А. Сфера обслуживания: гражданско–правовой аспект // Гражданское право и сфера обслуживания: Сб. науч. тр. — Свердловск, 1984. — С. 5-29*
14. *Международные экономические отношения: Учебник / Под общ. ред. В.Е. Рыбалкина. — М, 1998. — 368 с.*
15. *Пичурин И.И. Социалистические тенденции в экономике социалистических стран. — Екатеринбург, 1994. — 320 с.*
16. *Попов Е. В. Вопросы теории маркетинга // Проблемы маркетинговой деятельности предприятий. Препринт. — Екатеринбург: Институт экономики УрО РАН, 1999. — С.4–21.*
17. *Пустозёрова В.М. Посредники. Договоры и споры. — М., 1998. — 96 с.*
18. *Робсон М., Уллах Ф. Практическое руководство по реинжинирингу бизнес процессов / Пер. с англ, под ред. Н.Д. Эриашвили. — М.: Аудит, ЮНИТИ, 1997. — 224 с.*
19. *Мейер Д.И. Русское гражданское право (по изданию 1902 г.): В 2-х ч.: Ч. 1. — М.: Статут, 1997. — 290 с.*
20. *Словарь иностранных слов и выражений / Авт.–сост. Е.С. Зенович. — М., 1998. — 608 с.*

А. Л. Місінкевич

студентка Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПРАВОВА ОЦІНКА ІНСТИТУТУ СПАДКУВАННЯ В УКРАЇНІ ТА РОЗВИНУТИХ КРАЇНАХ СВІТУ

Вагоме місце в законодавстві різних країн займає спадкове право. У нашій державі воно не оновлювалося практично сорок років. Із проголошенням незалежності України в законодавство були внесені істотні зміни і доповнення, деталізований механізм переходу і перерозподілу спадщини, внаслідок чого вітчизняні нормативно — правові акти стали не лише відповідати реаліям дня, а й правовим нормам економічно розвинутих країн.

Поява нових за змістом новел вимагає не лише їх вивчення та осмислення, а й зумовлює необхідність подальшого прогнозування необхідних змін у законодавстві, що дозволить підвищити ефективність правових гарантій права на спадщину. У статті передбачається зробити порівняльний аналіз вітчизняного спадкового законодавства із законодавством розвинутих країн.

За українським законодавством до спадкоємців відносить: дітей спадкоємця, подружжя, яке пережило, батьків, братів та сестер, бабу, діда, дядька, тітку, членів сім'ї спадкодавця, родичів до шостого ступеня та утриманців спадкодавця.

Спадкоємці кожної наступної черги спадкують майно при відсутності спадкоємців попередньої черги. Друга черга закликається до спадщини, за відсутності спадкоємців першої, третя — за відсутності другої і так далі. У межах однієї і тієї ж черги спадкоємці спадкують майно померлого в рівних частках

Якщо спадкування за правом представництва здійснюється кількома особами, частка їхнього померлого родича ділиться між ними порівну. При спадкуванні за прямою низхідною лінією право представлення діє без обмеження ступеня споріднення [7, ст. 1266]. Спадкування за правом представництва відрізняється від прямого спадкування тим, що спадкування здійснюється лише відносно тієї частки, яка б належала померлому родичу. Це положення можна продемонструвати на прикладі, коли після смерті громадянина К. залишилося двоє живих дітей, а одна його дитина померла до відкриття спадщини. Спадщина у цьому випадку ділиться на трьох, тобто по 1/3 мав отримати кожний спадкоємець. За наявності в померлої дитини трьох власних дітей, останні отримають по: 1/3 : 3 = 1/9 частині спадщини [5, с. 615].

У французькому праві означене питання вирішується наступним чином. Майно, яке перейшло до спадкодавця від батька або його родичів потрапляє до родичів батька, а майно, яке дісталося від матері або її родичів дістається родичам остатньої. Це так званий принцип «paterna paternis maternal maternis», тобто батьковим родичам по батькові, материним родичам по матері [1, с. 901]. Зазначений принцип формує дві спадщини, з яких кожна має свою долю. Уявимо собі, що після спадкодавця залишилося майно, яке дісталося йому від батька, а спадкоємці його є двоюрідні брати по батькові і двоюрідні брати по матері, в цьому випадку все майно перейде до перших, а другі нічого не успадкують. Якщо ж не можна встановити правову природу майна, то воно ділиться порівну між материнською і батьковою лінією [4, с. 52].

Спадкоємці при спадкуванні за українським законодавством однієї черги спадкують у рівних частках, за винятком спадкоємців, які спадкують за правом представлення. У цьому разі ділиться та частка спадщини, яка належить спадкодавцю, якого вони представляють. Якщо у спадщину до кількох осіб переходять неподільні речі, то кожний із спадкоємців набуває право на ту чи іншу частку. У цьому випадку, відповідно до гл. 29 ЦК України, на вказане майно поширюється правовий режим спільної часткової власності. За бажанням спадкоємці можуть здійснити поділ такого майна, виділяючи свою частку. До поділу спадщини застосовуються загальні правила цього кодексу щодо форми правочину і форми договору. Поділ спадкового майна оформлюється договором спадкоємців, а за відсутності згоди — судовим рішенням [6, ст. 1036].

Необхідно зазначити, що в цих країнах один з подружжя, який пережив іншого користується більшими правами ніж у Франції. Один з подружжя у ФРН і Швейцарії не входить до складу ні одної з парантел, але закликається до спадкування разом з родичами перших трьох парантел. Так, якщо один з подружжя, який пережив іншого закликається до спадкування у ФРН і Швейцарії разом із першою перантелою він має право на 1/4 частину майна. При спадкуванні за другою парантелою у Швейцарії отримує 1/4 частку майна, а у ФРН — 1/2, за третьою тарантелою частка майна складає 1/2 частину в обох країнах. Для швейцарського спадкового права характерне наступне: одному з подружжя дається вибір між правом власності на відповідну частину майна і

узуфруктус на майно у великому об'ємі. За його бажанням узуфрукт може перейти у по життєву ренту [2, с. 155].

За англійським законодавством, якщо у спадкодавця залишилися низхідні родичі (діти, онуки) один із подружжя, який пережив іншого має право на отримання фіксованої грошової суми, розмір якої встановлює лорд — канцлер. До прикладу, в 1975 р., такий розмір встановлювався в 15 тис. фунтів стерлінгів. Якщо спадщина становить більше ніж названа сума один з подружжя отримує у по життєве користування половину залишеного майна спадкодавця, який є вільним від боргів. Інша половина майна переходить до низхідних спадкоємців — дітей, онуків. У випадку, коли низхідні є неповнолітніми, майно яке їм назначене стає довіреною власністю на основі закону. При відсутності низхідних, на спадщину претендують батьки або брати чи сестри, один з подружжя, який пережив іншого і має право розраховувати на велику суму (вже в 40 тис. фунтів стерлінгів). Окрім цього, він набуває права власності, а не на право по життєвого користування, половиною майна спадкодавця, вільного від боргів. Друга половина переходить до батьків (на праві власності), а при їхній відсутності — до братів і сестер на праві довіреної власності [2, с. 155].

Законодавство про спадкування в США дуже подібне до англійського. Звідси і у великій кількості штатів США положення про одного з подружжя, який пережив іншого в питаннях спадкування є привілейованим. Наприклад, за законодавством штату Нью Йорк один з подружжя, який пережив іншого має право на отримання двох тисяч доларів, а також 1/3 залишеного майна (якщо є двоє і більше дітей або їх низхідних). Якщо у одного з подружжя, який пережив іншого є тільки одна дитина, то його доля збільшується до 1/2 частини майна. За умов, коли у спадкодавця взагалі немає низхідних родичів, а до спадкування закликаються його родичі, то один з подружжя, який пережив іншого отримує вже 25 тис. доларів і 1/2 долі залишеного майна. За умови, коли у спадкодавця взагалі немає спадкоємців, все спадкує один з подружжя, який пережив іншого. В інших штатах принцип розподілу спадщини залишається таким же, змінюється лише розмір долі (від 1/2 до 1/3) або фіксована доля, яка може досягати до 100 тис. доларів [3, с. 157].

Отже, у спадковому праві України і праві розвинутих країн є не тільки суттєві розбіжності, а й певні подібності. На нашу думку потрібно було б більш демократизувати інститут спадкового права через розширення правових основ одного з подружжя, що пережив іншого, а також реформування черговості у відношенні спадкування за законом родичів померлого, тобто ввести систему спадкування по низхідній лінії спорідненості, як це було ще започатковано у Стародавньому Римі.

Використані джерела:

1. Арсеньева К. К., О. О. Петрушевского. Энциклопедический словарь. — Санкт-Петербург. 1898 г. — С. 901.
2. Барщевский М. Ю. Наследственное право. — М. — 1996. — С. 155.
3. Барщевский М. Ю. Если открылось наследство. — Москва , 1989. — С. 157.
4. Бугаєвский А. А. Советское наследственное право. — Одеса. 1926. — С. 52.
5. Дзера О. В. Цивільне право України. — К.: Юрінком Інтер 2005. — С. 615.
6. Науково — практичний коментар ЦК України: / За. ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — К.:Юрінком Інтер, 2005. — 1267 ст. С.1036.
7. Цивільний кодекс України. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — С. 407. Ст. 1266.

І. В. Міщенко
старший викладач кафедри права
Національного технічного університету «Харківський політехнічний інститут»,
Харків, Україна

СОЦІАЛЬНА ОБУМОВЛЕННІСТЬ ОБМЕЖЕНЬ ПРАВА ПРИВАТНОЇ ВЛАСНОСТІ НА ЖИТЛО

Останнім часом питання обмежень права приватної власності на житло викликає чималий науковий інтерес як у вітчизняних так і зарубіжних вчених. Як слушно зауважує Є. О. Мічурін, в умовах реформування національного законодавства та його адаптації до стандартів Європейського Союзу виявлення загальних підходів до обмежень права приватної власності на житло є однією з нагальних проблем. У той же час, зазначає науковець, теоретичні аспекти в цьому контексті є малодослідженими [1, с. 25]. Це пояснюється рядом об'єктивних факторів. Зокрема в умовах адміністративно-командної системи, за визначенням О. А. Пушкіна, цивільне право було значно одержавлене та будувалося переважно на засадах, притаманних не правовому, а публічному праву [2, с. 5]. Таким чином, малодослідженність проблеми обмежень права приватної власності на житло в аспекті соціальних факторів та їх обґрунтування було викликане домінуванням глобальних державних інтересів над приватними.

Проголошення України правовою, демократичною, соціальною державою викликає необхідність втілення в життя загальноправових принципів. Такі засади сприятимуть, насамперед, розвитку дійсно правової держави та формуванню громадянського суспільства. Це зумовлюється необхідніситю охорони людини, її життя і здоров'я, честі і гідності, недоторканості і безпеки.

У той же час, життєздатність таких конституційних засад обумовлюється дієвістю законодавчих норм, спрямованих на забезпечення охорони прав та свобод громадян. Спрямування національного законодавства на загальноправові принципи вимагає формування в Україні ряду правових механізмів, які б могли забезпечити здійсенення конституційних прав та виконання обовязків субєктами цивільних правовідносин.

Підгрунтям формування таких механізмів може стати розвиток вчення про соціальну функцію права власності та її вплив на здійснення вповноваженими особами своїх майнових прав. Розивиток соціальних теорій призвів до обгрунтування соціальних передумов обмежень права приватної власності. Зокрема ще Б.Н. Чічерін зауважував, що особиста свобода громадян зазнає необхідних обмежень, внаслідок вимог закону та порядку[3, 480]. На необхідність обґрунтування обмежень права приватної власності через соціальну функцію звертають увагу сучасні вчені. Так Є.О. Мічурін слушно зауважує, що існування обмежень цивільних прав у сучасному суспільстві обумовлюється певними соціальними інтересами. Саме в цьому криються первісні передумови обмежень майнових прав осіб [1, с. 33]. Отже, здійснення права завжди зазнає певних обмежень, що відповідає засадам державотворення та функціонування громадянського суспільства. Природно, що власник зазнає певних обмежень у своєму волевиявленні, оскільки правомірність реалізації прав повинна виключати зловживання цими правами на шкоду вповноваженим особам.

Інші наковці також притримуються позиції щодо соціальної теорії, де закон примушує власників до виконання суспільної місії щодо раціонального, в інтересах всього суспільства використання власності. Метою такого спрямування державної політики є перешкоджання свавільному, «непродуктивному» поводженню власників з належним їм майном [4, с. 90]. Так Р. О. Халфіна зазначає, що істотне обмеження прав власників встановлюється у зв'язку з забудовою великих міст, застосуванням засобів з охорони навколишнього середовища тощо. Виключна, необмежена власність сьогодні,

— зауважують окремі вчені, — це скоріше теоретична схема, що викликає більше академічний інтерес, ніж реально існуючий правовий титул. Тому здійснення особами права власності повинно зазнавати певних обмежень з боку держави [5, с. 78]. У той же час, встановлення обмежень права власності державою повинно носити обґрунтований характер та сприяти здійсненню людиною гарантованих законодавством прав. Окрім того, запровадження обмежень права приватної власності на житло повинні обумовлюватися соціальними вимогами суспільства, пріоритетом прав та свобод особи та їх охороною з боку держави. Тому однією з невирішених раніше проблем зостається обґрунтування обмежень права приватної власності на житло через соціальну функцію права власності, недопущення зловживання власником своїми майновими правами. Це обумовлюється охороною прав всіх суб'єктів правовідносин, в тому числі самих власників житла та інших вповноважених осіб.

Ч. 1 ст. 319 ЦК України закріплює за власником право володіти, розпоряджатися та користуватися майном на власний розсуд. Ч. 3 ст. 15 ЗУ «Про власність» також встановлює за громадянином, який став власником житла, право розпоряджатися ним на власний розсуд: продавати, обмінювати, здавати в оренду, укладати інші угоди, не заборонені законом. В такому аспекті право власності є благом, на яке має право кожна особа. У той же час при здійсненні своїх прав та виконанні обов'язків власник зобов'язаний додержуватися моральних засад суспільства. та, насамперед, бути обґрунтованим відповідно принципу справедливості, розумності та законності. Це втілюється у Проекті Житлового кодексу України. Згідно з ст. 57 Проекту власник приватного житла зобов'язаний додержуватися вимог Правил утримання житлових будинків та прибудинкових територій, не завдавати шкоди навколишньому природному середовищу, не порушувати прав та інтересів громадян, юридичних осіб та держави. Власник приватного житла не має права використовувати його для промислового виробництва. Отже, загальні підстави обмежень права приватної власності, закладені в Конституції України, знайшли своє втілення не тільки в ЦК України, але й в проекті ЖК України, де вони розглядаються в контексті права приватної власності на житло.

Правомірність обмежень права приватної власності в громадянському суспільстві, в першу чергу, обумовлюється їх обґрунтованістю соціальними, моральними, економічними та правовими чинниками. Розроблення оптимально збалансованих критеріїв запровадження обмежень права приватної власності на житло повинно бути направлено на охорону прав самих власників та інших осіб, інтересів всього суспільства. Обмеження права приватної власності на житло, насамперед, повинно надавати можливість всім вповноваженим особам здійснювати свої права в межах, встановлених законом. Тому регулювання правовідносин повинно бути спрямоване не тільки на встановлення прав, але й на регламентування обмежень, оскільки встановлення останніх є не менш важливим етапом формування правової держави ніж закріплення прав та свобод громадян.

Отже, проведене дослідження дозволяє зробити наступні висновки.

1. В умовах становлення та розвитку демократичної та правової держави обмеження права приватної власності завжди повинні обумовлюватися соціальними чинниками. Це визначає охорону прав та законних інтересів не тільки власників, а й інших вповноважених осіб та всього суспільства. Суб'єктивне право власності не виступає необмеженим правом. Розвиток соціальних теорій призвів до обґрунтування обмежень права власності у правовій державі. При цьому підставами встановлення обмежень права приватної власності стали повноваження окремих (ніж власник) осіб та суспільний інтерес.

2. З огляду на виключне соціальне значення житла, як об'єкта цивільних правовідносин, обмеження права приватної власності на нього повинно бути обґрунтованим з точки зору охорони прав та інтересів суспільства, вповноважених осіб,

обумовлюватися соціальним призначенням житла, його особливою функцією в суспільстві. Це визначає домірність таких обмежень, та спів розмірність вимогам, закріпленим в законодавстві.

Використані джерела:

1. Мічурін Є. О. Обмеження права на житло. — К.: Академія правових наук України, НДІ Приватного права та підприємництва. — 2006. — С. 25.

2. Гражданское право Украины (Учебник для вузов системы МВД Украины): в 2-х частях. Часть 1 / А. А. Пушкин, В. М. Самойленко, Р. Б. Шишка и др.; под ред. проф. А. А. Пушкина, доц. В. М. Самойленко, — Х.: Ун-т внутр. дел., «Основа», 1996. — 440 с.

3. Чичерин Б. Н. О народном представительстве. — М. — 1899. — С. 480.

4. Гражданское и семейное право развивающихся стран / Под ред. В. К. Пучинского и В. В. Безбаха. — М. — 1989. — 226 с.

5. Халфина Р. О. Обще учение о правоотношении. –М.: Юр. лит. –1974. –340 с.

В. В. Міщук

доцент кафедри правого забезпечення діяльності водного транспорту
Київської державної академії водного транспорту
імені гетьмана Петра Конашевича-Сагайдачного,
Київ, Україна

ДОГОВІР БУКСИРУВАННЯ ПО ВНУТРІШНІМ ВОДНИМ ШЛЯХАМ: СПЕЦИФІКА УКЛАДАННЯ ТА ЙОГО ФОРМА

Серед основних транспортних зобов’язань, які безпосередньо сприяють виконанню транспортними організаціями основної транспортної функції — перевезення, деякі правознавці видаляють зобов’язання, які виникають при здійсненні операцій з буксирування.

В даний час відповідно до національного законодавства, яке регулює діяльність транспорту в Україні, наряду з присутністю буксирувальних операцій на автомобільному, повітряному і залізничному транспорті, певну специфіку мають буксирувальні операції водними шляхами, зокрема внутрішніми водними.

Зазначимо, що і Кодекс торговельного мореплавства України [1], і Статут внутрішнього водного транспорту СРСР 1955 року (далі — Статут СРСР 1955 року) [2] використовують для визначення предмета договору буксирування термін «плавучий об’єкт», тобто не тільки судно, яке буксирується, а також і пліт, баржу і інші предмети, які здатні самостійно триматись на воді.

В даному випадку нас цікавить саме форма та порядок укладання відповідно до діючого законодавства такого виду цивільно-правових договорів, як договорів буксирування на внутрішніх водних шляхах.

Необхідно зазначити, що Статут ВВТ 1955 року, який діє і в даний час, структурно включає розділ VI «Буксирування плотів і суден», що являє собою певну його особливість, так як законодавець, на відміну від Статуту ВВТ 1930 року, на перше місце в назві вказаного розділу поставив саме плоти, тим самим відмітивши, що першочергове значення буксирування плотів має саме на річці. Це відобразилось і в структурі розділу VI, в якому лише шість статей із п’ятнадцяти є загальними, тобто стосуються буксирування як плотів, так і суден, а решта — спеціальними, тобто призначаються тільки щодо відносин з буксирування плотів.

На внутрішньоводному транспорті порядок укладання і форма договору достатньо чітко регламентується імперативними нормами Статуту ВВТ 1955 року. Так,

ст. 128 Статуту закріплює, що при пред'явленні плоту або судна до буксирування його власник зобов'язаний надати пароплавству накладну, а пароплавство зобов'язане видати квитанцію. До накладної на буксирування плоту повинна бути додана специфікація, із вказівкою в ній кількості з'єднувальних одиниць, сорту, породи, розміру і кількості лісу в кубічних метрах у кожній з'єднувальній одиниці, і фактура, в якій дається повне і точне найменування такелажу, інвентарю і устаткування з вказівкою відсотка придатності, а по тросах і ланцюгах — з вказівкою діаметра і довжини кожного кінця.

На відміну від морського транспорту, оформлення правовідносин сторін з буксирування плотів і суден шляхом надання пароплавству накладної і, відповідно, видачі пароплавством квитанції про прийом буксируємого об'єкту, свідчить про те, що на внутрішньоводному транспорті договір буксирування укладається виключно в письмовій формі, що і підтверджується зазначеними транспортними документами.

Загалом погоджуючись зі змістом ст. 128 Статуту необхідно зазначити, що все ж таки в даній статті необхідно більш чітко визначити, що транспортна накладна і оформлена на її підставі квитанція підтверджують укладання договору буксирування.

Доповненням до цього повинна бути і норма, яка закріплює, що транспортну накладну і квитанцію необхідно складати відповідно до вимог правил буксирування суден, плотів чи інших плавучих об'єктів, затверджених центральним органом виконавчої влади в галузі транспорту, тобто Міністерством транспорту та зв'язку України.

Також в розділі (главі) нового кодифікованого акту на внутрішньому водному транспорті, наприклад, Статуту внутрішнього водного транспорту України, що стосується буксирування, необхідно передбачити можливість укладання сторонами довгострокових (навігаційних) договорів відповідно до ст. 914 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) [3], в якій законодавець визначив, що довгострокові договори можуть укладати між собою лише перевізник і власник (володілець) вантажу в разі необхідності здійснення систематичних перевезень. Тобто норма, що безпосередньо надає право сторонам при здійсненні систематичних буксирувань укладати довгострокові договори, при відсутності прямої вказівки на це в ЦК України, повинна міститись в новому кодифікованому акті у галузі діяльності річкового транспорту.

Зазначимо, що предмет регулювання відносин за договором перевезення вантажу і буксирування є досить схожим і, проаналізувавши процес виникнення договору буксирування як цивільно-правової категорії, стає очевидним, що він, в процесі розвитку транспорту і цивільного законодавства, виділився саме із договору перевезення вантажу. В діючому Статуті ВВТ СРСР зв'язок договору буксирування з договором перевезення вантажу відображено нормою, відповідно до якої при буксируванні плотів і суден у відповідних випадках застосовувались правила, передбачені ч. 2 ст. 126 розділ IV Статуту "Планування і організація перевезень вантажів", норми якого підлягали застосуванню до відносин, пов'язаних з буксируванням суден і плотів, однак зазначені правила стосуються лише особливостей планування і організації перевезень (буксирування) і не торкаються зобов'язань, що випливають з договору перевезення вантажу чи договору буксирування суден (плотів).

Пославшись на дану тезу, можна зробити висновок, що законодавець, не включивши в зміст ст. 914 ЦК України права сторін щодо укладання довгострокових договорів при систематичних буксируваннях, мав на увазі загальне правило щодо можливості сторін, які надають транспорті послуги, укладати довгострокові договори, в тому числі і при здійсненні буксирувальних операцій.

Одночасно в самому кодифікованому акті у галузі річкового транспорту необхідно передбачити умови, які включаються в довгостроковий договір при здійсненні систематичних буксирувань, а саме: щодо обсягу і строків буксирування,

щодо пред'явлення об'єктів для буксирування, умови безпосередньо здійснення буксирування, його оплати, порядок розрахунків, відповідальність сторін за невиконання чи неналежне виконання зобов'язань при буксируванні а також інші умови організації буксирувань. Зауважимо, що ч. 2 ст. 914 ЦК України встановлює, що в довгострокову договорі встановлюється обсяг, строки та інші умови надання транспортних засобів і передання вантажу для перевезення, порядок розрахунків, а також інші умови.

Таким чином, визначаючи особливості укладання та форми договору буксирування на внутрішніх водних шляхах України, при прийнятті сучасного кодифікованого акту в галузі внутрішньоводного транспорту, необхідно:

- визначити, що транспортна накладна і оформлена на її підставі квитанція, підтверджують укладання договору буксирування;
- закріпити можливість сторін при здійсненні систематичних буксирувань укладати довгострокові договори відповідно до вимог ЦК України, і, відповідно, їх права та обов'язки.

Використані джерела:

1. Кодекс торговельного мореплавства України // Відомості Верховної Ради. — 1995. — № 47.

2. http//www.nau.kiev.ua/cgi-bin/nauonlu.exe?sssr+107534_t+guest.

3. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV // Відомості Верховної Ради України від 03.10.2003 — 2003. — № 40.

О. В. Морозова

аспирантка Белорусского государственного университета,
Минск, Республика Беларусь

ПОНЯТИЕ ДОГОВОРА ДИСТРИБЬЮТОРСТВА

Современный гражданский оборот немыслим без посреднических операций, способствующих расширению рынков сбыта товара и повышению объемов продаж. Преимущества заключения договоров с посредниками для товаропроизводителя очевидны, поскольку посредник как профессиональный участник рынка избавляет товаропроизводителя от необходимости изучения новых рынков, поиска контрагентов, оформления и заключения с ними сделок [1, с. 36].

Договор дистрибьюторства, опосредующий одну из прогрессивных форм торговли и наряду с договорами дилерства, агентирования и консигнации активно используемый в предпринимательской деятельности, до настоящего времени не получил достаточной правовой регламентации в Республике Беларусь.

Определение термина «дистрибьютор» (физическое либо юридическое лицо, приобретающее у изготовителя и реализующее товары от своего имени и за свой счет на региональном рынке), ранее содержалось в утратившем силу руководящем документе Министерства торговли Республики Беларусь «Торговля. Термины и определения» [2]. В действующий стандарт СТБ 1393-2003 «Торговля. Термины и определения» [5], заменивший руководящий документ Министерства торговли, определение договора дистрибьюторства не было включено. Отсутствие определения договора дистрибьюторства на уровне стандарта СТБ приводит к появлению противоречащих друг другу определений в иных актах законодательства.

В соответствии с действующим положением о товаропроводящей сети организаций, находящихся в ведении Министерства промышленности [3]

дистрибьютором является юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, приобретающие у производителя товар на основании договоров купли-продажи (поставки) или мены и реализующие его от своего имени и за свой счет (либо приобретающие продукцию у производителя на основании договора комиссии и реализующие ее от своего имени, но за счет производителя). Несомненным достоинством данного определения является уточнение круга субъектов, которые могут выступать в качестве дистрибьюторов. Поскольку договор дистрибьюторства опосредует коммерческую деятельность, его сторонами могут являться лишь субъекты хозяйствования. В то же время рассматриваемое определение отождествляет понятия дистрибьютора и комиссионера, что, на наш взгляд, лишено оснований.

Согласно определению, содержащемуся в Положении о развитии товаропроводящей сети отечественных производителей за рубежом [4], дистрибьютором является субъект товаропроводящей сети, приобретающий у производителя и реализующий его продукцию от имени производителя товара за свой счет в оговоренном регионе деятельности на условиях, определенных соответствующим соглашением между ними. Приведенное определение, на наш взгляд, также является спорным. Заключение сделки от имени другого лица, в соответствии с ч. 1 ст. 183 ГК, является представительством. Гражданские права и обязанности по такой сделке возникают (изменяются, прекращаются) непосредственно у представляемого. Следовательно, дистрибьютор, выступающий от имени производителя, фактически является его представителем и своими действиями создает права и обязанности для производителя. В то же время дистрибьютор приобретает право собственности на товар, полученный от производителя по договору дистрибьюторства. Последующая реализация товара покупателям осуществляется в рамках договора купли-продажи, в котором дистрибьютор выступает на стороне продавца. Являясь стороной в договоре купли-продажи, дистрибьютор может выступать только от своего имени. Возникновение гражданских прав и обязанностей производителя, не являющегося стороной договора купли-продажи, невозможно в силу ч. 3 ст. 289 ГК, устанавливающей, что обязательство не создает обязанностей для третьих лиц.

Противоречивые определения термина «дистрибьютор», содержащиеся в актах белорусского законодательства при востребованности договора дистрибьюторства практикой придают актуальность вопросу о выработке единообразного подхода к понятию дистрибьюторства.

Отсутствие единого подхода к определению понятия «дистрибьютор» и, как следствие, недостаточная правовая регламентация договора дистрибьюторства, характерные для большинства стран мира, были отмечены Рабочей группой по агентским и дистрибьюторским контрактам Комиссии Международной торговой палаты (далее — МТП) по коммерческой деятельности. Рабочей группой был подготовлен типовой проект дистрибьюторского контракта, основанный на широко распространенной практике международной торговли и представляющий собой ряд единых контрактных правил, рекомендованных МТП к применению при составлении международных дистрибьюторских соглашений. Согласно рекомендациям МТП, под дистрибьюторским контрактом следует понимать соглашение, в силу которого дистрибьютор продает на определенной территории от своего имени и за свой счет товары, предоставляемые поставщиком [6, с. 8].

Целесообразным, по нашему мнению, является унификация определений термина «дистрибьютор», содержащихся в актах белорусского законодательства, на основе определения, рекомендованного МТП. Предлагаем следующее определение договора дистрибьюторства: «Договор дистрибьюторства — соглашение, в силу которого одна сторона (дистрибьютор) обязуется приобретать у другой стороны (поставщика) товар и реализовывать его от своего имени за свой счет на определенной

территории. Дистрибьютором, в соответствии с предложенным определением, является субъект хозяйствования, реализующий от своего имени и за свой счет приобретенную у поставщика продукцию на согласованной с ним территории.

Следует отметить, что упоминание о договоре дистрибьюторства встречается в целом ряде нормативных правовых актов Республики Беларусь, регулирующих, в основном, налоговые отношения. Унифицированный подход к понятию договора дистрибьюторства позволит избежать случаев различной квалификации идентичных обязательств и, соответственно, ошибок в правоприменении.

Использованные источники:

1. *Завидов Б. Д. Посреднические договоры / Б. Д. Завидов. — М.: Экзамен, 2001. — 96 с.*
2. *О стандартизации терминологии в области торговли: Приказ Министерства торговли Респ. Беларусь, 14 дек. 1995 г., № 80: в ред. приказа Минторга от 05.11.1998 г., постановлений Минторга от 10.07.2001 г., 15.11.2002 г. // Консультант Плюс: Версия Проф. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2007.*
3. *Об утверждении Положения о товаропроводящей сети организаций, подчиненных Министерству промышленности: постановление Министерства экономики Республики Беларусь, 22 ноября 2002 г., № 253. [Электронный ресурс]. Консультант Плюс: Версия Проф. Технология 3000*
4. *Об утверждении Положения о товаропроводящей сети отечественных производителей за рубежом: постановление Совета Министров Республики Беларусь, 21 дек. 2006 г., № 1699 // Консультант Плюс: Версия Проф. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2007.*
5. *Об утверждении СТБ 1393-2003 «Торговля. Термины и определения»: Постановление Комитета по стандартизации, метрологии и сертификации при Совете Министров Респ. Беларусь, 28 апр. 2003 г., № 22: в ред. пост. Белстандарта от 09.12.2003 г. № 49. [Электронный ресурс]. Консультант Плюс: Версия Проф. Технология 3000.*
6. *Типовой дистрибьюторский контракт. Монопольный импортер-дистрибьютор. Публикация № 518 / Серия: «Издания Международной Торговой Палаты». На рус. и англ. яз. — М.: Издательство АО «Консалтбанкир», 1996. — 80 с.*

С. Є. Морозова

молодший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Київ, Україна

ЗАКОНОДАВЧІ НОВЕЛИ ЩОДО ПОВНОВАЖЕНЬ ОРГАНІВ ОПІКИ ТА ПІКЛУВАННЯ

В зв’язку з триваючим на сьогодні реформуванням цивільного та сімейного законодавства актуальними є питання правового статусу органів опіки та піклування в цивільних правовідносинах. Розвиток багатьох правових інститутів, зокрема й опіки та піклування, залежить від належної і такої, що відповідає сучасним потребам, регламентації повноважень органів опіки та піклування.

Стаття 17 ЦК встановлює, що у випадках, встановлених Конституцією України та законом, особа має право звернутися за захистом цивільного права та інтересу до органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, а ці органи здійснюють захист цивільних прав та інтересів у межах, на підставах та у спосіб, що встановлені Конституцією України та законом. Органи державної влади і органи місцевого самоврядування визнаються органами опіки та піклування і виконують відповідні повноваження — ст. 11 Закону «Про

забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування» визначає органами опіки та піклування державні адміністрації районів, районів міст Києва і Севастополя, виконавчі органи міських чи районних у містах, сільських, селищних рад, а ЦК, СК та зазначений Закон покладають на ці органи значну низку повноважень в сфері здійснення, забезпечення і захисту особистих немайнових та майнових прав та інтересів фізичних осіб.

На сьогодні названі законодавчі акти не завжди чітко, а подекуди суперечливо визначають підстави та форми участі органів опіки та піклування в цивільно-правових відносинах, крім цього, до сьогодні не прийнято спеціального Закону, який має визначати органи, на які покладено здійснення опіки та піклування, їх права та обов'язки щодо забезпечення прав та інтересів фізичних осіб, які потребують опіки та піклування, як це передбачено ст. 56 ЦК України.

На органи опіки та піклування покладено значне коло повноважень, як спеціальних — вирішення питання про встановлення, здійснення і припинення опіки та піклування щодо осіб, які за законом мають на це право, так і загальних — захист майнових і особистих немайнових прав фізичних осіб. При цьому більшість цих функцій віднесено до компетенцій органів опіки та піклування у вітчизняному законодавстві вперше.

До спеціальних повноважень органів опіки та піклування, тобто повноважень, пов'язаних безпосередньо з опікою та піклуванням, належать такі: розгляд скарг осіб, цивільна дієздатність яких обмежена, щодо відмови піклувальника дати згоду на вчинення правочинів, що виходять за межі дрібних побутових (ч. 3 ст. 37 ЦК); подавати заяви до суду про поновлення цивільної дієздатності фізичної особи, яка була визнана недієздатною, і припинення опіки, якщо буде встановлено, що внаслідок видужання або значного поліпшення її психічного стану у неї поновилася здатність усвідомлювати значення своїх дій та керувати ними (ч. 1 ст. 42 ЦК); у разі визнання фізичної особи — підприємця безвісно відсутньою, недієздатною чи обмеження її цивільної дієздатності, або у разі набуття права власності на майно, яке використовувалося у підприємницькій діяльності, неповнолітньою чи малолітньою особою, призначати управителя цього майна; укладення з управителем договору про управління цим майном та здійснення контролю за діяльністю управителя майном відповідно до правил про контроль за діяльністю опікуна і піклувальника (ст. 54 ЦК); здійснювати підготовку подання до суду щодо призначення опікуна чи піклувальника судом у разі визнання особи недієздатною або обмеження цивільної дієздатності особи (ч. 1, 2 ст. 60); здійснювати підготовку до суду щодо призначення опікуна чи піклувальника судом у разі встановлення опіки над малолітньою особою та піклування над неповнолітньою особою якщо при розгляді справи буде встановлено, що вони позбавлені батьківського піклування (ч. 3, 4 ст. 60); встановлювати опіку та піклування над фізичними особами, які відповідно до закону мають право на опіку та піклування (ст. 61); призначати опікуна та піклувальника фізичним особам, над якими встановлено опіку та піклування (ст. 63); здійснення опіки та піклування до встановлення опіки або піклування і призначення опікуна чи піклувальника (ч. 1 ст. 65 ЦК); розгляд клопотань опікунів та піклувальників, щодо вчинення правочинів, на укладення яких, відповідно до ст. 71 ЦК і ст. 17 Закону «Про охорону дитинства», вимагається дозвіл органів опіки та піклування; надання опікуну дозволу на управління належним підопічному нерухомим майном та майном, яке потребує постійного управління, або дозволу на передання такого майна за договором в управління іншій особі (ч. 4 ст. 72 ЦК); встановлення опіки над майном особи, над якою встановлено опіку чи піклування, якщо це знаходиться в іншій місцевості (ч. 1 ст. 74 ЦК); звільнення опікуна та піклувальника за їх заявою або за заявою особи, над якою встановлено піклування, (ч. 1, 2 ст. 75); подання заяв до суду про звільнення опікуна та піклувальника за їх заявою або за заявою особи, над якою встановлено піклування, у разі невиконання нею своїх

обов'язків, порушення прав підопічного, а також у разі поміщення підопічного до навчального закладу, закладу охорони здоров'я або закладу соціального захисту (ч.3 ст. 75); реєстрація заяв дієздатних фізичних осіб, які за станом здоров'я не можуть самостійно здійснювати свої права та виконувати обов'язки, щодо призначення їм помічника (ч. 1 ст. 78 ЦК); розгляд скарги заінтересованих осіб, в тому числі родичів підопічного, на дії опікуна (ч. 1 ст. 79 ЦК); надання згоди фізичній особі, цивільна дієздатність якої обмежена, неповнолітній особі віком від чотирнадцяти до вісімнадцяти років, а також батькам (усиновлювачам), опікуну малолітньої, недієздатної особи щодо відмови від прийняття спадщини (ч. 2, 3, 4 ст. 1273 ЦК); здійснення контролю за виконанням заповіту, якщо спадкоємцями є малолітні, неповнолітні, недієздатні особи або особи, цивільна дієздатність яких обмежена, розгляд звітів від виконавця заповіту щодо вчинення дій, направлених на виконання заповіту (ч. 2, 3 ст. 1292 ЦК); оскарження до суду дій виконавця заповіту, якщо вони не відповідають ЦК, іншим законам, порушують інтереси спадкоємців (ч. 1 ст. 1293 ЦК); звертається до суду з позовом про визнання шлюбу недійсним, якщо захисту потребують права та інтереси дитини, особи, яка визнана недієздатною, або особи, дієздатність якої обмежена (ч. 1 ст. 42 СК); здійснення опіки над дитиною, щодо якої судом постановлене рішення про відібрання дитини від особи, з якою вона проживає (ч. 3 ст. 161 СК); здійснення опіки над дитиною, батьки якої позбавлені батьківських прав, якщо дитина не може бути передана бабі, дідові або іншим родичам, мачусі, вітчиму, вона передається на опікування органові опіки та піклування (ч. 5 ст. 167 СК); здійснення контролю за дотриманням прав дитини, над якою встановлено опіку або піклування (умови утримання, виховання, навчання дитини) (ч. 1 ст. 246 СК); надання рекомендацій опікунам та піклувальникам щодо визначення способів виховання дитини (ч. 1 ст. 249 СК) та інші повноваження, покладені на органи опіки та піклування ЦК, СК, Законом «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування», іншими нормативно-правовими актами.

До загальних повноважень щодо захисту майнових і особистих немайнових прав фізичних осіб належать: вирішення спорів щодо місця проживання фізичної особи у віці від десяти до чотирнадцяти років (ч. 3 ст.29 ЦК); розгляд заяв неповнолітніх осіб щодо здійснення ними правочину щодо транспортних засобів або нерухомого майна, розпорядження грошовими коштами, що внесені повністю або частково іншими особами у фінансову установу на її ім'я (ч.2, 3 ст. 32 ЦК); подання заяв до суду про встановлення обмеження або позбавлення права неповнолітньої особи самостійно розпоряджатися своїм заробітком, стипендією чи іншими доходами, за наявності для цього достатніх підстав (ч.5 ст. 32 ЦК); розгляд заяв заінтересованих осіб щодо надання повної цивільної дієздатності фізичній особі, яка досягла шістнадцяти років і працює за трудовим договором, а також неповнолітній особі, яка записана матір'ю або батьком дитини (ч. 2 ст. 35 ЦК); надання письмової згоди фізичній особі, яка досягла шістнадцяти років, щодо здійснення підприємницької діяльності та реєстрації як підприємця (ст. 3 ст. 35 ЦК); надання допомоги особі у здійсненні нею своїх сімейних прав та виконанні сімейних обов'язків в обсязі та в порядку, встановлених СК та іншими нормативно-правовими актами (ч. 1 ст. 17 СК); захист сімейних прав та інтересів за зверненням осіб у передбачених СК випадках (ч. 1 ст. 19 СК); участь у судових засіданнях при розгляді судом спорів щодо участі одного з батьків у вихованні дитини, місця проживання дитини, позбавлення та поновлення батьківських прав, побачення з дитиною матері, батька, які позбавлені батьківських прав, відібрання дитини від особи, яка тримає її у себе не на підставі закону або рішення суду, управління батьками майном дитини, скасування усиновлення та визнання його недійсним (ч. 4, 5 ст. 19 СК); вирішення спорів між батьками щодо присвоєння та зміни прізвища дитини (ч. 3 ст. 145, ч. 4 ст. 148 СК); захист прав та інтересів дитини на

належне батьківське виховання за її зверненням (ч. 3 ст. 152 СК); визначення способів участі у вихованні дитини та спілкуванні з нею того з батьків, хто проживає окремо від неї за заявою матері, батька дитини (ч. 1 ст. 158 СК); вирішення спорів, які виникають між батьками щодо управління майном дитини (ч. 5 ст. 177 СК); перевірка цільового витрачання аліментів за заявою платника аліментів або за власною ініціативою (ч. 1 ст. 186 СК); надання дозволу на укладення договорів між батьками дитини про припинення права на аліменти для дитини у зв'язку з передачею права власності на нерухоме майно (житловий будинок, квартиру, земельну ділянку тощо), а також дозволів на відчуження такого майна до досягнення дитиною повноліття (ст. 190 СК); за зверненням баби і діда вжиття заходів щодо захисту прав та інтересів малолітніх, неповнолітніх та повнолітніх непрацездатних внуків (ч. 2 ст. 258 СК); за зверненням сестри, брата, мачухи, вітчима та інших членів сім'ї вжиття заходів щодо захисту прав та інтересів малолітніх, неповнолітніх та повнолітніх непрацездатних братів, сестер, пасинка, падчерки (ч. 2 ст. 262 СК) та ін.

Таким чином, слід говорити про те, що державні адміністрації районів, районів міст Києва і Севастополя, виконавчі органи міських чи районних у містах, сільських, селищних рад виступають свого роду «загальним» органом опіки і піклування, на який покладено здійснення юридичних дій з опіки та піклування. Здійснення спеціальних функцій з опіки та піклування, тобто фактичних дій, покладається на відповідні підрозділи та служби державних адміністрацій районів, районів міст Києва і Севастополя, виконавчі органи міських чи районних у містах, сільських, селищних рад, а саме — стосовно неповнолітніх осіб — на органи освіти та органи в справах сім'ї та молоді, служби в справах дітей, стосовно осіб, визнаних судом недієздатними або обмежено дієздатними, — на органи охорони здоров'я, а стосовно дієздатних осіб, які потребують піклування за станом здоров'я, — на органи соціального захисту населення. Однак, як показує практика, багато питань, віднесених законодавством до повноважень органів опіки та піклування, залишаються «за бортом» інтересів їхніх структурних підрозділів і служб, що викликає проблеми на практиці, зокрема щодо представництва підопічних в суді, вирішення спорів між батьками та опікунами підопічних, укладення договорів про управління майном підопічних, що використовується у підприємницькій діяльності, договорів управління нерухомим майном та майном, яке потребує постійного управління та ін.

Виправити ситуацію, що склалася, може розробка спеціального закону, який має визначати правовий статус органів опіки та піклування, прийняття якого передбачається ст. 56 ЦК. Закон має базуватися на нормах ЦК, СК, Закону «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування», конкретизувати їхні норми.

Л. А. Музика
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного, господарського права та процесу
Академії адвокатури України, Київ, Україна

ПРО ОРГАНИ САМООРГАНІЗАЦІЇ НАСЕЛЕННЯ В УКРАЇНІ

Однією із форм участі членів територіальних громад сіл, селищ, міст, районів у містах у вирішенні окремих питань місцевого значення [1] є створення органів самоорганізації населення. Такими органами, відповідно до ст. 14 Закону «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21 травня 1997 р. [2] та норм Закону «Про органи самоорганізації населення» від 11 липня 2001 р. [3], є будинкові, вуличні, квартальні комітети, комітети мікрорайонів, комітети районів у містах, сільські, селищні комітети. Легалізація зазначених об'єднань, як суб'єктів самоврядування, у порядку, передбаченому статтями 8-13 Закону «Про органи самоорганізації населення», відбувається за дозвільним принципом, що суперечить ідеям свободи, відповідно до яких вони повинні легалізуватися за сповіщувальним принципом [4]. Саме тому і не потрібна прив'язка, що міститься у ст. 11, яка має назву «Термін повноважень органу самоорганізації населення». В ній, зокрема, передбачається, що зазначені органи обираються терміном на строк повноважень відповідної ради, якщо інше не передбачене рішенням ради чи положенням про орган самоорганізації населення. В даному разі законодавець нехтує таким загальним принципом місцевого самоврядування, як самостійність його органів. Підзвітність, підконтрольність та відповідальність перед відповідною радою (п. 6 ст. 5 Закону) — це одне, проте ми маємо пряму підпорядкованість, що є неприпустимим.

Основними завданнями органів самоорганізації є: 1) створення умов для участі жителів у вирішенні питань місцевого значення в межах Конституції та законів України; 2) задоволення соціальних, культурних, побутових та інших потреб жителів шляхом сприяння у наданні їм відповідних послуг; 3) участь у реалізації соціально-економічного, культурного розвитку відповідної території, інших місцевих програм (п. 3 ст. 3 Закону).

Відповідно до ст. 6 Закону обирати та бути обраними до органів самоорганізації можуть жителі, які на законних підставах проживають на відповідній території. Забороняється будь-яке обмеження права цих жителів на участь у відповідному органі самоорганізації населення залежно від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, мовних або інших ознак. Закон оперує поняттям «жителі», і хоча у цій статті не згадується про належність жителів до громадян України, водночас і перелік обмежувальних ознак не є вичерпним. Це в свою чергу дає нам право стверджувати, що наведені права поширюються і на негромадян України — іноземців та осіб без громадянства.

Орган самоорганізації населення створюється за територіальною ознакою. Територією, у межах якої діє цей орган, може бути частина території села, селища, міста, району в місті, у межах якої проживають жителі, які обрали цей орган.

Статтею 8 Закону «Про органи самоорганізації населення» визначається порядок ініціювання створення органу самоорганізації населення. А саме: «з ініціативою про створення органу самоорганізації населення до сільської, селищної, міської, районної у місті (у разі їх створення) ради можуть звернутися збори (конференція) жителів за місцем проживання за умови, якщо в них брало участь (було представлено) не менше половини жителів відповідної території, які мають право голосу». З наведеної норми, на жаль, не випливає відповідь на запитання про долю тих мешканців відповідної території, які не висловили згоди чи бажання на створення відповідного органу

самоорганізації населення. Адже об'єднуватися чи ні — є їхнім правом, а не обов'язком. Тоді, у разі створення, наприклад, будинкового комітету, буде існувати цей комітет і його «опозиція»?! Не зрозуміло також, яким буде розподіл повноважень між членами та нечленами комітету в наведеному нами випадку.

Свого часу відомим одеським юристом О. Г. Мучніком був підготовлений проект статуту територіальної громади м. Одеси, який отримав назву «Хартія міста Одеси» [5]. Торкаючись питання створення органів самоорганізації населення, він запропонував побудувати їх структуру за принципом "матрьошки": одесити, які мешкають в одному будинку, мають право створити орган самоорганізації населення мешканців цього будинку. Більшість органів самоорганізації населення мешканців будинків, розташованих на одній вулиці (кварталі), мають право створити орган самоорганізації населення мешканців вулиці (кварталу) Одеси, а потім — об'єднатися у межах району. Не виключається можливість створення й інших подібних органів. Однак, запропоновані положення суперечать нормам Конституції та Закону «Про місцеве самоврядування в Україні», де не передбачено, що створення органу самоорганізації населення більш високого рівня залежить від створення відповідних органів на базовому рівні (будинків, вулиць, кварталів).

Цікавими, на нашу думку, є положення наведеного проекту Хартії, в яких розглядається питання про роль органів самоорганізації населення в управлінні комунальною власністю та взаємодії цих органів із відповідними органами місцевого самоврядування. Так, органи самоорганізації розглядаються як один із суб'єктів управління комунальним майном, за ними закріплюється право передавати його на договірній основі до управління відповідних рад [6].

У п. 2 ст. 19 Закону «Про органи самоорганізації населення» передбачено, що формою роботи органу самоорганізації населення є засідання. Передбачено, що ці засідання скликаються керівником органу або його заступником з урахуванням необхідності, але не рідше одного разу на квартал. На жаль, законодавець не передбачив жодних наслідків у разі недотримання наведеної вимоги щодо періодичності скликання зборів.

Серед підстав дострокового припинення повноважень органу самоорганізації ст. 25 Закону, зокрема, визначає:

1) невиконання рішень сільської, селищної, міської, районної у місті (у разі її створення) ради, її виконавчого комітету — за рішенням відповідної сільської, селищної, міської, районної у місті (у разі її створення) ради, яка дала дозвіл на його створення;

2) невиконання рішень зборів (конференції) жителів за місцем проживання або невиконання своїх повноважень, а також саморозпуску — за рішенням зборів (конференції) відповідних жителів;

3) порушення Конституції та законів України, інших актів законодавства — за рішенням суду.

Важливим також є питання щодо цільового використання коштів місцевого бюджету органами самоорганізації населення. Необхідно щоб органи самоорганізації населення подавали детальні звіти про використання коштів. Відповідні розпорядники бюджетних коштів в органах самоорганізації населення повинні складати та подавати до відповідних місцевих фінансових органів детальні звіти, що містять бухгалтерські баланси, данні про виконання кошторисів, результати діяльності тощо. Звітність може бути: місячна, квартальна та річна. Для прикладу можна взяти до уваги порядок звітності про виконання бюджетів (ст. 58-61, 80 Бюджетного кодексу України). Можливо, варто запропонувати «примірний звіт» для всіх органів самоорганізації населення. У будь-якому випадку необхідно розробити порядок звітності органів самоорганізації населення, які отримують бюджетні кошти, оскільки така звітність безпосередньо впливає на звітність про виконання відповідного бюджету.

Як показав запропонований нами короткий аналіз норм Закону «Про органи самоорганізації населення», його положення у цій сфері потребують більш чіткого і логічного викладення.

Використані джерела:

1. У науковій літературі неодноразово зазначалося про необхідність розроблення законодавчого визначення дефініції «питання місцевого значення». Див.: Прієшкіна О. В. Правове регулювання безпосередньої демократії в місцевому самоврядуванні України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02 / Національна юридична академія імені Ярослава Мудрого. — Х., 2003. — С. 14; Первомайський О.О. Місцеве самоврядування в Україні: приватно- та публічно-правові аспекти // Актуальні проблеми держави і права: Зб. наук. пр. — Одеса, 2001. — Вип. 12. — С. 282.

2. Відомості Верховної Ради України. — 1997. — № 24. — Ст. 170.

3. Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 48. — Ст. 254.

4. Сушинський О. Ідея контролю в самоорганізації громад // Проблеми малих міст України: розвиток самоврядування і реформування місцевого господарства в контексті національних традицій і світового досвіду: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, Золочів — Львів, 27-28 травня 2000 р. — Л., 2000. — С. 46.

5. Мучнік О. Г. Хартія міста Одеси. Проект. — Одеса. — 1999. — 48 с.

6. Орловський О. Проблеми регламентації статуту органів самоорганізації населення в проектах статуту територіальної громади міста Одеси // Актуальні проблеми держави і права: Зб. наук. пр. — Одеса, 2001. — Вип. 12. — С. 26.

С. В. Несинова

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри права Дніпропетровського університету економіки та права,

Дніпропетровськ, Україна

ОСНОВНІ ШЛЯХИ ПРОТИДІЇ РЕЙДЕРАМ ЩОДО ЗБЕРЕЖЕННЯ АКТИВІВ КОМПАНІЇ

Вважається, що рейдерство (з англ. Ride — несподіваний захват) — широко поширена як в світі, так і в Україні система поглинання підприємства шляхом захвату, насильницького злиття, скуповування акцій через підставну структуру, методом винесення спірного судового рішення з подальшим силовим захватом підприємства. Опосередкованими учасниками рейдерства, часто не з власної ініціативи, стають суди і силові структури.

Крім того, важливо знати саму роль держави у проблемі рейдерства — у коментарях працівників правоохоронних органів чи у фахових припущеннях зацікавлених осіб йдеться про те, що корпоративним захватам можна протистояти, створивши ефективну державну охоронну структуру [1]. Проте проблема рейдерства значно глибша та потребує конртаверсійного правового аналізу і чіткого розуміння витоків корпоративного конфлікту, бо він, як правило, є «післямовою» фактичного порушення прав міноритарних акціонерів. А тому й рейдерство є наслідком законодавчих прогалин щодо прав міноритарних акціонерів. Так, до недавніх часів судам слід було не зважати на пакет акцій, менший за 10%. Проте українське законодавство та політичні погляди державних органів змінюються інколи досить радикально, зокрема Верховний Суд України змінив власну політику з цього питання та видав роз’яснення судам, згідно з якими тепер останні мають акцентувати увагу на

дрібних акціонерах. Крім того, ринок цінних паперів не врегульований, і змінити ситуацію на законодавчому рівні досить складно.

Рейдери — це компанії, які змінюють структуру власності на підприємствах-жертвах на власну користь чи на користь певних анонімних замовників. Захоплювачі бізнесів користуються цілим арсеналом засобів. Незважаючи на те, що зараз багато з них (особливо наймогутніші) заявляють про законність власних дій, межа законності в їх діяльності досить тонка й, трапляється, вони її перетинають [3, с. 18].

Основними «дзвінками небезпеки» для компанії, які повинні активізувати увагу акціонерів, можна назвати наступні фактори:

- керуючий орган або акціонери (учасники) отримали замоленим листом з повідомленням про отримання, в яких знаходиться чистий аркуш паперу або привітання з наступним святом. Мета атакуючих — зимітувати виконання формальностей, передбачених законом, перед вчиненням певних дій. Наприклад, щоб потім довести, що акціонерам (учасникам) направлялася пропозиція викупити акції (частки), а раді директорів — вимога про скликання позачергових зборів;
- міноритарні акціонери несподівано починають проявляти найживішу зацікавленість до діяльності товариства та робити запроси щодо різних документів. Від їх імені за довіреністю діють «далекі родичі», досить підковані у корпоративному праві;
- починаються перевірки підприємства самими різними інстанціями. Перевіряючі незалежно від цілей, вказаних у офіційних актах, просять надати копії документів, що стосуються активів товариства, кредиторської заборгованості;
- ЗМІ несподівано починають проявляти підвищену увагу до товариства, з'являються статті про зловживаннях з боку керівництва та порушення прав акціонерів;
- на сусідніх територіях підвергаються поглинанню підприємства аналогічного з Вами профілю, а якась інвестиційна компанія робить Вам пропозицію про продаж акцій або частки;
- на ринку різко зростає чисельність правочинів з дрібними пакетами акцій Вашого підприємства [2, с. 59].

За цих умов керівництву, засновникам, акціонерам (учасникам) слід підвищити увагу до товариства, прорахувати реальні ризики для його активів та вжити необхідних заходів відповідно до встановлених під час правового аналізу ситуації ризиків захвату.

Єдиного ставлення до рейдерства ще не склалось. З одного боку рейдери у більшості випадків завдають лихо власникам підприємств. Проте часто їх жертвами й навіть заложниками стають працівники підприємств, бо, як правило, під час захватів паралізується вся комерційна та виробнича діяльність об'єкту атаки. У деяких випадках рейдери не нехтують силовим захопленням власності.

Найбільш солодкий шматок будь-якого успішного бізнесу — корпоративні активи — притягує увагу цілої когорти недоброжелателів: конкурент, компанія-рейдер чи навіть інший з подружжя, що заздрить. Тому, засновнику компанії треба бути готовим до того, що коли-небудь за вигаданим позовом всі бізнес-активи можуть бути арештовані рішенням суду. Ще через місяць йому з повагою запропонують звільнити офіс. Як результат — необхідно або витрачатись на дорогих адвокатів чи хабарі, або з жалем спостерігати, як вся корпоративна власність переходить у сторонні руки. Проте запобігти такому сценарію цілком реально. Для цього необхідно вчасно реорганізувати бізнес у таку організаційну структуру, що мала б мінімальні ризики замаху.

Розглянемо основні засоби протидії рейдерам, визначаючи їх переваги та труднощі.

По-перше, це — *віддатися у заставу*. Один з самих дешевих та водночас вишуканих варіантів захисту активів від судового стягнення — заставна схема: слід активи перенести у заставу, наприклад, вступаючи майновим поручителем за певну афілійовану компанію-боржника перед іншою афілійованою компанією-

заставоутримувачем. Основні зобов'язання — це будь-який договір, вартість якого дорівнює активам основної компанії. Краще використовувати договір з відстрочкою платежу до першої вимоги. В момент небезпеки заставоутримувач начебто вимагає від боржника виконання договору, він відмовляється, що є підставою для звернення стягнення на активи, що знаходяться під заставою. Проте залишається ризик визнання судом основного боргу фіктивним, а договір — удаваним. Складність ще є у розпорядженні заставним майном без згоди заставоутримувача та зміни умов договору застави. Так, неможливо змінити минулою датою «договір про заставу нерухомості» через форму договору відповідно до норм законодавства.

По-друге, *розділяй та властвуй*. Створюються два типи компаній: володіючі та операційні. Перша акумулює у себе основні бізнес-активи, інша — здійснює основну діяльність. Проте не маючи практично власного капіталу, власного майна, операційна компанія орендує активи володіючої компанії. Схема має податкову симпатію — вибір вигідного виду оподаткування з урахуванням обсягу виручки, видів майна (загальна система, спрощена система з податком 6% тощо).

Наступне — *бізнес на довірі*. Виключити звернення стягнення на майно засновника, в т.ч. на його корпоративні права, можна за допомогою заставної схеми: акціонер стає заставодавцем перед рідними чи афілійованою компанією, трастом, приватним фондом. Проте на рідних може бути звернено позов, а ось судитися з нерезидентами набагато важче. Перевагою фонду, трасту є те, що майно, передане до фонду, не підлягає стягненню ані кредиторами засновника, ані бенефіціарами, ані державними чи судовими органами інших держав.

Інше, *погрози інсайдерів*. Запобігти виведенню активів до афілійованих структур можна включенням у статутних документах обмежень у діях правління товариства з певним майном чи на певні суми, наприклад, за умови дозволу Спостережної ради. Щодо іншої інсайдерської загрози — іншого з подружжя чи проживаючої разом особи, то можна укласти шлюбний контракт. Менш надійними засобами є купівля-продаж цих прав до шлюбу; договір дарування корпоративних прав; права набуваються у шлюбі за власні кошти одного з подружжя.

В цілому для мінімізації ризиків для компанії слід стимулювати менеджерів матеріально, виховувати в них командний дух, налагодити роботу служби безпеки, яка проводитиме оперативні заходи із збору інформації всередині та за межами компанії.

Використані джерела:

1. Голодницкий Э. Как уберечь в компании самое дорогое — ее бизнес-активы // http://www.it2b.ru
2. Ионцев М.Г. Корпоративные захваты. — М.: Ось-89, 2005.
3. Рейдеры — зайти и удержаться // http://www.business-magazine.ru
4. Гуцалова Кристина Про злиття та поглинання // Юридичний журнал. — К., 2006. — с. 12-22.

П. В. Несторенко
аспірант Харківського національного університету внутрішніх справ,
Харків, Україна

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО СТАНОВИЩА СТРУКТУРНИХ ПІДРОЗДІЛІВ ВИЩИХ НАВЧАЛЬНИХ ЗАКЛАДІВ УКРАЇНИ

Однією з найважливіших ознак ВНЗ як юридичної особи є його організаційна єдність. В цивілістичній літературі існує багато визначень цієї ознаки ВНЗ, зокрема Шишка Р. Б. та Мічурін Є. В. зазначають, що організаційна єдність вказує на те, що юридична особа «є, так би мовити, єдиним організмом, який має певну структуру, де кожен елемент виконує свою функцію, що спрямована на досягнення цілей юридичної особи» [5, с. 94]. Якщо розглянути ВНЗ, то можна зазначити, що будь-який з них має злагоджену систему структурних підрозділів, які очолюються відповідними керівниками підрозділів (деканами, завідуючими кафедрами і т. ін.). Згідно зі ст. 30 Закону України «Про вищу освіту» та п. 22 «Положення про державний ВНЗ» затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 5.09.1996 р. № 1074 структурними підрозділами вищого навчального закладу третього і четвертого рівнів акредитації є кафедри, факультети, інститути, філії, курси, бібліотека тощо. В ч. 1 ст. 30 Закону України «Про вищу освіту» міститься вказівка на те, що структурні підрозділи ВНЗ можуть мати окремі права юридичної особи. Серед таких структурних підрозділів, які наділяються певною автономією можна назвати філії ВНЗ, які представляють собою відокремлені структурні підрозділи, що створюються з метою забезпечення потреб у фахівцях місцевого ринку праці та наближення місця навчання студентів до їх місця проживання. Філії як структурні підрозділи юридичної особи можуть мати самостійний баланс та власний рахунок у банківських установах [1, с. 145–146]. Також філії самостійно проходять процедуру ліцензування освітньої діяльності (на відміну від державної акредитації, яку вони проходять у складі ВНЗ). Існування у законі вказаного вище формулювання створило підставу для певної самостійності окремих структурних підрозділів ВНЗ і спричинило певну дискусію у науковій літературі відносно правового становища останніх та можливості надання їм статусу юридичної особи.

Серед спеціалістів з приводу визначення правового становища структурних підрозділів ВНЗ немає єдності думок. Одна група вчених (зокрема, Суханов Є. О.) відстоює необхідність надання філіям статусу юридичної особи, інша група (Богданов Є. В., Корольова Т. В. та інші) стоїть на позиції надання філіям та іншим структурним підрозділам ВНЗ окремих прав юридичної особи. І остання група цивілістів (Толстой Ю. К., Сергєєв О. П. та інші) відстоює традиційний підхід, закріплений зокрема у Цивільному кодексі України (далі — ЦКУ) (ст. 95), згідно з яким філії та представництва не є юридичними особами, який на нашу думку є найбільш виправданим. Але на практиці є випадки, коли до складу одних ВНЗ III–IV рівнів акредитації включаються інші ВНЗ. Так, зокрема постановою Кабінету Міністрів України від 8.09.2005 р. № 880 «Про реорганізацію вищих навчальних закладів та науково-дослідних установ міністерства внутрішніх справ» до складу Київського національного університету внутрішніх справ були включені Київський, Львівський і Прикарпатський юридичні інститути Міністерства внутрішніх справ, до складу Харківського національного університету внутрішніх справ — Кіровоградський, Кримський, Одеський і Херсонський юридичні інститути Національного університету внутрішніх справ і т.д. [4]. Передача до складу університетів вказаних інститутів є віднесенням останніх до структурних підрозділів, оскільки в якості юридичних осіб у постанові зазначені саме Київський та Харківський національні університети внутрішніх справ, і Луганський та Дніпропетровський державні університети внутрішніх справ.

Господарський кодекс України (далі ГКУ) розглядає ВНЗ в якості неприбуткової організації, або суб'єкта некомерційного господарювання [2, с. 220]. Поряд із господарськими організаціями — юридичними особами ГКУ серед інших суб'єктів господарювання вказує лише фізичних осіб, які здійснюють господарську діяльність (ч. 2 ст. 55 ГКУ). Крім того, в розумінні ГКУ, ВНЗ є підприємствами, оскільки згідно з ч. 1 ст. 62 ГКУ підприємство це самостійний суб'єкт господарювання, створений компетентним органом державної влади або органом місцевого самоврядування, або іншими суб'єктами для задоволення суспільних та особистих потреб шляхом систематичного здійснення виробничої, науково-дослідної, торговельної, іншої господарської діяльності. А ч. 5 ст. 63 ГКУ прямо вказує на заборону підприємству мати у своєму складі інші юридичні особи. Отже, вказані вище інститути повинні мати статус відокремленого структурного підрозділу ВНЗ, а не статус юридичної особи, як це має місце на практиці.

На наш погляд, існування однієї юридичної особи всередині іншої порушує принцип майнової відокремленості останньої. У цьому випадку повинна відбутися реорганізація ВНЗ згідно з ЦКУ (ст. 109), що призведе до розпаду ВНЗ та перетворення його на об'єднання юридичних осіб. Зокрема Закон України «Про вищу освіту» у ч. 3 ст. 23 передбачає можливість для акредитованих вищих навчальних закладів створювати у встановленому порядку навчальні та навчально-науково-виробничі комплекси, які є добровільними об'єднаннями, причому всі учасники такого об'єднання зберігають статус юридичних осіб. Метою створення комплексів ВНЗ згідно з п. 1.3 «Положення про навчальний та навчально-науково-виробничий комплекси», затвердженого наказом Міністерства освіти України від 19.01.1994 р. № 13, є координація спільної діяльності навчально-виховних закладів, підприємств, організацій та установ по реалізації Закону України про освіту. Але вказані об'єднання створюються лише у розпорядчому порядку — за наказом міністерства, у підпорядкуванні якого знаходяться навчально-виховні заклади, а у разі підпорядкування навчально-виховних закладів різним міністерствам, комплекс створюється спільним наказом міністерств, що ускладнює процедуру їх створення. Слід також зазначити, що у Законі України «Про вищу освіту» поняття «навчально-науково-виробничий комплекс» використовується і для позначення структурного підрозділу (ч. 5 ст. 30), і для позначення об'єднання ВНЗ (ст. 23), що на наш погляд є неприпустимим.

Отже, виходячи з вище викладеного, формулювання, яке міститься у ст. 30 Закону України «Про вищу освіту» дійсно є не досить вдалим, оскільки, по-перше, закон чітко не визначає тих «прав юридичної особи», якими можуть наділятися структурні підрозділи, а, по-друге, жоден структурний підрозділ, як всередині ВНЗ, так і відокремлений, на наш погляд, не може мати статусу юридичної особи, на це вказує зокрема ст. 95 ЦКУ. Більш того, кожен ВНЗ визначає обсяг прав та обов'язків його структурних підрозділів самостійно у власному статуті або положеннями про них.

Використані джерела:

1. Гражданский кодекс Украины: Комментарий (с изм. и доп. по состоянию на 01.09.2003 г.). — Х.: Одиссей, 2003. — 832 с. — Т. 1.

2. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / Кол. авт.: Г. Л. Знаменський, В. В. Хахулін, В. С. Щербіна та ін.; За заг. ред. В. К. Мамутова. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — 688 с.

3. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України: Закону України від 04.02.2005 р. [Электронный ресурс]: Компьютерно-правовая система Лига: Закон / Всеукр. сеть распространения правовой информ. — [Электрон. прогр.].– Версия 7.4.– К., 2007.– Загл. из рук. для пользователя .– Ежедн. обновление.

4. Про реорганізацію вищих навчальних закладів та науково-дослідних установ міністерства внутрішніх справ: постанова Кабінету Міністрів України від 08.09.2005 року №

880. [Електронний ресурс] Міністерство освіти та науки України. — Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi. — Заголовок з екрану.
5. Цивільне право України: Курс лекцій: У 6 т. / Р. Б. Шишка, Л. В. Красицька, В. В. Сергієчко та ін.; За ред. Р. Б. Шишки — Х.: Еспада, 2005. — Т. 5., кн. 1.: Загальні положення зобов'язального права — 224 с.

В. М. Никифорак
Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича,
Чернівці, Україна

ПОНЯТТЯ ДОГОВОРУ СТРАХУВАННЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Страхові правовідносини як різновид цивільно-правових відносин можуть виникати з різних юридичних фактів. Одним з таких фактів може бути договір страхування відповідальності — цивільно-правова угода, яка виникає внаслідок взаємного волевиявлення сторін. При цьому характерною рисою договірних стосунків є рівність сторін, їх юридична незалежність одна від одної. Іншими підставами виникнення страхових правовідносин можуть бути дії і події. При страхуванні відповідальності — це факти, передбачені в законі чи підзаконному нормативному акті, які складають зміст поняття обов'язкове страхування [1, Ст.999]. Щоправда, виникнення страхового правовідношення в такому разі вже не залежить від волі його учасників. Держава встановлює обов'язкове страхування тоді, коли необхідність відшкодування майнової шкоди чи надання іншої грошової допомоги зачіпає інтереси не лише конкретної потерпілої особи, але й суспільні інтереси в цілому. Іншими словами, обов'язкова форма страхування поширюється на «пріоритетні об'єкти страхового захисту» [11, с.43]. Захист таких майнових інтересів, які з найбільшою повнотою та всесторонністю можуть бути забезпечені виключно державно-правовим регулюванням, є одним із проявів публічно-правового боку інституту страхування [3, с.153].

Однак слід зауважити, що незалежно від способу здійснення страхування, відносини стосовно нього оформляються договором (страховим полісом). Договір страхування відповідальності, таким чином, виступає в якості документа, що підтверджує виникнення та існування страхових правовідносин. Згідно зі статтею 16 Закону України «Про страхування», договір страхування — це письмова угода між страхувальником та страховиком, за якою страховик бере на себе зобов'язання в разі настання страхового випадку виплатити страхову суму або відшкодувати завданий збиток у межах страхової суми страхувальнику чи іншій особі, визначеній страхувальником, або на користь якої укладено договір страхування (надати допомогу, виконати послугу тощо), а страхувальник зобов'язується сплачувати страхові платежі у визначені терміни та виконувати інші умови договору. Така угода уявляє собою об'єктивно виражене волевиявлення страхувальника та страховика про взаємне задоволення ними в майбутньому своїх потреб шляхом виконання договору страхування. Зрозуміло, що під час визначення поняття договору страхування законодавець намагався вкласти в нього універсальний зміст. Це поняття мало би охопити три існуючі в Україні види страхування: особисте, майнове та страхування відповідальності. Але таке завдання є не з легких, адже кожен вид страхування досить специфічний і має свої характерні ознаки.

Закон України «Про страхування» (ст.4) встановлює, що об'єктом страхування можуть бути майнові інтереси, які не суперечать законодавству і пов'язані з відшкодуванням страхувальником завданої ним шкоди особі або її майну, а також

шкоди, заподіяної юридичній особі. Та позиція, що в якості об'єкта страхування можуть виступати саме майнові інтереси є домінуючою і підтримується багатьма науковцями [6, с.11-12; 7, с.212]. Хоча ще наприкінці XIX, початку XX ст. з нею погоджувались далеко не всі. Так, наприклад, російський правознавець С.Е.Ліон визначав інтерес як можливість отримати (чи не отримати) від речі певну вигоду. Тому, на його думку, можливим було лише страхування реально існуючих речей, а страхування інтересу суперечило основним загальноприйнятим положенням договору страхування [4, с.2-4]. Ми ж, зі свого боку, вважаємо, що ні життя, ні здоров'я, ні навіть майно не можуть безпосередньо виступати в якості об'єкта страхування. Адже страхова компанія не бере на себе обов'язок надати страхувальникові натуральну компенсацію, завданої йому шкоди. Більше того, в окремих випадках відновлення об'єкта страхування є взагалі неможливим, наприклад, при страхуванні життя. У зв'язку із цим ми стверджуємо, що укладаючи договір страхування і сплачуючи страхову премію, страхувальник має на меті забезпечити власний майновий інтерес: отримати певну грошову компенсацію (особисте та майнове страхування) і зберегти (відновити) попередній майновий стан (майнове страхування і страхування відповідальності).

Страхування відповідальності переслідує власну мету. На відміну від майнового страхування (де страхуванню підлягають конкретні майнові інтереси фізичних і юридичних осіб, пов'язані з володінням, користуванням і розпорядженням майном), і особистого страхування (коли страхуються майнові інтереси на випадок настання певних подій, пов'язаних з життям застрахованих осіб), безпосередньою метою страхування відповідальності є захист майнових інтересів потенційних заподіювачів шкоди. У літературі панує також інша точка зору, згідно з якою страхування відповідальності покликане, перш за все, забезпечувати інтереси потерпілих осіб. Можливо, ця думка і виправдана з соціальної позиції, але, на наш погляд, вона не витримує критики, якщо ми розглядаємо страхування відповідальності як цивільне правовідношення. Договір укладається особою, яка має власний майновий інтерес. Щоб задовольнити його, необхідно сплачувати страхові премії. Тому навряд чи страхувальник при виникненні зобов'язальних відносин піклується про «благо» невідомих йому третіх осіб [12, с.31-33]. Виходячи з цього, характерною рисою договору страхування відповідальності є наявність, окрім сторін договору (страховика та страхувальника), ще одного суб'єкта — третьої (потерпілої) особи, яка в момент укладення договору не може бути конкретно визначена. Згідно з Законом України «Про страхування» (ст.3) в редакції від 04.10.2001 р., потерпіла особа може позначатися також терміном вигодонабувач.

Особливістю всіх видів договорів страхування є те, що страхувальник завжди зобов'язаний оплатити страхову послугу, так як в іншому разі договір не набуде чинності. Страховик же здійснює страхові виплати лише тоді, коли настане страховий випадок, який потягне за собою обумовлені у договорі наслідки (мова йде про так званий «умовний характер відповідальності страховика» [8, с.38]). Якщо ж у період страхування страховий випадок не настає, то сплачений страхувальником внесок перерозподіляється на користь інших страхувальників, з якими відбулись страхові випадки [5, с.6]. Таким чином, абсолютному обов'язку страхувальника протистоїть ймовірний обов'язок страховика, оскільки страховий випадок має ознаки ймовірності та випадковості [9, с.504]. Однак це зовсім не означає, що договір страхування взагалі, як і договір страхування відповідальності зокрема, можна визнати умовною угодою. Ми, у цьому розумінні поділяємо думку В.І.Серебровського, який у своїй праці «Очерки советского страхового права» обґрунтував позицію, що договір страхування не є умовною угодою. При цьому він керувався наступними аргументами. По-перше, обов'язок страхувальника по сплаті страхового внеску не залежить від будь-якої умови чи строку. По-друге, настання страхового випадку, який тягне за собою обов'язок страховика виплатити страхове відшкодування, є не випадковою частиною договору, а

суттєвою, необхідною [10, с.64]. По-третє, вказаний обов'язок страховика є невизначеним у силу ризикового характеру самого договору страхування [2, с.283]. По-четверте, «відповідальність» страховика обмежується розміром страхової суми. По-п'яте, «відповідальність» страховика є строковою.

Наведені вище особливості договору страхування відповідальності дають можливість визначити його як правочин між страховиком і страхувальником, за яким страховик бере на себе зобов'язання в разі настання страхового випадку відшкодувати третім особам в межах ліміту відповідальності збитки, ненавмисно завдані страхувальником, а страхувальник зобов'язується своєчасно вносити страхові платежі та виконувати інші умови договору. Хоча страхувальник не ставить собі за мету захистити майнові інтереси третіх осіб, договір страхування відповідальності є своєрідною гарантією того, що потерпілі особи отримають належне відшкодування. Тому, наявність подібного договору в сьогоднішніх умовах особливо важлива, оскільки дуже часто винна в заподіянні збитків особа виявляється неспроможною відшкодувати їх.

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України від 16 січня 2003. — К.: Атіка, 2003. — 416 с.*
2. *Гражданское и торговое право капиталистических стран / Под ред. проф. В.П.Мозолина и к.ю.н. М.И.Кулагина. — М.: «Высшая школа», 1980. — 387 с.*
3. *Гражданское право. В 2 томах. Том II. Полутом 2: Учебник / Отв. ред. Е.А.Суханов. — М.: Издательство БЕК, 2000. — 544 с.*
4. *Договоръ страхованія по русскому праву. Изслъдованіе кандидата правъ С.Е.Ліона. — М.: Товарищество «Печатня С.П.Яковлева», 1892. — 85 с.*
5. *Журавлев В.Ф., Лазарева Л.И. Обязательства по страхованию: Уч. пособие. — М.: Ин-т зашиты предпринимателя, 1996. — 77 с.*
6. *Пылов К.И. Страховое правоотношение по советскому гражданскому праву и проблемы его совершенствования. — Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М.: МГУ, 1987. — 18 с.*
7. *Райхер В.К. Общественно-исторические типы страхования. — Москва-Ленинград: Изд-во Акад. наук СССР, 1947. — 282 с.*
8. *Серебровский В.И. Значение и понятие страхования // Страховое право. — 1998. — № 1. — С.24-40.*
9. *Серебровский В.И. Избранные труды. — М.: «Статут», 1997. — 567 с.*
10. *Серебровский В.И. Очерки советсткого страхового права. — М.: Государственное издательство, 1926. — 235 с.*
11. *Страховое дело. Учебник. / Под ред. проф. Рейтмана Л.И. — М.: Банковский и биржевой научно-консультационный центр, 1992. — 528 с.*
12. *Суворов Д.В. Гражданская ответственность и страхование // Финансы. — 1994. — №10. — С.31-33.*

О. О. Нігреєва

викладач кафедри загальноправових дисциплін та міжнародного права
Одеського національного університету ім. І. І. Мечникова,
Одеса, Україна

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРАВОВУ ПРИРОДУ ІПОТЕКИ

У доктрині цивільного права існує багато невирішених та дискусійних питань, що стосуються застави та її різновидів. Саме таке питання постає при визначенні правової природи іпотеки. Аналіз діючого законодавства не дає можливості однозначного віднесення застави, а відповідно, й іпотеки, до речових або ж до

зобов'язальних способів забезпечення виконання зобов'язань. Дослідженням цього питання займалася ціла низка визначних цивілістів дореволюційного та радянського періоду. До них відносяться Д. І. Мейер, К. П. Победоносцев, Г. Ф. Шершеневич, Л. А. Кассо, В. К. Райхер, О. С. Йоффе та ін. У нинішній правовій науці також існують різні думки щодо речово-правової чи зобов'язально-правової природи застави. Різноманітні позиції щодо цього обґрунтовують у своїх роботах М. І. Брагінський, В. В. Вітрянський, Л. В. Щенникова, О. В. Дзера, Є. О. Харитонов, І. В. Спасибо-Фатєєва, І. І. Пучковська.

Для формування власних висновків вважаємо за необхідне розглянути аргументацію науковців, що займають протилежні позиції у визначенні правової природи застави. Дотепер найвагомішим аргументом на підтвердження думок авторів, які відносять право застави до зобов'язальних прав, є структурне розташування норм, які регулюють заставу як спосіб забезпечення виконання зобов'язань, у розділах цивільних кодексів більшості країн колишнього СРСР, присвячених саме зобов'язальному праву. Однак це не єдиний їх доказ. Однією з найбільш вдалих уявляється спроба обґрунтування зобов'язально-правової природи застави, що була здійснена відомими російськими вченими М. І. Брагінським та В. В. Вітрянським. На їх думку, можна казати тільки про поширення деяких норм про речово-правові способи захисту на заставні правовідносини, але не про речово-правову природу самих заставних відносин [2, с. 14]. Зупинимося більш детально на їх міркуваннях. По-перше, на їх думку, речово-правовий характер іпотеки заперечує той факт, що предметом застави можуть виступати не тільки речі у прямому смислі цього слова, але й майнові права, які ні в якому разі не є об'єктом речових прав. Аналогічне зауваження можна зробити й щодо предмета іпотеки, до якого відносять також права оренди та користування майном (ст. 5 Закону України «Про іпотеку»). По-друге, автори вважають, що зобов'язальний характер застави підкреслюється також тим правилом, що вона може бути встановлена щодо нерухомого майна, яке стане власністю заставодавця у майбутньому. По-третє, вони зазначають, що у російському праві застава є скоріше зобов'язальним способом забезпечення також по причині замінності предмету застави [2, с. 13].

Обмежений обсяг цієї доповіді не дає можливості зупинитися на їх аргументації більш детально та вимагає переходу до розгляду позиції їх опонентів. Узагальнюючи аргументацію прихильників речово-правового розуміння правової природи застави, можна викласти її у наступних тезах.

По-перше, для застави та, в більшій мірі, для іпотеки характерне так зване право слідування. Право застави та іпотеки слідує за річчю, яку вони обтяжують, незважаючи на зміну власників такої речі. Ця ознака характерна для усіх речових прав.

По-друге, заставодержатель стає володільцем абсолютних прав, тобто його право отримати задоволення своїх інтересів за рахунок заставленої речі має силу не тільки для заставодавця, але й для усіх інших зацікавлених осіб. Це також одна з визначальних ознак речового права.

По-третє, застава, а разом із нею іпотека, наділяє заставодержателя переважним правом задоволення своїх вимог за рахунок заставленого майна перед іншими кредиторами боржника. Деякі автори називають цю ознаку речово-правового характеру іпотеки правом переваги [3, с. 5]. Однак слід зауважити, що така пріоритетність вимог іпотекодержателя не є безумовною. Зокрема, вона обмежується у випадку звернення стягнення на судно, обтяжене іпотекою, держателями морських привілейованих вимог.

Характеризуючи речово-правові риси іпотеки, не можна не підкреслити безпосередню залежність задоволення інтересів іпотекодержателя від його власних дій, а саме від реалізації права на звернення стягнення на предмет іпотеки у разі невиконання або неналежного виконання боржником основного зобов'язання та в інших, передбачених законом, випадках. У цій ситуації іпотекодавцю відведено

пасивну роль спостерігання за діями іпотекодержателя, в той час, як у зобов'язальних правовідносинах саме боржник — активний учасник, на якого покладене виконання певних обов'язків задля задоволення інтересів кредитора.

Більш того, українським законодавством передбачена можливість завчасного закріплення договором про задоволення вимог іпотекодержателя права останнього на переведення обтяженого іпотекою майна у свою власність у випадку невиконання іпотекодателем основного зобов'язання та в інших випадках виникнення підстав для звернення стягнення на предмет іпотеки. Ця опція іпотекодержателя закріплює речово-правовий характер іпотеки в праві України, бо фактично не дає правовідносинам, пов'язаним з певною річчю, трансформуватися у правовідносини зобов'язального характеру. Саме такий характер мають правовідносини, пов'язані із задоволенням вимог кредитора за рахунок вартості проданого на прилюдних торгах предмета іпотеки. В них об'єктом є вже не індивідуально-визначений предмет іпотеки, а певна сума грошів, які являють собою речі з родовими ознаками (ч. 2 ст. 184 ЦКУ) [4, с. 171].

Й на останнє, суттєвий факт, що підтверджує думку прибічників речово-правової концепції, — у випадку банкрутства заставодавця заставлене майно хоча й не виключається з ліквідаційної маси майна боржника, з вартості котрого у порядку черговості, встановленої Законом України «Про відновлення платоспроможності боржника та визнання його банкрутом», будуть потім задовольняться права усіх його кредиторів, однак використовується виключно для першочергового задоволення вимог заставодержателя (ст. 26 Закону) [1]. Ст. 31 зазначеного закону, встановлюючи черговість задоволення вимог кредиторів боржника, визнаного судом банкрутом, відносить вимоги заставодержателів такого боржника до вимог першої черги, чим підкреслюється їх виключність та безпосередній зв'язок із заставленою річчю.

Таким чином, наведені положення, які характеризують заставу і, зокрема, іпотеку, дозволяють дійти висновку щодо їх речово-правової природи в праві України, яка однак доповнюється деякими ознаками зобов'язально-правових способів забезпечення зобов'язань. Останні, зокрема, полягають в обмеженні повноважень володільця такого права, порівнюючи з класичними речовими правами, що наділяють їх носія усіма або більшістю повноважень власника. Іпотечне право, навпаки, не надає іпотекодержателю ані права володіння, ані права користування заставленим майном. Сутність іпотечного права міститься у потенційній можливості для іпотекодержателя отримати задоволення своїх вимог шляхом позбавлення іпотекодателя права власності на заставлене майно.

Визнаючи право іпотеки речовим правом, здається вірним класифікувати його саме як право на чужі речі. Діючим законодавством не передбачена можливість застави майна його власником самому собі. Більш того, ст. 606 ЦКУ визнає випадок поєднання боржника та кредитора в одній особі як підставу для припинення зобов'язання [4, с. 526].

Використані джерела:

1. Про відновлення платоспроможності боржника та визнання його банкрутом: Закон України від 14 травня 1992р. [Электронный ресурс] Режим доступа: http://zakon.rada.gov.ua

2. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положення. [Электронный ресурс] Режим доступа: http://pravoznavec.com.ua

3. Вишневський А. Залоговое право. — М.: БЕК, 1995. — 179 с.

4. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: За ред. В. М. Коссака. — К.: Істина, 2004. — 976 с.

І. С. Ніколаєв
кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач секції правознавства кафедри економічної теорії та права
Харківського гуманітарного університету «Народна українська академія»,
Харків, Україна

ІСТОРІЯ ТА СВІТОВА ПРАКТИКА РОЗВИТКУ ДОКТРИНИ АБСОЛЮТНОГО ТА ФУНКЦІОНАЛЬНОГО ІМУНІТЕТУ

«Навколо питання про імунітет іноземної держави, її органів та її власності точиться напружена та гостра боротьба як в теорії міжнародного права, так і на практиці» [1, с. 3], — ще майже пів століття тому зазначав Богуславський М. З плином часу це питання не втратило гостроти і актуальності.

Не дивлячись на те, що застосування імунітету держави в судовій та іншій правозастосовчій практиці в наш час є загальновизнаним, єдності законодавчої практики в світовому співтоваристві стосовно об'єму державного імунітету досі немає. Всі держави в цій сфері можна поділити на дві групи, норми внутрішнього законодавства яких базуються на одній з двох теорій державного імунітету: теорії абсолютного та функціонального імунітету [2, с. 51].

Історія та світова практика розвитку доктрини абсолютного та функціонального імунітету. Із самого початку у міжнародному праві застосовувалася доктрина абсолютного (повного) імунітету держави, що поширювався на усі сфери діяльності держави.

З плином часу в практиці багатьох держав набула розвитку тенденція сприйняття доктрини функціонального імунітету, коли вони почали надавати імунітет іншим державам лише стосовно державних дій (дії jure imperii), відмовляючи в цьому їхнім комерційним діям (дії jure gestionis). Ця відмінність є відображенням факту все більшої участі держав в економічних (господарських) справах, як внутрішніх, так і зовнішніх. Особливо це стало проявлятися від XIX століття.

Перехід від доктрини абсолютного до доктрини функціонального імунітету проходив спочатку в країнах континентального права, тоді як в країнах загального права суди здійснювали це з великим трудом, і в цих країнах доктрина функціонального імунітету виразно закріпилася лише з прийняттям відповідного законодавства [3, с. 233]. Так, наприклад, Сполучені Штати Америки відмовилися від правила абсолютного імунітету і натомість визнали правила функціонального лише в 1952 році.

Спричинена колізія старих і нових прецедентів перетворила англійське право на дуже невизначене в цьому питанні. В зв'язку з цим у 1978 році Британський парламент ухвалив Закон про імунітет держав, відповідно до розділу третього якого іноземні держави у своїх комерційних трансакціях імунітетом не користуються.

У тому ж загальному напрямку попростувало багато інших країн. Як наслідок, нині правило функціонального імунітету застосовує більшість держав світу, хоча деякі країни, особливо у Південній Америці, ще й досі додержуються правила абсолютного імунітету [4, с. 177-178].

Положення теорії абсолютного імунітету широко використовувалися Радянським Союзом, доктрина якого виходила з того, що держава не перестає бути суверенною, коли вона бере участь в економічному обігу [5, с. 152]. Такої ж позиції трималась практика. Симптоматично, що українська доктрина, законодавство та практика також традиційно виходили з визнання саме абсолютного імунітету держави.

Не змінилася ця ситуація і з прийняттям в Україні Закону «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 року № 2709-IV, ч. 1 статті 79 «Судовий імунітет» якого виходить саме з визнання за державою абсолютного імунітету.

Висновок. Вирішення Україною проблеми імунітету має велике практичне значення. В світі відмічається тенденція відходу від теорії абсолютного імунітету в бік функціонального.

З метою законодавчого вирішення Україною проблеми імунітету треба:

1) ратифікувати Європейську конвенцію про імунітет держав від 16 травня 1972 року (Базель), яка досить чітко вирішує зазначену проблему;

2) внести зміни в статтю 413 «Позови до іноземних держав та міжнародних організацій. Дипломатичний імунітет» ЦПК України від 18 березня 2004 року № 1618-IV та ст. 79 «Судовий імунітет» ЗУ «Про МПрП», доповнивши ці статті новою частиною другою, такого змісту:

«Пред'явлення позову до іноземної держави, забезпечення позову і звернення стягнення на майно іноземної держави, яке знаходиться в Україні, у випадках участі держави в якості суб'єкта міжнародного приватного права в міжнародних не міждержавних приватно-правового характеру відносинах, можуть бути допущені без згоди компетентних органів відповідної держави, якщо інше не передбачено міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, або законом України».

Таким чином, українське цивільне процесуальне законодавство дозволить застосувати принципи теорії функціонального імунітету і притягти державу Україна як суб'єкта міжнародного приватного права до міжнародної цивільно-правової відповідальності в загальному порядку.

При цьому, у виключних випадках, коли мова йде про необхідність захисту національних інтересів, буде збережено можливість зробити безпосередньо в міжнародній приватно-правовій угоді з участю держави Україна застереження про застосування до відносин, що випливають з цієї угоди державного імунітету.

Використані джерела:

1. *Богуславський М. М. Иммунитет государства. — М.: Изд-во ИМО, 1962. — 232 с.*
2. *Данилькевич И. И., Федоров О. Н. Международное частное право: Учебное пособие. — Дн.: Арт-Пресс, 1999. — 210 с.*
3. *Звеков В. П. Международное частное право: Курс лекций. — М.: Изд. группа «НОРМА ИНФРА М», 1999. — 686 с.*
4. *Маланчук П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом / Пер. з англ. — Харків: Консул, 2000. — 592 с.*
5. *Богуславський М. М. Международное частное право. — М.: Юристъ, 2002. — 462 с.*

В. С. Новікова

курсант Донецького юридичного інституту,

Донецьк, Україна

ЗАСТАВА ЯК ЗАПОБІЖНИЙ ЗАХІД У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ: НЕДОЛІКИ ТА ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ

У світлі положень Конституції України про право кожного на волю й особисту недоторканність застосування застави в кримінальному процесі представляється нам цілком виправданою й необхідною мірою, тому що звужує сферу застосування арешту, коли в ході провадження по справі це не викликається необхідністю.

Основною проблемою застосування застави як запобіжного заходу виступає відсутність чіткої правової регламентації цього інституту в чинному законодавстві. Немає ясності у визначенні підстав і процедури застосування застави, предмета й сфери дії.

Важливе питання — *про порядок прийняття застави* — поки залишається не достатньо з'ясованим. Так, у ст. 154^1 КПК закріплюється положення про внесення суми застави на депозит органу розслідування певним колом осіб, що виступають як заставники. Неясність даної процедури призвела до того, що в практиці розслідування порядок прийняття застави став реалізовуватися у двох видах: 1) сума застави приймається самим слідчим, а потім передається на депозит суду; 2) слідчий приймає від заставника лише документ про прийняття застави на депозит суду.

Забезпечивши належне поводження обвинувачуваного в період слідства й судового розгляду, застава як запобіжний захід перестає бути надалі необхідним і підлягає скасуванню. Однак *порядок повернення застави* Кримінально-процесуальним кодексом не регулюється. Стаття 154^1 КПК односторонньо вирішує це питання й визначає долю застави тільки при недотриманні обвинувачуваним умов запобіжного заходу. Разом з тим розрахунок на повернення застави — основна причина, яка змушує обвинувачуваного поводитися належним чином. Застава підлягає поверненню незалежно від того, визнаний підсудний винним чи ні.

Формально суд вправі повернути заставу вже в момент винесення обвинувального вироку, тому що ст. 154^1 КПК передбачає звернення застави в дохід держави тільки у випадку відхилення обвинувачуваного від явки по викликах суду. Оскільки відхилення не мало місця, можна вважати, що обвинувачуваний своє зобов'язання виконав.

Досить складним є питання про предмет застави. Конкретно предмет застави визначається законодавцем як гроші або цінності, внесені в депозит органу розслідування обвинувачуваним (підозрюваним) або іншою особою чи організацією.

Даючи таке визначення предмета, КПК не роз'яснює, що мається на увазі під «цінностями». Тому чітке і ясне визначення предмета застави буде мати важливе значення. Предмет застави повинен виконувати різні функції: по-перше, утримувати обвинувачуваного, підозрюваного від неналежних дій; по-друге, виключати труднощі в його прийнятті, зберіганні й поверненні; по-третє, мати постійну цінність; по-четверте, виключати права власності третіх осіб [1, с. 82].

Відповідно до статті 154^1 КПК України застава полягає у внесенні коштів на депозит органу досудового розслідування. Оскільки слідчі підрозділи не є юридичними особами і не мають рахунків у банківських установах, застава повинна вноситись на депозит того органу внутрішніх справ, структурним підрозділом якого є слідчий підрозділ, що розслідує кримінальну справу, у якій обрано цей запобіжний захід. Виходячи з цього, застава має вноситись через фінансові підрозділи до органів внутрішніх справ, а слідчий повинен виступати в цьому лише посередником. При цьому слідчий повинен отримувати не безпосередньо предмет застави, а лише документи, що підтверджують надходження відповідних сум до каси фінансового органу. Слідчий має упевнитись, що ці документи складені вірно, без помилок, відповідають вимогам, що ставляться до фінансових документів тощо.

При прийнятті як застави цінного майна слідчий також повинен отримувати лише документи, що підтверджують отримання такого майна відповідними органами, або самі документи на право власності на це майно. При цьому такі документи обов'язково повинні бути передані до фінансового підрозділу органу внутрішніх справ, а при кримінальній справі повинні зберігатись лише фінансові документи, що підтверджують отримання предмету застави або документів про право власності на них.

Суттєвим і неоднозначним є закріплення в законі положення про те, що *розмір застави* не може бути меншим від заявленого цивільного позову по справі, обґрунтованого достатніми доказами. Це створює ситуацію, коли в разі заподіяння державі збитків у мільйонних сумах цивільні позови будуть дуже значними і органу, який проводить досудове слідство, необхідно встановити розмір застави у кілька

мільйонів гривень. У цьому разі вірогідність внесення такої суми різко зменшується і, відповідно, знижується ефективність використання даного запобіжного заходу [2, с. 174].

Слід визначити і законодавчо закріпити процесуальний *статус заставодавця*. У зв'язку з тим, що процесуальне положення заставодавця як суб'єкту кримінального процесу не визначено , це питання у слідчій та судовій практиці розглядається з урахуванням існуючих понять, щодо осіб, які беруть участь у справі, учасників процесу та учасників судового розгляду.

Закон не передбачає таких випадків, коли даний запобіжний захід не може застосовуватись. За змістом ст. 154^1 КПК України цей запобіжний захід може застосовуватись відносно всіх категорій осіб, які притягуються до кримінальної відповідальності, незалежно від важкості злочину, у скоєнні якого вони підозрюються або обвинувачуються. В юридичній літературі це положення викликає ряд критичних зауважень. Деякі судді пропонують порушити перед Верховною Радою України клопотання про внесення до ст. 154^1 КПК України зміни, відносно неможливості застосування застави до окремих категорій громадян, зокрема особо небезпечних рецидивістів, особам, які скоїли тяжкі злочини [3, с. 108].

Таким чином, ми бачимо, що застосування запобіжного заходу у вигляді застави потребує подальшого удосконалення. Тому, якщо усунути існуючі недоліки у цій процедурі , це дозволить застосовувати цей запобіжний захід на практиці більш ефективно, що в свою чергу, обов'язково позитивно вплине на розслідування в цілому.

Використані джерела:

1. Шейфер С. А. Применение залога как меры пресечения // Прокурорская и следственная практика. — 1998. — № 4. — С. 82.

2. Міністерство внутрішніх справ. Головне слідче управління // Збірник матеріалів методичних рекомендацій з питань розкриття та розслідування злочинів.К.,2001. — с.164-186.

3. Данченко Т. Застава: історія розвитку та проблеми застосування //Підприємництво, господарство, право. — К.: 2004. — № 1. — С. 107-108.

М. В. Оприско

асистент кафедри цивільного права і процесу

Львівського національного університету імені Івана Франка,

Львів, Україна

ОСОБЛИВОСТІ НАБУТТЯ ТА ЗДІЙСНЕННЯ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ НЕПОВНОЛІТНІМИ ТА МАЛОЛІТНІМИ

Як і будь-які інші права, корпоративні права можуть бути самостійно набуті та здійснені лише особою, яка володіє достатнім обсягом дієздатності.

Досліджуючи питання суб'єктів корпоративних прав цивілісти за невеликим винятком залишають поза увагою особливості, які стосуються набуття та здійснення корпоративних прав осіб, які не набули повної цивільної дієздатності. Ті ж вчені, хто звернув увагу на це питання (зокрема, Кравчук В. М.), досліджують лише можливість таких осіб бути засновником юридичних осіб, зокрема корпоративних товариств [1, с. 172]. Ні в чинному законодавстві, ні в цивілістичній літературі не розв'язано питання набуття корпоративних прав малолітніми та неповнолітніми з похідних підстав та здійснення цих прав. Дискусійним залишається питання заснування особами, які не

набули повної цивільної дієздатності корпоративних товариств, виникнення в них на цій підставі корпоративних прав та їх здійснення.

В Цивільному кодексі України фізичні особи, які не досягли повноліття, поділяються на дві групи за віковим критерієм: 1) фізичні особи, які не досягли чотирнадцяти років (малолітні особи); 2) фізичні особи у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років (неповнолітні особи). Ці дві групи наділяються відповідними обсягами дієздатності: малолітні — частковою цивільною дієздатністю, а неповнолітні — неповною.

Цивільний кодекс України надає право малолітній особі самостійно лише вчиняти дрібні побутові правочини та здійснювати особисті немайнові права на результати інтелектуальної, творчої діяльності, що охороняються законом [2, ст. 31]. Тобто, про право малолітніх осіб самостійно виступати засновником юридичної особи, набувати корпоративних прав за цивільно-правовими договорами чи самостійно їх здійснювати в Цивільному кодексі України взагалі не йдеться. Більше того, співставивши положення ст.ст. 31 та 32 Цивільного кодексу України можна прийти до висновку, що малолітні особи взагалі не можуть бути учасниками юридичних осіб. Однак це не відповідає дійсності, оскільки малолітня особа може бути суб'єктом корпоративних прав.

Так, Цивільним кодексом України передбачено, що законними представниками малолітніх осіб є їх батьки (усиновлювачі) або опікуни [2, ст. 242]. Відповідно до Сімейного кодексу України, батьки управляють майном, належним малолітній дитині, без спеціального на те повноваження [3, ст. 177]. Згідно зі ст. 239 Цивільного кодексу України, правочин, вчинений представником, створює, змінює, припиняє цивільні права та обов'язки особи, яку він представляє. Аналіз даних положень чинного законодавства та позицій науковців (зокрема, Кравчука В. М.) дає підстави стверджувати, що від імені та в інтересах малолітніх дітей батьки можуть вчинити такі правочини щодо набуття корпоративних прав: 1) створити або взяти участь у створенні корпоративного товариства; 2) вступити в корпоративне товариство; 3) придбати частку (акцію) у корпоративного товариства, попередньо придбану ним у свого учасника; 4) придбати частку (акцію) в інших учасників корпоративного товариства.

Слід зауважити, що набути від імені та в інтересах малолітньої особи корпоративні права у виробничому кооперативі батьки не можуть, оскільки членом кооперативу може бути фізична особа, яка досягла 16-річного віку і виявила бажання брати участь у його діяльності [4, ст. 10]. Крім цього, малолітня особа не може стати членом фермерського господарства, оскільки ним може бути дитина, яка досягла 14-річного віку [5, ст. 3]. Обмежено також можливість малолітніх ставати учасниками повного та повними учасниками командитного товариств, оскільки така участь передбачає здійснення підприємницької діяльності від імені товариства [2, ст. 119]. А з положень ст. 35 Цивільного кодексу України випливає, що підприємницькою діяльністю можна займатися за відповідних умов лише із досягненням шістнадцяти років.

Значні особливості виявляються при набутті малолітніми особами корпоративних прав в порядку спадкування.

Так, Цивільним кодексом України передбачено, що малолітня особа вважається такою, що прийняла спадщину, крім випадку, коли батьки (усиновлювачі), опікун відмовилися від її прийняття з дозволу органу опіки та піклування [2, ст. 1268]. Тобто, у випадку успадкування малолітньою особою частки (акції), вона набуває корпоративних прав навіть без вчинення активних дій (правочинів) її батьками.

Зокрема, частка у статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю переходить до спадкоємця фізичної особи — учасника товариства, якщо статутом товариства не передбачено, що такий перехід допускається лише за згодою інших учасників товариства [2, ст. 147]. Даному положенню дещо суперечить ст. 55 Закону

України «Про господарські товариства», в якій зазначено, що спадкоємець учасника має лише переважне право вступу до товариства. Вважаю, слід привести цю норму у відповідність до положень Цивільного кодексу України.

Отже, малолітні особи можуть набувати корпоративних прав в таких видах корпоративних товариств: акціонерне товариство, товариство з обмеженою відповідальністю, товариство з додатковою відповідальністю, приватне підприємство кількох засновників-фізичних осіб. Підставами набуття ними корпоративних прав можуть виступати правочини, вчинені від їх імені та в їх інтересах батьками (усиновлювачами) чи опікунами, або спадкування частки (акції).

З приводу здійснення корпоративних прав малолітніх осіб в актах цивільного законодавства та в цивілістичній літературі прослідковується чітка позиція, згідно з якою малолітні особи не можуть самостійно здійснювати корпоративних прав, які за них здійснюють їх законні представники (батьки, опікуни, усиновлювачі) [7, 196].

Відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 32 Цивільного кодексу України, фізична особа у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років (неповнолітня особа) має право бути учасником (засновником) юридичних осіб, якщо це не заборонено законом або установчими документами юридичної особи (зокрема, не можуть бути засновниками та членами виробничого кооперативу особи віком від 14 до 16 років).

Звідси можна зробити висновок, що особи, наділені неповною дієздатністю, самостійно набувають корпоративні права як з первісних так і з похідних підстав та самостійно їх здійснюють, якщо це не заборонено актами цивільного законодавства або установчими документами корпоративного товариства.

З огляду на вищенаведене, слід внести зміни до Цивільного кодексу України, доповнивши ч. 1 ст. 31, що передбачає права малолітніх осіб, які вони здійснюють самостійно, пунктом 3 такого змісту: «бути учасником юридичних осіб, якщо це не заборонено законом або установчими документами юридичної особи». Крім цього, слід викласти пункт 3 ч. 1 ст. 32 Цивільного кодексу України, яка передбачає види правочинів, які можуть самостійно вчинятися неповнолітніми особами, в такій редакції: «самостійно засновувати юридичні особи, вступати до них та набувати корпоративних прав з інших підстав, якщо це не заборонено законом або установчими документами юридичної особи».

Використані джерела:

1. *Кравчук В. М. Корпоративне право. Науково-практичний коментар законодавства та судової практики. — К. : Істина, 2005. — 720 с.*
2. *Цивільний кодекс України: Офіц. видання. — К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2004.*
3. *Сімейний кодекс України: Офіц. видання. — К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2004.*
4. *Про кооперацію: Закон України від 10 липня 2003 року // Відомості Верховної Ради (ВВР). — 2004. — № 5. — Ст. 35.*
5. *Про фермерське господарство: Закон України від 19 червня 2003 року // Відомості Верховної Ради (ВВР). — 2003. — № 45. — Ст.363.*
6. *Про господарські товариства: Закон України від 19 вересня 1991 року // Відомості Верховної Ради (ВВР). — 1991. — №49. — Ст. 682.*
7. *Коссак В. М. Особливості статусу малолітнього і неповнолітнього учасників цивільних правовідносин // Ювенальна політика та ювенальна юстиція в сучасній державі: Матеріали Міжнародної наукової конференції 21-22 вересня 2007 р., Одеса / За заг. ред. проф. Ю.М.Оборотова ; Одеська національна юридична академія. — Одеса: Фенікс, 2007. — 436 с.*

Я. П. Панталієнко
аспірантка Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Київ, Україна

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПИТАННЯ ОСКАРЖЕННЯ НЕПРАВИЛЬНО ВЧИНЕНИХ НОТАРІАЛЬНИХ ДІЙ ЧИ ВІДМОВИ У ЇХ ВЧИНЕННІ З УРАХУВАННЯМ ЗМІН У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

Прийняття нового Цивільного процесуального кодексу України (далі — ЦПК України) [1] стало визначною подією на шляху до проведення судової та правової реформ в Україні, певною мірою завершивши перехідний період розвитку українського процесуального права.

У той же час, зазначені зміни у цивільному процесуальному законодавстві призвели до появи низки питань, щодо правового врегулювання тих чи інших правовідносин. Одним із таких питань є питання оскарження неправильно вчинених нотаріальних дій чи відмови у їх вчиненні.

Можливість оскарження неправильно вчиненої нотаріальної дії чи відмови у її вчиненні передбачена статтею 50 Закону України «Про нотаріат» [2]. Відповідно до якої заінтересована особа, яка вважає неправильною вчинену нотаріальну дію або відмову у вчиненні нотаріальної дії, вправі подати про це скаргу до районного, районного у місті, міського чи міськрайонного суду за місцезнаходженням державної нотаріальної контори, державного нотаріального архіву, виконавчого комітету сільської, селищної, міської Ради народних депутатів чи робочого місця приватного нотаріуса. Розгляд таких справ провадиться районним, районним у місті, міськими та міськрайонними судами у порядку, встановленому цивільним процесуальним законодавством України.

До введення в дію ЦПК України такі скарги розглядалися в межах окремого провадження як самостійна категорія справ. Сьогодні ЦПК України вже не передбачає такої можливості, з окремого провадження вилучена така категорія справ, як оскарження нотаріальних дій або відмови у їх вчиненні. Таке вилучення з окремого провадження зазначеної категорії справ є, вбачається, доречним. Оскільки, відповідно до ч. 1 ст. 234 ЦПК України окреме провадження — це вид непозовного цивільного судочинства, в порядку якого розглядаються цивільні справи про підтвердження наявності або відсутності юридичних фактів, що мають значення для охорони прав та інтересів або створення умов здіснення нею особистих немайнових чи майнових прав або підтвердження наявності чи відсутності неоспорюваних прав. У той же час, заглибившись у правовідносини, які виникають між нотаріусом та особою, яка оскаржує нотаріальну дію чи відмову у її вчиненні, варто відмітити наявність саме спірних правовідносин між цими особами. Наявність чітко визначених сторін з протилежними інтересами — характерна риса не окремого, а позовного провадження [3, с. 54].

У розрізі піднятого питання потрібно вести мову про визначення правового статусу державних нотаріусів, приватних нотаріусів, державних нотаріальних контор, піднімати питання про особливості їх відповідальності. Розібравшись із цими питаннями, приходимо до висновку в якості кого будуть виступати зазначені особи у судовому процесі. У випадку оскарження неправильно вчиненої дії чи відмови у її вчиненні відповідачем буде сам приватний нотаріус. У випадку оскарження дій державного нотаріуса чи його відмови у вчиненні нотаріальної дії ситуація є іншою [4, с. 7]. Державна нотаріальна контора буде виступати як третя особа без самостійних вимог, у той час, як відповідачем буде виступати Управління юстиції чи Міністерство юстиції.

Пунктом 8 Прикінцевих та перехідних положень ЦПК України передбачено, що скарги, заяви щодо нотаріальних дій чи відмови у їх вчиненні, подані до набрання чинності Кодексом відповідно до глави 39 Цивільного процесуального кодексу 1963 року, розглядаються за правилами позовного провадження, встановленими новим Кодексом. А вже пунктом 9 Прикінцевих та перехідних положень ЦПК України визначені категорії справ, скарги по яким подані до набрання чинності ЦПК України повинні розглядатися в порядку, встановленому Адміністративним процесуальним кодексом України. Таким чином, вбачається, що враховуючи зазначені положення, скарги та заяви щодо нотаріальних дій чи відмови у їх вчиненні, подані і після набрання чинності новим ЦПК, повинні розглядатися в порядку цивільного судочинства.

Крім того, згідно з п. 1 ч. 1 ст. 17 Кодексу адміністративного судочинства України (далі — КАС) [5] компетенція адміністративних судів поширюється на спори фізичних та юридичних осіб із суб»єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень (нормативно-правових актів чи правових актів індивідуальної дії), дій чи бездіяльності. Тлумачення поняття «суб»єкт владних повноважень» надано у п. 7 ч. 1 ст. 3 КАС, де зазначено, що суб»єкт владних повноважень — орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова чи службова особа, інший суб»єкт при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень.

Система ж нотаріату не входить до системи органів виконавчої влади. У діях нотаріуса є відсутніми управлінські повноваження, адміністративний примус. Порівнюючи нотаріальну та адміністративну діяльність, варто відмітити, що між ними існує суттєва різниця, зокрема: за характером цих видів діяльності; за характером правовідносин, які виникають при здійсненні нотаріальної та адміністративної діяльностей; методами регулювання нотаріальної та адміністративної діяльностей; метою та результатами, які досягаються у процесі цих двох видів діяльностей.

Отже, виходячи з того, що ст. 50 Закону України «Про нотаріат» передбачає можливість оскарження неправильно вчиненої нотаріальної дії та відмову у вчиненні нотаріальної дії до суду, а розглядати такі скарги неможливо в порядку окремого провадження, а також враховуючи норми, викладені в прикінцевих та перехідних положеннях Цивільного процесуального кодексу України, вбачається, що такі справи мають розглядатися за загальними правилами, тобто в порядку позовного провадження.

Література:

1. Цивільний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради. — 1963. — № 30. — Ст. 464.

2. Про нотаріат: Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 39. — Ст. 383.

3. Фурса С. Правова природа справ про оскарження нотаріальних дій або відмови в їх вчиненні / /Право України. — 1997. — № 10. — С. 53-55.

4. Черних О. Статус державного нотаріуса та державної нотаріальної контори через призму судового процесу // Нотаріат.Адвокатура.Суд. — 2005. — № 3-4. — С. 7.

5. Кодекс адміністративного судочинства // Відомості Верхової Ради України. — 2005. — № 35-36, № 37. — Ст. 446.

А. Л. Паскар
аспірантка Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича, Чернівці, Україна

ЗМІСТ ЦИВІЛЬНИХ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Цивільні процесуальні відносини, як і будь — які інші правовідносини, мають внутрішню визначену будову або структуру. До неї входять три елементи: зміст, суб'єкти і об'єкт. Дане положення не викликає заперечень серед вчених — процесуалістів, але гостра полеміка завжди існувала і існує навколо визначення того, що саме є змістом цивільних процесуальних правовідносин. З'ясування сутності даного поняття має не тільки теоретичне, але й практичне значення, яке полягає в уточненні структури, місця та ролі цивільних процесуальних правовідносин серед інших інститутів цивільного процесуального права.

Питання визначення змісту цивільно–процесуальних правовідносин є одним з найбільш проблематичних не тільки в теорії цивільного процесу. У загальній теорії права це питання також зумовило дискусії серед вчених. Погляди науковців — теоретиків з приводу проблеми визначення змісту правовідносин об'єднались в три точки зору [6, с. 211]. Ці тенденції знайшли своє відображення і в науці цивільного процесу. Відповідно, існуючи в теорії цивільного процесуального права погляди науковців з приводу визначення змісту цивільних процесуальних правовідносин можна систематизувати і класифікувати на три основні течії: 1) змістом цивільних процесуальних правовідносин є суб'єктивні права і обов'язки їх учасників [7, с. 38; 2, с. 58]; 2) змістом цивільних процесуальних правовідносин є процесуальна діяльність суду, осіб, які беруть участь у справі та інших суб'єктів цивільного процесу [8, с. 76; 1, с. 28]; 3) змістом цивільних процесуальних правовідносин є як права і обов'язки, так і процесуальна діяльність їх суб'єктів [4, с. 134]. Разом з тим, вище представлені точки зору не охоплюють собою бачення всіх процесуалістів проблеми визначення змісту цивільно-процесуальних правовідносин. З його самостійним, відокремленим визначенням виступив А. А. Мельников, який піддав різкий критиці всі точки зору. Зокрема він писав, що «...ні суб'єктивні права і обов'язки, ні процесуальні дії, ні їх синтез не складають, і не можуть складати зміст цивільних процесуальних відносин.» [5, с. 83]. На його думку, будь — яке процесуальне правовідношення є засобом реалізації, здійснення норми цивільного процесуального права і його змістом буде вимога (требование — рос.) про реалізацію цієї норми. Виходячи з суджень вченого, змістом цивільних процесуальних правовідносин є вимога законодавця про реалізацію положень, які містяться в нормах права: вимога про реалізацію суб'єктивного процесуального права, вимога про виконання процесуального обов'язку, або ж вимога направлена на здійснення порядку судочинства.

Досліджуючи питання визначення змісту цивільних процесуальних правовідносин, М. Б. Зейдер вважав недостатньо аргументованою точку зору, згідно якої, зміст правовідношення полягає в поведінці його учасників, в їх процесуальних діях. На його думку, цей погляд не може бути прийнятим оскільки, він ігнорує основне в будь якому правовідношені — права і обов'язки [2, с. 57]. З цим твердженням важко не погодитись оскільки, саме визначення поняття правовідносин взагалі, і цивільних процесуальних зокрема, вказує на те, що будь–яке правовідношення складається з прав і обов'язків його суб'єктів. Отже, М. Б. Зейдер дотримується точки зору, згідно якої змістом цивільних процесуальних правовідносин є права і обов'язки їх учасників. Такому баченю змісту цивільних процесуальних правовідносин свого часу заперечував В. М. Щеглов. Він вказував на те, що змістом даного відношення є процесуальні дії його суб'єктів, їх поведінка, а не їх права і обов'язки [8, с. 13-19]. На його думку, неправильним є розгляд правовідношення як сукупності прав і обов'язків оскільки, в

такому випадку, воно характеризуватиме тільки абстрактну, можливу поведінку учасників процесу, залишаючи поза її межами реальні дії цих суб'єктів. Тому, саме дії складають зміст цивільних процесуальних правовідносин.

З критикою концепції про те, що дії є змістом цивільних процесуальних правовідносин, свого часу виступила Н. О. Чечина стверджуючи, що сукупність процесуальних прав і обов'язків повністю вичерпує їх зміст [7, с. 38]. Дана концепція була піддана жорсткий критиці Р. О. Халфіною, яка зазначала, що у разі визначення змісту правовідношення через поняття прав та обов'язків, воно розглядається у відриві від реального змісту і це призводить до того, що воно вивчається при відокремлені правової форми від реального змісту, а це недопустимо [6, с. 86]. По суті, якщо визнавати змістом правовідношення тільки права обов'язки, які визначають міру можливої поведінки, то ми спостерігатимемо тільки ідеальне явище, відокремлене від реальної поведінки його учасників. Але, саме через дії суб'єкт реалізує на практиці свої права і обов'язки і тим самим, правовідносини стають реальними. Якщо виходити з того, що змістом цивільних процесуальних правовідносин є тільки суб'єктивні процесуальні права і обов'язки то ми маємо справу не з реальним, а з абстрактним правовідношенням. А воно може співпадати, і не співпадати з реальними діями суб'єктів.

На думку вітчизняних процесуалістів В. В. Комарова та П. І. Радченко найбільш ґрунтовною є точка зору згідно якої, під змістом цивільних процесуальних правовідносин розуміють сукупність прав та обов'язків учасників процесу, а також їх процесуальних дій. Зокрема, вони стверджують: « Зміст правовідносин є єдиним, не можна виключати зі змісту процесуальних правовідносин суб'єктивні права та обов'язки, оскільки вони визначають взаємовідносини між суб'єктами. Не можна також зі змісту правовідносин виключити і дії, в результаті яких відбувається реалізація суб'єктивних прав та обов'язків.» [3, с. 20]. Неможливо не погодитись з тим, що права і обов'язки суб'єктів процесуального правовідношення є його суттю, змістом. Вони визначають, що саме суб'єкти цього правовідношення можуть, і що повинні робити. Разом з тим, суб'єктивні процесуальні права і обов'язки визначають можливу і необхідну поведінку учасників процесу. Вступаючи в правові відношення, учасники процесу реалізують ці права і обов'язки шляхом здійснення процесуальних дій. Цивільне процесуальне правовідношення стає реальним лише тоді коли реалізується через дії, поведінку його суб'єктів. Права і обов'язки нерозривно пов'язані з процесуальними діями і утворюють єдиний зміст цивільних процесуальних правовідносин.

Отже, змістом цивільних процесуальних правовідносин є не тільки суб'єктивні процесуальні права і обов'язки їх учасників, а й процесуальні дії, шляхом вчинення яких, вони реалізують ці права і обов'язки.

Використані джерела:

1. Жеруолис И. Сущность советского гражданского процесса. — Вильнюс: Изд. «Минтис», 1969.

2. Рейдер Н. Б. Гражданские процессуальные правоотношения. — Саратов: Изд. Саратовск. ун — та, 1965.

3. Комаров В. В., Радченко П. І. Суб'єкти цивільного процесуального права: Текст лекцій. — Харків: Юрид ін — т, 1990.

4. Лазько Г. З. Процесуальні правовідносини учасників в цивільному процесі // Вісник Академії праці і соціальних відносин Федерації профспілок України. — 2002. — № 2.

5. Мельников А. А. Правовое положение личности в советском гражданском процессе. — М.: Изд. НАУКА, 1969.

6. Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. — М.: Юрид. лит., 1974.

7. Печина Н. А. Гражданские процессуальные отношения. — Л.: Изд. Ленинградск. ун-та, 1962.

8. Щеглов В. Н. Гражданское процессуальное правоотношение. — М.: Изд. «Юрид. лит.», 1966.

Ю. П. Пацурківський
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича, Чернівці, Україна

ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВА ПРИРОДА КАТЕГОРІЇ СПРАВЕДЛИВІСТЬ

Дослідження немайнових та майнових правовідносин, неможливо без звернення до категорії справедливість. В ст. 3 Цивільного кодексу серед загальних засад (принципів) цивільного законодавства визначає й справедливість. Ця норма є визначальною для приватного права, включаючи праворозуміння, законотворення, правозастосування. Визначення справедливості серед основних засад цивільного законодавства щодо здійснення цивільних прав та інтересів є новелою, що зумовлює потребу проведення дослідження і визначення філософської та правової природи справедливості, а також визначення основних підходів до розуміння цієї категорії та напрямків застосування.

Справедливість є однієї з найбільших моральних цінностей суспільства [3, 131]. В Україні це знайшло відображення на законодавчому рівні: «суспільна мораль — система етичних норм, правил поведінки, що склалися у суспільстві на основі традиційних духовних і культурних цінностей, уявлень про добро, честь, гідність, громадянський обов'язок, сумління, справедливість»[2, ст.192]. На нашу думку, найбільш обґрунтованою є позиція авторів, які розглядають справедливість як ідеал, принцип суспільних відносин, соціальну цінність й оціночне нормативне поняття, що виражається у відповідності між цінностями членів суспільства та їх суспільним становищем, їх працею й винагородою, діянням і відплатою. Таке уявлення про справедливість дозволяє розглядати суспільні відносини — як певну оцінку та міру застосування єдиних соціальних стандартів до фактично нерівних індивідів і ситуацій[6, 21]. Вищенаведене розуміння справедливості дозволяє чітко відмежувати її від інших суміжних етичних і правових категорій.

Справедливість є загальнолюдською цінністю (категорією), яка існує в будь-якому суспільстві. Розбудова демократичної правової держави зумовлює необхідність визнання справедливості в якості однієї з найвищих цінностей суспільства. Вона є принципом, за яким формуються відносини між людьми, духовною та моральною цінністю вищого порядку. Загальнолюдський зміст справедливості містить в собі цивільні права й свободи, забезпечення гідного людського існування, можливості самореалізації особистості. Справедливість також має конкретно-історичний зміст, що змінюється від однієї епохи до іншої. Зміна суспільно-економічної формації спричиняє принципові зміни суспільних поглядів на справедливість. На цей факт вказує Ф.Енгельс: -- «розуміння того, що існуючі суспільні установки нераціональні та несправедливі... є лише ознакою того, що в методах виробництва та у формах обміну непомітно відбулися такі зміни, яким уже не відповідає суспільний лад, який збудовано відповідно до старих економічних умовах»[7. 278]. Принципи справедливості визначаються способом виробництва, економічними відносинами, рівнем розвитку продуктивних сил. Отже, уявлення про справедливість виробляються певним суспільством і змінюються разом з розвитком і зміною суспільних відносин. Критерії усвідомлення справедливості пов'язані з оцінкою якості суспільних відносин, які можуть бути розглянуті з позицій забезпечення загальнолюдських прав і свобод. Розвиток суспільства поглиблює розуміння поняття «справедливість», та відкидає всі ті елементи, які пов'язані з певними історичними умовами реалізації справедливості. Гуманізм суспільства перебуває в прямій залежності від можливості реалізації справедливості. Різні прояви справедливості взаємозалежні й мають загально-

філософську основу, проявляючись в правовій, економічній і соціальній сферах із врахуванням їх специфіки[8, 17].

Справедливість пов'язана з іншими філософськими категоріями, такими як рівність, право, свобода. Вона проявляється у різних галузях діяльності суспільства. У правовій сфері вона пов'язана із забезпеченням прав і свобод суб'єктів та їх здійсненням, удосконаленням діяльності законодавчих і правозастосовчих органів. У соціально-економічній сфері справедливість виявляється в оцінці форм власності, принципі розподілу виробленого продукту. Зміни, які відбуваються в суспільстві впливають на розвиток нових підходів до розуміння поняття та сутності справедливості.

Справедливість у праві виступає: з одного боку, як ціннісна категорія, яка щодо права розкриває його значимість для встановлення соціально виправданого й правильного масштабу, що порівнює взаємини особи та держави, суспільством й іншими людьми; з іншого як оціночна категорія, що дозволяє встановити, наскільки юридичний масштаб, міра виміру цих взаємин корисні, доцільні, необхідні і як вони повинні розвиватися, щоб відповідати моральним цінностям на кожному етапі розвитку суспільства[5, 176]. Прикладом такого «подвійного» розуміння можуть бути наступні твердження. На думку Є.О.Харитонова, під справедливістю слід розуміти визначення нормою права обсягу, межі здійснення і захисту цивільних прав та інтересів особи адекватно її ставленню до вимог правових норм[1,10]. Іншу позицію займає А.С.Довгерт: — «З позицій природного права справедливість — це застосування моральних вимог як вимог правових до актів цивільного законодавства, це поняття про належне, яке відповідає розумінню сутності людини та її прав[4, 13].

При визначенні обсягу справедливості в правовій сфері варто враховувати три елементи: міру відплати, міру вимоги, правомірність оцінки. Таке розуміння справедливості характеризується наступними складовими елементами. Максимально можливе забезпечення в суспільстві, за конкретних умов та обставин, інтересів окремих осіб, товариств людей. Це вимагає від всіх учасників суспільних відносин правомірної поведінки як співрозмірної, виваженої та такої що бере до уваги як суспільні, так й приватні інтереси. Встановлення співвідношення між правами й обов'язками, працею та винагородою із врахуванням загальнолюдських уявлень, моральних вимог і правових норм. Кожний суб'єкт одержує те, що може максимально наблизити його до здійснення ідеалів. Тим самим встановлюється прямий зв'язок між тим, що людина робить для суспільства й інших осіб, і тим, що він від них одержує. Повага до прав і свобод людини. Справедливість вимагає від всіх осіб взаємоповаги до особистих прав і свобод, а також до суспільних обов'язків. Відповідність оцінки вчинків людей відповідно до сформованих на певному етапі розвитку суспільства моральних уявлень, юридичних норм. Так, наприклад, вчинки, дії людей можуть оцінюватися як несправедливі вже тільки через те, що вони суперечать моральним засадам суспільства.

Виявлення та аналіз характерних рис правового аспекту справедливості в загальнотеоретичному плані має методологічне значення для дослідження проблем цивільного права. Критерії розуміння сутності справедливості є її конкретними проявами в цивільному праві. Серед них слід виділяти критерій пропорційності, співрозмірності й еквівалентності, відплати людині за його працю, учинки й справи, відповідність їм винагороди або осуду.

Справедливість у праві виступає: з одного боку, як ціннісна категорія, яка щодо права розкриває його значимість для встановлення соціально виправданого й правильного масштабу, що порівнює взаємини особи та держави, суспільством й іншими людьми; з іншого як оціночна категорія, що дозволяє встановити, наскільки юридичний масштаб, міра виміру цих взаємин корисні, доцільні, необхідні і як вони повинні розвиватися, щоб відповідати моральним цінностям на кожному етапі розвитку суспільства.

Визначити поняття справедливості й закріпити його нормативно в законах неможливо. Справедливість є категорією, яка адекватно може бути реалізована тільки через правозастосовчу діяльність.

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України: коментар. — Х.: ТОВ «Одіссей», 2003. — с.10*
2. *Закон України «Про захист суспільної моралі» // Відомості Верховної Ради України, 2004 р., N 14, ст. 192*
3. *Гараймович Д.А. Оценочные понятия в современном гражданском праве // Цивилистические записки. Межвузовский сборник научных трудов. — М.: «Статут», 2001.*
4. *Довгерт А.С. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. Розробників проекту Цивільного кодексу України. — К.: Істина. — с.13*
5. *Лукашева Е.А. Право, мораль, личность. — М., 1986. — С. 176.*
6. *Малеин Н.С. Социальная справедливость и социалистическое право // Право. Ускорение. Справедливость. — Саратов, 1989. — С. 21;*
7. *Маркс. К., Энгельс Ф. Соч. Т. 20. — С. 278*
8. *Ролз Дж. Теория справедливости. — Новосибирск, Изд. — во Новосиб. Ун-та, 1995.*

М. З. Підвальна

студентка Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ДЕЯКІ АСПЕКТИ СПІВВІДНОШЕННЯ КАТЕГОРІЙ ГУДВІЛ ТА ДІЛОВА РЕПУТАЦІЯ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ

Неправильним, на нашу думку, є ототожнення ділової репутації та гудвілу, зокрема і в нормативних актах (див. п. 11 Наказу Фонду державного майна України та Державного комітету з питань науки і технологій № 969/97 від 27.07.95 «Про затвердження Порядку експертної оцінки нематеріальних активів»).

Хоча ст. 1 Закону України «Про оподаткування прибутку підприємств» і містить дефініцію гудвілу, але не відображає правову природу цієї категорії. На жаль, законодавство не дає визначення поняття «ділова репутація», що призводить, на наш погляд, до неправильного розуміння цієї цивільно-правової категорії деякими науковцями.

Проаналізуємо основні риси гудвілу та ділової репутації юридичної особи. Так, діловій репутації та гудвілу притаманні ознаки: цінність, тісна пов’язаність із суб’єктом-носієм, відсутність і тому неможливість існування в об’єктивованій формі, нематеріальна природа (не осягається органами чуття).

Ділова репутація може бути позитивною чи негативною, а гудвіл завжди є позитивним, оскільки це і правова, й економічна категорія; натомість негативний гудвіл можна розглядати лише як економічну категорію, тому що гроші на PR-кампанії, рекламу витрачають з метою сформувати саме позитивну ділову репутацію, підняти оцінку юридичної особи, підвищити інтерес до неї, її товарів, послуг. Захисту підлягає і негативна з точки зору суспільства, але позитивна для носія блага ділова репутація.

Ділова репутація належить непідприємницьким юридичним особам, гудвіл — суб’єктам господарювання. У випадку здійснення підприємницької діяльності непідприємницькими товариствами та установами (ст. 86 ЦК України) у них виникає гудвіл, який поширюється саме на сферу здійснення підприємницької діяльності.

Ділова репутація та гудвіл є невідчужуваними, тобто не можуть бути відокремлені та передані навіть частково.

Ділова репутація не підлягає економічній оцінці, оскільки має немайнову природу і не має майнового, грошового еквіваленту. Натомість гудвіл через те, що крім особистого немайнового блага є нематеріальним активом, має грошовий еквівалент (оцінюється в грошах), відображається в балансі, про що свідчать Наказ Фонду державного майна України від 03.11.2000 № 2287 «Про затвердження Положення про порядок проведення експертної оцінки пакета акцій ВАТ «Укртелеком», Постанови Правління Національного банку України № 480 від 20.12.2005 «Про затвердження Інструкції з бухгалтерського обліку основних засобів і нематеріальних активів банків України», № 598 від 07.12.2004 «Про затвердження Інструкції про порядок складання та оприлюднення фінансової звітності банків України», № 358 від 03.10.2005 «Про затвердження Інструкції з бухгалтерського обліку операцій з цінними паперами в банках України», Наказ Фонду державного майна України та Державного комітету з питань науки і технологій № 969/97 від 27.07.95 «Про затвердження Порядку експертної оцінки нематеріальних активів». Оцінка гудвілу, вважаємо, повинна проводитись незалежним експертом щороку, а не тільки при приватизації чи відчуженні цілісного майнового комплексу.

Ділова репутація не пов'язана з майновими правами, оскільки при порушенні права виникає власне немайнова шкода, відсутній непрямий причиновий зв'язок між діянням і майновою шкодою (діяльність юридичної особи не спрямована на отримання прибутку). А гудвіл прямо впливає на розмір прибутку; при порушенні права виникає немайнова шкода, пов'язана з майновою: власне немайнова, збитки, упущена вигода.

Нестабільність складу гудвілу та ділової репутації пояснюється тим, що прямо залежать від діяльності юридичних осіб, оскільки є оцінкою їх діяльності суспільством, певною соціальною групою.

Право на гудвіл та право на ділову репутацію складається з повноваження володіння (означає наявність блага в носія, тому й неможливість його оспорення), повноваження використання (означає можливість формувати своїми діяннями думку про діяльність юридичної особи, а також користуватись нею). Ні ділова репутація, ні повноваження щодо неї не можуть бути передані навіть частково.

Гудвіл не є самостійним предметом угод, договорів, оскільки безпосередньо пов'язаний з діяльністю юридичної особи, її результатами і опосередковано — у договорі простого товариства, виходячи з факту участі юридичної особи в спільній діяльності, та у договорі комерційної концесії, виходячи із взаємовпливу гудвілу і об'єктів права інтелектуальної власності. Передаваність повноваження використання гудвілу зумовлена природою гудвілу як нематеріального активу, що в разі укладання правочинів виступає на перше місце, але не слід забувати, що гудвіл — особисте немайнове благо, тісно пов'язане з носієм, якому належать всі повноваження щодо гудвілу. Якщо закріпити можливість передання повного повноваження, яке є лише частиною права на гудвіл, то фактично прирівняємо повноваження використання гудвілу до майнових прав інтелектуальної власності, що є неприпустимим. Як не може бути відчужене особисте немайнове благо, так не може бути передане і ціле повноваження з огляду на те, що носій блага, який укладає договір щодо права на гудвіл, найчастіше і сам продовжує здійснювати підприємницьку діяльність. Майнове право інтелектуальної власності може бути передане частково або повністю, а повноваження використання гудвілу — лише частково.

Враховуючи вище викладене, пропонуємо:

- насамперед закріпити чіткі зрозумілі дефініції, якими доповнити ст. 201 ЦК України:

Ділова репутація юридичної особи — оцінка діяльності юридичної особи, яка не є суб'єктом підприємницької діяльності, дотримання нею вимог законодавства тощо.

Гудвіл юридичної особи — позитивна оцінка діяльності юридичної особи-суб'єкта господарювання, яка ґрунтується на підставі відомостей про дотримання

вимог законодавства, виконання зобов'язань, відносин зі споживачами, клієнтами, контрагентами, органами державної влади, фінансове становище тощо;

- викласти ч. 1 ст. 1116 ЦК в такій редакції: «Предметом договору комерційної концесії є право на використання об'єктів права інтелектуальної власності (торговельних марок, промислових зразків, винаходів, творів, комерційних таємниць тощо) фізичних і юридичних осіб-суб'єктів господарювання, частина повноваження використання гудвілу юридичних осіб-суб'єктів господарювання. «Частина повноваження використання гудвілу» (з огляду на тісну пов'язаність гудвілу, як блага, з суб'єктом господарювання) слід розуміти, як таку, що не завдасть шкоди суб'єкту господарювання-носію гудвілу внаслідок укладення договору»;
- викласти ч. 1 ст. 1133 ЦК в такій редакції: «Вкладом учасника вважається все те, що він вносить у спільну діяльність, в тому числі грошові кошти, інше майно (спільне майно); частина повноваження використання гудвілу юридичної особи-суб'єкта господарювання (для спільної діяльності з метою одержання прибутку); частина повноваження використання гудвілу фізичної публічної особи і фізичної особи-суб'єкта господарювання, частина повноваження використання гудвілу юридичної особи-суб'єкта господарювання (для спільної діяльності з метою, іншою від одержання прибутку). «Частина повноваження використання гудвілу» (з огляду на тісну пов'язаність гудвілу, як блага, з носієм) слід розуміти, як таку, що не завдасть шкоди носіям вказаного немайнового блага внаслідок укладення договору».

Таким чином, категорії ділова репутація та гудвіл юридичних осіб співвідносяться, як родове і видове. Спільні їх ознаки зумовлені природою досліджуваних категорій як особистих немайнових благ, відмінні ознаки — тим, що гудвіл є і нематеріальним активом.

Г. А. Піріжняк
старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін
Університету економіки та права «КРОК»,
Київ, Україна

ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ ТЛУМАЧЕННЯ ТА ЗАСТОСУВАННЯ ГЛАВИ 5 ГОСПОДАРСЬКОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Наведене у Главі 5 ГК визначення некомерційної господарської діяльності дано у законодавстві України вперше, хоча можна прогнозувати, що воно ще не є остаточним. Як вид господарської діяльності, некомерційне господарювання має спільні риси з підприємництвом: здійснюються у сфері виробництва, характеризуються самостійністю та систематичністю. За визначенням некомерційне господарювання не має на меті одержання прибутку, тому саме ця ознака дозволяє класифікувати господарську діяльність. Якщо комерційні підприємства за результатами своєї господарської діяльності звітують про відсутність прибутків, то це не означає, що вони набули статусу суб'єкта некомерційного господарювання, а їх діяльність є некомерційним господарюванням або «неприбутковою діяльністю». При цьому «некомерційну господарську діяльність» і «неприбуткову діяльність» не можна ототожнювати. Останнє поняття є категорією податкового законодавства. В ньому існує своя реєстрація неприбуткових організацій та установ, які мають пільгове оподаткування, та з цією метою заносяться у відповідний реєстр. Крім того, податкове законодавство ототожнює господарську діяльність з будь-якою діяльністю, яка направлена на одержання доходу, що власне кажучи з господарської точки зору не є

вірним (ст. 1 Закону України «Про оподаткування прибутку підприємств»). Некомерційна господарська діяльність здійснюється у процесі організації та її ведення, спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг у сфері суспільного виробництва, і тому це положення є критерієм відмежування цього виду діяльності від основної діяльності неприбуткових установ і організацій, що виражається в наданні благодійної допомоги, просвітніх, освітніх, культурних, наукових та інших послуг для суспільного споживання та для цілей, передбачених статутними документами (див. ст. 7 Закону України «Про оподаткування прибутку підприємств»).

Особливу увагу у класифікації господарської діяльності слід приділяти меті її здійснення. Так, саме мета у господарській діяльності слугує її поділом на комерційне господарювання (підприємництво) та некомерційне господарювання. Отже вона не тільки залежить від наявності або відсутності мети одержання прибутку. Слід зазначити, що прибуток є внутрішньою проблемою господарюючого суб'єкта. Визначення некомерційного або комерційного господарювання залежить від головного призначення («місії») певної господарської діяльності, а на цій підставі відбувається подальше створення певного господарюючого суб'єкта та визначається його роль у суспільній діяльності, з очікуваними конкретними результатами. Мета містить як внутрішні, так і зовнішні орієнтири господарювання та його суб'єкта. Вона окреслює причини існування господарської діяльності та її особливу роль в економічному механізмі. На призначення суб'єкта господарювання впливає формулювання конкретних соціальних та економічних проблем, які буде вирішувати цей суб'єкт шляхом виробництва, реалізації певної продукції та послуг з визначенням конкретної мети. Якщо окреслюються загальні орієнтири господарювання, що відображають суть його існування та діяльності, тоді конкретний кінцевий стан, до якого воно прямує, визначається у вигляді його цілей. Вибір цілей, їх внутрішнє узгодження та уточнення, відбувається на основі визначення необхідності здійснення господарювання. Користь від будь-якою діяльності полягає саме в її результаті (плодах). Крім того, сам результат вказує як на вид господарської діяльності, так і на її суб'єкта здійснення.

ГК не відображає повний перелік суб'єктів некомерційної господарської діяльності. Не зважаючи на те, що офіційне визначення некомерційного господарювання виникло саме з прийняттям ГК, але некомерційна господарська діяльність була, є й буде, а також і суб'єкти її здійснення. У некомерційного господарювання є минуле, створене воно не на порожньому місці. Тому, суттєва ознака, як систематичність некомерційного господарювання, дозволяє визначати суб'єктів некомерційного господарювання. В ч. 2 ст. 52 ГК зазначено, що некомерційна господарська діяльність здійснюється в державному або комунальному секторах економіки. Вона здійснюється суб'єктами господарювання, а їх види зазначені в ст. 55 ГК. Пункт другий ст. 62 ГК зазначає, що підприємства можуть створюватись для здійснення некомерційної господарської діяльності, тобто вони є суб'єктами некомерційного господарювання. Але не потрібно вважати, що оновлене визначення поняття «підприємства» спростовує господарську практику. Головними завданнями підприємства є задоволення суспільних потреб у продукції, роботах, послугах і реалізації на основі одержаного прибутку соціальних та економічних інтересів членів трудового колективу та інтересів власника майна підприємства.

Фінансово-економічні, в тому числі податкові пільги, державні, казенні, комунальні та інші підприємства отримували й отримують від держави та органів місцевого самоврядування, що вказує на ознаки некомерційного господарювання. Крім того, державні та комунальні підприємства залежать від регулювання цін та тарифів, та вступають у правовідносини згідно із Законом «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти». Вони також обмежені у використанні прибутку. До того, не завжди сама продукція цих підприємств є привабливою або конкурентною як для ринку, так і

для споживачів (наприклад, продукція ортопедичних підприємств: протези верхніх та нижніх кінцівок та ін.). Постановою Кабінету Міністрів України від 23 грудня 2004р. № 1734. затверджений Перелік підприємств, які мають стратегічне значення для економіки і безпеки держави Так, при виготовленні продукції військового призначення, господарська діяльність набуває статусу некомерційної господарської діяльності, бо здійснюється з метою виконання функції держави у обороні країни. Слід зазначити, що у державному та комунальному секторах економіки є нерентабельні та дотаційні підприємства, до яких здійснюється певна підтримка або програми реструктуризації з боку влади, що дозволяє зробити висновок про те, як у зазначених секторах економіки відбувається співіснування комерційного і некомерційного господарювання.

Некомерційне господарювання може здійснюватись також іншими суб'єктами господарювання, яким здійснення господарської діяльності у формі підприємництва забороняється законом (ч. 2 ст. 52 ГК). Дане положення істотно звужує сферу некомерційної господарської діяльності. Адже у приватній або корпоративній сферах створюються чимало підприємств допоміжних, обслуговуючих, які здійснюють господарську діяльність на некомерційних засадах, і ця діяльність може бути допоміжною. Така діяльність може здійснюватися не з метою одержання прибутку, а для досягнення соціальних, економічних та інших завдань. Крім того, у приватному секторі економіки здійснюється й благодійницька діяльність, яка в деякій мірі заохочується державою через зменшення відсотків оподаткування прибутку підприємств, та надання митних пільг, а також пільг по податку на додану вартість. Одним із видів благодійництва є гуманітарна допомога, яка передбачена Законом «Про гуманітарну допомогу».

Некомерційне господарювання в інших сферах суспільного життя розглядається як допоміжна або додаткова, бо спрямована на досягнення саме статутних завдань відповідних організацій, які не повинні залежати від ринкової кон'юнктури. Крім того, прибуток не розподіляється як прибуток у підприємництві.

На останнє, слід зазначити, що ще є труднощі, пов'язані з необхідністю чіткого визначення організаційної форми некомерційного господарювання, які зумовлені тим, що некомерційна господарська діяльність може здійснюватися як основна, додаткова або допоміжна діяльність. За таких умов дана діяльність може здійснюватися практично всіма суб'єктами господарювання.

Врегулювання некомерційної господарської діяльності у Главі 5 ГК є досить широким. Більш конкретизовані правила регулювання мають бути викладені в окремих законодавчих актах.

А. С. Подофёдова
старший преподаватель кафедры гражданского и международного права Гродненского филиала ЧУО «БИП — Институт правоведения», Гродно, Республика Беларусь

ПОНЯТИЕ УСТРОЙСТВА И ФОРМ УСТРОЙСТВА ДЕТЕЙ-СИРОТ И ДЕТЕЙ, ОСТАВШИХСЯ БЕЗ ПОПЕЧЕНИЯ РОДИТЕЛЕЙ

В соответствии с ч. 1 ст. 116 КоБС Республики Беларусь к детям-сиротам относятся дети, у которых умерли оба или единственный родитель. К детям, оставшимся без попечения родителей, относятся дети, которые остались без попечения единственного или обоих родителей в случаях:

1) смерти родителей, объявления их умершими или признания безвестно отсутствующими;

2) лишения родителей родительских прав либо отобрания их у родителей без лишения родительских прав;

3) признания родителей недееспособными, ограниченно дееспособными;

4) нахождения родителей в местах содержания под стражей, отбывания наказания в учреждениях, исполняющих наказание в виде лишения свободы, ограничения свободы, ареста;

5) оставления родителями ребенка в организациях здравоохранения;

6) нахождения родителей в розыске;

7) дачи согласия родителей на усыновление (удочерение) детей при отказе родителей от детей и их раздельном проживании с детьми;

8) признания детей брошенными;

9) болезни родителей, препятствующей выполнению родительских обязанностей;

10) в других случаях отсутствия попечения родителей [1].

В соответствии с ч. 5 ст. 117 КоБС при поступлении сведений о детях-сиротах и детях, оставшихся без попечения родителей, орган опеки и попечительства в течение месяца обеспечивает их устройство на воспитание в семью. А в случае невозможности передать ребенка на воспитание в семью орган опеки и попечительства направляет сведения о таком ребенке по истечении месячного срока в учреждение «Национальный центр усыновления Министерства образования Республики Беларусь».

В свою очередь Национальный центр усыновления вносит указанные сведения о детях-сиротах, детях, оставшихся без попечения родителей, на централизованный учет в республиканский банк данных об усыновлении (удочерении) детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, организует их устройство на воспитание в семью граждан Республики Беларусь.

В связи с тем, что при устройстве детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей на воспитание в семью и, особенно при передаче их на усыновление были выявлены многочисленные злоупотребления, ни одно иное юридическое или физическое лицо, кроме органов опеки и попечительства, не вправе осуществлять деятельность по выявлению и устройству детей как профессиональную. Это означает, что запрещено принимать целенаправленные меры по поиску, регистрации и определению судьбы детей-сирот, детей, лишенных родительского попечения и детей, находящихся в социально опасном положении.

То есть, в соответствии со ст. 124 КоБС действия по подбору и передаче детей на усыновление от имени или в интересах лиц, желающих их усыновить, осуществляемые лицом, не уполномоченным на это законодательством Республики Беларусь (посредничество при усыновлении), не допускаются.

В русском языке слово «устройство» происходит от глагола «устроить», который в свою очередь, понимается в широком смысле как «привести в надлежащий порядок, наладить, разместить, расположить где-либо» [2, с. 1403].

Под устройством часто понимается и механизм или агрегат. Однако рассматриваемая юридическая категория — это устройство детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей. Поэтому в данном контексте «устроить» — значит «поместить куда-нибудь, определить, пристроить» [3, с. 493-494].

«Устроить» ребенка-сироту или ребенка, оставшегося без попечения родителей в том числе означает и возложить ответственность за него на кого-либо.

Как считает Л. Ю. Михеева понятие «устройство» носит юридический характер. Это связано, во-первых, с тем, что задачей устройства гражданина является обеспечение его прав и интересов. Следовательно, назначение обязанного лица или лиц может быть облечено только в установленные законом формы. Во-вторых, важным

признаком устройства является то, что оно осуществляется органами государственной власти и местного самоуправления, на которые возлагаются организационные функции по выявлению лиц, нуждающихся в помощи [4, с. 44].

Считаем, что под формами устройства детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей следует понимать правовые конструкции, позволяющие обеспечить постоянное или временное, возмездное или безвозмездное закрепление за нуждающимися в заботе детях-сиротах и детях, оставшихся без попечения родителей физического или юридического лица (лиц), осуществляющего их воспитание, представительство и защиту.

Основная цель устройства детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей в Республике Беларусь — обеспечение детям права на воспитание в семье.

Практика, сложившаяся на протяжении многих лет в Республике Беларусь, предлагала не слишком широкий перечень вариантов устройства детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей: либо помещение в воспитательное учреждение интернатного типа, либо усыновление, либо передача под опеку.

В Республике Беларусь формы устройства детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, определены ст. 118 КоБС, которая устанавливает, что дети-сироты и дети, оставшиеся без попечения родителей, подлежат устройству на воспитание в семью (на усыновление), в детский дом семейного типа, детскую деревню (городок), опекунскую семью, приемную семью), а при отсутствии такой возможности — в детские интернатные учреждения, в том числе на патронатное воспитание, в государственные специализированные учреждения для несовершеннолетних, нуждающихся в социальной помощи и реабилитации, государственные учреждения, обеспечивающие получение профессионально-технического, среднего специального, высшего образования.

Таким образом, следует признать, что в настоящее время Кодекс Республики Беларусь о браке и семье предусматривает различные формы устройства детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей. Все они, как правило, связаны с применением такого института, как установление опеки (попечительства).

Использованные источники:

1. *Кодекс Республики Беларусь о браке и семье. — Мн.: Амалфея, 2007.*
2. *Большой толковый словарь русского языка / Сост. и главн. ред. С. А. Кузнецов. — М.: Статут, 2001. С. 1403.*
3. *Толковый словарь русского языка: В 3 т. Т. 3. Р-Я / Под ред. Д. Н. Ушакова. — М.: Феникс, 2001. С. 493-494.*
4. *Михеева Л. Ю. Опека и попечительство: Теория и практика. — М.: Волтерс Клувер, 2004. — 368 с.*

О. Ю. Поліщук
молодший науковий співробітник Подільської лабораторії
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва,
Хмельницький, Україна

ДЕЯКІ АСПЕКТИ АДАПТАЦІЇ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ ДО ЗАКОНОДАВСТВА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Проблема захисту прав споживачів давно набула міжнародного значення. Неоспорюваною є і необхідність особливого адекватного захисту вітчизняного споживача, тому державна національна політика в цій сфері зайняла стабільну позицію в соціально-економічних перетвореннях, що відбуваються в країні. Це обумовило наявність в законодавстві визначених регулятивних та охоронних норм, спрямованих на захист державою законних інтересів споживачів, створення додаткових гарантії здійснення та захисту їх прав.

Разом з тим, практика свідчить, що все ж таки тут залишається немало невирішених питань. Серед них слід вказати на незавершеність формування нормативної бази, що регулює цю сферу відносин; недостатніми вбачаються заходи, здійснювані державою, для забезпечення захисту прав споживачів; в країні відсутні система всеохоплюючої освіти споживачів, незалежна експертиза товарів. Це все обумовлює необхідність проведення наукового дослідження з метою подолання наявних проблем правозастосування і теоретичного обґрунтування шляхів удосконалення чинного законодавства.

Актуальність дослідження питань адаптації правового регулювання захисту прав споживачів посилюється тим, що ця сфера належить до пріоритетних сфер адаптації національного законодавства України до законодавства Європейського Союзу, включена у зміст Угоди про Партнерство та Співробітництво між Україною та Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами (1994 р.), Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу, схваленої Законом України від 18 березня 2004 року[1].

Законодавство України у сфері захисту прав споживачів є досить розвиненим. Основою захисту прав споживачів є положення Розділу II Конституції України[2], яким визначено права, свободи та обов'язки людини та громадянина і, зокрема, ч. 3 ст. 42, де передбачено, що держава захищає права споживачів, здійснює контроль за якістю і безпечністю продукції та усіх видів послуг і робіт, сприяє діяльності громадських організацій споживачів. Крім того, ст. 50 Конституції України передбачає право на безпечне для життя і здоров'я довкілля та на відшкодування завданої порушенням цього права шкоди; також гарантується право вільного доступу до інформації про стан довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту, а також право на її поширення[3].

Загальні положення про захист прав споживачів також містяться в новому Цивільному кодексі України[4]. Він містить мінімальний набір правил захисту прав споживачів, оскільки прописує договірні питання та відповідальність за їх неналежне виконання.

---

[1] ВВР. — 2004. — № 29. — Ст. 367.
[2] ВВР. — 1996. — № 30 — Ст. 141.
[3] *Ханик-Посполітак Р., Херрнфельд Х.* Захист прав споживачів // Український правовий часопис. — 2004. — № 5 (10). — С. 130.
[4] ОВУ. — 2003. — № 11. — Ст. 461.

Господарський кодекс України[1] також містить одну статтю з одним дуже загальним положенням про захист прав споживачів, яка повторює ст. 3 Закону України «Про захист прав споживачів»[2].

Нова редакція Закону України «Про захист прав споживачів» (далі у цьому підрозділі — Закон) була покликана привести законодавство України у відповідність до вимог європейського законодавства, зокрема у частині виконання зобов'язань за УПС щодо адаптації національного законодавства до законодавства країн-членів ЄС, включаючи сферу захисту прав споживачів, забезпечення безпеки продукції в процесі її розповсюдження та розміщення на ринок.

Нова редакція Закону закріпила основні принципи щодо продажу товарів поза торговельними або офісними приміщеннями, визначені у Директиві 85/577 ЄЕС[3] від 20 грудня 1985 року про продаж поза діловими приміщеннями. Ст. 12 Закону визначено, що положення цієї статті не застосовуються до договорів, укладених поза торговельними або офісними приміщеннями, і які стосуються: договорів споживчого кредиту; правочинів з нерухомим майном; правочинів з цінними паперами; договорів страхування.

Положення Директиви 1999/44/ЄЕС[4] про гарантії відображено у ст. 7 Закону та Порядку гарантійного ремонту (обслуговування) або гарантійної заміни технічно складних побутових товарів, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України[5]. Але для більш повного з'ясування відповідності норм Закону та вказаного Порядку нормам Директиви 1999/44/ЄЕС необхідно провести порівняння цих документів.

На сьогоднішній день з прийняттям нової редакції Закону ми можемо спостерігати відображення в українському законодавстві принципів Директиви 85/374/ЄЕС[6] від 25 липня 1985 року щодо зближення законів, підзаконних та адміністративних актів держав-членів стосовно відповідальності за неякісну продукцію. Так, ст. 16 Закону визначено, що шкода, завдана життю, здоров'ю або майну споживача дефектною продукцією або продукцією неналежної якості, підлягає відшкодуванню в повному обсязі, якщо законом не передбачено більш високої міри відповідальності. Право вимагати відшкодування завданої шкоди визнається за кожним потерпілим споживачем незалежно від того, чи перебував він у договірних відносинах з виробником (виконавцем, продавцем). Таке право зберігається протягом установленого строку служби (строку придатності), а якщо такий не встановлено — протягом десяти років з дати введення в обіг такої продукції її виробником. При цьому на такого споживача покладається обов'язок довести: 1) наявність шкоди; 2) наявність дефекту в продукції; 3) наявність причинно-наслідкового зв'язку між такими шкодою та дефектом.

Також у зв'язку із позитивними якісними змінами вітчизняного законодавства ми можемо спостерігати і адаптацію Директиви 88/378/ЄЕС[7] від 3 травня 1988 року щодо зближення законів держав-членів стосовно безпеки іграшок. Окрім зазначення в законодавстві вимоги про те, що продукція (куди ми можемо віднести і іграшки) повинна бути безпечною (ст. 14 Закону), можна визначити регламентацію цього питання у наказі Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики «Про затвердження Технічного регламенту з підтвердження відповідності щодо безпеки іграшок»[8] від 31 грудня 2003 року. Цей наказ визначає, що введення іграшок в обіг на території України як імпортованих, так і вітчизняного

---

[1] ОВУ. — 2003. — № 11. — Ст. 462.
[2] ВВР. — 2006. — № 7. — Ст. 84.
[3] Official Journal. — L 372. — 31.12.1985. — P.00310033.
[4] Official Journal. — L 171. — 07.07.1999. — P. 0012-0016.
[5] ОВУ. — 2002. — № 16. — *Ст.* 861.
[6] Official Journal. — L 307. — 12.11.1988. — P. 0054-0054.
[7] Official Journal. — C 079. — 30.03.2004 . — P. 0015-0015.
[8] ОВУ. — 2004. — № 16. — Ст. 1142.

виробництва, продаж і безкоштовне розповсюдження дозволяється тільки в разі встановлення їх безпеки для життя та здоров'я споживачів за умови використання за призначенням з урахуванням звичайної поведінки дітей, які, як правило, не виявляють такої обережності, як дорослі споживачі. Також ним встановлено основні вимоги до безпеки іграшок, вимоги до маркування, характеристика можливої небезпеки, пов'язаної із хімічними властивостями, займистістю, з електричними властивостями та напруженістю електричного поля, з недотриманням санітарно-гігієнічних вимог, з радіоактивністю та відповідальність за порушення норм.

Із прийняттям нової редакції Закону з'явилась регламентація питань щодо споживчого кредиту (ст. 11), що відповідає вимогам Директиви 87/102/ЄЕС[1] від 22 грудня 1986 року щодо наближення законів, підзаконних і адміністративних положень держав-членів щодо споживчого кредиту. Законом визначено порядок укладення договору споживчого кредитування, форму договору, порядок відкликання споживачем своєї згоди на договір, порядок дострокового повернення кредиту.

Отже, політика і практика ЄС у сфері захисту прав споживачів мають визначений історико-правовий досвід; створена визначена нормативна база, що виражається в програмних документах органів Співтовариства, що відображають основні принципи політики захисту інтересів споживачів на рівні країн-учасників ЄС. Безумовно, правові норми, присвячені захисту прав споживачів у Співтоваристві, вплинули на становлення й удосконалення законодавства України щодо захисту прав споживачів. Законодавство України в цій сфері певною мірою відповідає *acquis communautaire*, однак ще потребують розробки окремі питання правового регулювання захисту прав споживачів, які б реально захистили споживача та працювали на практиці.

О. О. Поляк
студентка Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ФРАНЧАЙЗИНГУ

Нові соціально-історичні умови, що виникли в Україні після здобуття незалежності, перехід до ринкової економіки вимагають нових методів та підходів до організації виробництва, а також сфери надання послуг. Одним із таких методів, визнаних у всьому світі, на теперішній час є франчайзинг.

На сьогоднішній день у Канаді, Японії, континентальній Європі та Великій Британії, в Австралії понад 90% загальної торгівлі на підприємствах швидкого обслуговування здійснюється на умовах франчайзингу. Офіційні дані свідчать про те, що франчайзинг використовується вже більш ніж у 80 країнах світу[2]. З отриманням незалежності Україна ступила лише на першу першу сходинку розвитку такого методу ведення бізнесу, що відразу зробило актуальним створення відповідної нормативної бази, яка б врегулювала це коло відносин.

---

[1] Official Journal. — L 278. — 11.10.1988. — P. 0033ю

[2] Цивільне право України: Підручник: У 2 кн. / О. В. Дзера (керівн. Авт. Кол), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — с. 261

Комерційна концесія (франчайзинг[1]) — один із нових правових інститутів, що знайшов своє відображення у новому ЦК України (статті 1115—1129). Комерційна концесія заснована на тому, що один суб'єкт підприємницької діяльності (правоволоділець) за винагороду надає іншому суб'єктові підприємницької діяльності (користувачеві) право використовувати свої засоби індивідуалізації (фірмове найменування, комерційне позначення, знак для товарів і послуг), передає йому ноу-хау, комерційну інформацію, що охороняється законом, і надає постійне консультаційне сприяння в організації підприємницької діяльності. Саме ці три елементи, як правило, визнаються необхідними для цього типу підприємницьких відносин національними та міжнародними правовими актами з питань франчайзингу і документами різних франчайзингових організацій. Поєднання зазначених елементів в одних правовідносинах дає можливість відрізняти комерційну концесію (франчайзинг) від інших подібних підприємницьких договорів.

В країнах з розвиненою ринковою економікою більшість підприємств працює за схемою франчайзингу в таких сферах, як ресторани і закусочні («McDonald's», «Pizza Hut», «Baskin Robbins» та ін.), туризм і готельне господарство («Holiday Inn», «Sheraton» та ін.), індустрія безалкогольних напоїв («Coca-cola», «Pepsi», «7UP» та ін.), стоматологія («Cabot»), фотопослуги («Kodak», «Fuji», «AGFA» та ін.), автосервіс, будівельні та реконструкційні фірми. Досить поширений франчайзинг і при наданні таких видів послуг, як бухгалтерські, аудиторські, юридичні, консалтингові. Схему франчайзингу поступово починають використовувати і вітчизняні підприємці («Мак-Смак», «Картопляна хата», «Швидко», «ТНК-Україна», «XXI-век» та ін.).

Хоч сфера використання франчайзингу надзвичайно різноманітна, її можна класифікувати на чотири види:

1) збутовий франчайзинг (використовується виробником товару для побудови єдиної розгалуженої збутової мережі, функціонування якої перебуває під його контролем);

2) торговий франчайзинг (торговельна організація відкриває мережу своїх магазинів, які юридично не є її структурними підрозділами, філіями або дочірніми підприємствами);

3) франчайзинг у сфері обслуговування та надання послуг (типовим прикладом цього виду франчайзингу, найближчого до торгового франчайзингу, є мережі фірмових готелів, ресторанів або авторемонтних майстерень, а також аудиторських, юридичних, консалтингових фірм);

4) виробничий франчайзинг (використовується виробником для розширення виробництва своїх товарів або їх просування на нові ринки).

Готельний франчайзинг стосується якраз третьої категорії і існує у вдох формах:

1. Так звана «нульова», при якій франчайзі одержує комплект проектної документації від франчайзера для будівництва готелю. Цей варіант використовується переважно будівельними компаніями.

2. Франчайзі, у якого є свій готель, входить у "готельне кільце" відомого бренда. Кільце потрібно для того, щоб направляти клієнтів з одного готелю в інший. Другий варіант можливий тільки для готелів класу *** і вище.

Однак, поряд із перевагами у жорсткому конкурентному середовищі, франчайзинг створює і ряд проблем, які носять не лише бізнесовий, але й правовий характер. Дані проблеми можна поділити на два види:

- спори, що можуть виникати між правоволодільцем та користувачем;

---

[1] Терміном «франчайзинг» («франшиза») у середньовічній Франції визначався привілей (право) на здійснення певної діяльності, куплений у короля. У ЦК законодавцем було прийнято достатньо умовне поняття «комерційна концесія» (у римському праві — concessio — спеціальний дозвіл, який держава надавала товариству), яке найбільш відповідало змісту англійського franchising; у Модельному Цивільному Кодексі для країн СНД цей інститут іменувався «комплексною підприємницькою ліцензією».

- ті, що виникають між кількома користувачами, які працюють в одній місцевості.

Наприклад, кілька років тому франчайзингова компанія Stop Inns USA передала гр-ну Сміту на умовах франшизи права на будівництво готелю за певною адресою. Згодом гр-н Джонс підписує франчайзинговий договір, згідно з яким його мотель, що має обмежену кількість послуг, розташований у п'яти кілометрах від готелю гр-на Сміта, приєднується до тієї ж мережі Stop Inns. На думку гр-на Сміта ця зміна мала негативні наслідки для бізнесу, оскільки обидва об'єкти управляються однієї і тією ж компанією та використовують єдину систему бронювання. Потенційні втрати гр-на Сміта в результаті такої ситуації є наслідком того, що в межах вже існуючого ринку з'являється новий готельний об'єкт того ж бренду, що і раніше діючий на цій ділянці готель.

ЦК України врегульовано, що договором комерційної концесії може бути передбачено використання предмета договору із зазначенням або без зазначення території використання щодо певної сфери цивільного обороту. Однак, даний обов'язок стосується користувача, а не правоволодільця, а тому правові наслідки надання франшизи іншому користувачеві на цій же території належним чином не визначені.

Якщо ж подібний конфлікт вже має місце, то відшкодувати завдані користувачеві збитки практично неможливо. Адже відповідно до п. 2 ч. 2 ст. 22 ЦК збитками є доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (упущена вигода). В нашому випадку жодне право франчайзі порушене не було, так як останнє не закріплено в договорі. Відшкодування можливе лише на засадах добровільності з боку франчайзера на основі власної оцінки збитків або ж зовнішнього дослідження із залученням консалтингових компаній.

Незважаючи на закріплення у новому Цивільному кодексі України, окремого розділу, присвяченого договору комерційної концесії, залишається чітко невизначеним предмет готельного франчайзингу, адже усталена практика виходить за межі нормативно регулювання. Під знаком запитання залишається і порядок притягнення до відповідальності у випадку недобросовісності правоволодільця, а також можливість відшкодування завданих збитків.

Таким чином, даний елемент франчайзингу є надзвичайно актуальним і потребує подальшого ретельного вивчення та впровадження у законодавство.

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України від 16 січня 2003р. (з наступними змінами та доповненнями) // Офіційний вісник України — 2003— № 11 — ст. 461*
2. *Закон України «Про угоди про розподіл продукції» від 14 вересня 1999 р. // Офіційний вісник України. — 1999. — № 40. — Ст. 1980*
3. *Лесник А.Л. Проблемы и перспективы франчайзинга в гостиничном бизнесе России//Отель — 1999. — № 1*
4. *Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн.. / О.В. Дзера (кер. Авт. Кол.), Д.В. Боброва, А.С. Довгерт та ін.; За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Кн. 2*
5. *Цивільне право Украни: Академічний курс: Підручн.: У двох томах / За заг. ред. Я.М. Шевченко. — Т.2 Особлива частина. — К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003.*

О. О. Посикалюк
аспірант Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва,
асистент кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

КОНВЕНЦІЙНИЙ ЗАХИСТ[1] СУБ'ЄКТИВНОГО ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

В Україні, з набуттям чинності Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року [2] (надалі — Конвенція), спостерігаються, з одного боку, тенденції збільшення кількості звернення фізичних і юридичних осіб до Європейського суду з прав людини (у подальшому — Європейський суд) з приводу порушення в Україні прав, закріплених Конвенцією, а тому і зростає число прийнятих Європейським судом рішень щодо України, а з іншого боку, вже стала непоодинокою практика судів загальної юрисдикції по застосуванню норм Конвенції при здійсненні правосуддя. Це, в свою чергу, зумовлює необхідність наукових досліджень щодо з'ясування правової сутності положень Конвенції, що визначають та гарантують права людини та основоположні свободи, і їх місце та значення в рамках національної правової системи. Разом з тим, враховуючи те, що зміст згадуваних прав і свобод проявляється, в тому числі, і в аспекті їх цивільно-правового закріплення та охорони, зокрема, в межах інституту особистих немайнових прав, варто вказати на потребу ретельного наукового розгляду цивільно-правової характеристики конвенційного захисту особистих немайнових прав фізичної особи.

Аналіз останніх наукових праць у сфері визначеної проблематики дає підстави говорити про принаймні два напрями досліджень. Перший з них присвячений аналізу особистих немайнових прав фізичних осіб, визначення їх ознак, особливостей здійснення та захисту та представлений такими роботами таких вчених, як Л. О. Красавчикової, М. М. Малєєної, К. А. Флейшиц, О. В. Кохановської, З. В. Ромовської, Р. О. Стефанчука, Я. М. Шевченко, В. І. Бобрика, Н. В. Коробцева (Устименко) та інших. Другий напрям полягає у цивільно-правовій характеристиці положень Конвенції на основі наукового розгляду їх змісту та практики застосування Європейським судом та судами національної системи судів. Дослідження у цій сфері проводили такі правниками, як В. П. Паліюк, С. Шевчук, Г. Є. Лук'янцев, Д. Д. Луспеник, Антоні У. Бредлі, С. Федик, І. Панкевич, М. Антонович, Л. Б. Алексєєва, Урсула Кілкелі, Є. А. Чефранова, В. А. Туманов тощо.

«Конвенційний захист суб'єктивного цивільного особистого немайнового права»: для того, щоб визначити означене запропонованим терміном поняття, необхідно з'ясувати його суттєві ознаки. Перш за все, варто вказати, що захист права в юридичній науці розглядається в розумінні його матеріально-правового та процесуально-правового змісту. На єдність та відмінність даних категорій вказував В. П. Грібанов, обґрунтовуючи це тим, що можливості матеріально-правового характеру, якими володіє уповноважений суб'єкт права на захист, передбачають і можливість їх здійснення в певній, визначеній законом процесуальній формі, в установленому законом порядку [3, с. 113]. Таким чином, матеріально-правовий зміст конвенційного захисту розкривається через закріплену Конвенцією та гарантовану національним законодавством можливість звернення осіб до Європейського суду з приводу порушення прав, викладених у Конвенції та (або) протоколах до неї. З процесуально-правової точки зору зміст конвенційного захисту полягає у встановленні Конвенцією порядку та форми реалізації вказаної можливості. Предметом нашого дослідження буде саме конвенційний захист у його матеріально-правовому сенсі.

---

[1] Термін «конвенційний» у даному понятті носить дещо умовний характер і вживається виключно задля вказівки на Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року [1].

Разом з тим деякі науковці звертають увагу на необхідність розрізняти об'єктивний та суб'єктивний аспекти захисту права [4, с. 12-13]. В об'єктивній площині захист цивільного права у юридичній літературі розглядається в якості передбаченого законом виду і міри можливого або обов'язкового впливу на суспільні відносини, які зазнали протиправного впливу [5, с. 75], охоронний вплив норм [6, с. 49], передбачені законом заходи [7, с. 335] спрямовані на поновлення порушеного, невизнаного чи оспореного права. Відмежовують при цьому поняття «охорона цивільних прав» — охоплює усі допустимі в цивільному праві форми, методи, способи забезпечення прав (в тому числі й порушених) [8, с. 91], а тому за обсягом та змістом є поняттям ширшим і співвідноситься із захистом як ціле і частина. Отже можна стверджувати, що конвенційний захист є передбачений Конвенцією такий вид правового впливу на суспільні відносини, що полягає у застосуванні заходів, спрямованих на відновлення порушеного суб'єктивного права, закріпленого Конвенцією, у випадку протиправного на нього посягання. При цьому конвенційний захист включається в поняття «конвенційна охорона», яке охоплює усю системну сукупність засобів, що забезпечують нормальний хід реалізації вказаних прав.

Окрім того, захист права розглядається в цивілістиці як суб'єктивна категорія, яка виражається у можливості уповноваженої особи застосовувати заходи для відновлення порушеного, невизнаного чи оспореного права. Варто відзначити, що в літературі відсутня єдність розуміння правової природи захисту. Не вдаючись до характеристики основних концепцій, все ж висловимо методологічну солідарність з науковцями, які розглядають захист як складову частину суб'єктивного цивільного права [9, с. 180]. На підставі викладеного, зауважимо, що конвенційний захист є складовою змісту правомочності захисту цивільного суб'єктивного права, і полягає у можливості звернення особи до Європейського суду з приводу порушення прав, викладених у Конвенції та протоколах до неї.

На основі аналізу теоретичної-методологічної та нормативно-правової бази можна виділити наступні характеристики конвенційного захисту:

Конвенційний захист представляю собою різновид юрисдикційної форми захисту, особливостями якої виступають: а) суб'єкт застосування — Європейський суд (розділ II Конвенції); б) засіб захисту — індивідуальна заява (стаття 34 Конвенції); в) способи захисту: визнання права, закріпленого в Конвенції порушеним [10], справедлива сатисфакція (стаття 41 Конвенції). Вказане дає підстави науковцям відносити конвенційний захист до судової форми захисту [11, с. 118].

Предметом конвенційного захисту є права, викладені у Конвенції та (або) протоколах до неї (стаття 34 Конвенції). Тому суб'єктивне цивільне право виступає предметом конвенційного захисту у випадках, коли охоплюється змістом закріплених у Конвенції прав.

Конвенційному захисту притаманний наднаціональний характер [12, с. 16].

Конвенційний захист застосовується за принципом субсидіарності [13, с. 72], відповідно до якого умовою прийнятності індивідуальної заяви є постановлення остаточного рішення на національному рівні (стаття 35 Конвенції).

Таким чином, поняття «конвенційного захисту суб'єктивного цивільного права» є дискусійним як на рівні методологічних засад, так і в межах практично-прикладного змісту, а тому його правова природа, істотні ознаки потребують подальшого наукового дослідження.

Використані джерела:

1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) від 4 листопада 1950 року // ОВУ. — 2006. — № 32. — 23 серпня. — Ст. 2371.

2. *Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції: Закон України від 17 липня 1997 року // ВВРУ. — 1997. — № 40. — Ст. 263*
3. *Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав — М.: «Статут», 2000. — 411 с. (Классика российской цивилистики)*
4. *Мурашко М. С. Судебная защита субъективных гражданских прав: Дис... канд-та юр. наук: 12.00.03 — Санкт-Петербург, 2000. — 124 с.*
5. *Цивільне право: навчальний посібник / Білоусов Ю. В., Лозінська С. В., Русу С. Д. та ін. / За заг. ред. Р. О. Стефанчука. — К.: Наукова думка, 2004. — 448 с.*
6. *Учебник гражданского права. Часть 1 / Под общ. ред. Т. И. Илларионовой, Б. М. Гонгало, В. А. Плетнева. — М., 1998. — 390 с.*
7. *Гражданское право: учеб.: в 3 т. Т. 1. — 6-е изд., перераб. и доп. / Н. Д. Егоров, И. В. Елисеев [и др.]; отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. — М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. — 776 с.*
8. *Охрана хозяйственных прав предприятий / Абова Т. Е. — М.: Юрид. лит., 1975. — 216 с.*
9. *Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, особливості здійснення та захисту): Монографія / Відп. ред. Я. М. Шевченко. — Хмельницький: Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2007. — 626 с.*
10. *Алієв проти України (Aliev v. Ukraine), рішення від 29 квітня 2003 року.*
11. *Седышев А. Г. Проблемы понимания механизма юридической защиты прав и свобод человека: Дис... канд-та юр. наук: 12.00.01 — Ставрополь, 2003. — 208 с.*
12. *Паліюк В. П. Особливості застосування судами України Конвенції про захист прав та основних свобод: (навчально-практичний посібник). — Миколаїв, «Атол», 2003. — 130 с.*
13. *Де Сальвия М. Европейская конвенция по правам человека. — СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. — 267 с.*

А. В. Прудко
здобувач кафедри галузевих правових наук
Національного університету «Києво-Могилянська Академія»,
Київ, Україна

ПОНЯТТЯ Ф'ЮЧЕРСНОГО КОНТРАКТУ

Праці українських науковців-правників та економістів, свідчать про те, що точного та однозначного розуміння сутності ф'ючерсного контракту у вітчизняній науковій та навчальній літературі немає. Як наслідок — закріплене визначення ф'ючерсного контракту у Законі України «Про оподаткування прибутку підприємств» та в інших нормативно-правових актах не відповідає їх суті.

І. І. Пилипенко, О. П. Жук [1, с. 212] та Б. П. Дмитрук [2, с. 234] спираючись на Закон України «Про оподаткування прибутку підприємств», визначають ф'ючерсний контракт як стандартний документ який засвідчує зобов'язання придбати (продати) цінні папери, товари або кошти у визначений час та на визначених умовах у майбутньому, з фіксацією цін на момент виконання зобов'язань сторонами контракту. В. А. Мельник пропонує розуміти ф'ючерс як договір, за яким одна сторона зобов'язується продати, а інша купити цінні папери певного виду, у певній кількості, за певною ціною та на певний строк у майбутньому [3, с. 101].

О. М. Сохацька розуміє під ф'ючерсним контрактом біржовий контракт-зобов'язання купівлі/продажу активу (валюти, цінних паперів, інших фінансових інструментів, сировини) в майбутньому із встановленими параметрами за ціною, погодженою в момент його укладання [4, с. 97].

Проаналізувавши міжнародну класифікацію фінансових інструментів Classification of Financial Instruments (CFI code), яка розроблена Міжнародною організацією по стандартизації (ISO) [5, с. 4], відповідне законодавство Європейського Союзу [6], міжнародну практику використання деривативів, а також чинне українське законодавство, можна дійти висновку, що ф'ючерсний контракт є видом строкових фінансових інструментів та відноситься до категорії строкових контрактів, які є елементом строкового, а не спотового ринку.

Особливістю спотового ринку є укладання його учасниками спотових контрактів (spot contract). Спотовий контракт є індивідуальним двостороннім договором, що укладається на умовах негайної поставки предмету договору. Укладені таким чином договори є різновидом договорів купівлі-продажу [7, с. 39]. Отже, їм притаманні всі ознаки договорів, які регулюються нормами цивільного та господарського законодавства України.

Строковий ринок — це ринок строкових контрактів, тобто договорів контрагентів щодо майбутньої поставки реальних товарів або фінансових інструментів, які в даному випадку є базовими активами [8, с. 185]. Проект Закону України «Про строкові біржові контракти» визначає строковий біржовий контракт як договір з відстроченим виконанням зобов'язання щодо купівлі або продажу базового активу на біржі [9].

Інфраструктура строкового ринку представлена біржами, позабіржовими електронними системами, брокерськими та дилерськими конторами. Залежно від видів строкових інструментів, строковий ринок поділяється на форвардний, ф'ючерсний, опціонний та ринок свопів.

Форвардний контракт (forward contract) — договір між двома сторонами про поставку певної кількості активу (товару) узгодженої якості, у визначений строк у майбутньому та на визначених умовах під час укладання такого договору [5, с. 39]. Виконання зобов'язань за таким контрактом відбувається відповідно до узгоджених умов контракту та у визначений термін. Метою укладання форвардних контрактів є поставка реального товару.

В свою чергу, строковий інструмент — це не тільки договір, який засвідчує взаємні зобов'язання контрагентів щодо поставки базового активу у майбутньому. На сучасному етапі строкові договори вже не обмежуються тільки реальною поставкою базового активу та двома суб'єктами, які вступають у правовідносини, а передбачають безпосередню організовану торгівлю інструментами строкового ринку. Зокрема, строкові контракти стають біржовим товаром після проходження біржової стандартизації.

У зв'язку з тим, що предметом строкового контракту є базовий актив (товар, валюта, інші фінансові інструменти), а ціна такого строкового контракту встановлюється залежно від очікуваних змін вартості його базового активу, його також називають похідним активом або похідним інструментом. Відповідно, строковий ринок часто називають ринком похідних інструментів. До таких стандартизованих контрактів (похідних інструментів) і належить ф'ючерс. Ф'ючерсний контракт (futures contract) можна визначити як стандартизований договір щодо купівлі чи продажу товару, валюти чи інших фінансових інструментів у конкретно визначені строк та місці у майбутньому, за ціною, яка встановлюється на вільних біржових торгах на централізованому регульованому майданчику за правилами ф'ючерсного ринку [5, с. 42-43]. Подібне визначення ф'ючерсу дається у монографії «New financial instrument» («Нові фінансові інструменти»). Зокрема, ф'ючерсний контракт — це зобов'язання зробити або прийняти доставку зазначеної кількості та якості товару або інших фінансових інструментів у визначений час у майбутньому за ціною, яка встановлена на централізованому регульованому біржовому аукціоні [10, с. 101]. Здебільшого в іноземних джерелах ф'ючерсний контракт визначається як договір щодо купівлі або

продажу стандартизованих активів у встановлену дату у майбутньому за заздалегідь встановленою ціною [11, с. 90].

Акт про Товарну Біржу, виданий Комісією з ф'ючерсної біржової торгівлі США (Commodities Futures Trading Commission — CFTC), визначає ф'ючерсний контракт як стандартизований контракт щодо купівлі або продажу товару з поставкою у майбутньому, який укладається на регульованій біржі [12, с. 46]. Такий підхід до визначення ф'ючерсного контракту на законодавчому рівні є цілком прийнятним, оскільки дефініція концентрує найосновніші характеристики та ознаки ф'ючерсу, а саме, ми розуміємо, що за своєю природою це є стандартизований договір купівлі-продажу, який передбачає виконання зобов'язань у майбутньому та обов'язково укладається на регульованій біржі, а, отже, і за її правилами.

Науковці та практики виділяють декілька видів ф'ючерсних контрактів, залежно від виду базового активу, який лежить в його основі. Зокрема, існують товарні ф'ючерси (commodity futures), базовим активом яких є такі товари як зерно, кукурудза тощо та фінансові ф'ючерси (financial futures), базовим активом яких є фінансові інструменти такі як відсоткові ставки, валюта, акції, казначейські облігації, фондові індекси тощо. Наприклад, відповідно до визначення International Accounting Standard IAS 32 «Financial instruments: disclosure and presentation» «фінансовим ф'ючерсом є договірне зобов'язання про майбутню поставку / купівлю стандартизованої кількості фінансових інструментів або проведення взаєморозрахунків в стандартизовану дату виконання контракту за ціною, заздалегідь узгодженою в ході вільного біржового торгу» [5, с. 11].

Серед характерних особливостей ф'ючерсних контрактів необхідно обов'язково виділити такі: по-перше, ф'ючерси укладаються лише на фондовій чи товарній біржі, або в організаційно оформлених позабіржових торговельно-інформаційних системах (TIC) [13], по-друге, ці контракти укладаються не з метою фактичної поставки основних товарних валютних чи інших фінансових ресурсів у майбутньому, хоча така і передбачається в умовах контракту, а з метою управління ціновими ризиками, по-третє, всі ф'ючерсні контракти є стандартизованими за всіма параметрами. Стандартизація ф'ючерсного контракту означає уніфікацію таких його умов, як вид базового активу, його споживча вартість, кількість, базова якість, розмір доплат за відхилення від вимог якості, умови та строки поставки, форма оплати, санкції за порушення умови контракту, порядок здійснення арбітражу тощо. Єдина умова, яка змінюється в процесі проведення біржових торгів протягом строку дії контракту, є ціна ф'ючерсу. Всі ці стандартизовані умови розробляються та затверджуються відповідною біржею таким чином, щоб певні ф'ючерсні контракти були взаємозамінними, оскільки більшість ф'ючерсних контрактів виконуються не поставкою товару, а укладанням зворотного договору («офсетного») щодо такої ж кількості базового активу. Тобто, для того, щоб припинити зобов'язання за ф'ючерсним контрактом на купівлю певного базового активу, укладається новий ф'ючерсний контракт на продаж такої ж кількості та якості базового активу, і навпаки. Фактично відбувається взаємозалік вимог шляхом укладення, так званого, зворотного договору. Саме для цього ф'ючерси повинні бути стандартизованими, щоб можна було легко знайти два ідентичних контракти та провести взаємозалік вимог за ними.

Сам процес укладання ф'ючерсів відбувається без демонстрації базового активу. Тому ф'ючерсний ринок часто називають «паперовим» ринком, оскільки всі договори фіксуються лише на «папері» і рідко справа доходить до фактичної поставки [5, с. 24]. Таким чином, третьою особливістю ф'ючерсних контрактів є те, що вони укладаються не з метою фактичної поставки основних товарних валютних чи інших фінансових ресурсів у майбутньому, хоча така і передбачається в умовах контракту, а з метою управління ціновими ризиками, які існують на спотовому ринку. Крім того, зазначені

інструменти покликані подолати обмеження, що виникають у зв'язку із переданням прав та обов'язків відповідно до спотових договорів купівлі-продажу товарів.

Враховуючи все вище зазначене, ф'ючерсний контракт («ф'ючерс») можна визначити як стандартизований строковий біржовий договір, який встановлює зобов'язання придбати чи продати базовий актив визначеної кількості та якості у встановлений час у майбутньому за ціною, що встановлена на централізованому регульованому біржовому аукціоні.

Використані джерела:

1. Пилипенко І. І., Жук О. П. Цінні папери в Україні. — К.: ІВЦ Держкомстату України. — 2001. — 305 с.

2. Дмитрук Б. П. Організація біржової діяльності в агропромисловому комплексі. — К.: Либідь, 2001. — 342с.

3. Мельник В. А. Ринок цінних паперів в запитаннях та відповідях. — Х.: Консул, 1999. — 375 с.

4. Сохацька О. М. Міжнародні ф'ючерсні ринки: теоретико-методологічні аспекти: Монографія. — Тернопіль: Карт-бланш, 2002. — 454 с.

5. Лемішевська Т. Аналіз чинного законодавства України з регулювання деривативів та пропозиції ЗАТ «УМВБ» щодо його наближення до загально-прийнятної світової практики — К.: ЗАТ «УМВБ», 2003. — 36 с.

6. Директива 2004/39/ЄС Про ринки фінансових інструментів Європейського парламенту та Ради від 4 квітня 2004 року. [Электронный ресурс] Режим доступа: http://www/ueplac.kiev.ua/ukr/codex/txt/part2e.shtml

7. Дегтярева О. И. Биржевое дело: Учебник для вузов. — М.: Юнита-Дана, 2001. — 680 с.

8. Ценные бумаги: Учебник/ Под ред. В. И. Колесникова, В. С. Торкановского. — М.: Финансы и статистика, 1998. — 416 с.

9. Ст. 1 Проекту Закону України «Про строкові біржові контракти» реєстраційний № 0966, поданий Народним депутатом С. О. Москвіним 4.05.2002 (Таблиця поправок до другого читання). [Электронный ресурс] Режим доступа: http://www.rada.kiev.ua/osmir/tables/skl_4/perexidni/TABL09660001.html

10. Michael D. Atchison, Richard F. DeMong, CFA, John L. Kling New financial instrument A descriptive guide. Charlottesville, Virginia: The Financial Analysts Research Foundation, 1985. — 198 p.

11. Hazel J. Johnson. Financial institution and markets: a global perspective. Published by McGraw-Hill, Inc., 1993. — 560 p.

12. Wunnicke, Diane B. Corporate financial risk management: practical techniques of financial engineering. Published by John Wiley & Sons, Inc., 1992. — 347 p.

13. П. 2 Правил випуску та обігу фондових деривативів, затверджених рішенням Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 24 червня 1997 року № 13. [Электронный ресурс] Режим доступа:- http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi

М. Б. Рибчак

старший лаборант кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ОЦІНКА ДОКАЗІВ СУДОМ

Загальне правило оцінки доказів сформульоване у ч. 1 ст. 212 ЦПК України. Суд оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному, об'єктивному та безпосередньому дослідженні наявних у справі доказів [1].

Суд оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням. Внутрішнє переконання суду по своєму значенню входить у число основних начал судового права. Переконання суду як специфічне переконання юридичної природи і повинно бути результатом подолання різного роду і кількості переконань, як і упереджень: проти чого-небудь, кого-небудь, можливості тієї або іншої ситуації, імовірності тієї або іншої версії і т.д.

Суддівське переконання у своєму формуванні проходить певний процес. Переконання в судді не виникає мимовільно, а виробляється під час судового розгляду, цей процес звичайно зводиться до процесу пізнання суддями обставин справи. Переконання суду повинно мати об'єктивну основу, і саме таку складають обставини розглянутої справи.

Внутрішнє переконання — це сформоване під час розгляду справи уявлення судді про те, як слід вирішити спір. Внутрішнє переконання суду при оцінці доказів йде своїм корінням в принцип вільної оцінки доказів: ніякі докази не мають для суду наперед встановленої сили, кожен доказ підлягає оцінці судом разом з іншими доказами. Ніхто не має права давати суду вказівки про те, як треба оцінити ті або інші докази. Суд оцінює докази незалежно від стороннього впливу, виходячи з сукупності наявних доказів, кожне з яких немає наперед встановленої сили, тобто оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням [7, с. 89].

Оцінка доказів на основі внутрішнього переконання суду полягає у тому, що тільки самі судді вирішують питання достовірності доказів, істинності або помилковості відомостей, що містяться в них, достатності для правильного висновку. Внутрішнє переконання суддів відображає їх власне відношення до своїх знань, рішень, дій. Оцінка доказів на основі внутрішнього переконання гарантується тим, що остаточно проводиться в умовах таємниці нарадчої кімнати, при скасуванні рішення вищестоящі суди не мають права давати нижчестоящому вказівки щодо достовірності або невірогідності того або іншого доказу [8, с. 148].

Внутрішнє переконання як категорія знаходиться в кореляції з доказами, служить підведенню підсумків доказового процесу. Але воно формується не тільки на основі сукупності доказів.

Внутрішнє переконання складається як результуючої всієї судової справи, як в усному і візуальному безпосередньому сприйнятті, так і в його фіксованому документальному образі [5, с. 266].

Суд оцінює докази на основі встановлених в законі принципів, тобто загальних правових вимог. При їх нормативному закріпленні враховуються такі закони пізнання, як всесторонність, об'єктивність і психологічні аспекти розумової діяльності суддів, зокрема, внутрішнє переконання суддів як учасників процесу.

Такі фактори як всебічне, повне, об'єктивне та безпосереднє дослідження наявних у справі доказів є базою для формування внутрішнього переконання і об'єктивним критерієм для його перевірки.

Всесторонність дослідження доказів означає взяття до уваги доводів всіх осіб, що беруть участь в справі, дослідження і оцінку доказів не з позиції однієї із сторін, а з позиції незалежного арбітра. Відсутність зацікавленості в результаті даної справи дозволяє суду розглядати докази всесторонньо. Якщо представники сторін діють в рамках своїх правових позицій і досліджують докази відповідно до своїх вимог або заперечень, то суд, будучи не зацікавленим в результаті спору, всесторонньо досліджує як докази позивача, так і докази відповідача [2, с. 387].

Повне дослідження доказів припускає наявність доказів, достатніх для висновку суду по справі, і оцінку всієї сукупності доказів, що є в справі. Для забезпечення повноти дослідження доказів суд повинен досліджувати всі докази, що відносяться до справи і є допустимими. При цьому суд має право запропонувати особам, що беруть участь в справі, представити додаткові докази, якщо визнає неможливим розглянути справу на підставі доказів, що є в справі. Докази оцінюються в повному об'ємі,

всесторонньо і неупереджено. Вимога повноти припускає необхідність отримання і дослідження їх в такому об'ємі, який є достатнім для того, щоб зробити висновок. У суддів не повинно бути сумнівів в обґрунтованості рішення [4, с. 231].

Об'єктивність дослідження доказів означає відсутність зацікавленості суду в справі, що розглядається, відсутність упередженості при оцінці доказів. У плані гарантованості об'єктивного дослідження доказів закон вводить можливість відведення судді. На об'єктивність дослідження доказів проектується положення принципу незалежності суддів [3, с. 271].

Важливим критерієм в оцінці доказів є безпосередність дослідження судом доказів, що є в справі. З правила безпосередності дослідження доказів існує декілька виключень. Так, докази, одержані в результаті виконання судового доручення і забезпечення доказів, суд досліджує шляхом їх оголошення в процесі судового розгляду. Проте, якщо особа з'явилася в судове засідання, вона може бути допитана. Суд повинен сам досліджувати докази, в окремих випадках доручаючи зробити ці дії іншому суду (судове доручення) [7, с. 163].

Відповідно до ч. 2 ст. 212 ЦПК України жоден доказ не має для суду наперед встановленого значення [1]. Усі докази є рівні між собою. Однак це не означає, що усі докази мають однакове значення. Оцінка доказів саме і полягає в тому, щоб визначитися, яким з них надати перевагу.

Ні в законі, ні в яких-небудь підзаконних актах не повинні міститися вказівки, що визначають доказову силу і значення доказу; ніякі органи і посадові особи не мають права давати суду вказівки про доказову силу і значення того або іншого доказу, докази повинні оцінюватися по їх властивостях. Жоден доказ наперед не має для суду більшої доказової сили. Це особливо важливо враховувати при оцінці висновку експертів. Не можна вважати, що даний вид доказів має переваги, і без належної оцінки і обліку всіх доказів в сукупності обґрунтовувати ним рішення [6, с. 257].

Оцінюючи докази, суд зв'язаний також і формальними правилами. Суд зобов'язаний оцінити належність, допустимість, достовірність кожного доказу окремо, а також достатність і взаємний зв'язок доказів у їх сукупності [9, с. 136].

Правильна оцінка судом доказів має першорядне значення для винесення законного і обґрунтованого рішення.

Результати оцінки судом доказів зазначаються в мотивувальній частині рішення, де суд повинен вказати докази, на яких засновані висновки суду, і доводи, по яких він відкидає ті або інші докази [8, с. 169].

Таким чином, з вищевказаного можна зробити наступні висновки:

По-перше, формування суддівського переконання — це не просто результат дії на свідомість суддів певної сукупності доказів, встановлених і перевірених в ході судового розгляду.

По-друге, переконання в суддів повинно вироблятися під час судового розгляду.

По-третє, вихідним пунктом формування суддівського переконання є сукупність знань, що дозволяє вирішити справу.

Таким чином, змістом суддівського переконання завжди є процес і стан особливого відношення суддів до змісту результатів судового пізнання.

Таким чином, оцінка доказів — це діяльність суду, що беруть участь в справі осіб, їх представників, що має місце на всіх стадіях цивільного процесу [7, с. 67].

Використані джерела:

1. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р // Відомості Верховної Ради (ВВР). — 2004. — № 40-41, 42. — Ст. 492.

2. Гражданский процесс России: Учебник / Под ред. М. П. Викут. — М.: Юристь, 2004. — 459 с.

3. Гражданский процесс Российской Федерации / Под ред. А. А. Власова. — М.: Юрайт-Издат, 2004. — 584 с.

4. *Гражданский процесс: Учебник / Отв. ред. В. В. Ярков — 4-те изд. пере раб. и доп. — М.: БЕК, 2001. — 640 с.*
5. *Мурадьян Э. М. Истина как проблема судебного права. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Юристь, 2004. — 312 с.*
6. *Мурадьян Э. М. Судебное право. — СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2007. — 575 с.*
7. *Справочник по доказыванию в гражданском судопроизводстве / Под ред. И. В. Решетниковой. — М.: НОРМА (Издательская группа НОРМА — ИНФА-М), 2002. — 480 с.*
8. *Телятников В. И. Убеждение суддьи. — Спб.: Изд-во Р.Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. — 331 с.*
9. *Треушников М. К. Судебные доказательства. — М.: ОАО «Изд. дом «Городец», 2004. — 272 с.*

Т. Я. Рим
аспірант Львівського національного університету імені Івана Франка,
Львів, Україна

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПУ ПОВНОГО ВІДШКОДУВАННЯ ЗБИТКІВ У ЦИВІЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

Основним принципом, на якому ґрунтуються правовідносини у сфері відшкодування збитків є, як відомо, принцип повного відшкодування збитків. Однак, у цивільному законодавстві України знаходимо винятки з цього принципу.

Так, пунктом 2 ст. 225 Господарського кодексу України визначено, що законом щодо окремих видів господарських зобов'язань може бути встановлено обмежену відповідальність за невиконання чи неналежне виконання зобов'язань. Оскільки це положення міститься у главі 5 ГК України («Відшкодування збитків у сфері господарювання») та конкретно у статті, що регламентує склад та розмір відшкодування збитків, можна стверджувати, що мова йде власне про обмеження можливості відшкодування збитків. Подібна норма відсутня в ЦК України, чим продовжує підтримувати аналізований нами принцип — принцип повного відшкодування збитків.

Прикладом обмеження відповідальності можуть служити, наприклад, Правила виплати відшкодування операторами поштового зв'язку збитків, завданих унаслідок ненадання чи неналежного надання послуг з пересилання міжнародних поштових відправлень, затверджені Наказом Державного комітету зв'язку та інформатизації України від 18 березня 2003 року № 50. Пунктом 5 цих правил обмежено розмір відповідальності вартістю втраченого, пошкодженого або знищеного майна. Тобто упущена вигода відповідно до вказаних правил винною стороною не відшкодовується.

Проте, оскільки законами України встановлено загальне правило про право потерпілого на відшкодування усіх збитків, завданих йому неправомірними діями боржника, в тому числі і упущеної вигоди, то можна прийти до висновку про невідповідність наведеного вище положення підзаконного нормативно-правового акта закону.

Однак, в законодавстві України містяться нормативно-правові акти, які обмежують відповідальність винного. Серед них слід виділити такі.

Відповідно до ст. 923 ЦК України у разі прострочення доставки вантажу перевізник зобов'язаний відшкодувати другій стороні збитки, завдані порушенням

строку перевезення, якщо інші форми відповідальності не встановлені договором, транспортними кодексами (статутами).

Відповідно до положень ст. 105 Статуту залізниць України, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 06.04.1998 р. № 457, залізниці, вантажовідправники, вантажоодержувачі, пасажири, транспортні, експедиторські і посередницькі організації та особи, які виступають від імені вантажовідправника і вантажоодержувача, несуть матеріальну відповідальність за перевезення у межах і розмірах, передбачених цим Статутом та окремими договорами. Статтею 114 цього ж акта встановлено, що залізниця відшкодовує фактичні збитки, що виникли з її вини під час перевезення вантажу, а саме: за втрату чи недостачу — у розмірі дійсної вартості втраченого вантажу чи його недостачі; за втрату вантажу, який здано до перевезення з оголошеною вартістю, — у розмірі оголошеної вартості, а якщо залізниця доведе, що оголошена вартість перевищує дійсну, — у розмірах дійсної вартості; за псування і пошкодження — у розмірах тієї суми, на яку було знижено його вартість. Витрати і збитки, не передбачені договором перевезення і цим Статутом, не підлягають відшкодуванню.

Таким чином, враховуючи цитовані та інші положення, у випадку порушення зобов'язання залізниця несе відповідальність, якщо іншого не передбачено договором, лише у вигляді сплати штрафу та відшкодування реальних збитків (вартість втраченого чи пошкодженого майна).

Аналогічно, відповідно до положень ст. 136 Статуту автомобільного транспорту Української РСР, затвердженого постановою Ради Міністрів Української РСР від 27 червня 1969 року № 401, автотранспортні підприємства несуть відповідальність лише у вигляді сплати штрафу та відшкодування реальних збитків (вартість втраченого чи пошкодженого майна).

Статтею 352 Кодексу торговельного мореплавства також передбачено обмежену відповідальність судновласника щодо будь-яких інших вимог (крім вимог, викликаних втратою життя або ушкодженням здоров'я) для судна місткістю не більше 500 одиниць — 167000 розрахункових одиниць.

Подібне обмеження принципу повного відшкодування збитків знаходимо і в ст.ст. 313, 314 ГК України. Ними передбачено, що сплата штрафу за доставку вантажу з простроченням не звільняє перевізника від відповідальності за втрату, нестачу або пошкодження вантажу, що сталися внаслідок прострочення. Перевізник несе відповідальність за втрату, нестачу та пошкодження прийнятого до перевезення вантажу, якщо не доведе, що втрата, нестача або пошкодження сталися не з його вини. Як бачимо, можливості відшкодування упущеної вигоди законом не передбачено. Способом виходу з ситуації є п. 5 ст. 307 ГК України, який дозволяє передбачити в договорі також інші умови перевезення, що не суперечать законодавству, та додаткову відповідальність за неналежне виконання договірних зобов'язань. Можливість передбачити додаткову відповідальність передбачено і транспортними статутами.

Обмежена відповідальність встановлюється не лише у сфері перевезень. Наприклад, відповідальність виконавця у формі відшкодування збитків за порушення договору про безоплатне надання послуг встановлюється у розмірі, що не перевищує двох неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, якщо інший розмір відповідальності виконавця не встановлений договором (п. 2 ст. 906 ЦК України).

Стаття 343 ГК України визначає відповідальність за порушення строків розрахунків. З аналізу положень цієї статті приходимо до висновку, що платники грошових коштів за прострочку платежу, а банки за затримку зарахування грошових надходжень на рахунок клієнта несуть відповідальність виключно у формі сплати пені. Цією статтею узагалі не передбачено можливості стягнення з них збитків.

Одним із основоположних принципів господарсько-правової відповідальності є, як відомо з приписів п. 3 ст. 216 ГК України, те, що у господарському договорі

неприпустимі застереження щодо виключення або обмеження відповідальності виробника (продавця) продукції. Однак, можливість «обійти» цей принцип можна знайти в законодавстві, що регулює сферу електроенергетики.

Так, відповідно до ст. 227 ГК України відповідальність за порушення правил користування енергією встановлюється законом. Згідно з положеннями ст. 15 Закону України «Про електроенергетику» оптовий ринок електричної енергії України створюється на підставі договору. У договорі визначаються мета та умови діяльності, права, обов'язки та відповідальність сторін. Таким чином, на підставі вказаного положення законодавцем надано право сторонам не лише підвищувати, а й обмежувати відповідальність у сфері оптових закупівель електроенергії, в тому числі і щодо продавця електроенергії.

Частинами 10, 11 ст. 24 цього ж закону визначено, що енергопостачальники несуть відповідальність перед споживачами електричної енергії у розмірі двократної вартості недовідпущеної електричної енергії у разі переривання електропостачання з вини енергопостачальника (згідно з умовами договору на користування електричною енергією). У разі відпуску електричної енергії, параметри якості якої знаходяться поза межами показників, зазначених у договорі на користування електричною енергією, енергопостачальник несе відповідальність у розмірі двадцяти п'яти відсотків вартості такої електроенергії. Вкотре констатуємо, що законом не передбачено можливості стягнення збитків у формі упущеної вигоди, завданих споживачу перериванням енергопостачання.

Таким чином, хоч ЦК України чітко закріплено принцип повного відшкодування збитків (і реальних, і втраченої вигоди), в законодавстві України переважно у сфері підприємницької діяльності знаходимо достатню кількість винятків з цього принципу.

Серед інших, загальними засадами цивільного законодавства є справедливість, добросовісність та розумність. Як цілком обґрунтовано зазначає А. С. Довгерт, ці принципи є основною сутністю права та вказують на його природне походження. З позицій природного права справедливість — це застосування моральних вимог як вимог правових до актів цивільного законодавства, це поняття про належне, яке відповідає розумінню сутності людини та її прав [1, с. 12-13].

Відверто кажучи не зрозуміло, чому у певних сферах господарської діяльності порушник зобов'язань, який завдав збитків своєму контрагенту, ставиться законом у більш вигідне становище. Такий стан речей аж ніяк не може відповідати принципу справедливості, рівності учасників правовідносин перед законом, у таких випадках втрачається як стимулююча, так і компенсаційна функція майнової відповідальності суб'єктів підприємництва.

Враховуючи наведені доводи, слід констатувати необхідність реалізації принципу повного відшкодування збитків у всіх сферах господарської діяльності. Потрібно вилучити, на нашу думку, п. 2 ст. 225 ГК України, та привести інші нормативно-правові акти у відповідність до аналізованого нами принципу.

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. — К.: Істина. — 928 с.*
2. *Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV // Відомості Верховної Ради (ВВР). — 2003. — №№ 40-44. — Ст. 356.*
3. *Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року № 436-IV // Відомості Верховної Ради (ВВР). — 2003. — № 18, № 19-20, № 21-22. — Ст. 144.*
4. *Кодекс торговельного мореплавства від 23 травня 1995 року № 176/95-ВР // Відомості Верховної Ради (ВВР). — 1995. — №№ 47, 48, 49, 50, 51, 52. -Ст. 349.*
5. *Про електроенергетику: Закон України від 16 жовтня 1997 року № 575/97-ВР // Відомості Верховної Ради (ВВР). — 1998. — № 1. — Ст. 1.*

6. Правила виплати відшкодування операторами поштового зв'язку збитків, завданих унаслідок ненадання чи неналежного надання послуг з пересилання міжнародних поштових відправлень, затверджені Наказом Державного комітету зв'язку та інформатизації України від 18 березня 2003 року № 50.
7. Статут залізниць України, затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 06.04.1998 р. № 457.
8. Статут автомобільного транспорту Української РСР, затвердженого постановою Ради Міністрів Української РСР від 27 червня 1969 року № 401.

С. М. Романович
здобувач Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва,
Київ, Україна

ОКРЕМІ ПИТАННЯ РЕЄСТРАЦІЇ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА НОВОСТВОРЕНЕ МАЙНО

У сучасних умовах соціально-економічних реформ з урахуванням розвитку інституту права приватної власності дослідження юридичних підстав набуття права приватної власності громадян є дуже актуальним, особливо коли це стосується порядку набуття права власності на об'єкти нерухомості. Тривалий час радянське цивільне законодавство обмежувало можливість виникнення права приватної власності.

У сучасному законодавстві України підставам набуття права власності присвячена глава 24 нового ЦК України. Переважна більшість із передбачених в ній підстав стосується й набуття громадянами права приватної власності. У тому числі, набуття права власності на новостворене майно, яке виготовлене (створене) особами, набувається ними на праві спільної часткової власності (ст. 331 ЦК). Виходячи із змісту цієї статті, особи, які виготовили (створили) річ зі своїх матеріалів на підставі договору, є власниками цієї речі. Розглянемо деякі особливості, що характеризують такі правовідносини. Так, дія ч. 1 ст. 331 ЦК поширюється на створення нової речі із своїх матеріалів і особами, що не досягли чотирнадцяти або вісімнадцяти років, оскільки створення нової речі не є правочином, а тому не потребує будь–якого обсягу дієздатності. Крім того, окремі правила передбачені у пунктах 2-4 статті 331 ЦК для набуття права власності на новостворене нерухоме майно (житлові будинки, будівлі, споруди тощо). Право власності на ці об'єкти виникає з моменту завершення будівництва (створення) майна. Якщо договором або законом передбачено прийняття нерухомого майна до експлуатації, право власності виникає з моменту прийняття його до експлуатації. В разі коли право власності на нерухоме майно за законом підлягає державній реєстрації, право власності виникає з моменту державної реєстрації. До завершення будівництва (створення майна) матеріали, обладнання тощо, які були використані в процесі будівництва, вважаються власністю осіб, яким ці матеріали належать на праві приватної власності. За заявою цих заінтересованих осіб суд може визнати їх власниками недобудованого нерухомого майна, якщо буде встановлено, що частка робіт, яка не виконана відповідно до проекту, є незначною. Після закінчення будівництва та введення в експлуатацію об'єктів нерухомого майна, право власності на які підлягає реєстрації, місцевими органами державної влади або органом місцевого самоврядування майбутньому власнику видається свідоцтво про право власності на відповідний об'єкт нерухомого майна (п. 8 Тимчасового положення про порядок державної реєстрації прав власності на нерухоме майно). Свідоцтво про право власності на новозбудовані об'єкти видається за умови надання необхідних документів. З цього моменту виникає право власності на новозбудований об'єкт нерухомого майна.

Однак питання щодо реєстрації права власності на об'єкт нерухомості залишається невирішеним. Особливо це стосується порядку реєстрації права власності на недобудоване майно. Так, згідно абз. 2 ч. 2 ст. 331 ЦК України суд, за відповідною заявою особи, може визнати її власником недобудованого нерухомого майна, якщо буде встановлено, що частка робіт, яка не виконана відповідно до проектно-кошторисної документації, є незначною. Необхідність звернення до суду може виникнути тоді, коли є потреба у відчуженні незавершеного будівництва. Рішення суду про визнання права власності на нерухоме майно, якщо таке рішення набрало законної сили, є правовстановлюючим документом, на підставі якого й проводиться державна реєстрація права власності на нерухоме майно.

Однак на практиці виникають випадки, коли в БТІ відмовляються реєструвати недобудоване нерухоме майно на основі рішення суду, мотивуючи тим, що для реєстрації необхідний акт введення в експлуатацію, тощо.

У той же час, згідно ст.ст. 18, 19 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» від 01.07.2004 (далі — Закон), державна реєстрація речових прав на майно проводиться за заявою правовласника (правонабувача), сторони правочину, за яким виникло речове право на підставі документа, що підтверджує відповідне право. Такими зокрема є документи, що свідчать про право власності або інше речове право, а саме:

- державний акт про право власності на земельну ділянку;
- нотаріально засвідчений договір купівлі-продажу, довічного утримання, дарування, міни земельної ділянки або іншого нерухомого майна;
- договір про приватизацію майна державних підприємств;
- договір купівлі-продажу нерухомого майна, зареєстрований на біржі в установленому порядку;
- нотаріально засвідчений договір про поділ, перерозподіл, об'єднання нерухомого майна;
- свідоцтво про право на спадщину;
- свідоцтво про право власності на частку в спільному майні подружжя;
- свідоцтво про придбання нерухомого майна з прилюдних торгів;
- свідоцтво про право власності на будівлю (частину будівлі), споруду;
- рішення суду про право власності на об'єкт незавершеного будівництва;
- акти прийому нерухомого майна до експлуатації;
- договори про іпотеку, оренду строком більш як один рік, інші визначені законом документи щодо речових прав на нерухоме майно;
- рішення суду стосовно речових прав не нерухоме майно, обмежень цих прав, що набрали законної сили;
- інші акти державної влади або органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, прийняті у межах повноважень, визначених законом.

Відповідно до п.5 Розділу V Прикінцевих положень Закону, реєстрація об'єктів нерухомості проводиться комунальними підприємствами бюро технічної інвентаризації (БТІ), до створення єдиної системи органів реєстрації прав, а також до формування Державного реєстру прав у складі державного земельного кадастру.

На сьогодні, БТІ у своїй діяльності керуються, окрім Закону, наказом Міністерства юстиції України «Про затвердження Тимчасового положення про порядок реєстрації прав власності на нерухоме майно» від 07.02.2002 7/5 (далі-Тимчасове положення). Так, згідно п. 2.1. та Додатком 1 Тимчасового положення, для реєстрації виникнення, існування, припинення прав власності на нерухоме майно та оформлення прав власності на нерухоме майно до БТІ разом із відповідною заявою подаються відповідні правовстановлюючі документи якими є:

Однак, в ч. 2 ст. 331 ЦК України чітко сказано, що право власності на нерухоме майно виникає з моменту його прийняття до експлуатації, якщо договором або законом передбачено прийняття нерухомого майна до експлуатації. Отож, працівники БТІ не мають ніякого права вимагати від громадян надання акту прийняття нерухомого майна в експлуатацію. При цьому не є достатньо обґрунтованим посилання працівників БТІ у даному випадку на наказ Міністерства юстиції України «Про затвердження Тимчасового положення про порядок реєстрації прав власності на нерухоме майно» від 07.02.2002 7/5 та наказ Державного комітету України з будівництва та архітектури від 27.01.2005 21, оскільки ці нормативні акти є не законами, а підзаконними актами.

По-друге, п. 7 Розділу V Прикінцевих положень Закону встановлено, що до узгодження законів та інших нормативно-правових актів із цим Законом вони застосовуються в частині, що не суперечить цьому Закону. Отже Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» має переважну силу не тільки над підзаконними актами, які йому суперечать, але й перед будь-якими законами України.

На нашу думку, положення пункту 1.6 Тимчасового положення не можуть застосовуватись, оскільки прямо суперечать статті 19 Закону. Ми вважаємо, що доцільно було б внести зміни до Тимчасового положення або призупинити п. 16.

О. В. Романовская
кандидат юридических наук,
доцент кафедры частного права Пензенского государственного университета,
Пенза, Российская Федерация

ПРОБЛЕМЫ УЧАСТИЯ РОССИЙСКОГО НОТАРИУСА В ОБЕСПЕЧЕНИИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ

В соответствии со статьей 102 Основ законодательства РФ о нотариате (далее — Основы о нотариате) [1] нотариус участвует в обеспечении доказательств. Этому должно предшествовать письменное заявление лица, обратившегося за совершением данного нотариального действия. Фиксация доказательств необходима для дальнейшего рассмотрения дела в суде или административном органе. Приведенная норма позволяет некоторым авторам достаточно широко трактовать участие нотариуса в содействии осуществлению правосудия. Так, Г.И. Беньягуев считает, что статья 102 Основ о нотариате указывает на отправление нотариусом правосудия, благодаря чему он становится активным участником судопроизводства [3]. По-видимому, такие радикальные выводы преждевременны. Этому служит основанием не только тат факт, что такие нотариальные действия крайне редки в нотариальной практике, но и системные противоречия в самих Основах о нотариате.

Обеспечение доказательств нотариусом предшествует разбирательству дела по существу. Основы о нотариате специально указывают, что нотариус не обеспечивает доказательств по делу, которое в момент обращения заинтересованных лиц к нотариусу находится в производстве суда или административного органа. В этом случае обеспечение доказательств осуществляется судебными органами по правилам, установленными процессуальными кодексами, а административными органами по правилам, изложенным в КоАП РФ и административных регламентах. Причем понятие административного органа необходимо рассматривать достаточно широко, относя к ним органы милиции, таможенные, налоговые и иные органы исполнительной власти. Разбирательство же в этих органах не связано только с привлечением лица к

административной ответственности. Основы о нотариате предусматривают еще одно условие обеспечения доказательства нотариусом: оно производится, если имеются основания полагать, что представление доказательств впоследствии станет невозможным или затруднительным. Оценка осуществляется самим нотариусом по своему субъективному усмотрению.

Статья 103 Основ о нотариате устанавливает, что в порядке обеспечения доказательств нотариус допрашивает свидетелей, производит осмотр письменных и вещественных доказательств, назначает экспертизу. При выполнении процессуальных действий по обеспечению доказательств нотариус руководствуется соответствующими нормами гражданского процессуального законодательства Российской Федерации.

Нотариус извещает о времени и месте обеспечения доказательств стороны и заинтересованных лиц, однако неявка их не является препятствием для выполнения действий по обеспечению доказательств. Обеспечение доказательств без извещения одной из сторон и заинтересованных лиц производится лишь в случаях, не терпящих отлагательства, или когда нельзя определить, кто впоследствии будет участвовать в деле. Процедура обеспечения доказательств установлена Методическими рекомендациями по совершению отдельных видов нотариальных действий нотариусами Российской Федерации [2]. Так, о допросе свидетеля в порядке обеспечения доказательств нотариусом составляется протокол, в котором указываются:

1) дата и место допроса;

2) сведения о нотариусе;

3) сведения о свидетеле, а также сведения о лицах, участвующих в допросе;

5) предупреждение об ответственности за дачу заведомо ложных показаний и отказ от дачи показаний;

6) содержание показаний свидетеля (заданные ему вопросы и ответы на них).

Протокол подписывается свидетелем, участвующими в допросе лицами, нотариусом и скрепляется печатью нотариуса.

При производстве осмотра письменных и вещественных доказательств также составляется протокол, который подписывается участвующими в осмотре лицами, нотариусом и скрепляется печатью нотариуса. О назначении экспертизы нотариус выносит постановление. По окончании производства по обеспечению доказательств заинтересованному лицу выдается по одному экземпляру каждого документа, составленного в порядке обеспечения доказательств. По экземпляру каждого документа, составленного в порядке обеспечения доказательств, остается в делах нотариуса.

В то же время нормы Основ о нотариате не подтверждены нормами процессуального законодательства. В частности, экспертиза, проведенная по постановлению нотариуса, для суда значения иметь не будет. Статья 79 Гражданского процессуального кодекса РФ устанавливает, что при возникновении в процессе рассмотрения дела вопросов, требующих специальных знаний в различных областях науки, техники, искусства, ремесла, суд назначает экспертизу. Поручение экспертизы должно идти только от суда. Аналогична по содержанию статья 82 Арбитражного процессуального кодекса РФ. Более того, статья 19 Федерального закона от 31 мая 2001 года «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» закрепляет, что основаниями производства судебной экспертизы в государственном судебно-экспертном учреждении являются определение суда, постановления судьи, лица, производящего дознание, следователя или прокурора. Судебная экспертиза считается назначенной со дня вынесения соответствующего определения или постановления. Как видно, нотариус не включен в список лиц, уполномоченных на назначение государственной судебной экспертизы. Ничего не говорится в законе о значении экспертизы, произведенной по постановлению нотариуса.

Кроме того, проблематичен также допрос свидетеля нотариусом в случае его уклонения от явки. Нотариус не уполномочен на его принудительный привод. Даже если свидетель или эксперт дают показания или заключение, нет правовых гарантий требования от них правдивости. Статья 307 Уголовного кодекса РФ предусматривает уголовную ответственность за заведомо ложные показание свидетеля, потерпевшего либо заключение или показание эксперта, показание специалиста, а равно заведомо неправильный перевод в суде либо при производстве предварительного расследования.

В соответствии со статьей 108 Основ о нотариате нотариус обеспечивает доказательства, требующиеся для ведения дел в органах других государств. В этом случае в законе не содержится специальных правил относительно вида иностранного органа, для ведения дела в котором российский нотариус обеспечивает доказательства. Соответственно, это и суды, и иные правоохранительные органы (в том числе, административные, контрольные и др.) другого государства. При этом доказательства могут быть необходимы для рассмотрения как гражданского, так и уголовного, и любого иного дела. Получается, что степень участия нотариуса в обеспечении доказательств различается в зависимости от его будущей территориальной востребованности.

Использованные источники:

1. Основы законодательства Российской Федерации о нотариате // Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1993. № 10. Ст. 357.

2. Приказ Минюста РФ от 15 марта 2000 года № 91 «Об утверждении методических рекомендаций по совершению отдельных видов нотариальных действий нотариусами Российской Федерации» // Бюллетень Министерства юстиции РФ. 2000. № 4.

3. Беньягуев Г.И. Нотариат как часть судебной системы // Нотариус. 2006. № 4.

Н. В. Романюк
студентка відділення підготовки магістрів
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ОСОБЛИВОСТІ ВІДКРИТТЯ ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВАХ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ УСИНОВЛЕННЯМ ДІТЕЙ

Одним з основних напрямків державної політики України є реалізація комплексу заходів, спрямованих на охорону дитинства. Свідченням цього є Конституція України [1], яка проголосила рівність дітей у своїх правах. Якщо ж дитина лишилась сиротою або позбавлена батьківського піклування з тих чи інших причин, обов'язок утримання та виховання таких дітей основний закон покладає на державу (ст. 52).

Процесуальний порядок порушення справ окремого провадження і, зокрема, справ про усиновлення дітей іноземними громадянами має загальні риси, які притаманні як позовному, так і окремому провадженню, але при цьому має специфіку, яка властива лише окремому провадженню і, зокрема, справам про усиновлення дітей іноземними громадянами, які порушуються шляхом подання до суду заяви.

Подання заяви — це одностороннє процесуальне звернення до суду за захистом права чи охоронюваного законом інтересу.

Згідно з ст 251 ЦПК [2] заява про усиновлення дитини або повнолітньої особи, яка не має матері, батька, або була позбавлена їхнього піклування, подається до суду за місцем їх проживання. Таким чином, можна зробити висновок про можливість

порушення справ цієї категорії будь-якою особою — громадянином України чи іноземцем а не виключно заявником. Ст. 252 встановлює лише вимоги до змісту заяви і не врегульовує питання про те, які суб'єкти мають право подати заяву про встановлення усиновлення до суду.

Що стосується справ про усиновлення дітей іноземними громадянами, вважаємо, що в законі необхідно вказати на те, що право на порушення справи мають лише ті іноземні громадяни, які: 1) бажають усиновити дитину; 2) визнані Центром по усиновленню дітей кандидатами в усиновителі і яким зазначеним Центром надано дозвіл на проведення усиновлення в Україні. Це питання необхідно врегулювати для того, щоб підкреслити, що порушувати справи цієї категорії через представників не можна.

Особливість справ про усиновлення дітей іноземними громадянами полягає і у тому, що заява про усиновлення не може бути прийнята судом а справа порушена без пред'явлення заявниками пакету документів, передбаченого п.п. 9, 10 Постанови Кабінету Міністрів України від 28 серпня 2003 р. «Порядок ведення обліку дітей, які можуть бути усиновлені, осіб, які бажають усиновити дитину, та здійснення нагляду за дотриманням прав дітей після усиновлення» [3] та ст. 252 ЦПК. Отже, наявність передбачених законом документів при пред'явленні заяви також необхідно розглядати як передумову для звернення до суду і порушення справи.

Згідно з ч. 3 ст. 265^2 ЦПК, який був чинним до 1.09.2005 р., до заяви необхідно було додати: висновок органу опіки і піклування про доцільність усиновлення та відповідність його інтересам дитини, а у разі усиновлення дитини одним з подружжя, також згода на це другого з подружжя. Окрім цих документів, іноземними громадянами до заяви додається також дозвіл Центру по усиновленню на проведення дій, пов'язаних з процедурою усиновлення.

Нажаль, зазначена стаття зовсім не відповідала положенню п. 9, 10 вказаної вище Постанови Кабінету Міністрів України, оскільки вона вимагає значно більшу кількість документів для порушення справи про усиновлення дитини іноземними громадянами.

Ст. 252 нового ЦПК значно розширена у частині переліку документів, які слід пред'явити разом із заявою для вирішення питання про порушення справи і це є абсолютно правильним, оскільки відповідає п. 9, 10 Порядку усиновлення, якими передбачено, зокрема, пред'явлення копії свідоцтва про шлюб, медичного висновку про стан здоров'я заявника, довідки з місця роботи із зазначенням заробітної плати або копії декларації про доходи, документу, що підтверджує право власності або користування житловим приміщенням та інші документи, визначені законом. Окрім того, ч. 3 цієї статті передбачено подання дозволу уповноваженого органу виконавчої влади, висновку компетентного органу відповідної держави на в'їзд усиновленої дитини та його постійне проживання на території цієї держави, зобов'язання усиновлювача, оформлене в нотаріальному порядку, про надання представникам дипломатичної установи України за кордоном інформації про усиновлену дитину та можливості спілкування з дитиною.

Однак і ст. 252 нового ЦПК не позбавлена недоліків в цій частині. Зокрема, в цій статті відсутня вимога пред'являти довідку про наявність чи відсутність судимості (передбачена п. 4 ст. 10 Порядку усиновлення), а також копію паспорта. У зв'язку з тим, що заява про усиновлення дитини іноземними громадянами може бути пред'явлена лише безпосередньо кандидатами в усиновителі, пред'являти паспорт також є необхідним.

Оскільки згідно із п. 7 ст. 119 чинного ЦПК в заяві треба вказати на документи, які додаються до заяви, а вони по суті є доказами, а також перерахувати їх у заяві, вважаємо, що дотримання цього правила слід розглядати як вимогу до змісту заяви і передумову для звернення до суду.

Таким чином, необхідною передумовою пред'явлення заяви про встановлення усиновлення кандидатами в усиновителі-іноземними громадянами є наявність пакету документів, який складається з: копії свідоцтва про шлюб (якщо заявники перебувають у шлюбі); медичного висновку про стан здоров'я кожного кандидата в усиновителі; нотаріально засвідченої письмової згоди другого з подружжя на усиновлення, якщо дитина усиновлюється одним з подружжя; документу з місця роботи із зазначенням заробітної плати або копії декларації про доходи; висновку, виданого компетентним органом країни проживання кандидата в усиновителі, що підтверджує його можливість бути усиновителем із зазначенням житлово-побутових умов, біографічних даних, складу сім'ї, наявності власних дітей, інших відомостей; якщо висновок видав недержавний орган, до нього додаються копія ліцензії, виданої зазначеному органу на проведення діяльності, пов'язаної з усиновленням (це стосується, насамперед, громадян США, в яких усиновлення здійснюється через систему агентств по усиновленню); дозволу уповноваженого органу виконавчої влади; дозволу компетентного органу країни проживання в усиновителі на в'їзд та постійне проживання усиновленої дитини (такими компетентними органами є, наприклад, у США — Служба Імміграції і Натуралізації, в Канаді — Уряд провінцій, Італії — Суд у справах неповнолітніх, Ізраїлі — Міністерство внутрішніх справ, Німеччині — Окружне бюро, відділ у справах іноземців, Франції — Міжнародна служба усиновлення при Міністерстві закордонних справ); зобов'язання усиновителів, у разі усиновлення дитини, в місячний термін поставити її на консульський облік в консульській установі України в країні проживання (з вказівкою конкретної консульської установи), та надавати цій установі періодично інформацію (не менше одного разу на рік) про умови проживання і виховання дитини, можливість її представника спілкуватися з дитиною, а також про збереження усиновленій дитині громадянства України до досягнення нею 18-річного віку; відомостей уповноваженого органу на кожного кандидата в усиновителі про те, що ніхто з них не притягався до кримінальної відповідальності; копії паспорта або іншого документа, який засвідчує особу кандидата в усиновителі.

Всі перелічені документи, які додаються до заяви і є підставою для прийняття заяви судом (окрім паспорта), обов'язково мають бути легалізовані в установленому порядку, якщо інше не передбачено законодавством України або міжнародними договорами України.

Таким чином, стадія порушення справ про усиновлення дітей іноземними громадянами в суді першої інстанції — самостійна стадія процесу, яка передує всьому провадженню і є першим етапом судочинства.

Враховуючи вищевикладене, наслідками порушення справ про усиновлення дітей іноземними громадянами є: виникнення цивільних процесуальних правовідносин між судом, особами які беруть участь у справі та особами, які сприяють розгляду та вирішенню цієї категорії справ; початок перебігу процесуальних строків; виникнення у судді обов'язку належним чином підготувати справу до судового розгляду; виникнення у заявника та заінтересованих осіб можливості реалізувати комплекс передбачених законом процесуальних прав.

Використані джерела:

1. Конституція України від 28 червня 1996 року // ВВР. — 1996. — № 30. — Ст. 141.

2. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. // ВВР. — 2004. — № 40-41. — Ст. 492.

3. Порядок ведення обліку дітей, які можуть бути усиновлені, осіб, які бажають усиновити дитину, та здійснення нагляду за дотриманням прав дітей після усиновлення: Постанова Кабінету Міністрів України від 28.08.2003 р. // ОВУ. — 2003. — № 36. — Ст. 1944.

Л. Г. Руштин
курсант Одеського юридичного інституту
Харківського національного університету внутрішніх справ,
Одеса, Україна

ОСОБЛИВОСТІ ПРИЙНЯТТЯ СПАДЩИНИ ОСОБАМИ, ЩО ЗНАХОДЯТЬСЯ У МІСЦЯХ ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ

Однією з проблем спадкового права є прийняття спадщини особами, що знаходяться в місцях позбавлення волі. Чинним законодавством прямо не передбачено повноважень начальників місць позбавлення волі на посвідчення заяв про прийняття спадщини, що здійснюються особами, які перебувають в таких місцях позбавлення волі.

Однак, чинним законодавством передбачено інші випадки, коли начальники місць позбавлення волі не тільки мають право, але й зобов'язані посвідчувати деякі правочини, що вчиняються особами, які перебувають за ґратами [3]. Такими правочинами є заповіти та доручення. Отже, начальники місць позбавлення волі повинні посвідчувати заповіти і доручення, які вчиняються їх підопічними. Це прямо передбачено статтею 40 Закону України "Про нотаріат" від 02.09.1993 3425-XII, а також статтями 245 (Форма довіреності) та 1252 (Посвідчення заповіту іншою посадовою, службовою особою) Цивільного кодексу України [2].

Заповіти та доручення, посвідчені начальниками місць позбавлення волі, прирівнюються до нотаріально посвідчених. Крім документів, посвідчених начальниками місць позбавлення волі, до нотаріально посвідчених документів прирівнюються:

- заповіти громадян, які перебувають на лікуванні в лікарнях, інших стаціонарних лікувально-профілактичних закладах, санаторіях або проживають у будинках для престарілих та інвалідів, посвідчені головними лікарями, їх заступниками по медичній частині або черговими лікарями цих лікарень, лікувальних закладів, санаторіїв, а також директорами і головними лікарями зазначених будинків для престарілих та інвалідів;
- заповіти громадян, які перебувають у плаванні на морських суднах або суднах внутрішнього плавання, що плавають під прапором України, посвідчені капітанами цих суден;
- заповіти громадян, які перебувають у розвідувальних, арктичних та інших подібних до них експедиціях, посвідчені начальниками цих експедицій;
- заповіти та доручення військовослужбовців та інших осіб, які перебувають на лікуванні в госпіталях, санаторіях та інших військово-лікувальних закладах, посвідчені начальниками, їх заступниками по медичній частині, старшими і черговими лікарями цих госпіталів, санаторіїв та інших військово-лікувальних закладів;
- заповіти та доручення військовослужбовців, а в пунктах дислокації військових частин, з'єднань, установ і військово-навчальних закладів, де немає державних нотаріальних контор, приватних нотаріусів, посадових осіб та органів, що вчиняють нотаріальні дії, — також заповіти та доручення робітників і службовців, членів їх сімей і членів сімей військовослужбовців, посвідчені командирами (начальниками) цих частин, з'єднань, установ і закладів.

Таким чином, Цивільним кодексом України та Законом України "Про нотаріат" передбачені випадки, коли заповіти та доручення можуть посвідчуватися не нотаріусами і не посадовими, службовими особами органів місцевого самоврядування (в населених пунктах, де немає нотаріусів), а іншими зазначеними вище посадовими особами [4].

Тому вважаю, що начальники місць позбавлення волі, як й інші зазначені вище особи, повинні посвідчувати і заяви своїх підопічних про прийняття спадщини, хоча це прямо і не передбачено законом. Однак, існують загальновизнані поняття в праві — аналогія закону та аналогія права. Ці поняття закріплені в статті 8 Цивільного кодексу України, відповідно до якої:

"1. Якщо цивільні відносини не врегульовані цим Кодексом, іншими актами цивільного законодавства або договором, вони регулюються тими правовими нормами цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, що регулюють подібні за змістом цивільні відносини (аналогія закону).

2. У разі неможливості використати аналогію закону для регулювання цивільних відносин вони регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства (аналогія права)" [2].

Людина, що перебуває у місцях позбавлення волі, має право звернутися до начальника відповідного закладу з проханням посвідчити її заяву про прийняття спадщини на підставі зазначених вище норм статей 8, 245 та 1252 Цивільного кодексу України, а також норми статті 40 Закону України "Про нотаріат" та вимагати посвідчення такої заяви. Адже для людини, що перебуває за ґратами, це фактично є єдиним шансом не втратити спадщину.

Використані джерела:

1.Конституція України, від24.06.1996
2.Цивільний кодекс України, прийнятий 16 січня 2003 року
3. Навчальний посібник " Цивільне право" за редакцією О.А. Підо-пригори та Д.В. Боброві, Київ, "Вентурі", 1996 рік.
4. Закон України "Про нотаріат" від 02.09.1993

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

ПРОБЛЕМА ЗЛОВЖИВАННЬ У СФЕРІ ГРАЛЬНОГО БІЗНЕСУ

Проблема ігнорування законодавчої бази гостро постає в українському суспільстві. Особливо катастрофічною виглядає ситуація у сфері грального бізнесу, де на фоні відсутності єдиного базового закону, який би регулював діяльність щодо проведення та організації азартних ігор, відбувається безконтрольне нехтування вимогами численних, часто суперечливих, підзаконних нормативно-правових актів, які покликані впорядковувати відносини, що виникають на рику азартних ігор. Це призводить до порушення прав гравців, можливості їх судового захисту, а також сприяє ухиленню від оподаткування.

За оцінками соціологів клієнтами даного виду послуг є близько 20% дорослого населення України (не включаючи неповнолітніх), які витрачають на азартні ігри понад мільярд доларів на рік. Це є досить не поганим полем для незаконного збагачення окремих власників гральних закладів. В той же час, якщо гральний бізнес жорстко регулювати, контролювати, то податкові надходження від нього стають неабияким джерелом поповнення державної скарбниці.

Від грального бізнесу в Україні надходить майже 480,5 млн. грн. щорічно до місцевих бюджетів — від видачі торгових патентів на гральний бізнес та 127 млн. грн. — до Держбюджету від ліцензування. Проте нині, за оцінками експертів, дві третини всіх учасників працюють у тіні. Саме вони діють без торгових патентів та ліцензій, не

виконують приписів чинного законодавства, наприклад, щодо заборони гри на автоматах неповнолітніх, встановлення гральних апаратів у підземних переходах, на вулицях. Через нелегальну діяльність у гральному бізнесі державна казна недоотримує щороку близько 1,2 млрд. грн.

Прийняті в квітні минулого року Ліцензійні умови провадження організації діяльності з проведення азартних ігор, не до кінця розв'язують проблему регулювання цього ринку. Головним чином тому, що нормативна база, яка стосується азартних ігор, розрізнена й непослідовна.

Основною колізією є подвійне ліцензування практично одного й того ж виду діяльності. Нині необхідно отримати дві ліцензії: від Мінфіну — на провадження діяльності з організації азартних ігор, а також на організацію й утримання тоталізаторів, гральних закладів — від місцевих органів влади.

Так, сама потреба ліцензування визначається Законом «Про ліцензування певних видів підприємницької діяльності» від 2000 року. Крім того, відповідно до Закону «Про патентування деяких видів підприємницької діяльності» на встановлення кожного грального автомата або відкриття казино потрібен патент. Проте жоден з цих документів не містив однозначного визначення власне азартних ігор. З'явилося воно тільки торік, у згаданих Ліцензійних умовах. В окремі періоди гральні автомати взагалі не підпадали під категорію азартних ігор.

Щодо проведених перевірок, то за їх результатами виявлялося, що дві третини гральних автоматів установлено нелегально, і весь прибуток від них власники кладуть до своєї кишені. Не зважаючи на накладені санкції, по закінченню перевірок автомати знову опиняються на старому місці. Можна говорити, що в деякій мірі цьому сприяє те, органами ліцензування цього виду діяльності є обласні адміністрації, і власникам грального бізнесу набагато легше домовитися з місцевими чиновниками, ніж з єдиним ліцензійним органом.

Досить гостро постає проблема неконтрольованого регулювання відсотка виграшу грального автомата, а також те, що відсоток цей звичайно гравцю не повідомляють. Нині деякі ділки грального бізнесу дозволяють собі встановлювати виграш на рівні 15%. Для порівняння у країнах Європи не менше 90—96% коштів іде на виграші.

Ринок азартних ігор продовжує насичуватись контрафактним та низькоякісним ігровим обладнанням. Крім того, часто використовуються гральні автомати, термін експлуатації яких уже давно пройшов.

Особливу увагу слід приділити азартним іграм в мережі Інтернет, адже в цій сфері відносини є надзвичайно складними і достатньо не визначеними. Не дивлячись на те, що законодавство чітко не регулює особливостей гри в казино онлайн, такий різновид грального бізнесу в Україні не заборонений. Зокрема Законом України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» встановлений розмір оплати (30 тис. євро), в тому числі і за кожний електронний сервер — «при провадженні діяльності з організації та проведення азартних ігор в електронному (віртуальному) казино".

До сьогодні залишається до кінця не зрозумілим на яких умовах повинна здійснюватись така діяльність. Це дозволяє організаторам маніпулювати гравцями заради власної вигоди. На відміну від реального життя клієнти віртуального казино позбавлені можливості проконтролювати те, на скільки вільно обертається колесо рулетки і чи не відомі круп'є карти гравців. Крім того, як вступний внесок, так і можливий виграш перераховуються на рахунок власника казино, а оскільки, як правило, інформація про засновників таких казино не висвітлюється, існує велика вірогідність того, що гроші так і не будуть вручені їх законному одержувачу.

Ще одним цікавим моментом є питання про те, що робити у випадку, коли телефонний зв'язок раптово обірветься? Багато операторів, наприклад, самостійно встановлюють правило: у випадку, коли зв'язок обірветься після роздачі карт або

запуску рулетки всі зроблені ставки вважаються програшними. Це явно не зовсім правильне вирішення проблеми.

Варто також відмітити, що організація азартних ігор через мережу Інтернет може успішно використовуватись власниками з метою ухилення від сплати податків. Адже сам сервер, що підтримує дану функцію може знаходитись в іншій країні, і всі доходи від такого роду діяльності підуть за кордон.

Існуючий в даному сегменті законодавчий пробіл дозволяє організаторам самостійно встановлювати «правила гри». А захистити свої права доволі важко, враховуючи віртуальний характер послуг.

Слід зазначити, що законодавцем (а також органами виконавчої влади) зроблено спробу взяти цю сферу підприємницької діяльності під особливий державний контроль і нагляд шляхом прийняття цілої групи нормативно–правових актів, водночас залишивши без зміни норми, що встановлюють відповідальність за ведення грального бізнесу. Причому й чинні акти, що регламентують цей вид підприємницької діяльності, неадекватно відбивають становище, яке сформувалося в гральному бізнесі, що не могло не спричинити його криміналізацію (шахрайство, порушення податкового законодавства, приховування доходів тощо).

Власники грального бізнесу бажають захистити свою справу, і вдаються до сумнівних методів. Утвердження цивілізованих правил гри на ринку гральної індустрії, захист економічних інтересів перетворилися на масштабну популяризацію грального бізнесу, своєрідну його рекламу. Для цього цинічно використовують ЗМІ, соціологічні дослідження і таке інше.

Отже, необхідно спочатку на рівні Верховної Ради впорядкувати усі питання, пов’язані з гральним бізнесом, аби не було можливості по-різному, як кому вигідніше, трактувати наше законодавство. Нині у парламент вже подані пропозиції щодо того, як впорядкувати гральний бізнес. І тут важливо поєднати громадські інтереси, соціальні питання і законні права тих, хто займається гральним бізнесом. Ці проблеми, мають бути вирішені на рівні держави, а не лише на рівні місцевих рад. Їх можна розв’язати тільки прийнявши комплексне законодавство про гральний бізнес. Куди треба внести все: і визначення його різноманітних видів, і централізоване ліцензування, і відсоток виграшу, і механізми контролю.

І. А. Самойлова
здобувач Інституту держави і права ім. В .М. Корецького НАН України,
Київ, Україна

ДИФЕРЕНЦІАЦІЯ ПОНЯТЬ «РОЗРАХУНКИ» І «РОЗРАХУНКОВІ ПРАВОВІДНОСИНИ»

Аналіз науково-практичної літератури, присвяченої питанням розрахунків у цивільно-правовому обороті України, дозволяє виділити ряд базових характеристик, що використовуються в теорії та на практиці визначення платіжних зобов’язань в Україні. Проте, слід зазначити, що при цьому існує ряд суттєвих розбіжностей в термінології визначення даних характеристик.

Мова йде про такі поняття як «розрахунки» та «розрахункові правовідносини», що на практиці часто ототожнюються або взагалі не відокремлюються.

Тому основною метою даної роботи постає необхідність довести чи спростувати диференціацію або тотожність різнорідних категорій понять «розрахунки» та «розрахункові правовідносини».

Автори «Фінансово-кредитного словника» визначають «розрахунки у народному господарстві СРСР» як «грошові відносини між соціалістичними підприємствами та організаціями , між ними та населенням з приводу реалізації продукції, товарів, виконання робіт та надання послуг, оплати праці, виплати інших доходів населенню, розподілу та перерозподілу національного доходу, повернення кредитів» [1, с. 38]. Українська радянська енциклопедія дає визначення розрахунків як «систему економічних відносин в соціалістичних країнах між державою, підприємствами, організаціями, установами та населенням в процесі реалізації товарів і послуг, оплати праці, а також при розподілі та перерозподілі національного доходу через бюджет і в процесі банківського кредитування... в СРСР вони мають дві форми: готівкову та безготівкову» [2, с. 190].

У законодавчій літературі термін «розрахунки» також вживається в різних значеннях. Зокрема, Закон України « Про споживчу кооперацію» визначає розрахунки виключно як грошові розрахунки [3], Закон України «Про цінні папери та фондову біржу» передбачає, що для здійснення розрахунків можуть бути використані цінні папери: акції, облігації, внутрішні та зовнішні державні позики, облігації місцевих позик, облігації підприємств, казначейські зобов'язання, ощадні сертифікати, інвестиційні сертифікати, приватизаційні папери, векселі [4]. З чого можна зробити висновок, що розрахунки можуть проводитись як в грошовій, так і не в грошовій формі, зокрема, цінними паперами. Крім того, законодавство, зокрема Закон України «Про оподаткування прибутку підприємств», передбачає бартер як господарську операцію щодо проведення розрахунків за товари, роботи, послуги, у будь-якій формі, іншій ніж грошова, включаючи будь-які види заліку та погашення взаємної заборгованості. В результаті таких розрахунків не передбачається зарахування коштів на рахунки продавця для компенсації вартості таких товарів, робіт, послуг [5].

Це виділяє ще одну важливу особливість розрахункових відносин за своєю сутністю і змістом з площини грошових відносин. Згідно Закону України «Про оподаткування прибутку підприємств» та підтримуючи думку різних науковців, бартерні операції також слід вважати різновидом розрахункових операцій. Тобто розрахункові правовідносини, хоч і мають грошову природу, але в деяких випадках виходять за рамки грошових відносин. Оскільки зарахування зустрічних взаємних вимог і бартерні операції виступають комплексними механізмами розрахункових відносин [6, с. 177]. Самі по собі бартерні операції не передбачають обігу та руху будь-яких коштів, що виводить розрахункові відносини з площини грошових і доводить, що перші є лише проявом процедурного механізму виконання грошового зобов'язання, яке має матеріальну основу, виражену в майнових зобов'язаннях.

Поняття «розрахунок» є більш ширшим, ніж наведені раніше визначення і являє собою дії боржника, спрямовані на погашення грошового зобов'язання шляхом сплати готівкових коштів або безготівковим шляхом, або із застосуванням будь-якого іншого способу (чи то за допомогою зарахування зустрічних взаємних вимог учасників майнових відносин, чи то здійснення товарообмінних (бартерних) операцій).

Поняття «розрахунків» нерідко обмежують лише сферою безготівкових розрахунків. Певною мірою завдяки більш повному і ґрунтовному врегулюванні цієї сфери на законодавчому рівні, а також завдяки участі в таких правовідносинах особливого суб'єкта господарювання — фінансово-кредитної установи, значна кількість науковців дає хибне визначення розрахункових правовідносин. Так Я. А. Кунік виділяє розрахункові відносини в окремі відносини лише за допомогою участі в таких окремого суб'єкта — банку і називає їх банківськими розрахунковими правовідносинами , які виникають в процесі здійснення грошових платежів для виконання основного договірного зобов'язання по наданню послуг, суб'єкти якого на співпадають із суб'єктами розрахунків внаслідок участі в таких банку чи іншої кредитної установи [7, с. 17]. Ю. В. Ващенко також підтримує висловлену позицію і

вважає, що розрахункові правовідносини — це врегульовані нормами права відносини, які виникають в процесі здійснення безготівкових розрахунків через установи банків або небанківські фінансові установи [8, с. 18]. На мою думку, це не повністю відповідає дійсності, оскільки розрахунки, як такі включають в себе і готівкові, здійснення яких не передбачає обов'язкове втручання банківських чи інших кредитних установ. Ст. 1087 ЦК України чітко встановлює, що розрахунки здійснюються на території України в двох формах — готівковій і безготівковій [9].

Оскільки розрахункові правовідносини належать до площини цивільних правовідносин, то доцільно нагадати, що цивільні правовідносини — це особисті немайнові та майнові відносини, врегульовані нормами цивільного права, що виникають між автономними та рівноправними суб'єктами, які наділені суб'єктивними цивільними правами та суб'єктивними цивільними обов'язками [10, с. 82]. Об'єктом цивільних правовідносин визнаються матеріальні та нематеріальні блага, стосовно яких між суб'єктами цивільного права виникають відносини, що складають предмет цивільно-правового регулювання [10, с. 166]. Завдяки своїм особливостям розрахункові правовідносини також регулюються нормами цивільного права, при цьому не порушуючи напряму вихідних майнових відносин, регулюються за допомогою спеціальних правових норм, які відображають, в першу чергу, саму процедуру, процес здійснення розрахунку чи то безготівковим, чи то готівковим шляхом, або ж за допомогою інших засобів. Хоча при розрахунку готівкою процес передачі коштів настільки нечіткий та прозорий, що нерідко опускається з поля зору.

Розрахунки — це дії боржника, спрямовані на погашення грошового зобов'язання шляхом сплати готівкових коштів або безготівковим шляхом, або із застосуванням будь-якого іншого способу (чи то за допомогою зарахування зустрічних взаємних вимог учасників майнових відносин, чи то здійснення товарообмінних (бартерних) операцій). Виходячи з цього, розрахункові правовідносини — це відносини, які спрямовані на погашення грошового зобов'язання шляхом сплати готівкових коштів або безготівковим шляхом, або з застосуванням будь-якого іншого способу, тобто відносини, які дозволяють здійснити передачу-отримання грошових коштів чи зарахування зустрічних взаємних вимог учасниками, незалежно від того, бере участь в таких відносинах особливий суб'єкт — банк чи інша фінансово-кредитна установа, що само по собі не заперечує визначень розрахункових правовідносин, вказаних вище, а чи лише доповнює їх.

Використані джерела:

1. Финаново-кредитний словарь / Под ред. В.Ф. Гарбузова. В 3-х т. — М.: Финансы и статистика, 1984. — Т. 9. — С. 38.

2. Украинская советская энциклопедия. В 9-ти т. — К.: Главная редакция Украинской советской энциклопедии, 1983. — Т. 9. — С. 190.

3. Про споживчу кооперацію: Закон України від 31.03.1992р. № 2265- XII редакція від 31.03.2005. [Электронный ресурс] Режим доступа: www.rada.gov.ua.

4. Про цінні папери та фондову біржу: Закон УРСР від 18.06.1991р. №1201-XII (втратив чинність на підставі Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» №3480- IV(3480-15) від 23.02.2006 р.). [Электронный ресурс] Режим доступа: www.rada.gov.ua.

5. Про оподаткування прибутку підприємств. Закон України від 28.12.1994 №334/94-ВР в редакції закону від 20.06.2007р. // [Электронный ресурс] Режим доступа: www.rada.gov.ua.

6. Подцерковный О. П. Денежные обязательства и расчетные правоотношения в Украине. — Одесса., 2005. — 307 с.

7. Кунік Я. А. Кредитные и расчетные отношения в торговле. — М.: «Економика», 1976. — 207с.

8. Ващенко Ю. В. Банківське право: Навч. посібник. — К.: Центр навчальної літератури, 2006. — 344 с.

9. Цивільний Кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV. [Электронный ресурс] Режим доступа: www.rada.gov.ua.

10. Цивільне право України: Підручник: У 2 т./ В.І. Борисова, І. В. Спасибо-Фатєєва, В. Л. Яроцький. — К., Юрінком Інтер, 2007. — Т.1. — 480 с.

Н. В. Сапьолкіна
студентка відділення підготовки магістрів
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПРОБЛЕМИ РОЗМЕЖУВАННЯ ІНФОРМАЦІЙНОГО ТА РЕКЛАМНОГО МАТЕРІАЛУ В ЗАСОБАХ МАСОВОЇ ІНФОРМАЦІЇ

З огляду на чинне законодавство, під рекламою слід розуміти інформацію про особу чи товар, розповсюджену в будь-якій формі та в будь-який спосіб і призначену сформувати або підтримати обізнаність споживачів реклами та їх інтерес щодо таких особи чи товару[1].

Багато інформаційних програм використовують практику подання інформації новин в форматі «бізнес-новин», де висвітлюється діяльність якоїсь фірми або розповідається про продукцію, яка випускається даною фірмою. І, якщо сприймати Закон про рекламу буквально, то будь-який розповсюджений засобами масової інформації матеріал про успіхи комерційної організації або про гарну якість товару, випуск якого вона здійснює, підпадає під ознаки реклами і має бути вміщений під рубрикою «Реклама» або «На правах реклами» незалежно від мети оприлюднення, об'єму інформації та форми подання.

В Законі України «Про рекламу» поняття «публікація рекламного характеру» спеціально не виділяється та немає його чіткого визначення. Більш того, сукупність законодавчих та нормативних актів, які врегульовують діяльність засобів масової інформації, та відносини, які виникають в процесі створення та розповсюдження реклами, не дають однозначної відповіді, що являють собою ті або інші опубліковані в ЗМІ матеріали.

В статті 1 Закону про рекламу визначено загальне поняття реклами, керуючись яким, практично будь-які повідомлення в ЗМІ про діяльність якогось суб'єкта господарювання можна вважати рекламою, оскільки вони відповідають ознакам поняття «реклама». Вони є інформацією про особу чи товар, так або інакше формують (або підтримують) інтерес до даної особи або товару, що надалі сприяє реалізації товарів.

Також потрібно відмітити чітке законодавче регулювання обсягу розміщення реклами на телебаченні та в радіо ефірі. Обсяг реклами не може перевищувати 15% фактичного мовлення протягом астрономічної доби, і 20% протягом кожної астрономічної години, крім рекламних каналів мовлення.

Реклама у друкованих ЗМІ (пресі) розміщується без істотних обмежень, обсяг реклами визначається ними самостійно. Друковані ЗМІ, що розповсюджуються за передплатою, зобов'язані в умовах передплати зазначати кількість реклами в загальному обсязі видання[2]. Але обсяг реклами в друкованих ЗМІ має значення під час їхньої державної реєстрації, адже в заяві про державну реєстрацію періодичного друкованого видання, а пізніше, і в свідоцтві про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації вказується вид видання за цільовим призначенням. Рекламним видання визнається, коли реклама становить понад 40 відсотків обсягу одного номера. Отож, якщо усі подібні журналістські програми та публікації відносити до реклами, то більшість друкованих ЗМІ варто було б віднести до рекламних видань, а теле- та радіоканали істотно порушують дозволені обсяги рекламного часу.

Під час вирішення даного питання можна виходити з того, що журналістські матеріали відрізняються від реклами суспільною багатофункціональністю

---

[1] Закон України „Про рекламу" від 3 липня 1996 р. // ВВР України. — 1996. — № 39. — Ст. 181.
[2] Закон України „Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні" від 16 листопада 1992р. //ВВР України — 1993. — № 1. — Ст. 1.

(інформування, створення громадської думки, створення певного соціально-психологічного тонусу тощо). Тому призначення журналістського матеріалу завжди одне — відображення та задоволення інтересів суспільства. Реклама переслідує комерційну мету, яка не може бути віднесена до суспільно значущої. Друкований або ефірний матеріал може підпадати під визначення реклами у випадку, коли предмет або фірма стають предметом публікації, а адресатом виступає споживач або клієнт. Але потрібно враховувати той факт, що друкований або ефірний матеріал може мати лише одну типологічну приналежність. Тобто рекламний матеріал не може бути журналістським та навпаки журналістський матеріал перестає бути рекламним. Це має суттєве значення для вирішення питання про лімітований обсяг реклами на телебаченні, в радіо ефірі та друкованих засобах масової інформації.

Відповідно до Закону України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні» журналіст зобов'язаний утримуватися від поширення в комерційних цілях інформаційних матеріалів, які містять рекламні відомості про реквізити виробника продукції чи послуг (його адресу, контактний телефон, банківський рахунок), комерційні ознаки товару чи послуг тощо. Але рекламна інформація про фізичну або юридичну особу індивідуалізує дану особу як учасника ринку. Складовими такої інформації можуть бути: фірмове найменування; логотип, товарний знак; номер телефону; адреса Інтернет-сайту або електронної пошти; координати особи; її девіз (салоган, крилата фраза) в бізнесі та/або відносинах з клієнтами. Рекламна інформація про товари, роботи та послуги може полягати у викладі їхніх характеристик або демонстрації (можливо навіть без конкретного зазначення виду та назви).

В залежності від суспільної обізнаності про фізичних та юридичних осіб може бути використано різні способи їх ідентифікації. На приклад, для реклами широко відомих компаній достатньо вказати такий засіб їхньої індивідуалізації, як фірмове найменування, товарний знак, знак обслуговування («Кока-Кола», «Проктер енд Гембл»). Інші менш відомі юридичні особи можуть бути ідентифіковані за допомогою додатково повідомленої інформації про характер діяльності, місцезнаходження, організаційно-правову форму тощо[1].

Отож рекламна інформація за своїм змістом та суттю суміжна з масовою інформацією, оскільки часто являє собою не данні в чистому вигляді, а певне повідомлення або матеріал.

Підсумовуючи викладене, бізнес-новини та публікації рекламного характеру можна визначити як:

інформацію, яка міститься в спеціалізованих рекламних засобах масової інформації (якщо спеціально не вказано інший статус матеріалу), а також виокремленні належним повідомленням матеріали (зокрема, через зазначення «Реклама» або «На правах реклами») не рекламного характеру;

інформація, яка поширюється, публікується засобами масової інформації за ініціативи певної особи щодо її діяльності.

[1] Погуляев В. Еще не реклама, но уже не информация.// Бизнес-Адвокат. — 2004. — № 23. — С. 11.

С. В. Сеник
кандидат юридичних наук,
асистент кафедри цивільного права і процесу
Львівського національного університету імені Івана Франка,
Львів, Україна

ВИДИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ЗА ДОГОВОРОМ СУБПІДРЯДУ У КАПІТАЛЬНОМУ БУДІВНИЦТВІ

Виконанню зобов'язань сприяють спеціальні міри, які у правовій літературі прийнято називати видами забезпечення виконання зобов'язань [1, с. 518].

Цей інститут був сформований ще за часів римського права. Римлянами була розроблена розгалужена система правових засобів забезпечення виконання зобов'язань, основними з яких були: застава, неустойка, завдаток, порука, іпотеки [2, с. 155; 3, с. 335]. Рецепція римського права сприяла поширенню і закріпленню даного інституту до наших днів.

Стаття 546 ЦК відображає традиційний підхід до визначення видів забезпечення виконання зобов'язань. Відповідно до положень ЦК та Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві виконання зобов'язань за договором субпідряду у капітальному будівництві може забезпечуватись неустойкою, притриманням, завдатком, гарантією, порукою, заставою та іншими видами забезпечення виконання зобов'язань, які визначені договором. Найчастіше, як свідчить практика, у субпідрядних відносинах у капітальному будівництві застосовується такий вид забезпечення виконання зобов'язання, як неустойка. Інші види є менш поширеними, а такий вид як застава практично не застосовується.

Поряд із традиційністю та загальністю, у правовому регулюванні такого виду забезпечення виконання зобов'язань як неустойка, все ж таки слід згадати і деякі особливості, «…які є результатом еволюції даної правової категорії» [4, с. 487]. По-перше, у юридичній літературі не має єдиного підходу до визначення поняття, що ж таке неустойка. Так, Г. Ф. Шершенєвич визначав неустойку як штраф чи пеню у розмірі певної грошової суми, яку одна сторона повинна сплатити другій у випадку її несправності у виконанні зобов'язання [5, с. 293].

Інші вчені також визначали неустойку як пеню, яка накладається на контрагента у випадку несправності його у виконанні зобов'язання, яке полягає, переважно, у платежі певної суми грошей, але вважали, що неустойка може полягати також в передачі боржником кредиторові певного майна або в здійсненні для останнього яких-небудь дій [6, с. 529-632].

На даний час, неустойкою (штрафом, пенею) вважається грошова сума або інше майно, які боржник повинен передати кредиторові у разі порушення боржником зобов'язання (ч. 1 ст. 549 ЦК).

Залежно від особливостей визначення розміру неустойки та характеру порушення розрізняють такі її різновиди як штраф та пеня. Штраф обчислюється у відсотках від суми невиконаного або неналежно виконаного зобов'язання. Пеня обчислюється у відсотках від суми несвоєчасно виконаного грошового зобов'язання за кожен день прострочення виконання (ч. 2, 3 ст. 549 ЦК).

У першу чергу, потрібно визначити, за наявності яких умов потрібно сплачувати неустойку у вигляді штрафу, за наявності яких — у вигляді пені.

По-перше, пеня встановлюється на випадок прострочення виконання зобов'язання. По-друге, пеня, як правило, обчислюється у відсотках від суми несвоєчасно виконаного грошового зобов'язання. По-третє, пеня є триваючою неустойкою, яка стягується за кожен день прострочення виконання.

У зв'язку з цим можна стверджувати, що, фактично, говорячи про субпідрядні відносини у капітальному будівництві, нарахування пені як виду забезпечення зобов'язання може застосовуватись лише у тому випадку, коли мова йде про несвоєчасну оплату виконаних робіт або наданих послуг. Адже пеня як вид неустойки стягується за несвоєчасне виконання грошового зобов'язання. У всіх інших випадках порушення договору субпідряду у капітальному будівництві мова має йти про стягнення із винної особи неустойки у формі штрафу.

Слід зазначити, що ЦК передбачає обчислення штрафу як різновиду неустойки тільки у відсотках від суми невиконаного або неналежно виконаного зобов'язання. Проте, штраф як різновид неустойки може обчислюватись не тільки у відсотках, але й стягуватись у формі твердої чи одноразової суми, яка обчислюватиметься у кратному розмірі від суми невиконаного або неналежно виконаного зобов'язання.

У доктрині та судовій практиці, залежно від джерела встановлення, неустойку прийнято поділяти на:1) договірну, яка встановлюється за згодою сторін безпосередньо в договорі, укладеному між сторонами, а її розмір, порядок нарахування, умови застосування і т. ін. визначаються виключно на розсуд сторін; 2) законну, тобто встановлену в законі або іншому правовому акті, яка підлягає застосуванню незалежно від того, чи передбачений обов'язок її сплати за угодою сторін.

Слід погодитись із думкою, що застосування законної неустойки в більшості залежить від того, в якій правовій нормі вона закріплена. Якщо неустойка передбачена імперативною нормою, вона підлягає безумовному застосуванню. У випадках, коли положення про неустойку містяться у диспозитивній нормі, вона застосовується остільки, оскільки сторони своєю згодою не передбачили інший розмір неустойки [4, с. 484].

Частиною 2 ст. 883 та ст. 886 ЦК передбачено, що за невиконання або неналежне виконання обов'язків за договором будівельного підряду сторона сплачує неустойку, встановлену договором або законом. Отже, виходячи із змісту вищевказаної норми, можемо констатувати, що у субпідрядних відносинах у капітальному будівництві може застосовуватись як договірна, так і законна неустойка. Стосовно законної неустойки у ЦК передбачено правило, згідно з яким її розмір може бути змінений за згодою сторін лише в сторону збільшення (абз. 2 ч. 2 ст. 551 ЦК). Звичайно сторони матимуть таке право лише у тому випадку, якщо це не буде заборонено законом. Правом на зменшення розміру неустойки, встановленого актом цивільного законодавства, сторони наділяються у тому випадку, якщо це прямо не заборонено законом (абз. 3 ч. 2 ст. 551 ЦК). Крім цього, правом на зменшення розміру неустойки наділений і суд, якщо сума неустойки, яка підлягає сплаті, значно перевищує розмір збитків, та за наявності інших обставин, які мають істотне значення (ч. 3 ст. 551 ЦК).

Наступним видом забезпечення виконання генпідрядником зобов'язання щодо оплати виконаних субпідрядником робіт у капітальному будівництві може бути гарантія, яка надається банком, іншою фінансовою установою чи страховою організацією з урахуванням вимог § 4 глави 49 ЦК та інших нормативних актів. Крім цього, вимоги до гарантії можуть передбачатися у договорі субпідряду у капітальному будівництві, у тому числі щодо суми гарантії. Слід зазначити, що при зазначенні конкретних вимог, сторонам потрібно враховувати, зокрема, особливості, порядок та форми розрахунків між сторонами субпідрядних відносин у капітальному будівництві, фінансове становище боржника тощо.

Відповідно до п. 36 Загальних умов у разі використання поруки для забезпечення виконання договірних зобов'язань субпідрядника функції поручителя можуть покладати на іншого підрядника. У цьому випадку поручитель згідно з договором поруки відповідає перед генпідрядником за виконання в повному обсязі або частково зазначених у договорі субпідряду у капітальному будівництві зобов'язань субпідрядника. Якщо субпідрядник не виконає зобов'язання за договором належним

чином, поручитель зобов'язаний виконати їх власними силами. Крім цього, якщо субпідрядник не виконає зобов'язання, забезпечені порукою, він і поручитель відповідають перед генпідрядником як солідарні боржники, якщо договором поруки не встановлено додаткову (субсидіарну) відповідальність поручителя.

Ще одним видом забезпечення виконання зобов'язання за субпідрядним договором у капітальному будівництві може бути завдаток. На відміну від ЦК УРСР, норми ЦК України (ст. 570) дозволяють використовувати цей вид забезпечення у грошових договірних зобов'язаннях не тільки між фізичними, але й між юридичними особами. Завдатком може бути грошова сума або рухоме майно. Умову про видачу завдатку може бути включено в договір субпідряду у капітальному будівництві. Разом з тим, слушною є думка В. І. Цікала, що на підставі аналізу окремих положень Цивільного кодексу України можна дійти висновку про забезпечення виконання зобов'язань, встановлених попереднім договором, завдатком... Оскільки попередній договір може передувати укладенню... будь-якого договору, за яким одна із сторін зобов'язується сплатити гроші, обов'язок внести частину плати до моменту укладення договору може бути передбачено попереднім договором, яким визначаються умови такого договору [7, с. 10]. Отже, у попередньому договорі (якщо такий укладається між учасниками субпідрядних відносин у капітальному будівництві), сторони можуть передбачити грошове зобов'язання майбутнього генпідрядника внести до моменту укладення договору субпідряду у капітальному будівництві частину плати за субпідрядні роботи, які виконуватимуться субпідрядником. Слід погодитись із В. І. Цікалом, що це грошове зобов'язання, своєю чергою, може бути забезпечено завдатком [7, с. 11].

Проте у договорі слід чітко формулювати умову про завдаток, оскільки, якщо не буде встановлено, що сума, сплачена в рахунок належних з боржника платежів, є завдатком, вона вважається авансом (ч. 2 ст. 570 ЦК). Наприклад, сторони у договорі субпідряду у капітальному будівництві передбачають, що на забезпечення виконання зобов'язання з оплати робіт, що виконуються субпідрядником у капітальному будівництві, генпідрядник протягом 3 днів після підписання договору перераховує як завдаток на розрахунковий рахунок субпідрядника 30 тис.грн.

Правові наслідки порушення і припинення зобов'язання, забезпеченого завдатком, визначені у ст. 571 ЦК. Зокрема, якщо завдаток видавався генпідрядником і порушення зобов'язання за субпідрядним договором у капітальному будівництві сталося з його вини, то переданий завдаток залишається у субпідрядника. Якщо ж порушення сталося з вини субпідрядника, то він зобов'язаний повернути генпідрядникові завдаток та додатково сплатити суму у розмірі завдатку (ч. 1 ст. 571 ЦК).

Крім цього, сторона, яка винна у порушенні зобов'язання, має відшкодувати другій стороні збитки у сумі, на яку вони перевищують розмір (вартість) завдатку, якщо інше не передбачено договором субпідряду у капітальному будівництві (ч. 2 ст. 571 ЦК). У цьому випадку, на нашу думку, у договорі слід обумовити, порядок та строк, протягом якого винна сторона сплачує суму збитків. Якщо ж зобов'язання за субпідрядним договором у капітальному будівництві припиняється до початку його виконання або внаслідок неможливості його виконання, то завдаток підлягає поверненню (ч. 3 ст. 571 ЦК). Вбачається, що у договорі субпідряду у капітальному будівництві слід передбачати строки повернення виданого завдатку, строки оплати суми завдатку або його вартості.

Використані джерела:

1. Гражданское право. Том 1. Учебник. Издание пятое / Под ред. Сергеева А. П., Толстого Ю. К. — М.: «ПБОЮЛ Л.В. Рожников», 2001. — 632 с.

2. Орач Є. М., Тищик Б. Й. Основи римського приватного права: навчальний посібник. — Львів: Ред. — вид. відділ Львів. ун-ту, 2000. — 238 с.

3. *Римское частное право: Учебник / Под ред. Новицкого И. Б., Перетерского И. С. — М., 1996.*
4. *Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. Изд. 4-е, стереотипное. М.: «Статут», 1997.*
5. *Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). — М., 1995.*
6. *Мейер Д. И. Русское гражданское право (в 2 ч.). Идз. 2-е, испр. М.: «Статут», 2000. — 831 с.*
7. *Цікало Володимир. Співвідношення між «завдатком», «попереднім договором» і «авансом» // Нотар-XXI. — № 3-4 (21-22). — 2005. — С. 8- 11.*

О. В. Сергійко
науковий співробітник Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва, Київ, Україна

ІННОВАЦІЙНА МОДЕЛЬ ПІДПРИЄМНИЦТВА: ПРАВОВІ ЗАСОБИ ФОРМУВАННЯ

Ринкова трансформація економіки України об'єктивно обумовлює необхідність створення національної системи інноваційного підприємництва, здатної забезпечити стабільний розвиток конкурентноздатного підприємницького сектору. Пріоритет державної політики в розвитку науки і технологій, створення сприятливих правових і інституціональних умов для інноваційного зростання дозволяє вивести країну в число лідерів за низкою принципово важливих напрямків.

Інноваційне підприємництво як цілісна система науково-технічних, організаційно-економічних і соціальних нововведень охоплює різні сфери — науку і науково-технічну діяльність, фінансування і інвестування технологічних розробок, комерціалізацію нововведень. Комплексний характер інноваційного підприємництва вимагає посилення впливу правового забезпечення на прискорення національного науково-технічного розвитку, сприянню появі сучасних організаційно-поведінкових моделей менеджменту, в яких чільне місце займає людина з її творчо-продуктивними здібностями, знаннями інтелектом [1, с. 14-15]. Створення сприятливого підприємницького клімату шляхом політико-правового регулювання інноваційної діяльності здатно забезпечити надійні передумови для інтелектуального лідерства України у світовому економічному просторі.

Зазначимо, що правове забезпечення національної системи інноваційного підприємництва — тривалий процес, який вбирає в себе зворотні сигнали від економічної, соціальної, правової сфери, рівня і характеру перетворень в період переходу від адміністративно-командної до ринкової економіки. Початковий період формування правової бази інноваційного підприємництва характеризується зосередженням уваги на регулюванні науки і науково-технічної діяльності. Так, Закон України «Основи політики в сфері науки і науково-технічної діяльності» забезпечував концептуальну організацію науково-технічної діяльності, визначив суб'єктів науково-технічної діяльності. Це юридичні та фізичні особи, які безпосередньо беруть участь у процесі створення та впровадження науково-технічної продукції. Основними суб'єктами науково-технічної діяльності є наукові та науково-технічні працівники, а інноваційної — представники влади, бізнесу, менеджери [2].

Правове регулювання науково-технічної політики визначає основні цілі, принципи та методи діяльності держави у науково-технічній сфері. Крім того,

законодавча база забезпечує правове регулювання нової державної політики у сфері науково-технічної та інноваційної діяльності.

Основними цілями державного регулювання в науково-технічній і інноваційній сфері є:

- примноження національного багатства на основі використання наукових та науково-технічних досягнень;
- створення умов для досягнення високого рівня життя кожного громадянина, його фізичного, духовного та інтелектуального розвитку за допомогою використання сучасних досягнень науки та техніки;
- зміцнення національної безпеки на основі використання наукових та науково-технічних досягнень;
- забезпечення вільного розвитку наукової та науково-технічної творчості.

Зазначимо, що діючий інструментарій економічної політики був сформований в умовах економічної кризи і природно, поки що залишається ненаціленим на забезпечення якісних перетворень інноваційного розвитку, оновлення структури виробництва, подолання глибокої диференціації доходів тощо. Тому для формування політико-правового поля розвитку інноваційного підприємництва потрібні суттєві зміни в механізмах трансформаційних процесів, їхнє системне оновлення, тобто осмислений перехід до такої моделі ринкових перетворень, де саморегулювання поєднується з ефективним державним регулюванням.

Основні вимоги нової державної науково-технічної політики включають: 1) концентрацію ресурсів на пріоритетних напрямах науково-технічного прогресу; 2) забезпечення свободи наукової творчості, демократизацію і децентралізацію управління у сфері науки і техніки; 3) гарантії щодо розвитку фундаментальних наукових досліджень; 4) створення умов для здорової конкуренції та підприємництва у сфері прикладної науки і техніки; 5) підвищення якості й рівня освіти та її поєднання з науково-технічною діяльністю; 6) структурну реорганізацію всієї сфери НДДКР і підвищення якості та ефективності науково-технічного потенціалу.

Саме таке спрямування регулювання на законодавчому рівні науково-технічної сфери України забезпечується низкою законодавчих актів, серед яких слід назвати:

1) Закони України: «Про основи державної політики в галузі науки та науково-технічної діяльності» від 1991 р.; «Про наукову та науково-технічну діяльність» від 1998 р.; «Про інноваційну діяльність» від 2004 р.; «Про спеціальний режим інвестиційної та інноваційної діяльності технологічних парків» від 16.07.1999 р. №991; «Про пріоритетні напрями інноваційної діяльності в Україні» від 16.01.2003 р. № 443 та ін.

«Про науково-технічну інформацію» від 1993 р.; «Про охорону прав на винаходи та корисні моделі» від 1994 р.

2) Постанови Верховної Ради України та Кабінету Міністрів України: «Про пріоритетні напрями розвитку науки і техніки» від 1992 р.; «Про перелік національних науково-технічних програм» від 1994 р.; «Про затвердження положення про порядок створення та функціонування технопарків та інноваційних структур інших типів» від 1996 р.; «Про порядок укладання договорів про спільну діяльність щодо виконання інвестиційних та інноваційних проектів» від 2001 р.

3) Укази Президента України:

«Про забезпечення діяльності і розвитку наук України» від 1992 р.; «Про державну підтримку наукової діяльності НАН України» від 1994 р.

Згідно з законодавством державне регулювання в Україні здійснюють органи державного управління і недержавні структури, які в сукупності можна розділити на п’ять рівнів:

І рівень — Верховна Рада України та Президент України;

ІІ рівень — Кабінет Міністрів України;

III рівень — міністерства, відомства та інші центральні органи управління;

IV рівень — місцеві органи державної влади і управління;

V рівень — організації, установи та підприємства, що беруть участь у впровадженні науково-технічної та інноваційної політики.

Державна науково-технічна політика виступає важливою складової соціально-економічної політики держави. В її межах визначається участь державних органів управління у визначенні напрямів, способів і форм правового забезпечення інноваційного розвитку країни [3, с. 40-41].

Зазначимо, що серед заходів державної науково-технічної політики першочерговим є розробка цілісної системи державних науково-технічних програм. Відповідно до Закону України про науково-технічну діяльність слід розробити проект Положення про державні науково-технічні програми і Постанову Уряду з цього питання. Це посилить правове та нормативне забезпечення науково-технічної діяльності, дозволить зробити його більш системним.

Важливе місце у правовому забезпеченні державної інноваційної політики займає Закон України «Про інноваційну діяльність» від 2002 року. З методологічно вірних позицій закон визначає сутність інноваційної діяльності, визнає інноваційними технічні та технологічні «ноу-хау», організаційно-технічні рішення адміністративного, комерційного або іншого характеру та механізми формування споживчого ринку і збуту товарної продукції. У Законі чітко сформульовані положення про дію сучасних механізмів державної підтримки інноваційної діяльності, а саме: страхування ринків, погашення відсотків по кредитах, пільгове кредитування спеціальними кредитно-фінансовими установами. Безперечною заслугою законодавців є правове забезпечення суттєвих податкових пільг. До останніх слід віднести: можливість залишати 50% ПДВ та 50% податку на прибуток, а в окремих випадках — не сплачувати ввізне мито та ПДВ на обладнання і матеріали для інноваційних проектів. Закон створює додаткові стимули для активізації інноваційної діяльності в Україні [4].

Водночас зазначимо, здобутки закону вимагають для своєї реалізації певного коригування. Так, необхідно більш чітке визначення процедури реєстрації та кваліфікації інноваційних проектів, усунення бюрократичних бар'єрів при проведенні експертизи проектів. Суттєвим недоліком Закону є відсутність ефективної системи правового забезпечення інноваційної діяльності малих та середніх підприємств.

Все це є свідченням подальшої необхідності удосконалення політико-правової моделі інноваційної діяльності, спрямованої на забезпечення конкурентоспроможної національної системи інноваційного підприємництва.

Використані джерела:

1. Підприємницьке право України: Підручник / За заг. ред. доц. Р. Б. Шишки. — Харків: Вид-во Ун-ту внутр. справ, «Еспада» 2000. — 480 с.

2. Про наукову і науково-технічну діяльність: Закон України в редакції Закону від 1 грудня 1998 р. № 284-XIV.

3. Щербина В. С. Господарське право України: Навч. посібник. — 2-е вид., перероб. і доп. — К.: Юрінком Інтер, 2001. — 384 с.

4. Про інноваційну діяльність: Закон України від 4 липня 2002 р. № 40-IV.

Д. В. Слюсар
студентка Криворізького економічного інституту
Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана,
Кривий Ріг, Україна

ОДНОСТОРОННЯ ВІДМОВА ЯК ПІДСТАВА РОЗІРВАННЯ ДОГОВОРУ

Правове регулювання договірних зв'язків в Україні має забезпечувати стабільність і передбачуваність у договірних правовідношеннях. З іншого боку, у сторін може виникнути інтерес до зміни чи припинення зобов'язань. В такому випадку необхідно вдаватись до такого заходу, як розірвання договору. Цивільне законодавство регулює розірвання договорів у нормах, що стосуються правочинів, зобов'язань, договорів. Крім того, часто розірвання договору регулюється самостійно його сторонами. У положеннях ЦК України відстежується певна непослідовність законодавця у вживанні тих чи інших термінів, неузгодженість між загальними та спеціальними нормами. Зважаючи на такий стан законодавства необхідним є пошук шляхів його вдосконалення, що обумовлює актуальність пропонуємого дослідження.

Дослідженню питання розірвання договору присвячені роботи вчених-цивілістів (Процьків Н. М., Блащук А. М., Міхно О. та ін.), але в переважній більшості з них розірвання договору досліджується як підстава припинення зобов'язання, але не приділяється достатньо уваги підставам самого розірвання. Метою даного дослідження є характеризування засад регулювання підстав розірвання договорів і такої підстави як одностороння відмова, розробку пропозицій із вдосконалення і застосування норм зобов'язального права.

Статті 651, 652 ЦК України встановлюють підставами розірвання договору згоду сторін, односторонню відмову від нього, вимогу сторони про розірвання у зв'язку із істотним порушенням договору, істотною зміною обставин або на іншій підставі, встановленій у договорі.

Зрозуміло, що розірвання договору за згодою сторін може мати місце стосовно будь-якого договору. При цьому волевиявлення сторін знаходить свій вияв згідно ч. 3 ст. 653 ЦК у домовленості між ними.

Розірвання договору на вимогу однієї із сторін може відбуватись на умовах, визначених у договорі, погоджених сторонами після висуванні вимоги про розірвання або встановлених судом. В усіх випадках має місце фіксування факту розірвання договору у певній формі сторонами або судом у постановленому рішенні. Тобто сама лише пропозиція або вимога про розірвання не спричиняє правових наслідків у вигляді розірвання договору.

Право на односторонню відмову від договору принципово відрізняється від права вимагати його розірвання саме тим, що виявлення односторонньої відмови достатньо для розірвання договору [2, с. 179]. Відмова від договору, якщо таке право передбачено законом чи договором, є юридичним фактом, який згідно ч. 3 ст. 651 ЦК є підставою розірвання договору і не потребує погодження, тобто доповнення іншими юридичними фактами.

Стосовно сукупності передбачених у ЦК України випадків односторонньої відмови А. М. Блащуком було проведено їх класифікацію і розподілено на три групи: відмова як санкція, відмова як право без настання негативних наслідків та відмова як право при погодженні сторони на певні несприятливі для себе умови [3, с. 11]. Проте, розподіл проведений за різними критеріями: залежно від причин та наслідків відмови. Крім того, не враховано можливості відмови від договору у зв'язку із зміною обставин. Такі випадки прямо передбачені ЦК України і не потребують узгодження з вимогами ст. 652 ЦК України щодо істотності зміни обставин і наявності необхідних умов.

Зокрема, наймач може відмовитись від договору найму не безпідставно, а якщо житло стало непридатним для постійного проживання (ч. 1 ст. 825 ЦК України).

Таким чином, повна класифікація усіх можливих випадків односторонньої відмови має наступний вигляд:

- залежно від причин: порушення зобов'язань іншою стороною, зміна обставин, безпідставна з точки зору закону або договору відмова;
- залежно від умов розривання: із мінімізацією втрат обох сторін, із настанням негативних наслідків для сторони, яка порушила зобов'язання, із настанням негативних наслідків для сторони, яка відмовляється.

Обставини, за яких у сторони договору виникає право на відмову, а також наслідки розірвання договору визначені щодо певних видів договорів у законодавстві. При цьому лише ст.ст. 739, 867, 1008 та 1142 ЦК України встановлюють, що умови договорів щодо позбавлення сторони передбаченого законом права на відмову є нікчемними. Проте, на нашу думку, це не означає можливості позбавлення такого права сторону в усіх інших випадках, коли законом таке право встановлене. Норми закону поширюють свою дію на сторін незалежно від включення їх до тексту договору. Це підтверджує наявність норми ч. 2 ст. 997 ЦК України — єдиної норми, яка дозволяє сторонам виключити або змінити умову про відмову від договору.

Також слід підкреслити беззаперечне право сторін самостійно наділяти себе правом на відмову. Виходячи із принципу свободи договору та визнання законом права на відмову від договору при наявності в ньому такої умови, можна стверджувати, що обмеження можливе тільки у випадку, коли це прямо встановлено законом. А зважаючи на те, що право на відмову надає стороні більше повноважень, ніж право вимагати розірвання, то правом на відмову може наділятись сторона і у разі, коли законом їй надано право вимагати розірвання, що не погіршить її становища порівняно із законом.

Зважаючи на наслідки односторонньої відмови, важливим є належне вираження волі сторони на відмову від договору. Чинним законодавством не закріплено певної форми, проте прикладом може бути передбачена у ч. 2 ст. 782 ЦК відмова наймодавця від договору найму: направлення наймачу відповідного повідомлення. Цікава форма пропонується для відмови покупця від договору купівлі-продажу з умовою прийняття товару у визначений строк — нез'явлення або невчинення необхідних дій для прийняття товару. Аналогічно як відмову від договору законодавець трактує прострочення покупцем оплати за договором, що передбачає передоплату (ч. 2 ст. 701, ч. 2 ст. 706 ЦК України). У зазначених нормах йдеться про вираження волі покупця на відмову від договору бездіяльністю, яку можна визначити як конклюдентну бездіяльність.

Враховуючи обмеженість норм, які прямо передбачають форму відмови, сторонам договору слід самостійно її визначати, якщо закон або самі сторони встановлюють право на односторонню відмову. В інших випадках доцільно застосовувати форму, передбачену ч. 2 ст. 782 ЦК України, за аналогією закону. Проте, для запобігання спірним ситуаціям більш ефективним буде закріплення відповідної норми у законі: ст. 654 ЦК України доцільно доповнити, зазначивши, що вимога про додержання форми поширюється на вчинення односторонньої відмови.

У певних випадках терміни «розірвання» та «відмова» вживаються у положеннях про окремі види договорів не у тому значенні, яким їх наділили загальні положення про договір. Так, законодавець у статті 834 ЦК «Розірвання договору позички» закріпив право користувача повернути річ до спливу строку договору. Очевидно, що це не є відмовою і не спричиняю розірванням договору. В даному випадку встановлене право на дострокове виконання обов'язку. Це підтверджується нормою ч. 1 ст. 790 ЦК України, в якій йдеться про відмову від договору прокату, яка супроводжується поверненням речі.

Також неможливо визнавати відмовою від договору відмову від вчинення певних дій на його виконання: відмова від оплати за ненаданий товар, наданий у меншій кількості або із порушенням умов щодо асортименту товар, вимога про повернення товару при прострочці оплати (ст.ст. 670, 672 ч. 2, 697 ч. 3, 703 ЦК України). У названих випадках йдеться про договірні права та обов'язки, які встановлені законом і передбачають альтернативне виконання зобов'язання або право кредитора не приймати неналежне виконання, що не виключає виконання договору у подальшому.

Проведений аналіз дозволяє зробити висновок, що одностороння відмова від договору є юридичним фактом, який є підставою розірвання договору і, відповідно, припинення зобов'язань на майбутнє. Право на односторонню відмову може вільно встановлюватись сторонами і реалізовуватись у тій формі, в якій було укладено договір.

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради. — 2003. — №№ 40-44, Ст. 356.*
2. *Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України у II томах / За редакцією О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця — К.: Юрінком Інтер. 2005. — 830 с.*
3. *Блащук А. М. Припинення договірних зобов'язань у цивільному праві України Автореф. дис…канд.юр.наук. — К., 2006.*

А. А. Соловьёв

аспирант Южно-Уральского государственного университета,
Челябинск, Российская Федерация

ПЕРЕХОД ДОЛЕЙ В УСТАВНОМ КАПИТАЛЕ ООО ПО НАСЛЕДСТВУ: НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Общество с ограниченной ответственностью является на сегодняшний день одной из наиболее распространенных организационно-правовых форм юридических лиц. При этом не вызывает сомнения то, что значительная часть участников этой разновидности хозяйственных обществ представлена физическими лицами (гражданами). Объективно существующая конечность жизни гражданина ставит на повестку дня вопрос о наследовании имущества, нажитого им при жизни.

В настоящем сообщении мы попытаемся обозначить некоторые теоретические и правоприменительные аспекты перехода долей в уставном капитале ООО умерших участников к их наследникам, а также выявленные нами проблемы правового регулирования, предложить варианты решения этих проблем.

Прежде всего рассмотрим используемые законом термины. В соответствии с п. 6 ст. 93 Гражданского кодекса РФ, п. 7 ст. 21 ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью" доли в уставном капитале переходят к наследникам граждан, являвшихся участниками общества. Однако в то же время в соответствии с п. 2 ст. 48 Гражданского кодекса РФ хозяйственные общества относятся к юридическим лицам, в отношении которых их участники имеют обязательственные права. Действительно, в результате внесения участником общества какой-либо вещи в качестве вклада в уставный капитал общества у участника прекращается, а у общества возникает право собственности на эту вещь. Участник же взамен приобретает по отношению к обществу специфический комплекс прав, включающий как имущественные, так и неимущественные права. В связи с изложенным не вполне корректно, хотя и традиционно, по нашему мнению, законодатель использует термин "доля в уставном

капитале", поскольку «доля, принадлежа участнику, никак не может быть частью (в составе) уставного капитала — в собственности общества» [1, с. 92] и наоборот. Аналогичным образом мы замечаем, например, традиционным отнесение уставного капитала организации к строкам пассива бухгалтерского баланса в образцах форм бухгалтерской отчетности организаций [2]. Ведь понимаемые под пассивом заемные средства либо совокупность долгов и обязательств организации [3, с. 419] так же традиционно искажают представление о принадлежности уставного капитала общества. Таким образом, учитывая принадлежность всего уставного капитала самому обществу, вместо термина "доля в уставном капитале" мы можем предложить использование термина "доля участия в уставном капитале". Смещение акцента с использованием слова "участие", на наш взгляд, будет способствовать формализации отсутствия у участников вещных прав на имущество общества, в том числе на его уставный капитал.

Учитывая, что использование указанной фразы в современном законодательстве является традиционным, мы также продолжим настоящее сообщение с ее применением. Поддерживая мнение, что «доля участника в уставном капитале ООО представляет собой не имущество в натуре, а является величиной условной, характеризующей объем прав, связанных с участием в обществе» [4], мы ограничимся вопросами наследственного правопреемства такой доли (то есть рамками нашего исследования). Так, к наследнику умершего участника общества с ограниченной ответственностью «переходят не доли как таковые, а комплекс имущественных и неимущественных прав, связанных с участием в обществе» [5]. В соответствии с п. 7 ст. 21 ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» переход доли умершего участника к наследнику последнего возможен:

1) автоматически, если вопрос перехода доли по наследству не урегулирован в уставе общества;

2) с согласия остальных участников общества, если в уставе общества предусмотрено, что переход доли по наследству допускается только с их согласия.

В случае, если необходимость получения согласия закреплена в уставе общества, а остальные участники общества отказывают наследнику умершего участника в переходе к нему доли, в соответствии с п. 5 ст. 23 ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» доля умершего участника переходит к обществу, а на общество накладывается обязанность выплатить наследникам умершего участника общества действительную стоимость доли, определяемую на основании данных бухгалтерской отчетности общества за последний отчетный период, предшествующий дню смерти участника общества, либо с их согласия выдать им в натуре имущество такой же стоимости. Следует учитывать, что речь идет именно об определении действительной стоимости доли на основании данных бухгалтерской отчетности, в связи с чем при наличии таковой (бухгалтерской отчетности) будут неправомерными ссылки заинтересованных лиц на рыночную стоимость имущества общества. Так, судом было отказано в удовлетворении иска об определении и взыскании действительной стоимости доли наследуемого имущества общества с ограниченной ответственностью в денежном выражении, поскольку стоимость чистых активов общества оказалась минусовая, а доводы истца о том, что стоимость доли в уставном капитале общества подлежит определению исходя из рыночной стоимости имущества общества, не основаны на законе [6]. В то же время в ФАС Уральского округа рассматривалось дело по иску о выплате действительной стоимости доли вышедшего из общества участника. Отказывая в удовлетворении исковых требований, суды первой и апелляционной инстанции исходили из того, что расчет стоимости доли должен быть определен на основании данных бухгалтерского баланса, который за соответствующий год сдан обществом не был, что было подтверждено письмом налогового органа о несдаче обществом отчетности [7]. Постановлением суда кассационной инстанции решения по делу отменены, дело отправлено на новое рассмотрение. Допуская

возникновение такой ситуации отметим, что отсутствие документов бухгалтерской отчетности не является основанием для отказа в изучении других доказательств, в том числе для назначения и проведения судебно-бухгалтерских экспертиз.

Моментом перехода доли к обществу является момент получения от любого участника общества отказа в согласии на переход доли к наследнику умершего участника общества. Срок выплаты (или выдачи имущества): в течение одного года с момента перехода к обществу доли, если меньший срок не предусмотрен уставом общества. Действительная стоимость доли выплачивается в этом случае за счет разницы между стоимостью чистых активов и размером уставного капитала, а если такой разницы недостаточно: общество обязано уменьшить свой уставный капитал на недостающую сумму.

Закон также устанавливает некоторые правила согласования перехода доли по наследству (в случае, когда в соответствии с уставом конкретного общества переход доли по наследству возможен только с согласия остальных участников общества). В соответствии с п. 8 ст. 21 ФЗ "Об обществах с ограниченной ответственностью", согласие на переход доли по наследству считается полученным, если в течение тридцати дней с момента обращения к участникам общества или в течение иного определенного уставом общества срока получено письменное согласие всех участников общества или не получено письменного отказа в согласии ни от одного из участников общества. В связи с этим на практике в такой ситуации рекомендуется уделить серьезное внимание срокам направления такой корреспонденции, подтверждениям самого факта отправки таких обращений и ответов на них (например, заказные письма с описью вложения, вручение обращения под роспись на втором экземпляре и т.д.). Мы в этой связи поддерживаем мнение ФАС Уральского округа, что переход доли в уставном капитале общества к наследникам граждан является сделкой, направленной на изменение учредительного договора, который должен быть оформлен в той же форме, что и договор; в связи с чем заявление о включении в состав участников общества и, соответственно, согласие (отказ) на включение истца в состав участников общества могут быть совершены только в письменной форме [8].

Существует точка зрения, что «позиция законодателя об ограничении наследственных прав наследников умершего участника общества необоснованна» [9]. Указанный автор поясняет свое мнение характером участия в обществе с ограниченной ответственностью — как объединении капиталов, а не объединении лиц. Эту точку зрения мы принять не можем, поскольку общество с ограниченной ответственностью нельзя рассматривать в виде «чистой» формы объединения капиталов. Существует множество особенностей юридического лица этой организационно-правовой формы, которые характеризуют общество как некоторую «смесь» объединения лиц с объединением капиталов, например: возможность предоставления участникам дополнительных прав [10, с. 71] в соответствии с п. 2 ст.8 ФЗ "Об обществах с ограниченной ответственностью", преимущественное право покупки доли [11, с. 65] участниками общества по цене предложения третьему лицу в соответствии с п. 4 ст. 21 ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» и т.п. Учитывая такой смешанный характер с предложением автора исключить соответствующую норму, по нашему мнению, соглашаться не следует. В любом случае действующая формулировка статьи дает право участникам самим в уставе определить, требуется ли такое согласие; если же участники в уставе это не определили, то наследование доли происходит в безусловном порядке. С другой стороны, действующая редакция нормы позволяет участнику, который имеет незначительную долю в уставном капитале общества, по сути своей не допустить к участию в обществе наследников участника-мажоритария [12]. В этой связи справедливым было бы, на наш взгляд, закрепить возможность дачи отказа в согласии на переход доли наследнику умершего участника общества за участниками общества, доли которых в совокупности составляют не менее

чем 50 % уставного капитала общества, а применение этой нормы так же, как и ранее, оставить на усмотрение участников в уставе общества.

Кроме этого, хотелось бы обратить внимание на некорректное, как нам представляется, применение анализируемой нормы при наследовании доли, приобретенной супругами во время нахождения в браке. Так, истица — супруга бывшего участника общества с ограниченной ответственностью, — вполне обоснованно полагала, что ей в силу ст. 34 Семейного кодекса РФ, ст. 256 Гражданского кодекса РФ принадлежит половина доли в обществе, записанная на имя ее умершего супруга (общество было учреждено в период их нахождения в браке в отсутствие брачного договора). Суд же, в частности, указал что «пережившие супруг или супруга участника общества с ограниченной ответственностью, получив свидетельства о праве собственности на половину общей совместной собственности супругов и о праве на наследство на часть остального имущества, приобретают имущественные права, а не автоматически права участника общества» [13]. В связи с чем судами всех трех инстанций истцу было отказано в удовлетворении заявленных требований.

В заключение настоящего сообщения отметим, что правовое регулирование перехода долей в уставном капитале обществ с ограниченной ответственностью по ряду вопросов требует, на наш взгляд, как реформирования, так и корректного применения на практике.

Использованные источники:

1. *Хондрюкова Н. Ю. Обязательственные права учредителя по отношению к обществу с ограниченной ответственностью // Актуальные проблемы частноправового регулирования. Материалы Всероссийской III научной конференции молодых ученых / Редколл.: С. В. Мартышкин, Ю. С. Поваров, В. Д. Рузанова. Самара, 2003.*
2. *Приказ Минфина РФ от 22 июля 2003 г. № 67н «О формах бухгалтерской отчетности организаций» // Экономика и жизнь. 2003. № 35.*
3. *Большой юридический словарь / Под ред. А. Я. Сухарева, В. Е. Крутских. М. — 2000.*
4. *Бегунова Н. Наследование долей в ООО // ЭЖ-Юрист. — 2004. — № 15. // Справочная правовая система КонсультантПлюс.*
5. *Ветошкина С. А. Особенности наследования прав, связанных с участием в коммерческих организациях // Право и экономика. 2007. № 3. Справочная правовая система КонсультантПлюс.*
6. *Постановление ФАС поволжского округа ОТ 07.12.2006 по делу № А65-21006/2005-СГ3-15 // Справочная правовая система консультантплюс.*
7. *Постановление ФАС Уральского округа от 23.01.2007 № Ф09-12149/06-С4 по делу № А60-8783/06 // Справочная правовая система консультант Плюс.*
8. *Постановление ФАС Уральского округа от 03.10.2005 № Ф09-2659/05-С5 // Справочная правовая система Консультант Плюс.*
9. *Амиров М. Наследование имущественных прав в связи с участием наследодателя в хозяйственных обществах // Законность. 2001. № 10. Справочная правовая система КонсультантПлюс.*
10. *Общество с ограниченной ответственностью: органы и структура управления / Под ред. М.Ю. Тихомирова. М., 1998.*
11. *Бобков С. А. Уступка доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью // Журнал российского права. 2002. № 7.*
12. *Постановление ФАС Волго-вятского округа от 05.03.2007 по делу № А82-17945/2005-4, Постановление ФАС Волго-вятского округа от 21.03.2005 № А82-9478/2003-10, Постановление ФАС Северо-западного округа от 04.12.2006 по делу № А21-759/2006-С1 // Справочная правовая система КонсультантПлюс.*
13. *Постановление ФАС Волго-вятского округа от 05.06.2006 по делу № А31-8655/21, Постановление ФАС Московского округа от 03.08.2005, 27.07.2005 № КГ-А40/7033-05 // Справочная правовая система Консультант Плюс.*

Н. Б. Солтис
науковий співробітник Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва, Київ, Україна

ОСОБЛИВОСТІ СПАДКУВАННЯ ДЕЯКИХ ВИДІВ ЖИТЛА

Зміни, які відбулися у державі за останнє десятиріччя, призвели до виникнення приватної власності у житловій сфері. Розширилося коло підстав переходу житла у власність громадян, з'явився прошарок населення, який складається із власників житла. Тому даний вид майна все частіше стає об'єктом спадкових правовідносин. Разом з тим ,слід мати на увазі, що житло відноситься до такого майна, яке забезпечує життєво необхідні потреби людини і для більшого загалу осіб є єдиним.

Вперше на кодифікованому рівні поняття «житло» надане у Цивільному кодексі України (далі ЦК України), зокрема у ст. 379 житло фізичної особи визначається як житловий будинок, квартира, інші приміщення, призначені та придатні для постійного проживання в них. Як бачимо, термін житло включає в себе такі поняття як, житловий будинок, квартира та інші приміщення. Таким чином, законодавець визначив поняття «житло» через перерахування найбільш поширених його видів з одночасною вказівкою на можливість існування й інших видів житла. Відповідно до ст. 4 Житлового кодексу УРСР (далі ЖК) жилі будинки, а також жилі приміщення в інших будівлях, що знаходяться на території України, утворюють житловий фонд. Дещо інші підходи щодо визначення поняття житла має проект ЖК України, який встановив, що житловий фонд — це сукупність усіх видів житла усіх форм власності (ч. 2 ст. 8 проекту ЖК України) [1].

Поняття «жилий будинок» слід розуміти ширше, ніж власне споруду, призначену для проживання, а саме як комплекс споруд, у тому числі й різні господарські будівлі (літні кухні, сараї тощо). Такі будівлі є підсобними і становлять з будинком одне ціле [2], а отже, і мають долю будинку при спадкуванні.

Право власності на житловий будинок, збудований громадянином на відведеній йому в установленому порядку земельній ділянці і прийнятий в експлуатацію, виникає з часу реєстрації будинку в бюро технічної інвентаризації або у виконавчих органах місцевих рад. Після реєстрації власникові видають технічний паспорт, в якому містяться відомості про належність будинку конкретній особі, про план земельної ділянки, площу присадибної ділянки, поверховий план, оцінка вартості всіх споруд.

Отож, житловий будинок успадковується у разі, якщо він належав спадкодавцеві на праві власності. У тому разі, якщо після смерті громадянина залишився недобудований будинок, то у спадщину переходить не жилий будинок, а будівельні матеріали, права та обов'язки за договором підряду на будівництво. Якщо права власності на майно у спадкодавців не було, то це майно не може входити до складу спадщини. Тому будинок, збудований на земельній ділянці, яка не відведена для цих цілей в установленому порядку або без належного дозволу чи належно затвердженого проекту, або з істотними порушеннями будівельних норм і правил, не включається в спадкову масу, оскільки у спадкодавця право власності на цей будинок не виникає.

Якщо власник земельної ділянки заперечує проти визнання права власності на нерухоме майно за особою, що здійснила самочинне будівництво на його земельній ділянці, або якщо це порушує права третіх осіб, будинок підлягає знесенню особою, яка здійснила самочинне будівництво, або за її рахунок.

Квартира як один із видів житла успадковується також на праві приватної власності. Але до складу спадкової маси не належить квартира, яку спадкодавець наймав за договором найму жилого приміщення, оскільки договір найму не є підставою набуття права власності. В цьому випадку фактичне володіння річчю ще не свідчить про наявність у особи права власності на річ.

Якщо громадянин виявив бажання приватизувати свою квартиру, то право власності на неї виникає з моменту підписання розпорядження про передачу житла у власність. У разі, якщо громадянин помер до підписання розпорядження, а строк оформлення порушений не був, то квартира включалася до складу спадкової маси, а якщо наймач був самотнім, тоді відповідно переходить до держави. Зокрема, п. 13 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 22 грудня 1995 р. «Про судову практику у справах за позовом про захист права приватної власності» передбачає, що якщо строк оформлення розпорядження було порушено або в задоволенні заяви про приватизацію було незаконно відмовлено, і громадянин помер після закінчення місячного строку, то спадкоємці можуть звернутися до суду з позовом про визнання своїх прав на спадщину.

Щодо успадкування нерухомості члена кооперативу (житлово-будівельного, дачно-будівельного або гаражного-будівельного тощо), то спадщина відкривається не на квартиру, дачу, гараж, садовий будиночок, а на пай спадкодавця та інші суми, які підлягають поверненню у таких випадках.

Відповідно до п. 55 Примірного статуту житлово-будівельного кооперативу, затвердженого постановою Ради Міністрів УРСР від 30 квітня 1985р., передбачено, що якщо член житлово-будівельного кооперативу помер, члени його сім'ї, які проживали разом із ним, зберігають право користування жилим приміщенням за умови вступу до кооперативу одного з них. До кооперативу може бути прийнято стільки спадкоємців, скільки є ізольованих кімнат. Спадкоємці, які не мають права на вступ до кооперативу, або які відмовилися від цього права, спадкують пайові внески померлого члена кооперативу. У разі викупу квартири член житлово-будівельного (житлового) кооперативу стає її власником (ч. 3 ст. 384 ЦК), тоді спадкоємці успадковують право власності на квартиру. Якщо житло належало кільком особам на праві спільної власності, то після смерті однієї з них спадщина відкривається тільки на належну цій особі частку.

В останній час крім традиційно визначених об'єктів нерухомості в юридичному обороті з'являються такі нові види об'єктів, як: садиба, котедж. Поняття садиба визначено ч. 1 ст. 381ЦК України — це є земельна ділянка разом з розташованими на ній житловими будівлями, наземними і підземними комунікаціями, багаторічними насадженнями. Поняття котеджу законодавчо не визначено, але у договірній практиці це поняття використовується для позначення будинку, призначеного для постійного чи тимчасового проживання, який є нерухомим майном і знаходиться в приватній власності [3, с. 99]. Також були спроби на законодавчому рівні відновити дореволюційне поняття «родовий маєток», зокрема були відповідні законопроекти як в Україні так і в Росії «Про родові маєтки та родові поселення», які мали на меті встановити гарантії надання у довічне користування з правом передачі у спадщину земельної ділянки для створення родового маєтку. Всі ці об'єкти нерухомості об'єднує нерозривність поняття будівлі (споруди) і земельної ділянки, що знаходиться в особи на праві власності. Тому у разі спадкування житлового будинку, інших будівель та споруд до спадкоємців переходить право власності або право користування земельною ділянкою, на якій вони розміщені. У цьому разі спадкоємець повинен зберегти цільове призначення землі (ст. 1225 ЦК).

Отже, спадкування як один із способів отримання права власності на житло та житлові права і обов'язки як складова частка спадкової маси має розглядатися з урахуванням специфіки об'єкту, що дасть можливість краще усвідомити порядок його спадкування.

Використані джерела:

1. Проект Житлового кодексу України від 7 липня 2005 р. № 2776-IV// Офіційний сайт Верховної Ради України. [Электронный ресурс] Режим доступа: www.rada.gov.ua.

2 Про практику застосування судами законодавства, що регулює право власності громадян на жилий будинок: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 4 жовтня 1991 р.
3. Бобрик В. І. Правові проблеми визначення котеджу як різновиду житла // Реформування житлового законодавства: проблеми та перспективи: Зб. наук. праць (за матер. Круглого столу, м. Харків, 16 грудня 2006 р.) / Редкол. М.К.Галянтич, О.Д.Крупчан, Є.О. Мічурін та ін. — Х.: НДІППіП, ХНУВС, 2006. –172 с.

В. В. Спіжов
викладач кафедри цивільного права та процесу
Херсонського юридичного інституту
Харківського національного університету внутрішніх справ,
Херсон, Україна

ОСОБЛИВОСТІ ДОГОВОРУ БАНКІВСЬКОГО ВКЛАДУ (ДЕПОЗИТУ) ЯК ПУБЛІЧНОГО ДОГОВОРУ

Зміни в економічному житті держави йдуть у напрямку створення ринкових, правових відносин. Формування банківської системи господарювання в України пов'язано з ростом громадянської активності у сфері фінансово — економічного життя. І це цілком зрозуміло: адже, як свідчить світовий досвід, саме банківський сектор є надійною основою, головним структуроутворювальним елементом держави. Рухливий і динамічний банківський сектор сприяє повнішому задоволенню потреб споживачів.

Надзвичайно важливим елементом відносин у банківській практиці є закріплення договору банківського вкладу (депозиту), публічним договором в якому вкладником є фізична особа.

Закріплений законом обов'язок банку щодо публічності договору банківського вкладу (депозиту), на думку науковців заслуговує на особливу увагу. Наукові аспекти публічного договору банківського вкладу (депозиту) в своїх дослідженнях розглядали Безклубий І. А., Олійник О. М., Рассказова Н. Ю., Сарбаш С. В., Суханов Є. О. та ін.

Метою цієї роботи є аналіз окремих елементів договору банківського вкладу (депозиту), нових можливостей для банків та їх вкладників щодо застосування публічності зазначеного договору, а також наслідки застосування концепції публічного договору до договору банківського вкладу (депозиту).

Деякі вчені забезпечують публічність договору банківського вкладу (депозиту) де вкладникам є як фізична, так і юридична особи [1, с. 203–204; 2, с. 53; 3, с. 19].

Так, слід відмітити точку зору, згідно з якої договір банківського вкладу (депозиту) де вкладником є фізична особа, визнається публічним договором, а договір банківського вкладу (депозиту) де вкладником є юридична особа публічним не являється [2, с. 33].

Так, законодавець встановив, що публічним є договір, в якому одна сторона — підприємець взяла на себе обов'язок здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до неї звернеться (роздрібна торгівля, перевезення транспортом загального користування, послуги зв'язку, медичне, готельне, банківське обслуговування тощо) [3].

На нашу думку публічний договір — це один із видів договорів, укладання якого є обов'язковим хоча б для однієї із сторін такого публічного договору. Існування публічного договору обумовлено захистом слабшої сторони у зобов'язанні, а саме вкладника, який являється споживачем послуги. Основні правила про публічні договори передбачаються ст. 633 Цивільного кодексу України (далі — ЦК), а також

іншими законодавчими актами, які стосуються надання послуг згідно із умовами публічних договорів.

Банк як сторона договору банківського вкладу (депозиту) відповідає всім ознакам публічності, і тому до цього договору застосовні всі правила публічного договору. До них відносяться наступні: а) банк не вправі відмовитися від укладання публічного договору, в якому вкладником є фізична особа; б) при необґрунтованій відмові банку укласти аналізований договір із вкладником — фізичною особою, останній має право відстоювати свої інтереси в судовому порядку, шляхом вимоги укладання з ним цього договору; в) банк не має права віддати перевагу укладання договору з одним вкладником — фізичною особою перед іншим; г) свобода вибору партнера при укладанні договору банківського вкладу (депозиту) й обов'язок банку укласти договір із будь-якою фізичною особою, що звернулася до нього з офертою, є головним критерієм визначення ступеня гарантії громадянам держави в можливості повного розпорядження грошовими коштами [4, с. 195].

Законодавець закріпивши у ст. 1061 ЦК, що договір банківського вкладу (депозиту), в якому вкладником є фізична особа, являється публічним договором, не заперечує можливості сторонам договору встановити розмір процентів. Розмір процентів, який встановлений сторонами, може бути різним залежно від таких об'єктивних причин: суми вкладу, виду вкладу, строків вкладів, облікової ставки НБУ. Але при цьому повинен враховувати, що розмір процентної ставки по вкладах не може бути вищим за розмір процентної ставки за кредитами, які надає банк. Отже, як висновок треба відмітити істотні умови договору банківського вкладу, в якому вкладником є фізична особа, за певних умов можуть бути різними, хоча при цьому публічність цього договору не порушується.

Безумовно, застосування публічного договору до відносин між банком та вкладником у рамках договору банківського вкладу (депозиту) надає ще одну можливість або засіб захисту фізичних осіб-споживачів банківських послуг.

Важливим також є заборона відмови від укладання договору банківського вкладу згідно із положеннями ЦК. У разі необґрунтованої відмови комерційного банку від укладення договору банківського вкладу (депозиту) із вкладником — фізичною особою, банк має відшкодувати збитки, завдані йому такою відмовою відповідно до статей 22 і 633 ЦК.

Отже, більш відповідальний підхід до договору банківського вкладу (депозиту) з боку банку має дозволити в умовах «публічності» договору зацікавити та залучати все нових вкладників.

З вище викладеного можна зробити наступний висновок, що фізичні особи, які мають певну необхідність у споживані банківських послуг, пов'язаних з укладенням договору банківського вкладу (депозиту), регулюють свої відносини з банком за допомогою зазначеного договору, який за певним критерієм ознак відноситься до категорії публічних договорів.

Договір банківського вкладу (депозиту), в якому вкладником є фізична особа підприємець або юридична особа, не відноситься до публічного договору. Такий висновок ґрунтується на засадах економічної доцільності яка запроваджується у банківській сфері, відносно суб'єктів діяльність яких спрямована на отримання прибутку. Так, звісно зміст договірних конструкцій можна привести до певних типових умов, але зрозуміло те, що в рамках публічного договору таке договірне зобов'язання не утримається.

Перспективи подальших розвідок у даному напряму автор бачить у розгляді внутрішніх і зовнішніх факторів, які впливають на договір банківського вкладу (депозиту) як вид публічної підприємницької угоди.

Використані джерела:

1. *Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. -М.: Статут, 1998.; Павлодский Е.А. Договоры организаций и граждан с банками. — М.: «Статут», 2000.; Сарбаш С.В. Договор банковского счета: проблемы доктрины и судебной практике. — М.: Статут, 1999.*
2. *Безклубий І. А. Про публічність договору банківського рахунку // Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2005. — № 3 (41).*
3. *Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Офіційний вісник України. — 2003. № 11.*
4. *Спіжов В. В. Договір банківського вкладу (депозиту) як вид публічної підприємницької угоди // Правове життя: сучасний стан та перспективи розвитку: Збірник тез наукових доповідей III міжнародної конференції аспірантів, студентів та здобувачів. — Луцьк: Волинський державний університет імені Лесі Українки, 2007.*

Л. М. Стахира
викладач кафедри правового регулювання економіки та правознавства
Тернопільського національного економічного університету,
Тернопіль, Україна

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ САМОРЕГУЛІВНИХ ОРГАНІЗАЦІЙ ПРОФЕСІЙНИХ УЧАСНИКІВ ФОНДОВОГО РИНКУ

З формуванням в Україні фондового ринку як важливого елементу ринкової економіки виникла необхідність створення системи регулювання цього зазвичай складного ринкового механізму. Не маючи власного досвіду в цьому питанні Україна орієнтувалась і продовжує орієнтуватися на зарубіжний досвід, зокрема тих держав, фондовий ринок в яких функціонує багато десятиліть. Норми чинного законодавства України закріпили повноваження щодо регулювання фондового ринку за державою та саморегулівними організаціями, встановивши при цьому вимогу здійснення професійної діяльності учасниками фондового ринку (крім депозитаріїв та фондових бірж) лише за умови членства щонайменше в одній саморегулівній організації; можливості делегування державою, в особі Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку, саморегулівним організаціям певних функцій щодо регулювання діяльності професійних учасників фондового ринку. Все це підкреслює велику значимість саморегулівних організацій на фондовому ринку і зумовлює актуальність теми дослідження.

Метою даної роботи є дослідження правового становища саморегулівних організацій на національному та іноземних фондових ринках, проведення аналізу правового регулювання саморегулівних організацій професійних учасників фондового ринку України.

Різним аспектам цієї проблематики присвячували свої дослідження такі вітчизняні та зарубіжні вчені як Онуфрієнко О., Приступко А., Остапович Г., Назарчук І., Баташов Д., Смолькін І. та інші.

Регулювання фондового ринку — це об’єднання в єдину систему певних методів і прийомів, що дозволяють упорядкувати діяльність усіх його учасників і операцій між ними, шляхом встановлення державою певних вимог та правил задля підтримки рівноваги взаємних інтересів усіх учасників [9, с. 136]. Аналізуючи законодавство різних країн дослідники визначають дві основні моделі регулювання ринку цінних паперів: одна з них ґрунтується на принципі майже всеосяжного регулювання ринку державними органами; друга модель передбачає передачу максимально можливого обсягу повноважень саморегулівним організаціям [5, с. 147]. Перша модель притаманна

для фондового ринку таких держав як Португалія, Бельгія, Німеччина, а друга — США, Великобританія, Франція [4], та Україна, яка запозичує такий досвід в США де найбільш довершена система регулювання фондового ринку [8, с. 119].

На вершині американської системи регулювання фондового ринку є Комісія з цінних паперів та бірж (SEC), яка була утворена в 1934 році та Національна асоціація дилерів з цінних паперів (NASD) (саморегулівна організація), яка була створена у 1939 році відповідно до поправки 15А (Акт Мелоуні) до Закону про обіг цінних паперів 1934 року. Основними цілями діяльності NASD є сприяння в розвитку ринку, реалізація правил здійснення фондових операцій, захист інтересів інвесторів, забезпечення контролю за виконанням законодавства, розвиток позабіржових торгів. Кожен брокер чи дилер позабіржових торгів зобов'язаний бути членом NASD. Фондові біржі в США також є саморегулівними організаціями [4]. Крім того, на NASD як саморегулівну організацію покладена вважлива функція по врегулюванні суперечок між інвесторами, фірмами, які спеціалізуються на операціях з цінними паперами і працівниками таких фірм. В 90% таких спорів на фондовому ринку вона виступає в ролі арбітра і посередника [10].

До саморегулівних організацій Великобританії відносяться: Асоціація фінансових посередників, менеджерів і брокерів (FIMBRA), Організація інвестиційних керівників (IMPO), Рада з цінних паперів та ф'ючерсів (SFA), котра є найбільшою та найавторитетнішою, і крім основних регулятивних функцій виконує ще і ліцензування інвестиційних інститутів, екзаменує працівників, здійснює керівництво компенсаційного фонду, який компенсує втрати інвесторів у випадку банкрутства інвестиційного інституту [4].

Саморегулівні організації можуть створюватися як на національному так і на міжнародному рівні. Прикладом міжнародної саморегулівної організації є Міжнародна федерація фондових бірж (FIBV), з штаб-квартирою в Парижі, яка була створена в 1961 році. Вона виконує важливі функції з координації і вироблення єдиних стандартів на ринку цінних паперів, та відома як ефективний посередник у гармонізації фондових ринків різних країн [9, с. 139].

Вперше поняття саморегулівної організації в українському законодавстві було введено в 1996 році прийняттям Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів» [1]. Стаття 2 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23.02.2006 року визначає саморегулівну організацію професійних учасників фондового ринку як неприбуткове об'єднання учасників фондового ринку, що провадять професійну діяльність на фондовому ринку з торгівлі цінними паперами, управління активами інституційних інвесторів, депозитарну діяльність (діяльність реєстраторів та зберігачів), утворене відповідно до критеріїв та вимог, установлених Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку [2, с. 272].

Саморегулівна організація створюється — за принципом: одна саморегулівна організація з кожного виду професійної діяльності на ринку цінних паперів, при чому вона повинна об'єднувати більше 50% професійних учасників фондового ринку за одним з видів професійної діяльності, — з метою забезпечення провадження діяльності професійними учасниками фондового ринку, які є її членами (наприклад шляхом навчального процесу відповідних фахівців, так в Українській асоціації інвестиційного бізнесу діє спеціальний орган — Комісія з навчання і атестації на яку покладено здійснення таких заходів [7, с. 79-80]), розроблення і затвердження правил, стандартів професійної поведінки (наприклад впровадження етичних норм, так в Українській асоціації інвестиційного бізнесу прийнято спеціальний документ — етичний кодекс, який визначає етичні норми поведінки учасників цієї організації [7, с. 80]) та провадження відповідного виду професійної діяльності. Об'єднання професійних учасників фондового ринку набуває статусу саморегулівної організації з дня його реєстрації Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку, а свою діяльність

здійснює з моменту одержання Свідоцтва про вище згадану реєстрацію. Членами саморегулівної організації є особи, які мають ліцензію на здійснення професійної діяльності на ринку цінних паперів та відповідають вимогам правил даної організації [3].

Проаналізувавши норми чинного законодавства, які стосуються повноважень саморегулівних організацій проводимо їх поділ на дві групи. Перша група — це повноваження делеговані саморегулівним організаціям самими учасниками. Реалізація цих повноважень, у тому числі й встановлення обов'язкових вимог до своїх членів та зазнавання ними негативних наслідків за невиконання таких вимог ґрунтується на договірних відносинах між членом саморегулівної організації і організацією та не підкріплюється засобами впливу з боку держави. Друга група — це повноваження, надані державою відповідним державним органом і делеговані останнім до саморегулівної організації. Реалізуючи ці повноваження саморегулівні організації здійснюють окремі елементи державного регулювання ринку цінних паперів. Вимоги встановлені саморегулівними організаціями під час реалізації зазначених повноважень, — це обов'язки учасників саморегулівних організацій, які встановлені в нормативних актах, і тому їх невиконання має тягнути за собою негативні наслідки, аналогічні наслідкам за невиконання норм чинного законодавства [6, с. 58].

На сьогоднішній день в Україні статус саморегулівної організації мають 11 суб'єктів, до яких належать: Професійна асоціація реєстраторів і дипозитаріїв, Асоціація «Перша фондова торговельна система», Українська асоціація інвестиційного бізнесу, Київська міжнародна фондова біржа, Українська фондова біржа, Придніпровська фондова біржа, Фондова біржа ІНДЕКС, Асоціація учасників фондового ринку України, Українська міжбанківська валютна біржа, Українська міжнародна фондова біржа, Асоціація «Регіональний фондовий союз».

Отже, саморегулівні організації професійних учасників фондового ринку є важливим та необхідним регулятивним інструментарієм даного ринку, і хоча Україна вже одинадцять років займається питанням саморегулювання, проте ще необхідно багато чого зробити для успішного виконання поставлених завдань, шляхом адаптації законодавства України, яке стосується ринку цінних паперів, до законодавства Європейського союзу, запозичення ефективного зарубіжного досвіду функціонування саморегулівних організацій, ефективного державного нагляду за саморегулюванням, консолідації ринків цінних паперів.

Використані джерела:

1. *Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні. Закон України від 30.10.1996 № 448/96-ВР. [Электронный ресурс] Режим доступа: http:// www.rada.gov.ua*
2. *Про цінні папери та фондовий ринок. Закон України від 23.02.2006 № 3480-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 31. — С. 268.*
3. *Про затвердження Положення про діяльність саморегулівної організації професійних учасників ринку цінних паперів. Рішення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 18.03.2002 № 107. [Электронный ресурс] Режим доступа: http://www.rada.gov.ua*
4. *Баташов Д., Смолькин И., Фиолетов Е. Системы регулирования рынка ценных бумаг в России и за рубежом // Рынок Ценных Бумаг. — 1999. — № 22. [Электронный ресурс] Режим доступа: http:// www.rcb.ru/archive/*
5. *Кузнєцова Н. С., Назарчук І. Р. Ринок цінних паперів в Україні: правові основи формування та функціонування. — К. — 1998. — 526 с.*
6. *Онуфрієнко О. Регулятивні функції саморегулівних організацій на ринку цінних паперів // Підприємництво, господарство і право. — 2003. — №1. — С. 79-81.*
7. *Онуфрієнко О. Правове становище саморегулівних організацій ринку цінних паперів // Підприємництво, господарство і право. — 2003. — № 1. — с.79-81.*
8. *Остапович Г. Поняття саморегулівної організації ринку цінних паперів в Україні // Підприємництво, господарство і право. — 2003. — № 3. — С.119-122.*

9. *Приступко А. Правове регулювання міжнародних фондових ринків та ринку цінних паперів в Україні // Право України. — 2004. — № 11. — С. 135-139.*
10. *Регулирования рынка ценных бумаг в США. [Электронный ресурс] Режим доступа: http:// K2KAPITAL //www.k2kapital.com/training/macroeconomy/*

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

ДО ПИТАННЯ ПРО ФОРМИ ТА ВИДИ ЗЛОВЖИВАННЯ СУБ'ЄКТИВНИМИ ПРАВАМИ

Цивільний кодекс України у своїх положеннях, порівняно із ЦК УРСР, є набагато прогресивнішим, оскільки врегульовує якісно новий рівень існуючих відносин у суспільстві, а тому містить у собі цілу низку нових, не закріплених раніше на законодавчому рівні, положень.

Однією із новел, які раніше не були відомі вітчизняному законодавству, є поняття «зловживання правом». Як зазначено у ч. 3 ст. 13 ЦК України «Не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах.» Виходячи із буквального розуміння статті ми можемо виокремити як мінімум дві форми зловживання правом — «дії з наміром завдати шкоди» та «зловживання в іншій формі».

Здійснення суб'єктивних прав з наміром завдати шкоди іншій особі було відомо науці цивільного права іще з римського приватного права і носить назву «шикана». Її заборона є цілком закономірною, оскільки метою такою поведінки є не задоволення власних інтересів, а заподіяння шкоди третім особам. Ми погоджуємось із точкою зору тих науковців, які вважають шикану деліктом [1, 119], мотивуючи це тим, що такі дії є не лише егоцентричними, а й шкідницькими, а за навмисне заподіяння шкоди повинна наступати відповідальність. Визначальним критерієм при кваліфікації, у цьому випадку, буде умисел та ступінь задоволення власних інтересів. Це означає, що шикана повинна вчинятись лише із прямим умислом заподіяння шкоди та із мінімальним рівнем задоволення власних потреб від такої реалізації.

Окрім цього вважаємо за доцільне визначати шикану не лише як «дії» (саме так і закріплено у ст. 13 ЦК України), а як «поведінку», оскільки відмова від дій також в окремих випадках може призвести до заподіяння шкоди. Яскравим прикладом можна навести таку поведінку співвласника спільної часткової власності, коли він навмисно, без мети викупу частки, затягує час, не вчиняючи при цьому ніяких активних дій, знаючи, що його мовчання може зашкодити продавцеві (втрата клієнта, зниження вартості тощо).

Другою формою зловживання є здійснення суб'єктивних прав без наміру завдати шкоди, але за фактичного заподіяння такого. При цьому суб'єкт права може як допускати (та ігнорувати) настання таких наслідків, так і не звертати уваги на їх можливе настання. Такий вид зловживання правом був більш досконало досліджений при розробці Германського та Швейцарського цивільних уложень і, на нашу думку, несправедливо закріплений як неправомірне діяння у ЦК України. Цю точку зору можна обґрунтувати з тієї позиції, що первинною, і головною, метою здійснення своїх прав слід вважати задоволення власного інтересу та особистих потреб.

Інших форм, хоча про це і зазначено у ЦК України, наука цивільного права не знає.

Таке розмежування двох форм зловживання правом має не лише наукову, а й практичну цінність. Основним питанням при цьому залишається ступінь відповідальності за різні форми зловживання.

Якщо звернути увагу на види зловживання правом, то можна помітити, що автори, які досліджували проблематику зловживання суб'єктивними правами не ставили собі на меті виділити єдину класифікацію видів зловживань. Можливо практичне значення такого поділу і невисоке, але для науки цивільного права це, сподіваємось, принесе певної користі не лише як ще одна спроба класифікації, а й як внесок у системне й цілісне вивчення і сприйняття цивільного права.

Обираючи критерій поділу зловживання правом за видами, то, на нашу думку, найбільш прийнятною основою для цього будуть правовідносини, у яких і виникає факт такого зловживання. Тому ми виділяємо наступні види зловживання суб'єктивними правами:

- зловживання суб'єктивними правами у особистих немайнових правовідносинах (правом на ім'я, правом на медичну допомогу, правом на сім'ю тощо);
- зловживання суб'єктивними правами у речевих правовідносинах (правом власності, сервітутом, емфітевзисом (з наслідком істотного погіршення родючості), суперфіцієм);
- зловживання суб'єктивними правами у правовідносинах представництва (умисне вчинення невигідного правочину);
- зловживання суб'єктивними правами щодо інтелектуальної власності (особливо при співавторстві);
- зловживання суб'єктивними правами у договірних правовідносинах (за договором позики, позички, найму, купівлі-продажу тощо);
- зловживання суб'єктивними правами у позадоговірних правовідносинах (напр. двозначність при тлумаченні умов для отримання публічної нагороди);
- зловживання суб'єктивними правами у спадкових правовідносинах (напр. відмова від спадщини «про людське око» з подальшим її прийняттям);
- зловживання привілеями (переважне право купівлі частки у праві спільної часткової власності, переважні права вкладників перед повними учасниками у командитному товаристві, переважне право першого заставодержателя перед іншими, переважне право наймача на укладення договору найму на новий строк тощо);
- зловживання правом управління (управлінням юридичною особою, майном та окремими його видами).

Хоча, як уже згадувалось, основна роль у розробці даного інституту належить представникам континентальної системи права (німецьким, швейцарським, французьким та вітчизняним вченим) ми не можемо упускати той факт, що і Англо-саксонська система знаює та застосовує норми, пов'язані із «зловживанням правом».

У цій правовій системі дане питання врегульовується судовими прецедентами, законодавчими актами тощо. Слід відмітити, що по відношенню до права власності застосовується термін «зловмисність» (Nuisance) і знаходить своє відображення у ст. 857 Зводу англійського цивільного права: «Зловмисництвом слід вважати дію чи бездіяльність, внаслідок якої особі незаконно створюються незручності, перешкоди або турботи пов'язані із користуванням нерухомістю, шляхом заподіяння їй матеріальної шкоди або іншого втручання в користування нерухомістю, угіддями, перевагами або іншими схожими правам, або шляхом впливу на здоров'я особи, його комфорт і зручності. Якщо така поведінка створює порушення володіння, то це не перешкоджає особі подавати позов про зловмисництво».

Окремі випадки зловживання навіть вказуються у цьому Зводі. Це розповсюдження шкідливих газів, надмірний шум, створення перешкод для нормального користування угіддями чи сервітутами, спрямування води на ділянку сусіда та інші. [2]

Структурована система видів зловживання тут притаманна лише для зобов'язальних правовідносин. Вона включає в себе:

- правочини спрямовані на вчинення незаконних дій;
- правочини спрямовані на заподіяння шкоди;
- правочини, що суперечать добросовісності та публічному порядку;
- правочини, що передбачають торгівлю із ворогуючою державою;
- правочини спрямовані на обмеження торгівлі;
- правочини, що містять незаконний спосіб їх виконання.

Попри це, англійське цивільне право знає ще й такі види зловживання, які не відносяться безпосередньо до зобов'язальних відносин. Це:

- зловмисне судове переслідування (Malicious Prosecution);
- зловживання цивільним процесом (Abuse of Civil Process).

Їх метою є підрив репутації іншої особи та вчинення інших зловмисних дій [3, 55-56].

Таким чином, враховуючи вищевикладене, ми можемо зробити висновок про те, що норми, якими врегульовується таке явище як «зловживання суб'єктивними правами» носять не зовсім чіткий та дещо розмитий характер не лише у вітчизняному, а й в законодавстві інших країн. Залишається сподіватись на те, що згодом буде достатньо практичних матеріалів для того, щоб законодавець нарешті визначився у своїй чіткій позиції по відношенню до цього правового феномену і вдосконалив існуючий механізм регулювання, охорони та захисту суб'єктивних цивільних прав.

Отже ми бачимо, що подальше дослідження даної теми є доволі перспективним, тому її розробка може принести істотну користь як для науки цивільного права так і для практичного застосування.

Використані джерела:

1. *Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут (в серии «Класика российской цивилистики»), 1998. — С. 119*
2. *Свод английского гражданского права. Обязательственное право / Под ред. проф. Э. Дженкса. — М. , 1941*
3. *Белов А.П. Злоупотребление правом во внешнеэкономической деятельности // Право и экономика. — 2000. — № 3. — С. 55-56.*

Р. О. Стефанчук

кандидат юридичних наук, доцент,

проректор з наукової роботи Хмельницького університету управління та права,

Хмельницький, Україна

ПРАВО НА ОСОБИСТИЙ ГЕРБ (ГЕРАЛЬДИЧНИЙ ЗНАК) ЯК ОСОБИСТЕ НЕМАЙНОВЕ ПРАВО

Одним із особистих немайнових прав фізичної особи, яке спрямоване на її індивідуалізацію є право на особистий герб. На жаль, сьогоднішнє законодавство не регламентує вид суспільних відносин, що пов'язані із створенням та використанням особистих гербів. Історія цього питання сягає корінням глибокої давнини та бере свій розвиток ще з початку XVII сторіччя. Того часу, наявність особистого (родового,

фамільного) герба було свідченням причетності до певного знатного роду. Хоча, як стверджують в літературі, можливість отримання особистого герба не обов'язково була пов'язана із приналежністю до певного роду. Такі, як їх називали «недворянські» (бюргерські) герби були відомі ще з часів Священної Римської імперії. Певного розвитку вони набули в Німеччині, де, як зазначали тодішні дослідники, що і нижче дворянство і недворянство мали узаконене державою право використовувати свої герби, а той правовий захист, який надавався імені, на їх думку, за аналогією поширювався і на дворянський та цивільний герб [9, с. 325, 343]. Що стосується Франції, то там взагалі при королівському режимі недворянин (наприклад, аптекар чи суддівський чиновник), який не мав герба, взагалі вважався правопорушником, а в Італії того часу герби недворян мали відповідну регламентацію на рівні королівського указу [7].

Відповідну регламентацію особисті герби мали і в дореволюційний період. Так, відповідно до тодішнього законодавства особисті герби визнавались повноцінними об'єктами законодавства. Крім цього, того часу навіть виділялось окреме право — право на особистий герб. Так відомий дореволюційний цивіліст Ю. С. Гамбаров писав, що «до прав особистості належать… права особи на своє ім'я… включно із званням, титулом, гербом…» [1, с. 428]. Причому герб на той час міг бути або жалуваний від імені держави, або набутий особою самостійно. Водночас, на той час не було єдиної точки зору щодо правової природи права на герб серед тодішніх науковців. Так, М. Л. Дювернуа, розглядаючи право на герб, тісно пов'язував його із певним станом особи та розглядав це право не як загальне цивільне, а як спеціальне право, яке залежить від стану особи [4, с. 368]. На думку інших науковців, такого тісного зв'язку між гербом та наявністю відповідного стану (титулу) немає, оскільки спільний дворянський герб спадкодавця та спадкоємця при відсутності інших даних походження за тодішнім законодавством не міг слугувати доказом спільного походження та приналежності до одного роду [6, с. 245]. Однак попри все, роль та значення родового герба на той час була надзвичайно великою, що і спонукало до створення «Загального гербовника»,у якому містились усі основні герби, що існували того часу. Все суттєвим чином змінилось після подій у жовтні 1917 року, коли відповідним декретом Раднаркому було скасовано усі, що існували на той час, стани та станові поділи громадян, станові переваги та обмеження, а також відповідні звання, титули та найменування цивільних чинів. І хоча відміна станів та титулів, як вірно вказано в літературі, не означала автоматичної відміни гербів [5], слід все ж таки визнати, що сам інтерес до гербів був втрачений надовго. Як відмічається в літературі, певне відродження інтересу до особистих гербів відбулося ще в Радянському Союзі наприкінці 80-х років XX сторіччя. Саме в той момент піднявся інтерес до створення «недворянських гербів» для усіх бажаючих [3]. Також інтерес до гербів та законодавчого закріплення прав щодо них на сьогодні сформувався та зростає і на території України, що дає можливість різним організаціям надавати послуги щодо створення та реєстрації особистих гербів. Крім цього, дана діяльність вже набуває певних ознак зорганізованості. Зокрема, Українським геральдичним товариством із метою впорядкування процесу сучасного герботворення в Україні в галузі особової геральдики, ведення його на фаховому рівні та відповідно до ухвали Восьмої конференції УГТ (1999 р.) ведеться Реєстр особових гербів [8]. Крім цього, слід відмітити, що в державах з республіканським устроєм формуються нові підходи до особового герботворення. Насамперед, це повинно стосуватись відходження від традиції дарованості гербів від імені держави. Держава повинна забезпечити кожній особі право на герб як особисте немайнове право, зміст якого полягає у можливості створити та бути визнаною носієм свого власного особистого герба (геральдичного знака), використовувати його для індивідуалізації в суспільстві, а також вимагати захисту у випадку порушення свого права. І саме на фоні цього повинні відбуватись

розмови щодо необхідності регламентації даного права, які інколи вже піднімаються у юридичній літературі [2, с. 32]. Водночас, попри зв'язок права на герб із низкою прав інтелектуальної власності, ми все ж вважаємо, що його місце саме серед прав, які спрямовані на індивідуалізацію фізичної особи та пов'язані із іменем фізичної особи.

Використані джерела:

1. *Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть (по изданию 1911 года) / Под ред. и с предисловием В. А. Томсинова. — М.: Изд-во «Зерцало», 2003. — 816 с.*
2. *Дробышевская Т. В. Личные неимущественные права граждан и их гражданско-правовая защита: Монография. — Красноярск: Изд-во Красноярского гос. ун-та, 2001. — 131 с.*
3. *Думин С. В. Право на родовой герб в свете российских законов и традиций [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://sovet.geraldika.ru/article/1893*
4. *Дювернуа Н. Л. Чтения по гражданскому праву. Т. 1: Введение. Учение о лице / Под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. — М.: Зерцало, 2004. — 568 с.*
5. *Ермаков М. Дворянский герб как официальный символ и объект права [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://sovet.geraldika.ru/article/4668*
6. *Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов / Сост. И. М. Тютрюмов. — Книга первая. — М.: Статут, 2004. — 348 с.*
7. *Комаровский Е. Геральдическая мозаика: почти как у рыцарей // Зеркало недели. — 2005. — № 34 (562). — 3-9 сентября [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.zn.ua/3000/3150/51090/*
8. *Реєстр особових гербів УГТ [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://uht.org.ua/ua/part/osobovi/rejestr/*
9. *Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права. — М.: Изд-во иностр. лит-ры, 1949. — 432 с.*

Л. Л. Стецюк

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

ПРИТРИМАННЯ ЯК СПОСІБ САМОЗАХИСТУ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Конституція України (далі — Конституція), закріпивши у ч. 5 ст. 55 право особи на самозахист, не обмежує коло правовідносин, у яких можливе його застосування [1, ч. 5 ст. 55]. Тим самим дозволяється здійснювати самозахист у будь-яких правовідносинах, як недоговірних, так і договірних. І якщо способи самозахисту, що застосовуються у сфері недоговірних правовідносин (крайня необхідність, необхідна оборона), закріплені вже досить давно у цивільному праві, то застосування самозахисту у договірних правовідносинах є новим явищем, яке потребує дослідження. Так, зокрема, притримання, невідоме у Цивільному кодексі 1963р., у новому Цивільному кодексі 2003р. (далі — ЦК) визначається законодавцем як вид забезпечення виконання зобов'язань [2, ст. 546].

Досліджуючи притримання, ряд науковців (Є. Харитонов [3, с. 398-399], О. Рогач [4, с. 31], І. Жигалкін [5, с. 22] та А. Домбругова [6, с. 14]) також характеризують його як вид забезпечення виконання зобов'язань.

Метою даного дослідження є визначення притримання як способу самозахисту шляхом виявлення спільних ознак, властивих як притриманню, так й іншим способам самозахисту.

Для відповіді на питання, відноситься притримання до видів забезпечення виконання зобов'язань чи до способів самозахисту, потрібно з'ясувати їх спільні ознаки. Так, способи самозахисту можуть обиратися самою особою, встановлюватися договором або актами цивільного законодавства. Як випливає зі змісту ст. 19 ЦК, особа має право застосовувати способи самозахисту, які хоч і не передбачені у законі, проте вказані у договорі, а також такі, що не передбачені ані у законі, ані у договорі, однак прямо законом не заборонені. Крім того, у ст. 68 Конституції [1, ст. 68] та у ч.2 ст.13 ЦК [2, ч. 2 ст. 13] вказано на загальний обов'язок не посягати на права та свободи інших осіб, тому протиправним є створення будь-яких перешкод здійсненню особою самозахисту (це буде посяганням на право особи здійснювати самозахист). Таким чином, самозахист є самостійним видом охорони цивільного права, тобто особі надається право у разі виникнення потреби у захисті самостійно за будь-яких обставин вибирати між захистом з боку компетентних органів та самозахистом, яке випливає зі змісту ч. 1 ст. 20 ЦК, згідно якої право на захист особа здійснює на свій розсуд [2, ч. 1 ст. 20].

Підставою для застосування самозахисту цивільних прав є будь-яке їх порушення (злочин, адміністративне або цивільне правопорушення). Від характеру порушення та ступеня його небезпеки залежить лише вибір способу самозахисту та визначення меж його реалізації. Головне, щоб порушення норм цивільного права було реальним, а не очікуваним, оскільки у такому випадку це буде самоправство.

Законом передбачена вимога щодо наявності окремого правочину щодо забезпечення виконання зобов'язання. Тобто, якщо сторони у зобов'язанні бажають обрати певний вид забезпечення основного зобов'язання, то в такому разі, окрім основного зобов'язання вони вчиняють ще й правочин щодо забезпечення виконання цього основного зобов'язання. Згідно ч. 1 ст. 547 ЦК: «Правочин щодо забезпечення виконання зобов'язання вчиняється у письмовій формі» [2, ч. 1 ст. 547]. При цьому недодержання письмової форми тягне за собою визнання такого правочину нікчемним.

На відміну від видів забезпечення виконання зобов'язання, які виникають за окремим правочином, особливістю притримання є те, що воно виникає безпосередньо в силу закону. Отже, для реалізації права притримання не вимагається, щоб воно було передбачене договором [3, с. 398].

Звідси можна вивести наступну відмінність між притриманням та видами забезпечення виконання зобов'язань: види забезпечення зобов'язань можуть застосовуватись лише у разі, якщо можливість їх застосування передбачена у правочині щодо забезпечення виконання зобов'язання, вчиненому у письмовій формі. В свою чергу, право на притримання не вимагає такого правочину. Тому можна зробити висновок, що притриманню властива характерна ознака самозахисту — неможливість позбавлення особи права на самозахист. Отже, на нашу думку, притримання є способом самозахисту у договірних відносинах, а не видом забезпечення виконання зобов'язання.

Виходячи з вищевикладеного, можна зробити висновок, що однією із визначальних ознак способів самозахисту є неможливість позбавлення особи права здійснення самозахисту, за якою можна, зокрема, відмежувати такий спосіб самозахисту, як притримання, від видів забезпечення виконання зобов'язань.

Використані джерела:

1. *Конституція України: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996р.// Відомості Верховної Ради (ВВР). — 1996. — № 30. Ст. 141*
2. *Цивільний кодекс України від 16 січня 2003р. №435-IV // Відомості Верховної Ради (ВВР). — 2003. — №№ 40-44. — Ст. 356*
3. *Цивільне право України: Підручник / Є. О. Харитонов, Н. О. Саніахметова. — К.: Істина, 2003. — 776 с.*
4. *Рогач О. Притримання як спосіб забезпечення виконання зобов'язань // Підприємництво, господарство і право. — 2003. — № 12. — С. 31-33.*

5. *Жигалки И. К вопросу об удержании как способе обеспечения обязательств // Підприємництво, господарство і право. — 2002. — № 5. — С. 22-23.*
6. *Домбругова А. Притримання як спосіб забезпечення виконання зобов'язання // Юридичний Вісник України. — 2005. — № 14. — С. 14.*

Р. І. Тераз
викладач Тернопільського комерційного інституту,
Тернопіль, Україна

ВИЗНАЧЕННЯ СУБ'ЄКТА ОБОВ'ЯЗКУ ЩОДО ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ ВНАСЛІДОК НЕДОЛІКІВ ТОВАРІВ, РОБІТ (ПОСЛУГ)

ЦК України поіменував новий спеціальний делікт, який до того визначався лише законодавством про захист прав споживачів, — зобов'язання щодо відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг) (§ 3 гл. 82). Однак, на відміну від положень законодавства про захист прав споживача ця норма дещо трансформувалась, набула більш загального характеру, відійшовши від тісної прив'язки до наявності між учасниками правовідносин цільової споживчої ознаки.

Попри порівняно нетривалий час чинності цих норм, складається певна практика застосування положень нового цивільного законодавства. Це, у свою чергу, обумовлює необхідність осмислення та аналізу положень чинного законодавства, напрацювання теоретичних конструкцій цих правовідносин, пошуку оптимальних шляхів удосконалення законодавства та правозастосовчої практики.

Одним із питань, котрі не мають однозначності у праворозумінні та правозастосуванні, є структура правовідносин із відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг). Справа не тільки у тому, щоб правильно розмежувати правову природу цих правовідносин, відмежовуючи їхню договірну чи недоговірну сутність. Більш прикладним аспектом є визначення суб'єктів несення обов'язку по відшкодуванню завданої шкоди.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 1209 ЦК України до суб'єктів відповідальності віднесені продавець, виготовлювач товару, виконавець робіт (послуг). В той же час ч. 1 ст. 1210 ЦК України вказує на те, що вказана шкода підлягає відшкодуванню продавцем або виготовлювачем товару за вибором потерпілого. З цього не досить чітко простежується відповідь щодо визначення суті, структури, змісту, підстави та моменту виникнення цивільного правовідношення щодо відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг).

Взагалі з приводу такого вибору потерпілого і суб'єкта несення обов'язку щодо відшкодування завданої шкоди у сучасній цивілістичній думці України виникли певні розбіжності.

Так, окремі автори вимагають буквального тлумачення положень цивільного законодавства, вказуючи, що правом одночасної вимоги (як до продавця, так і до виготовлювача товару) потерпілий не наділений[1]. Це означає, що потерпілий не має права висунути вимоги про відшкодування шкоди і до продавця, і виготовлювача одночасно (як до співвідповідачів)[2]. Такий підхід законодавця, на їхню думку, є

[1] Цивільний кодекс України: Коментар / За заг. ред. Є. О. Харитонова, О. М. Калітенко. — Одеса: Юридична література, 2003. — С. 983; Цивільне і сімейне право України: Навчально-практичний посібник. Видання друге, перероблене та доповнене / За ред. Є. О. Харитонова, А. І. Дрішлюка. — Х.: ТОВ «Одіссей», 2003. — С. 537.
[2] Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. — 2-е вид., перероб. і доп. / За ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — Т. II. — С. 942.

виправданим, оскільки в іншому випадку при визначенні розміру відповідальності кожного із зазначених суб'єктів суду довелося б встановлювати вину продавця і виготовлювача, та у разі вини одного з них покладати на нього відповідальність за завдану шкоду в повному обсязі, а у випадку вини і продавця, і виготовлювача — відповідно до ступеня вини кожного з них визначати розмір відповідальності співвідповідачів у відповідній частці. Однак це означало б фактичне нівелювання закріпленого ч. 1 ст. 1209 ЦК України правила про відповідальність продавця, виготовлювача, виконавця за шкоду, завдану внаслідок недоліків товарів, робіт і послуг, незалежно від вини вказаних суб'єктів. Крім того, на продавця і виготовлювача не може бути покладено і солідарної відповідальності перед потерпілим (ч. 1 ст. 1190 ЦК України) на засадах підвищеної відповідальності (без урахування вини), оскільки вони, як правило, не є особами, що діють спільно. Між тим згідно зі ст. 541 ЦК України солідарний обов'язок або солідарна вимога виникають лише у тих випадках, встановлених договором або законом. З огляду на наведене можна вважати, що у ч. 1 ст. 1210 ЦК України закладено матеріально-правові підвалини альтернативної підсудності справ про відшкодування шкоди, завданої недоліками товарів[1].

На противагу цьому, Г. В. Єрьоменко вважає, що не виключається можливість одночасного звернення до кожного із них як співвідповідачів[2].

Щоб відповісти на це питання необхідно, на наш погляд, звернути увагу на підставу виникнення правовідносин із завдання цієї шкоди, адже саме у цей момент повинен бути чітко визначений суб'єктний склад правовідносин, а також їхній зміст. Він може бути змінений в подальшому тільки в силу загальних підстав переходу прав та обов'язків у цивільному правовідношенні від однієї особи до іншої. Зважаючи на це, право вибору потерпілого щодо особи, котра буде відшкодовувати шкоду, завдану недоліками товарів, робіт (послуг), визначає не суб'єктний склад цивільного правовідношення, а вказує на посилену увагу щодо захисту прав споживачів у правовідносин щодо якості та безпеки товарів, робіт (послуг).

Прикладом останнього може слугувати обґрунтування доцільності встановлення права вибору з боку потерпілого наступним. Так, розміщення інформації на етикетках товарів або в супровідній документації є обов'язком виробника, а продавець, у свою чергу, що приймає товар для подальшої реалізації, зобов'язаний перевірити, чи відповідає інформація вимогам законодавства й нормативної документації на товар, чи є вона повною й доступною для набувачів товару. У необхідних випадках продавець зобов'язаний самостійно виправити недоліки, пов'язані з неповнотою інформації на упаковці або маркуванні товару[3].

Виникнення цивільного правовідношення із відшкодування шкоди, завданої недоліками товарів, робіт (послуг), вказує на їхню довготривалість, адже від моменту випуску недоброякісної продукції до завдання шкоди може пройти багато часу. Безпосереднім юридичним фактом, який обумовлює виникнення деліктного зобов'язання є наявність шкоди, котра, до речі, безпосередніми діями ні виготовлювача, ні продавця, ні виконавця робіт, послугонадавача не завдається. А моментом вибору потерпілого фактично виступає заявлення претензії до виготовлювача чи продавця або подання відповідного позову до суду.

Деліктне ж зобов'язання виникає не у момент заявлення претензії чи позову потерпілим, а саме у момент завдання шкоди. Попередньо до цього має місце противна поведінка зобов'язаної особи.

---

[1] Там само. — С. 942-943.

[2] Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2 ч. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. — К.: Концерн «Видавничий дім «Ін Юре», 2004. — Ч. 2. — С. 776-777.

[3] Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар. Видання третє, перероблене і доповнене. — Х.: ТОВ «Одіссей», 2006. — С. 1110.

Проблемним у цьому контексті є також визначення характеру за змісту правовідносин, які виникають між виготовлювачем і продавцем у частині розподілу відповідальності за завдану шкоду.

Так, наприклад, щодо відповідальності за шкоду, завдану внаслідок ненадання повної чи достовірної інформації І. Ю. Шицький, В. Д. Примак вказали, що потерпілий не залежний у своєму виборі від наявності цілком певних відомостей про те, що саме виготовлювач чи продавець є безпосереднім заподіювачем шкоди, тобто що саме ця конкретна особа повинна була надати, але не надала відповідну інформацію. Наприклад, якщо продавець не надав покупцеві інформацію, раніше одержану від виготовлювача, потерпілий все одно вправі на власний розсуд вирішувати, до кого саме з двох зобов'язаних осіб пред'явити вимогу. Зазначене не заперечує права добросовісного виготовлювача після відшкодування шкоди, завданої потерпілому, пред'явити до продавця регресний позов на підставі ч. 1 ст. 1191 ЦК України[1].

Про ще один варіант вказує К. М. Лаврова. Вона стверджує, що особа, котра відшкодувала завдану шкоду, має право звернутися до винної у завданні шкоди особи з вимогою про відшкодування збитків, пов'язаних із виконанням вимог потерпілого. Оскільки закон не встановлює в цьому випадку режиму субсидіарної або солідарної відповідальності вказаних осіб, збитки можливо відшкодувати тільки тоді, коли угодою між продавцем та виробником передбачена така можливість[2].

В цілому, не можна не погодитися із цими висновками, однак вказані автори змушені були при обґрунтуванні звернутися до категорії добросовісності як засади цивільного законодавства. На наш погляд, більш доцільнішим було б врегулювати ці правовідносини безпосередньо у нормах про розглядуваний спеціальний делікт.

Г. В. Єрьоменко вказує на можливість виникнення права регресу тільки у продавця (підприємства, що виконує його функції), до якого особа звернулася з приводу недоліків виробленого товару, якому зобов'язаний відшкодувати всі збитки виготовлювач (виробник) товару[3]. Однак, як вже наводилось, раніше не завжди вина у завданні шкоди лежить на виготовлювачі продукції (наприклад, у випадку продажу товару після строку придатності). А щодо товарів, виготовлених за межами України або придбаних у посередників, взагалі виникає специфічний суб'єктний склад.

Для усунення таких непорозумінь у праворозумінні та правозастосуванні доцільно встановити можливість пред'явлення вимог про відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг) одночасно до виготовлювача та продавця товару. Доцільно також встановити можливість виникнення права регресу в особи, котра відшкодувала шкоду, щодо винної особи, якщо договором між ними не встановлене інше. І якщо відповідальність за шкоду, завдану недоліками товарів, робіт (послуг) виникає незалежно від вини виготовлювача чи продавця товару, то відносини між ними щодо виникнення та реалізації регресного позову повинні вже обумовлюватися наявністю вини у поведінці вказаних суб'єктів. А право вибору потерпілого і вказуватиме на реалізацію правових норм щодо солідарної відповідальності.

---

[1] Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. — 2-е вид., перероб. і доп. / За ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — Т. ІІ. — С. 943.

[2] Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар. Видання третє, перероблене і доповнене. — Х.: ТОВ «Одіссей», 2006. — . 1110.

[3] Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2 ч. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. — К.: Концерн «Видавничий дім «Ін Юре», 2004. — С. 777.

О. М. Трач
старший викладач кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ДЕЯКІ ПИТАННЯ УХВАЛЕННЯ РІШЕНЬ ТА ПОСТАНОВЛЕННЯ УХВАЛ АПЕЛЯЦІЙНИМ СУДОМ

Глава 1 розділу 5 «Апеляційне провадження» ЦПК України містить окрему правову норму присвячену порядку ухвалення рішень та ухвал судом апеляційної інстанції. Ч. 1 ст. 313 ЦПК України зазначає за правилами яких норм права ухвалюються рішення, постановляються ухвали апеляційним судом.

Так, згідно ч. 1 ст. 209 ЦПК України суди ухвалюють рішення ім'ям України негайно після закінчення судового розгляду. У науковій літературі висловлювались пропозиції щодо ухвалення іменем України лише важливих судових рішень, вказувалось на те, що рішення суду ухвалене іменем України може бути скасоване судовим рішенням суду вищестоящої інстанції, яке постановляється від імені суду[1]. Положення щодо ухвалення іменем України лише найважливіших рішень є оціночним і не може, на нашу думку, бути застосовано на практиці. Що стосується ухвал, то як ЦПК України 1963 року, так чинний ЦПК України не містить такої вимоги. Хоча в радянський період у науковій літературі з цього питання велись дискусії. Так, С. Н. Абрамов висловлював думку, відповідно до якої ухвали суду другої інстанції вирішують не приватне процесуальне питання, а долю рішення — акту правосуддя, і тому винесення ухвал іменем республіки є правильним[2]. Такої ж думки притримувалась Л. Ф. Лєсніцкая[3]. Слід зазначити, що таку норму в свій час містив ЦПК УРСР. Були й противники вищезазначених висловлювань, зокрема, М. А. Гурвіч[4]. На нашу думку, було б за необхідне закріпити у цивільному процесуальному законодавстві положення відповідно до якого ухвали суду апеляційної інстанції будуть постановлюватися іменем України. Така позиція обґрунтовується тим, що рішення суду першої інстанції, ухвалене іменем України, може бути скасоване ухвалою апеляційного суду, яка постановляється від імені суддів. Внесення цих змін буде також відповідати змісту ухвали суду апеляційної інстанції, визначеному ст. 315 ЦПК України.

Відповідно до ч. 2 ст. 209 ЦПК України рішення суду ухвалюється у разі колегіального розгляду суддями, які розглядали справу. Оскільки відповідно до ст. 13 Закону України «Про судоустрій України»[5] розгляд справ в апеляційному порядку здійснюється судом колегіально у складі не менше трьох професійних судів, а згідно ст. 18 ЦПК України розгляд справ у апеляційній інстанції здійснюється судом у складі трьох суддів, то й хоча існують протиріччя між цими нормативними актами, що стосуються складу суду, але ухвалення рішення і в першому, і в другому випадках відбувається більшістю голосів. При цьому при вирішенні кожного питання жоден із суддів не має права утримуватися від голосування та підписання рішення, ухвали. Важливе значення має порядок подачі голосів. Головуючий володіє рівними правами з іншими суддями, однак з метою виключення можливості впливу його авторитету на останніх, ст. 19 ЦПК України передбачається, що він голосує останній. При такому порядку подачі голосів судді психологічно вільні в висвітленні своїх міркувань щодо

---

[1] Харута О. Проблеми судової реформи // Право України. — 1997. — № 3. — С. 35.
[2] Абрамов С. Н. Некоторые вопросы советской кассации в Основах гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик // Правоведение. — 1964. — № 2. — С. 79.
[3] Лесницкая Л. Ф. Пересмотр решений суда в кассационном порядке. — М.: «Юридическая литература», 1974. — С. 144.
[4] Гуревич М. А. Учебно-методическое письмо по советскому гражданскому процессу. — М., 1950. — С. 11.
[5] Про судоустрій України: Закон України від 7 лютого 2002 року// ОВУ. — № 10. — Ст. 441.

того чи іншого питання. Головуючим мають бути створені умови, що забезпечували б повну свободу міркувань і вираження думок по справі усім складом суду. Крім того, кожне питання повинно ставитись на голосування в такій формі, щоб на нього можна було дати однозначну відповідь : чи то позитивну, чи негативну.

У процесі ухвалення рішення між суддями суду апеляційної інстанції можуть виникати різні точки зору з приводу оцінки доказів, застосування закону, принципові розбіжності щодо інших питаннях. Тому законодавець надає можливість судді не згодному з рішенням більшості, письмово викласти окрему думку (ст. 19 ЦПК України). Інститут викладення окремої думки є вираженням конституційного принципу незалежності суддів, забезпечує кожному судді право мати свою індивідуальну самостійну думку щодо вирішення апеляційної скарги, що розглядаються.

Окрема думка відповідно до цивільного процесуального законодавства приєднується до справи, але в судовому засіданні не оголошується. Тому головуючий при проголошенні рішення не може посилатись на окрему думку, проводити її аналіз. Такими повноваженнями володіє суд вищестоящої інстанції, коли проголошене рішення буде оскаржене. У цьому випадку окрема думка, будучи частиною матеріалів справи, підлягає детальному аналізу, на неї можливе посилання при ухваленні вищестоящим судом відповідного рішення.

Слід зазначити, що цивільне процесуальне законодавство не містить окремої правової норми, щоб врегульовувала б інститут викладення окремої думки в зв'язку з чим виникає ряд запитань.

Насамперед у ст. 19 ЦПК України зазначається лише про те, що окрема думка викладається письмово, однак не містить ніяких посилань, щодо вимог стосовно змісту такого документу.

Залишається відкритим питання й щодо обов'язку головуючого публічно оголосити під час проголошення рішення (ухвали) про наявність окремої думки по справі, адже законодавець зазначає лише про те, що дана думка не оголошується в судовому засіданні, і нічого не говорить про повідомлення наявності такої думки. Тому на практиці головуючий може піти різними шляхами, що є недопустимим. Слід погодитись із В.Т. Маляренко, який зазначав, правда з приводу КПК України, однак такі твердження можуть стосуватися й ЦПК України, що механізм реалізації окремої думки законом не передбачений, тобто вона може ніколи не побачити світ[1]. На нашу думку, правильним буде під час проголошення рішення повідомляти про наявність окремої думки (якщо така висловлена по справі), оскільки вона являється процесуальним документом, а відповідно до ст. 27 ЦПК України особи, які беруть участь у справі, мають право знайомитись з матеріалами справи. Згідно ж ст. 10 ЦПК України суд роз'яснює особам, які беруть участь у справі, їх права та обов'язки, ... і сприяє здійсненню їхніх прав. Неповідомлення головуючим про існування даної обставини може слугувати свого роду перепоною для реалізації відповідного права вищевказаними особами. Іншої думки притримуються П. П. Заворотько, М. Й. Штефан. Вони зазначають, що у зв'язку з тим, що цивільне процесуальне законодавство забороняє суддям розголошувати міркування, що були висловлені в нарадчій кімнаті, а окрема думка містить в собі ці міркування, то треба думати, що її наявність і зміст не слід розкривати як для осіб, що беруть участь у справі, так і всіх присутніх у залі судового засідання[2]. З викладеною думкою не можливо погодитись, адже з заборони оголошення окремої думки в судовому засіданні не випливає заборона ознайомлення з нею учасників процесу. Цей документ не може бути закритим для зазначених осіб, а тому досить доречним є положення ст. 19 чинного ЦПК України , які нажаль були відсутні в ЦПК 1963 року, про те, що окрема думка є відкритою для ознайомлення.

---

[1] Маляренко В. Т. Про розгляд кримінальних справ в апеляційному порядку // Вісник Верховного Суду України. — 2002. — № 2 (30). — березень-квітень. — С. 55.

[2] Заворотько П. П., Штефан М. Й. Судове рішення. К.: Вид-во Київського унів-ту, 1971. — С. 50-51.

Потребує й законодавчого закріплення зміст повідомлення про наявність окремої думки, наприклад, чи є доцільним повідомлення прізвища судді, що виклав таку думку чи варто обмежитись лише вказівкою на те, що така думка є .

А. В. Трояновский
аспирант Одесской национальной юридической академии,
Одесса, Украина

ВОЗМЕЩЕНИЕ УБЫТКОВ КАК ВИД ОТВЕТСТВЕННОСТИ ПО ВНЕШНЕЭКОНОМИЧЕСКОМУ ДОГОВОРУ

Ответственность сторон по внешнеэкономическому договору состоит в возмещении убытков, уплате неустойки, потере задатка или лишении определенного субъективного права, возникшего из договора. В силу принципа автономии воли, а также в виду общей диспозитивности правового регулирования в сфере международной коммерции, в частности положений Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. (ст. 6), стороны в договоре могут предусмотреть и другие средства правовой защиты, расширить их количество или удалить какие-либо из них.

Одним из основных видов ответственности по внешнеэкономическому контракту является возмещение понесенных убытков. Поскольку основную долю в международном коммерческом обороте составляют операции по купле-продаже товаров, рассмотрим, как решен порядок расчета и возмещения ущерба в Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. (далее — Конвенция).

Статья 45 Конвенции предусматривает, что при нарушении продавцом кого-либо обязательства, вытекающего из контракта, покупатель имеет право требовать возмещения убытков. Анализ текста ст. 45 позволяет утверждать, что право покупателя требовать возмещения убытков может быть реализовано независимо от использования других предусмотренных контрактом или Конвенцией средств защиты, тем более что для случая, когда покупатель расторгает контракт, этот вопрос решен однозначно (ст. 75), как и для случая исправления продавцом недостатков исполнения в установленные для этого сроки (ст. 48).

Конвенция содержит правила об исчислении убытков за нарушение контракта одной из его сторон (ст. 74-77). В этих статьях не устанавливаются отдельные нормы в отношении случаев возмещения убытков в зависимости от факта расторжения контракта: положения о возмещении убытков носят общий характер. Размер подлежащих возмещению убытков определяется как сумма, равная ущербу, понесенному потерпевшей стороной вследствие нарушения контракта другой стороной, включая упущенную выгоду. Устанавливается верхний предел убытков, которые может потребовать потерпевшая сторона, а именно ущерб, который нарушившая контракт сторона предвидела или должна была предвидеть в момент заключения контракта, принимая во внимание обстоятельства и факторы, о которых она в то время знала или должна была знать как о возможных последствиях нарушения контракта.

Такая сложная формулировка отражает стремление найти решение, максимально приемлемое для международной коммерческой практики, где всегда обнаруживалось намерение продавца ограничить размер возмещаемых убытков в условиях его, как правило, абсолютной ответственности.

Конвенция содержит указания на способы исчисления убытков, которые сложились в результате многолетней коммерческой практики. Следует заметить, что в научной литературе выделяются конкретный и абстрактный способы исчисления убытков. Конкретные убытки — это действительные убытки, которые одна из сторон понесла в результате нарушения контракта другой стороной. Поскольку доказывание таких убытков иногда представляется затруднительным, применяется более простой способ их исчисления, выступающий как разница между контрактной рыночной ценой товара, когда товар имеет рыночную или биржевую цену. Такой способ исчисления убытков именуется абстрактным [2].

Убытки покупателя, который произвел закупку взамен не поставленного продавцом товара после расторжения контракта, могут быть исчислены как разница между договорной ценой и ценой товара, купленного покупателем взамен. В отношении товаров, на которые имеется текущая цена (например, биржевые котировки), покупатель может требовать в качестве убытков разницу между договорной ценой и текущей ценой на день, когда у покупателя возникло право заявить о расторжении контракта. Исправная сторона во всех случаях помимо исчисления вышеназванными способами убытков может потребовать возмещения любых дополнительных убытков до пределов, предусмотренных в ст. 74 Конвенции. Следует отметить, что в американском праве существуют понятия сопутствующих и косвенных убытков. Сопутствующие убытки включают разумные расходы, связанные с проверкой, перевозкой и хранением товаров, от принятия которых покупатель обоснованно отказался, а также затраты в связи с покупкой заменяющих товаров у другого лица. Косвенные убытки включают любые потери, возникшие в результате особых требований покупателя, о чем продавец знал в момент заключения контракта и которых нельзя было разумно избежать путем покупки заменяющих товаров у других лиц [3].

Говоря об исчислении убытков, необходимо отметить, что сторона, ссылающаяся на нарушение контракта, должна принять разумные при данных обстоятельствах меры для уменьшения убытков, вытекающих из нарушения контракта, включая упущенную выгоду. Если такие меры не будут приняты, нарушившая контракт сторона вправе потребовать снижения возмещения убытков на сумму, на которую они могли быть уменьшены.

Для повышения ответственности сторон за выполнение принятых на себя обязательств в условиях контрактов обычно предусматриваются штрафные санкции, которые по своим размерам и порядку должны стимулировать выполнение обязательств. Положения о штрафных санкциях обычно формируются на основе взаимной ответственности: например, наряду со штрафами за просрочку поставки продавцом предусматривается штраф за задержку платежа покупателем. При этом включение в контракт положений о штрафных санкциях не снимает вопроса о возмещении убытков. Этот вопрос (включая соотношение штрафов и убытков), если он не урегулирован в контракте, решается в соответствии с правом той или иной страны, применимым к данному контракту.

Необходимо подчеркнуть, что отличительной особенностью средств правовой защиты по Конвенции является то обстоятельство, что основанием их реализации, как устанавливается в статьях 45, 61, является лишь факт неисполнения стороной любого из своих обязанностей. Данные положения, а также то обстоятельство, что Конвенция не использует институт юридической ответственности, а оперирует категорией средств правовой защиты означает не только полное исключение концепции вины как основания применения к неисправному контрагенту ответственности или иных неблагоприятных мер воздействия, но и свидетельствует о недопустимости утверждений о закреплении в Конвенции принципа объективной ответственности. В подтверждение этого можно указать также на то, что Конвенция, в отличие от систем

права, использующих концепцию вины, не только не закрепляет данную категорию в качестве условия возникновения ответственности (возмещения убытков), но и не использует ее в побочных сферах. Например, Конвенция устанавливает обязанность потерпевшей стороны принять меры по уменьшению ущерба (ст. 77), при невыполнении которой возмещаемые убытки могут быть уменьшены, что отличается от соответствующих норм ГК Украины, оперирующих категорией «вина» кредитора при уменьшении размера ответственности должника (напр., гл. 51 ГК Украины).

Изложенные правила исчисления убытков в равной степени относятся как к случаям нарушения контракта продавцом, так и покупателем [4]. Таким образом, нормы Конвенции направлены на установление необходимого баланса прав и обязанностей контрагентов при нарушении договора.

Использованные источники:

1. *Конвенция ООН 1980 г. о договорах международной купли-продажи 1980 г.*
2. *Смирнова Е. В. Возмещение убытков. Общие для продавца и покупателя средства защиты по Венской Конвенции. // Юридический мир. — 1996. — №10. — с. 56-60.*
3. *Акимова И. Р. Практические вопросы составления внешнеторгового договора. // Государство и право. — 2000 — №12. — с. 42-43.*
4. *Комаров А. С. Ответственность в коммерческом обороте. — М. 1991.*

О. А. Файєр

здобувач кафедри цивільного права № 1

Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого,

Харків, Україна

СТРАХУВАННЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ: ПОНЯТТЯ ТА ЮРИДИЧНА ПРИРОДА

Страхування відповідальності є однією з найважливіших галузей страхового бізнесу. Відповідно до загальноприйнятої світової практики винувата сторона зобов'язана повністю компенсувати збиток потерпілій стороні навіть у разі, якщо збиток мав незначний і випадковий характер. Система страхування відповідальності саме й призначена для відшкодування збитку потерпілій стороні. З одного боку, вона захищає майнові інтереси потерпілих осіб, оскільки у винуватої сторони може не вистачати коштів, щоб оплатити збитки, або якщо винувата сторона не встановлена, з іншого — спрямована на відшкодування страхувальнику фінансових втрат, які він може понести внаслідок пред'явлення до нього позовів потерпілою стороною. Тому, в багатьох країнах види діяльності, що пов'язані з наявністю постійної загрози суспільним інтересам, підлягають обов'язковому страхуванню. Стаття 7 Закону України «Про страхування» місить виключний перелік обов'язкових видів страхування цивільної відповідальності (наприклад, страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів, страхування цивільної відповідальності громадян України, що мають у власності чи іншому законному володінні зброю, за шкоду, яка може бути заподіяна третій особі, або її майну внаслідок володіння, зберігання чи використання цієї зброї, страхування професійної відповідальності, осіб діяльність яких може заподіяти шкоду третім особам, за переліком, встановленим Кабінетом Міністрів України та інші). Крім цього, статтею 6 Закону України «Про страхування» передбачено п'ять видів добровільного страхування відповідальності.

Залежно від видів відповідальності виділяють такі види страхування відповідальності: страхування цивільно-правової відповідальності (відповідальності

підприємців перед найманими робітниками, перед пасажирами, власників наземних транспортних засобів за майновий збиток і каліцтва внаслідок дорожньо-транспортної пригоди та інші); страхування професійної відповідальності (відповідальності осіб певних професій — лікарів, будівельників, нотаріусів, адвокатів, аудиторів та інших за шкоду, яку вони можуть заподіяти в результаті своєї професійної діяльності); страхування відповідальності за якість продукції (відповідальності товаровиробників перед споживачами); страхування відповідальності за договором (згідно умов договору). В усіх випадках страхування відповідальності об'єктом страхування є відповідальність страхувальника згідно із законом або відповідно до договірних зобов'язань перед третіми особами за шкоду, нанесену життю, здоров'ю або майну третіх осіб внаслідок дії або бездіяльності страхувальника. Страховою подією є факт нанесення такої шкоди. Застрахованими є будь-які особи (треті особи), які виявляються тільки при настанні страхового випадку, за виключенням страхування відповідальності за договором. Особливістю страхування відповідальності є те, що в договорі страхування можуть бути передбачені два види покриття: відшкодування власне збитку та надання захисту в суді. В останньому випадку страхувальнику гарантується те, що страховик захищатиме його інтереси у разі пред'явлення йому судового позову. Загалом, страхування відповідальності не повинне передбачати встановлення страхової суми. Однак, через імовірність надзвичайно великих збитків страхові суми найчастіше вказуються. У цьому випадку загальноприйняте застосування терміну «ліміт відповідальності», тобто максимального обсягу відшкодувань, який може бути виплачений за договором. Найчастіше використовуються такі ліміти: на одного застрахованого, тобто максимально можливе відшкодування на одного потерпілого; на одну страхову подію, тобто максимальне відшкодування на одну подію незалежно від кількості потерпілих та ліміт, при якому встановлюється максимальне відшкодування протягом усього терміну дії договору [4, с. 26].

На сьогоднішній день, юридична природа страхування відповідальності носить спірний характер. Страхування відповідальності — це галузь страхування, в якій об'єктом страхування виступає відповідальність перед третіми (фізичними та юридичними) особами, котрим можуть бути завдані збитки внаслідок будь-якої дії чи бездіяльності страхувальника [5, с. 68-71]. Предметом договору страхування відповідно до вимог статті 980 Цивільного кодексу України, можуть бути майнові інтереси, які не суперечать закону і пов'язані з життям, здоров'ям, працездатністю та пенсійним забезпеченням (особисте страхування); володінням, користуванням і розпорядженням майном (майнове страхування); відшкодуванням шкоди, завданої страхувальником (страхування відповідальності) [7, ст. 980]. Таким чином, залежно від особливостей предмета договору страхування воно поділяється на особисте, яке пов'язане з немайновою сферою страхувальника або застрахованої особи (життя, здоров'я, працездатність та додаткова пенсія), та майнове, пов'язане з володіння, користуванням і розпорядженням майном, до якого є близьким страхування відповідальності, пов'язане з відшкодуванням страхувальником заподіяної ним шкоди особі або її майну, а також шкоди, заподіяної юридичній особі [1, с. 350-351]. Страхове законодавство України в статті 4 Закону України «Про страхування» виокремлює майнові інтереси, пов'язані з відшкодуванням страхувальником заподіяної ним шкоди особі або її майну, а також шкоди, заподіяної юридичній особі (страхування відповідальності) як самостійний об'єкт страхування. Тобто, в страховому законодавстві України визнані три групи страхування: особисте страхування, майнове страхування та страхування відповідальності [3, Ст. 4]. Однак, існує інша концепція, відповідно до якої всі види страхування можна поділити на дві основні групи: майнове страхування та страхування особисте. Так, В. І. Серебровський страхування цивільної відповідальності відносить до майнового страхування та розкриває сутність страхування цивільної відповідальності як прийняття на себе страховиком обов'язку відшкодувати страхувальнику те, що

останній сам повинен буде сплатити третій особі на основі своєї перед ним відповідальності за подію, що наступає в період страхування. Безперечно, страхування цивільної відповідальності має деякі особливості, які відрізняють його від інших видів майнового страхування. В той час, як при інших видах майнового страхування справа йде завжди про прийняття на страх якого-небудь визначеного майна (при страхуванні від вогневих ризиків — будівлі, при транспортному страхуванні — вантажу), який має чітку оцінку, при страхуванні цивільної відповідальності страхова цінність застрахованого інтересу залишається при укладанні договору страхування, як правило, невизначеною, тому що неможливо наперед встановити межі відповідальності за можливі в майбутньому спричинені третій особі збитки. При страхуванні цивільної відповідальності страхування не прив'язується до жодного конкретно визначеного майна та предметом страхування є майновий інтерес страхувальника, який полягає в тому, щоб його майно не завдало збитків у випадку відповідальності перед третіми особами. Характерною особливістю страхування цивільної відповідальності є і та обставина, що страховий випадок являє собою завжди відому виключно юридичну обставину — виникнення цивільної відповідальності страхувальника перед третьою особою, де необхідними є дві умови, а саме: спричинення шкоди третій особі та встановлення цивільної відповідальності [6, с. 477-484]. Цивільний кодекс Російської Федерації визначив страхування відповідальності як один з видів майнового страхування. Так, в частині першій статті 927 Цивільного кодексу Російської Федерації закріплено, що страхування здійснюється на основі договорів майнового або особистого страхування, що укладаються громадянином або юридичною особою (страхувальником) із страховою організацією (страховиком), та в частині другій статті 929 ЦК РФ визначено, що в договорі майнового страхування може бути застрахований такий майновий інтерес, як ризик відповідальності за зобов'язаннями, що виникають внаслідок спричинення шкоди життю, здоров'ю або майну інших осіб, а у випадках, передбачених законом, також відповідальності за договорами відповідальності по договорам — ризик цивільної відповідальності [2, Ст. 927, 929]. Отже, відповідно до законодавства Російської Федерації, страхування відповідальності за спричинення шкоди життю, здоров'ю або майну інших осіб або відповідальності згідно укладеного договору, є одним з видів майнового страхування.

Страхування відповідальності — досить молодий вид страхування, який розвивається разом з технічним прогресом та підкріплюється законодавчими та нормативно-правовими актами, оскільки стосується всіх сфер життя, та основною метою страхування відповідальності незалежно від того, виокремлюється вона як окремий об'єкт страхування чи входить до майнового страхування, є відшкодування збитків, що були спричинені діями або бездіяльністю страхувальника, життю, здоров'ю або майну інших осіб.

Використані джерела:.

1. *Борисова В. І., Баранова Л. М., Жилінкова І. В. та ін. Цивільне право України: Підручник: у 2 т. — К.: Юрінком Інтер, 2007. — Т. 2. — 552 с.*
2. *Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая від 26.01.1996р. № 14-Ф. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.ukon.su*
3. *Про страхування: Закон України від 07.03.1996р. № 85/96. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http:// www.rada.gov.ua.*
4. *Машина Н. І. Міжнародне страхування: Навчальний посібник. — К.: Центр навчальної літератури, 2006. — 504 с.*
5. *Никифора В. М. Поняття договору страхування відповідальності // Науковий вісник Чернівецького університету. Випуск 48: Правознавство. — 1999. — С. 68-71.*
6. *Серебровский В. И. Избранные труды по наследственному и страховому праву. — М.: Статут, 2003. — 558 с.*
7. *Цивільний кодекс України від 16.01.2003р. № 435 — IV. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http:// www.rada.gov.ua.*

В. П. Феннич
викладач Закарпатського державного університету,
Ужгород, Україна

ФУНКЦІЇ ДОКАЗОВИХ ПРЕЗУМПЦІЙ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Проблемами функцій правових презумпцій займалися відносно не велика кількість вчених [5, с. 128-153; 8, с. 82-152]. Найбільш розгорнуту викладку функцій правових презумпцій дає в свої монографії Ю. А. Серіков: зокрема, досліджує поняття процесуальних функцій, вивчає презумпцію як об'єкт процесуальних функцій та систематизує функції матеріально-правових та процесуальних презумпцій. Інші автори, яких є переважна більшість, говорять не про функції правових презумпцій, а про їх значення [1, с. 75-85] або властивості, де останні диференціюють по відношенні до матеріально-правових та процесуальних презумпцій [6, с. 22-42].

Доказова презумпція як різновид правової під час свого застосування здійснює беззаперечний вплив на цивільний процес, де виявлення напрямків такого впливу допоможе визначити роль та місце доказових презумпцій в цивільному судочинстві та покаже динаміку цього правового явища.

Авторська позиція полягає в тому, що за доказовими презумпціями слід визнати існування наступних функцій: 1) функції перерозподілу обов'язків по доказуванні в цивільній справі між сторонами; 2) функції визначення фактів предмету доказування; 3) функції визначення порядку застосування правової норми; 4) функції процесуальної економії.

Обсяг роботи не дає можливості навіть загально розглянути всі виділені функції, а тому зупинимося тільки на одній, яка є предметом гострих дискусій серед науковців і по нині. Мова йде про функцію перерозподілу обов'язків по доказуванні в цивільній справі між сторонами.

Це одна з найочевидніших функцій доказових презумпцій, оскільки вона впливає на поведінку сторін, залежно від того в чиїх інтересах вона була встановлена. Очевидність цієї функції також випливає з конструкції правових норм, де закріплена доказова презумпція, які вказують адресатів або суб'єктів, між якими проводиться перерозподіл обов'язків по доказуванні.

Здійснюючи функцію перерозподілу обов'язків доказування між сторонами, доказові презумпції стають, таким чином, спеціальним правилом доказового процесу, яке застосовується всупереч загальному [7, с. 162; 10, с. 68; 3, с. 42]. Під час доказування небайдуже хто з суб'єктів зобов'язаний бути активним чи пасивним в процесі доведення певного факту, оскільки тоді є можливість покласти наслідки його недоведеності на певну особу [4, с. 56].

Ні в якому разі суддя дану функцію не повинен ігнорувати та вимагати від особи, в інтересах якої передбачений презюмуючий факт здійснення дій по його доведенні, мовляв, інакше він його буде вважати не встановленим. Ситуації з судової практики, де судді ігнорують дану функцію доказових презумпцій вже були [11, 35-36].

В наукових колах мають місце непоодинокі випадки, коли автори заперечували виконання доказовою презумпцією функції перерозподілу обов'язків по доказуванні, вважаючи, що такої функції взагалі не існує, а існує функція звільнення особи від доказування презюмуючого факту [2, с. 231-232; 8, с. 88-99; 9, с. 55-58; 12, с. 248-268]. Основний аргумент зводиться до того, що з презумпції ні прямо, ні опосередковано не випливає хто повинен спростовувати презюмуючий факт [8, с. 99]. Тому для судді не має правового значення від кого будуть виходити докази, які спростовують чи підтверджують презюмуючий факт. Ще один аргумент, який наводиться на користь існування функції звільнення від доказування: спростовувати презюмуючий факт вигідно тій стороні, проти якої встановлена презумпція, і вона це робить, доводячи

факт, який заперечує презюмуючий, посилаючись при цьому на нього виключно як на підставу своїх вимог та заперечень. Звідси робиться висновок, що проблема презумпції повністю вичерпується наявністю загального правила розподілу обов'язків по доказуванні між сторонами, і ніякого спеціального правила, яке перерозподіляє обов'язки по доказуванні вводити не потрібно [8, с. 99].

На нашу думку, вказана позиція є недостатньо аргументована. Дійсно, в нормах права, в ряді випадків, де міститься доказова презумпція не визначається хто з сторін повинен спростовувати презюмуючий факт. Але це не дивно, так як більшість доказових презумпцій містяться в нормах матеріального законодавства, де використання процесуальної термінології як правило не зустрічається, а зі змісту даних норм права логічно можна вивести судження про те, в чиїх інтересах побудований презюмуючий факт і хто його повинен спростовувати. Норма права говорить про юридичну відповідальність учасників правового конфлікту, які при прийнятті позовної заяви судом набувають статусу сторін. Крім того, існують норми права, де чітко вказується хто повинен спростовувати презюмуючий факт. Зокрема, як можна інакше зрозуміти зміст ч .2 ст. 614 ЦК: «Відсутність своєї вини доводить особа, яка порушила зобов'язання» (презумпція вини). Особа, яка порушила зобов'язання за поданим позовом набуває статусу сторони відповідача, а презюмуючий факт відповідає інтересам позивача. Тут, конструкція доказової презумпції доволі визначено говорить про сторін, в інтересах яких необхідно довести факти підстави застосування презумпції та спростування презюмуючого факту.

Стосовно пояснення доказової презумпції дією загального правила розподілу обов'язків по доказуванні, а не спеціального, то не слід забувати, що факт, який спростовує презюмуючий має чітко визначений напрямок впливу: заперечити існування презюмуючого факту. В цьому відношенні факт, який заперечує існування презюмуючого факту є доказовим фактом і ризик його не доведення покладається саме на протилежну сторону, тобто ту, проти якої направлена доказова презумпція. Тому її дії, тобто даної особи і направлені на спростування презюмуючого факту.

Ще одним аргументом проти існування функції звільнення особи від доведення певного факту на користь закріплення функції перерозподілу обов'язків по доказуванні між сторонами є зміст ст. 61 ЦПК, яка називається «Підстави звільнення від доказування». В даній статті називаються три види фактів, які звільняють особу від доведення обставин справи, що відповідають її інтересам: факт, який визнаний стороною; загальновідомий факт; преюдиційний факт. Презюмуючий факт в даній статті не вказується.

Отже, доказова презумпція зумовлює перерозподіл обов'язків по доведенні обставин справи, здійснюючи активний вплив на поведінку сторін.

Використані джерела:

1. *Бабаев В. К. Презумпции в советском праве. — Горький: Горьковская высшая школа МВД СССР, 1974.*
2. *Гражданский процесс: Учебник / Отв. ред. В. В. Ярков. — М.: Волтерс Клувер, 2004.*
3. *Каранина Н. С. Правовые презумпции в теории права и российском законодательстве: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. — М., 2006.*
4. *Луспеник Д. Застосування у судовій практиці доказових презумпцій та фікцій у системі розподілу обов'язків з доказування за новим ЦПК України // Право України. — 2005. — № 8.*
5. *Нахова Е. А. Роль презумпций и фикций в распределении обязанностей по доказыванию: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.15. — Саратов, 2004.*
6. *Ойгензихт В. А. Презумпции в советском гражданском праве. — Душанбе: Ирфон, 1976.*
7. *Решетникова И. В. Курс доказательственного права в российском гражданском судопроизводстве. — М.: Норма-Инфра-М, 2000.*
8. *Сериков Ю. А. Презумпции в гражданском судопроизводстве. — М.: Волтерс Клувер, 2006.*
9. *Тарбагаева Е. Б. Роль законных презумпций в процессе судебного доказывания и познания // Правоведение. — 1982. — № 3.*

10. *Треушников М. К. Судебные доказательства. — М.: Городец, 2000.*
11. *Ухвала Судової палати в цивільних справах Верховного Суду України від 12 травня 2004 р. // Рішення Верховного Суду України. — 2004. — № 2 (9).*
12. *Юдельсон К. С. Проблема доказывания в советском гражданском процессе. — М.: Госюриздат, 1951.*

Т. Л. Фільшина
аспірант Одеського національного університету імені І. І. Мечникова, Одеса, Україна

ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ БЕЗПРИТУЛЬНИМИ ДІТЬМИ, ЗГІДНО ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Відповідно до Цивільного Кодексу України малолітня особа (яка не досягла 14 років) не несе відповідальності за завдану нею шкоду, оскільки визнається цивільним законодавством частково дієздатною та психічно нездатною розуміти та керувати свої дії. Моральну та матеріальну шкоду, завдану дитиною, відшкодовують її батьки (усиновлювачі) або опікуни чи інша фізична особа, яка на правових підставах здійснює виховання малолітньої особи, навчальний заклад, заклад охорони здоров'я чи інший заклад, що зобов'язаний здійснювати нагляд за нею, якщо вони не доведуть, що шкоди було завдано не з їхньої вини.

Законодавцем передбачені випадки, коли дитина знаходиться під наглядом юридичної чи фізичної особи, але у теперішній час наша країна постає перед гострим питанням боротьби з дитячою бездоглядністю та безпритульністю.

За даними всеукраїнської статистики тільки у 2005 році понад 80 тис. сімей з різних причин не виконували виховних функцій стосовно власних дітей. Понад 100 тис. дітей позбавлені батьківського піклування, з них майже 20 тис. потребують притулку. Кількість таких дітей продовжує збільшуватися.

На профілактичному обліку служб у справах дітей перебувало майже 150 тис. дітей, що бродяжать чи жебракують, мають схильність до вчинення правопорушень [1].

Для дітей, що бродяжать та жебракують, делінквентна поведінка та цивільні правопорушення — норма життя. Виходячи з точки зору діючого законодавства, для цієї категорії дітей взагалі не існує цивільної відповідальності. Мова йдеться про дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, над якими за будь-якими причинами не встановлено опіку, та яких не було направлено до державних закладів (освіти чи охорони здоров'я). Тобто, на момент скоєння цивільного правопорушення не було особи чи закладу, які відповідають за виховання такої дитини, а за загальним правилом вона неделіктоздатна особа.

Потерпілий, якому завдано значну матеріальну або моральну шкоду, потрапляє у скрутне становище, оскільки взагалі відсутній передбачений законодавством суб'єкт, що має відшкодувати збитки.

На наш погляд, невиконання норм законодавства щодо своєчасного влаштування бездоглядної та безпритульної дитини до закладу соціального захисту тягне за собою негативні наслідки. Громадяни, що стикаються з малолітніми безпритульними особами або їх групами відчувають дискомфорт та підпадають під агресію таких дітей, що є, у певній мірі, і наслідком законодавчої незахищеності перед такою дитиною. З іншого боку, «діти вулиць» усвідомлюють свою безвідповідальність, поглиблюється їх віра у правильному виборі способу життя, закріплюється асоціальна поведінка, що приводить дітей на злочинний шлях. На нашу думку, є логічним висновок, що неспроможність держави крізь систему органів і служб у справах дітей, кримінальну міліцію у справах

дітей виконувати функції своєчасного виявлення та влаштування безпритульних та бездоглядних дітей, позбавлення їх права на соціальну, психологічну, педагогічну, медичну, правову допомогу, покладає на державу відповідальність за правопорушення, які вчиняє така категорія дітей.

Враховуючи положення ст. 1173 ЦК України, в якій зазначено, що шкода, завдана фізичній або юридичній особі дією чи бездіяльністю органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування при здійсненні ними своїх повноважень, відшкодовується державою, АР Крим або органом місцевого самоврядування незалежно від вини цих органів, та принцип ст. 1177 ЦК України, в якій закріплено, що майнова шкода, завдана майну фізичної особи внаслідок злочину, відшкодовується державою, якщо особа, яка вчинила злочин є неплатоспроможною, пропонуємо. Користуючись аналогією закону, вбачається доцільним внести відповідні зміни та доповнення до ст. 1178 та 1181 ЦК України.

Вважаємо за необхідне, забезпечити захист прав потерпілого на відшкодування збитків та право малолітнього правопорушника на здоровий спосіб життя, передбачений Законом України «Про охорони дитинства» [2]. Пропонуємо відповідно викласти статтю 1178 ЦК України у такій редакції:

1) «Відшкодування шкоди, завданої малолітньою особою, у випадках, коли на момент скоєння цивільного правопорушення не було особи чи закладу, які відповідають за виховання цієї особи, покладається на державу. Малолітню особу зобов'язати пройти курс психологічної корекції у спеціальних установах, визначених законодавством України. Строк та програму, за якою малолітній проходитиме курс, визначає психолого-медико-педагогічна комісія. Забезпечення подальшого влаштування малолітньої особи покласти на відповідні органи і служби у справах дітей згідно чинного законодавства.»

2) Внести відповідні зміни у статтю 1181 ЦК України.

Враховуючи вищезазначене, рекомендуємо внести відповідні зміни до ст.ст. 1178 та 1181 Цивільного Кодексу України.

Використані джерела:

1. Про схвалення Концепції Державної програми подолання дитячої безпритульності і бездоглядності на 2006-2010 роки: Розпорядження КМУ від 7 грудня 2005 р. № 503-р. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.rada.gov.ua.

2. Про охорону дитинства: Закон України. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://-www.rada.gov.ua.

М. М. Хоменко

студент магистратуры Киевского национального университета им. Тараса Шевченко, Киев, Украина

ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ: ОТДЕЛЬНЫЕ ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ РАЗРАБОТКИ

Работая в пределах той или иной области знаний, мы в первую очередь сталкиваемся с необходимостью определения значений тех или иных понятий соответствующей науки.

Так не является исключением и юридическая наука и, в частности, гражданское право.

Говоря о гражданско-правовой ответственности О. С. Иоффе указывал, что центральной проблемой была и остается проблема необходимости теоретического отражения этой ответственности в едином научном понятии.

В юридической литературе встречаем различные дефиниции гражданско-правовой ответственности.

Нередко гражданско-правовая ответственность определяется примерно следующим образом: «гражданско-правовая ответственность — возложение неблагоприятных последствий на лицо, нарушившее обязательство».

По нашему мнению, приведенная выше дефиниция не раскрывает в полной мере юридическую природу гражданско-правовой ответственности. Так, автор подобного определения сводит гражданско-правовую ответственность исключительно к нарушению обязательства. Но, общеизвестно, что гражданско-правовая ответственность может быть как договорной, так и внедоговорной (напр., деликтной). Исходя из этого не представляется возможным сводить понятие ответственности в гражданском праве лишь к договорной ответственности, при этом полностью игнорируя ответственность внедоговорную.

К тому же, каждое определение должно отображать характерные признаки определяемого понятия.

Традиционно характерными признаками гражданско-правовой ответственности называют государственное принуждение должника и имущественный характер гражданско-правовой ответственности. В некоторых источниках можно встретить и другие признаки гражданско-правовой ответственности (например, осуждение правонарушения и его субъекта).

Зачастую для ответа на вопрос о государственном принуждении как необходимом атрибуте гражданско-правовой ответственности обращаются к категориям долга и ответственности.

М. М. Агарков относительно этого рассуждал следующим образом.

Гражданский закон различает категории долга и ответственности. Исполняя обязательство добровольно, должник следует своему долгу. Если добровольность нарушается, и должника принуждают к исполнению обязательства в первоначальном виде либо путем компенсации убытков, наступает ответственность.

С. Н. Братусь определял ответственность как «опосредствованное государственным принуждением исполнение обязанности».

С такой позицией сложно согласиться. Если следовать принципам теории М. М. Агарова и С. Н. Братуся, то в таком случае нельзя считать гражданско-правовой ответственностью добровольную уплату должником неустойки, и наоборот, ответственностью будет считаться принудительное исполнение неисполненного обязательства (например, принудительное возвращение вещи должником).

Следует заметить, что долг и ответственность взаимосвязаны, но эта их взаимосвязь не может быть основанием для их отождествления в случае принудительного исполнения долга. При помощи принуждения должник совершает действия, которые он добровольно не исполнил, и таким образом достигается цель, которая ставилась при возникновении обязательства. Если же сравнивать ответственность и принудительное исполнение добровольно не исполненного долга, то последнее выступает целью, а ответственность — средством.

При характеристике гражданско-правовой ответственности следует, на наш взгляд, указывать не на государственное принуждение, а лишь на возможность его применения.

Попытки же определить гражданско-правовую ответственность посредством категории государственного принуждения вводят в гражданско-правовые отношения чуждый им элемент уголовно-правового характера.

По нашему мнению, в сферу гражданско-правовой ответственности необходимо включить действия, направленные на ликвидацию последствий правонарушения, когда они совершаются самим нарушителем без вмешательства юрисдикционных органов.

Таким образом, *мы допускаем возможность существования в гражданском праве ответственности без какого-либо принуждения*.

В ином случае можно прийти к ложным выводам о сущности гражданско-правовой ответственности. Так, гражданско-правовой ответственностью будет считаться принудительное исполнение неисполненного обязательства. Именно поэтому, по нашему мнению, нельзя согласиться с указанным подходом к пониманию гражданско-правовой ответственности.

Во многих цивилистических исследованиях среди характерных признаков гражданско-правовой ответственности встречаем ее имущественный характер. Кроме того, указывается, что гражданско-правовая ответственность всегда имеет имущественный характер, характер имущественного воздействия на правонарушителя, что обусловлено объектом регулирования гражданского права.

По нашему мнению, согласиться с приведенной точкой зрения не представляется возможным.

Так в некоторых случаях гражданско-правовая ответственность может иметь и неимущественный (личный) характер. Например, последствия нарушения запрета о распространении сведений, порочащих честь, достоинство или деловую репутацию гражданина. Совершение таких действий, как указывает Д. В. Боброва, есть нарушение пассивного юридического долга, что соответствовал абсолютному субъективному праву на неприкосновенность чести, достоинства или деловой репутации гражданина. Вместо неисполненного на нарушителя субъективного гражданского права возлагается новый активный юридический долг — опровержение соответствующим образом сведений, порочащих честь, достоинство либо деловую репутацию потерпевшего. По своей сути этот долг есть мера гражданско-правовой ответственности с неимущественным содержанием. Отсутствие имущественного содержания не влияет на ее сущность потому как в данном случае содержание долга обусловлено нарушенным личным (неимущественным) правом.

Таким образом, *при характеристике гражданско-правовой ответственности, по нашему мнению, необходимо акцентировать внимание на возможности применения принуждения со стороны государства (либо иных субъектов), а не на его обязательном применении. Что касается имущественного характера ответственности в гражданском праве, то этот тезис представляется научно несостоятельным в виду возможности гражданско-правовой ответственности носить и личный (неимущественный) характер.*

Исходя из приведенного выше, считаем возможным определить гражданско-правовую ответственность посредством категории «нарушение субъективных гражданских прав», что, в свою очередь, включает в себя как нарушение обязательств, так и причинение вреда.

Итак, под гражданско-правовой ответственностью понимаем *определенные меры защиты субъективных гражданских прав, направленные на возложение на нарушителя субъективного гражданского права неблагоприятных последствий преимущественно имущественного характера*.

Именно такое определение, по нашему мнению, может в полной мере отобразить юридическую природу ответственности в гражданском праве.

В. І. Червона
студентка Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ДО ПИТАННЯ ПРО ПОНЯТТЯ САНКЦІЙ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА

Найважливішими гарантіями реалізації норм цивільного процесуального права є встановлені ним санкції. Незважаючи на їх важливе теоретичне і практичне значення, в науці цивільного процесу вони майже не досліджувалися, а в навчальній літературі — не розглядалися. Цим пояснюється й неоднозначне визначення поняття санкції. Розуміння санкції лише як заходу державного примусу звужує її зміст до заходу відповідальності, що є одним з видів санкції.

Санкції — це встановлені в нормах цивільного процесуального права наслідки, що настають за їх недодержання і порушення, тобто всі правові наслідки, які забезпечують їх реалізацію[1]. Ними є заходи захисту і заходи відповідальності.

Заходи захисту спрямовані на припинення правопорушення, на поновлення порушеного права і забезпечення виконання обов'язку. Нових (додаткових) обов'язків на суб'єктів цивільних процесуальних правопорушень вони не покладають. До заходів захисту відносяться санкції, що припиняють правопорушення (припиняючі), і які поновляють права (правопоновлюючі). Припиняючи санкції спрямовані на припинення неправомірних процесуальних дій, а, отже, проти настання правових наслідків, на досягнення яких спрямовані такі дії, зокрема: залишення заяви, касаційної скарги без руху (ст.ст. 121, 337 ЦПК України), закриття провадження у справі і залишення заяви без розгляду (ст.ст. 205, 206, 207 ЦПК України) та ін.

Правопоновлюючі санкції спрямовуються на поновлення порушених цивільних процесуальних прав і на забезпечення виконання обов'язків шляхом скасування (повного або часткового) незаконних рішень, ухвал, постанов суду (ст. 232 ЦПК України). Заходи відповідальності покладають на правопорушника новий додатковий обов'язок — відшкодувати збитки, сплатити штраф, тобто виявляються в покаранні. В процесуальній літературі це положення не безспірне. Юридичною відповідальністю визнається: застосування припиняючих і правопоновлюючих санкцій за невинні об'єктивно протиправні діяння, реалізація і застосування санкцій та ін. Такі судження не тільки не ґрунтуються на положеннях чинного процесуального законодавства, а й ігнорують відмінність між санкцією захисту і відповідальністю.[2]

Вихідною основою для правильного розуміння цивільної процесуальної санкції є норми цивільного процесуального права, що передбачають відповідальність за окремі види цивільних процесуальних правопорушень.

Безпосередньо ЦПК, а також іншими актами законодавства за порушення норм цивільного процесуального права встановленні різні види відповідальності. Виходячи із класифікації видів юридичної відповідальності незалежно від правової природи правопорушення, норми, які їх закріплюють, слід поділити на такі, що встановлюють:

- кримінальну відповідальність(невиконання судового рішення — ст. 14 ЦПК України, завідомо неправдиві показання свідка, або його відмову від давання показань — ст. 50 ЦПК України, завідомо неправдивий висновок експерта або його відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків — ст. 53 ЦПК України; зловживання владою або службовим становищем — ст. 364 КК України, перевищення влади або службових повноважень — ст. 365 КК України, службове

[1] *Штефан М. Й.* Цивільний процес: Підручник. — К.: Ін Юре, 2001. — 696 с.
[2] *Штефан М.* Санкції цивільно-процесуального права // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — № 2-3.

підроблення — ст. 366 КК України, службова недбалість — ст. 368 КК України, одержання хабара — ст. 368 КК України і т.д.)[1].

- адміністративну відповідальність учасників цивільного процесу встановлено КпАП У визначених законом випадках учасники цивільного процесу можуть бути визнані суб'єктами корупційних правопорушень, підстави та порядок притягнення за вчинення яких визначенні законом України «Про боротьбу з корупцією».[2] Спеціальний склад адміністративного проступку за порушення норм цивільного законодавства містить ст. 185[33], яка встановлює відповідальність за неповагу до суду.
- цивільно-правову відповідальність (Підстави, умови та порядок відшкодування шкоди завданої в результаті неправомірної діяльності суду, народного засідателя чи інших службових осіб суду — ст.ст. 1173, 1174 ЦК України)[4].
- цивільно-процесуальну. Особливими санкціями за порушення норм цивільного процесуального права є заходи процесуального примусу (ст.ст. 90-94 ЦПК України). Відповідно до ст. 90 ЦПК України заходами процесуального примусу вважаються процесуальні дії, що застосовуються до осіб, які порушують встановленні в суді правила або протиправно перешкоджають здійсненню правосуддя. До заходів процесуального примусу належать: попередження і видалення із залу судового засідання (ст. 92 ЦПК України), тимчасове вилучення доказів для дослідження судом (ст. 93 ЦПК України), та привід (ст. 94 ЦПК України).

В самому ЦПК як ми бачимо присутні лише примусові заходи, при чому санкцій які б встановлювали матеріальні обмеження для осіб щодо яких застосовуються — відсутні, враховуючи, що ЦПК 1963 року встановлював штрафні санкції.

Відповідно до ЦПК 1963 року цивільні процесуальні штрафи — це самостійна галузева відповідальність (цивільна процесуальна відповідальність) у вигляді заходу майнового впливу, встановленого ЦПК, і застосовується судом до осіб, котрі не виконали покладених на них конкретних процесуальних обов'язків в складі цивільних процесуальних правовідносин у справі. В ЦПК цивільні процесуальні штрафи було встановлено: за неявку в суд свідка (ст. 44), за неподання на вимогу суду письмових і речових доказів (ст.ст. 48, 53), за порушення вжитих судом заходів по забезпеченню позову (ст. 153), за не повідомлення особами, які беруть участь у справі, про зміну своєї адреси (ст. 95), за порушення порядку під час розгляду справи (ст. 164), за неявку в судове засідання будь-кого з осіб, які беруть участь у справі, ї їх представників (ч. 6 ст. 172, ч. 1 ст. 174).

Єдина для всіх зазначених правопорушень штрафна санкція характеризується особливостями за суб'єктним складом, підставами відповідальності, умовами і процесуальним порядком застосування.

Суб'єктний склад відповідальності у вигляді штрафу був неоднорідний. Це — особи, які беруть участь у справі, а також ті, що не беруть участі у ній.

Особи, які не беруть участі в справі, несуть цивільну процесуальну відповідальність у вигляді штрафу: свідки — за неявку в суд без поважних причин (ст. 44 ЦПК); посадові особи підприємств, установ, організацій і громадяни — за відмовлення без поважних причин подати на вимогу суду письмові або речові докази і за неповідомлення про неможливість їх подачі у встановлений строк (ст. 48 ЦПК); за порушення заходів по забезпеченню позову, які забороняють провадити певні дії, платежі, передавати майно (ст. 153 ЦПК); за незабезпечення явки представника організації в судове засідання (ч. 6 ст. 172 ЦПК).

---

[1] Голос України. — 2001. — № 107. — 19 червня.
[2] Урядовий кур'єр. — 1995. — 30 листопада.
[3] ВВР УРСР. — 1984. — № 51. — Ст. 1122.
[4] Голос України. — 2003. — № 45. — 12 березня.

Цивільний процесуальний штраф міг бути накладений також на осіб, які беруть участь у справі: за невиконання обов'язку повідомити суд про зміну своєї адреси, місця проживання або місця перебування під час провадження у справі (ст. 95 ЦПК), за неявку в судове засідання без поважних причин, відсутність яких потягла за собою відкладення розгляду справи (ч. 6 ст. 172 ЦПК); на відповідача у справі про стягнення аліментів — за неявку в судове засідання без поважних причин (ч. 1 ст. 174 ЦПК)[1].

Слід звернути увагу на те , що в чинному ЦПК України аналогічні положення не містяться, що дає простір для зловживання своїми процесуальними правами учасникам судового процесу.

Підсумовуючи усе вищевикладене, необхідно зазначити, що було б доцільніше повернутися до норм ЦПК 1963 року в частині, що регулювала цивільні процесуальні штрафи і передбачала майнові стягнення з учасників судового процесу.

И. Н. Череватенко
студентка Национальной юридической академии Украины имени Ярослава Мудрого, Харьков, Украина

ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРИРОДА ПРАВА НА ИСПОЛНЕНИЕ ИНОСТРАННОГО СУДЕБНОГО РЕШЕНИЯ

В современных условиях активного развития гражданского оборота, уверенно и последовательно расширяющего свои рамки до глобальных экономических связей, право на суд обретает качественно новое значение и содержание. Его главная задача сегодня — не только обеспечить защиту нарушенных и оспоренных прав и охраняемых законом интересов всей совокупностью возможных средств внутринациональной юрисдикции, но и максимально гарантировать реальность прав участников транснациональных коммерческих отношений за пределами государств. Помимо этого, право на суд должно обеспечивать не только прочность и предсказуемость имущественного оборота, но и регулировать иные имущественные и личные неимущественные отношения (семейные, наследственные, отношения гражданского состояния и т.д.).

Однако право на судебную защиту само но себе имеет значение лишь постольку, поскольку вынесенное судебное решения исполняется, обеспечивая тем самым достижение главной цели правосудия — защиту и восстановление нарушенных прав. На это не раз обращал внимание в своих актах Европейский суд но правам человека, толкуя положения п. 1 ст. 6 Конвенции 1950 г.: «право на суд... было бы иллюзорным, если бы внутренняя правовая система государства участника допускала, что судебное решение, вступившее в законную силу и обязательное к исполнению, оставалось бы недействующим в отношении одной стороны в ущерб ее интересам. Исполнение судебного решения или постановления, какой бы судебной инстанцией оно бы не было вынесено, должно рассматриваться в качестве составной части «судебного разбирательства», о котором говорит статья 6». Таким образом, право на исполнение является необходимым составляющим правомочием права на судебную защиту.

Право на исполнение вынесенного и вступившего в законную силу судебного решения, непременно, должно быть гарантированным со стороны государства, и заключается в обязательности эффективного исполнения в рамках предусмотренной национальным законодательством процедуры принятого судебного акта, а так же в

[1] *Штефан М.* Санкції цивільно-процесуального права // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — № 2-3.

праве лица, являющегося выгодоприобретателем по данному решению, требовать применения последствий данного акта и в корреспондирующей ему обязанности государства, в лице уполномоченных им органов, исполнить принятое судебное решение. Подобное утверждение в рамках правового поля действия национальной юрисдикции не вызывает сомнений. Однако сегодня вполне обоснованно встает вопрос о том, обладает ли лицо подобным правом в иностранном государстве, требуя признания и исполнения иностранного судебною решения, то есть вопрос о пределах права на исполнение судебного решения. Какой характер имеет данное правомочие при необходимости приведения в исполнение судебного акта, вынесенного юрисдикционными органами другого государства?

Таким образом, право на исполнение имеет двойственную природу, проявляя себя как право на исполнение внутреннего решения (национально-правовой аспект), не вызывающее сомнений и непосредственно подтвержденное практикой, и как право на признание и принудительное исполнение иностранного судебного решения (международно-правовой аспект). Международно-правовой характер права на исполнение иностранного судебного решения, именуемого иногда некоторыми авторами с легкой руки правом на экзекватуру, проявляется в его связи с международным гражданским процессом и в необходимости его межгосударственного регулирования (необходимо заметить, что данное субъективное право напрямую связано и с международным гражданским процессуальным правом и с международным частным правом, выступая в качестве необходимой процессуальной предпосылки осуществления ряда материальных прав).

Современный украинский законодатель исходит из традиционной, еще перешедшей к нам из советского прошлого доктрины, в соответствии с которой исполнение иностранных судебных решений в Украине возможно исключительно при наличии заключенного с испрашиваемым государством международного договора, прямо предусматривающего подобную возможность. Поэтому, несмотря на продолжающуюся бурную дискуссию в литературе, исполнение иностранного юрисдикционного акта на каких-либо иных началах в Украине неправомерно, противоречит действующему законодательству. Таким образом, можно прийти к выводу, что сегодня в Украине безусловно признается только право на исполнение судебного решения, вынесенного украинскими судами, исполнение же иностранных актов обусловлено волей публичной власти.

Практика ЕСПЧ не позволяет дать однозначный ответ на вопрос о характере права на исполнение, о его пределах. Говоря об исполнении судебного решения как о «составной части судебного разбирательства», суд не уточняет пределы данного права, указывая лишь, что оно относится к «вступившим в законную силу и обязательным к исполнению» судебным актам, «какой бы судебной инстанцией они не были вынесены» (приведенные цитаты из рассматриваемых актов ЕСПЧ говорят о праве на исполнение лишь обязательного и вступившего в законную силу судебного решения, в том числе и иностранного. Однако остается открытым вопрос о том, нормами какого правопорядка необходимо руководствоваться при определении юридической силы акта: если руководствоваться нормами государства-происхождения, то подлежащее исполнению в одной стране решение должно быть исполнено и в другой стране в силу принципа res judicata, обретающего здесь особую, международно-правовую окраску). Однако в другом решении читаем: «толкование ст. 6 Конвенции исключительно в рамках обеспечения лишь права на обращения в суд... вероятней всего привело бы к ситуации, несовместимой с принципом верховенства права» (отсюда вывод: вряд ли соответствует принципу верховенства права и цели защиты прав и свобод человека в его необходимости повторного обращения в суд другого государства, отказавшего в признании вступившего в силу и ставшего обязательным иностранного судебного решения, что не только не целесообразно, но и подрывает принципы правосудия

вообще). Таким образом, можно прийти к выводу, что ЕСПЧ в любом случае не отрицает права на исполнение иностранного решения, однако прямо не указывает на него.

Многие авторы, не говоря прямо о природе права на экзекватуру, но рассматривая основания признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений, утверждают о невероятной политизированности данной проблемы, напрямую связанной с проблемой государственного суверенитета: промежуточный характер режима иностранных судебных решений, основания которого лежат в сфере чистой политики, а последствия — на уровне частноправовых отношений, и порождает многие практические трудности. Якобы пока еще рано говорить о праве на экзекватуру как о неотъемлемом праве каждого лица на исполнение судебного решения вне зависимости от места его вынесения, ибо его существование противоречит международно-правовому принципу суверенного равенства государств и может повлечь за собой нарушения стабильности внутреннего правопорядка. Однако современное положение института экзекватуры, я полагаю, позволяет прийти к кардинально противоположному выводу. Необходимость интеграции Украины и многих иных стран в мировое сообщество, требование унификации правовых средств защиты интересов и прав граждан, необходимость правового опосредования международного товарообмена, практика заключения многочисленных двусторонних соглашений и ряд иных тенденций, ставших реальностью сегодня, обеспечивают максимально легкое экзекватурирование актов иностранных государств на началах взаимности, призванных сгладить публично-правовые проволочки в осуществлении, в том числе и в защите, прав человека, а это, я считаю, прямое свидетельство существования права на исполнение иностранного судебного решения.

Использованные источники:

1. *Ансель Ж. — П., Абасси М. Исполнение иностранных судебных решений // Журнал о праве. — 2006. — № 8.*
2. *Литвинский Д. В. Признание и исполнение иностранных судебных решений по гражданским делам. — СПб., 2005. — 247 с.*

Ж. Л. Чорна

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ЮРИДИЧНІ ОЗНАКИ ДОГОВОРУ НАЙМУ (ОРЕНДИ) ЗЕМЕЛЬНОЇ ДІЛЯНКИ У ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

На сьогодні існує чимало нормативних актів, які регулюють процедуру укладення, виконання та розірвання договору найму (оренди) земельної ділянки. Разом з тим виникають розбіжності щодо тлумачення деяких норм, які суттєво впливають на розуміння сутності договору. Ми вирішили зупинитися на юридичних ознаках.

Отже, виходячи із визначення договору, яке міститься у ч. 1 ст. 792 Цивільного кодексу України (далі ЦК) [1] він є оплатним, консенсуальним і двостороннім.

Щодо плати за землю, то у ст. 21 Закону України «Про оренду землі» [2] зазначається, що орендна плата за землю — це платіж, який орендар вносить орендодавцеві за користування земельною ділянкою. Розмір, форма і строки внесення орендної плати за землю встановлюються за згодою сторін у договорі оренди (крім

строків внесення орендної плати за земельні ділянки державної та комунальної власності, які встановлюються відповідно до Закону України «Про плату за землю»)

У ст. 2 Закону України «Про плату за землю» [3] зазначається, що плата за землю справляється у вигляді земельного податку або орендної плати, що визначається залежно від грошової оцінки земель.

Відповідно ж до ст. 2 Закону України «Про систему оподаткування» [4] під податком і збором (обов'язковим платежем) до бюджетів та до державних цільових фондів слід розуміти обов'язковий внесок до бюджету відповідного рівня або державного цільового фонду, здійснюваний платниками у порядку і на умовах, що визначаються законами України про оподаткування.

Крім цього, виходячи із визначення, яке міститься у ч. 1 ст. 792 ЦК, що стосується плати за найм (оренду) земельної ділянки, теж можна зробити висновок, що мова йде саме про плату за оренду, а не сплату земельного податку. Виходячи з цього, виникає логічне запитання, чи можна встановлювати однаковий підхід до відносин, пов'язаних із сплатою земельного податку і орендної плати. Ми погоджуємося з думкою Борщевського І. В., який зазначає, що у даному випадку було б доцільно виключити із Закону України «Про плату за землю» положення, які стосуються орендної плати [5, с. 15].

Що стосується суб'єктного складу, то відповідно до ч. 2 ст. 93 Земельного кодексу України (далі — ЗК) [6] земельні ділянки можуть передаватися в оренду громадянам та юридичним особам України, іноземним громадянам і особам без громадянства, іноземним юридичним особам, міжнародним об'єднанням і організаціям, а також іноземним державам. А відповідно до ст. 5 Закону України «Про оренду землі» орендарями земельних ділянок є юридичні або фізичні особи, яким на підставі договору оренди належить право володіння і користування земельною ділянкою.

Орендодавцями земельних ділянок відповідно до ч. 5 ст. 93 ЗК є їх власники або уповноважені ними особи. Ними відповідно до ст. 4 Закону України «Про оренду землі» можуть бути: громадяни та юридичні особи, у власності яких перебувають земельні ділянки, або уповноважені ними особи; щодо земель, які перебувають у комунальній власності — сільські, селищні, міські ради в межах повноважень, визначених законом; щодо ділянок, що перебувають у спільній власності територіальних громад — районні, обласні ради та Верховна Рада Автономної Республіки Крим у межах повноважень, визначених законом; щодо земельних ділянок, що перебувають у державній власності — районні, обласні, Київська і Севастопольська міські державні адміністрації, Рада міністрів Автономної Республіки Крим та Кабінет Міністрів України в межах повноважень, визначених законом. Крім цього, відповідно до ч. 3 ст. 373 ЦК право власності на земельну ділянку даних осіб поширюється також на поверхневий (ґрунтовий) шар у межах цієї ділянки, на водні об'єкти, ліси, багаторічні насадження, які на ній знаходяться, а також на простір, що є над і під поверхнею ділянки, висотою та глибиною, які необхідні для зведення житлових, виробничих та інших будівель та споруд. Отже, орендодавець земельної ділянки може передати в оренду земельну ділянку разом з цими об'єктами, якщо вони перебувають у власності орендодавця. Разом з тим, ліси, водойми є самостійними об'єктами права і їх правовий режим встановлюється відповідними нормативними актами, зокрема Водним і Лісовим кодексами України. А тому, пріорітетність у такому випадку слід надавати зазначеним нормативним актам і визначати ліси і води самостійними об'єктами права.

Відповідно до ч. 1 ст. 638 ЦК договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору.

Ст. 15 Закону України «Про оренду землі» визначає такі істотні умови договору найму (оренди) земельної ділянки: об'єкт оренди (місце розташування та розмір земельної ділянки); строк дії договору оренди; орендна плата із зазначенням її розміру, індексації, форм платежу, строків, порядку її внесення і перегляду та відповідальності

за її несплату; умови використання та цільове призначення земельної ділянки, яка передається в оренду; умови збереження стану об'єкта оренди; умови і строки передачі земельної ділянки орендарю; умови повернення земельної ділянки орендодавцеві; існуючі обмеження (обтяження) щодо використання земельної ділянки; визначення сторони, яка несе ризик випадкового пошкодження або знищення об'єкта оренди чи його частини; відповідальність сторін. У договорі можуть бути передбачені і інші істотні умови.

Неузгодженість в законодавстві виникла стосовно правових наслідків відсутності у договорі хоча б однієї з істотних умов. Відповідно до ч. 2 ст. 15 Закону України «Про оренду землі» відсутність хоча б однієї із вказаних істотних умов тягне за собою визнання договору недійсним. А відповідно до ст. 638 ЦК якщо сторони в належній формі не досягли згоди по всіх істотних умовах договору то такий договір є неукладеним. Тоді, виникає запитання, які будуть наставати правові наслідки такого договору, адже ЦК їх чітко не виділяє на противагу договору, який визнається недійсним. Можливо, це викликано тим, що неукладений договір розглядається як такий, що не існує в принципі і відповідно не може мати будь-яких правових наслідків. В цьому випадку, на наш погляд, слід запозичити положення ст. 181 Господарського кодексу України [7], де зазначається, що у разі якщо сторони не досягли згоди з усіх істотних умов господарського договору, такий договір вважається неукладеним (таким, що не відбувся).

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України від 16.01.2003 // Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — Ст. 461.*
2. *Про оренду землі: Закон України від 06.09.1998 із змінами і доповненнями // ВВР. — 1998. — № 46-47. — Ст. 280.*
3. *Про плату за землю: Закон України від 03.07.1992 із змінами і доповненнями // ВВР. — 1992. — № 38. — Ст. 560.*
4. *Про систему оподаткування: Закон України від 25.06.1991 із змінами і доповненнями // ВВРУ. — 1991. — № 39. — Ст. 510.*
5. *Борщевський І. В. Договір найму (оренди) нерухомого майна: Автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.03 / Інститут держави і права імені В. Р. Корецького НАН України. — К., 2004. — 25с.*
6. *Земельний кодекс України від 25.10.2001 // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 3-4. — Ст. 27.*
7. *Господарський кодекс України від 16.01.2003 // Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — Ст. 462.*

Н. О. Чухась

провідний юрисконсульт Хмельницької філії АТ «Укрінбанк»,
Хмельницький, Україна

ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ КОМЕРЦІЙНОГО БАНКУ

Законом України «Про банки і банківську діяльність», який регулює відносини, що виникають під час заснування, реєстрації, діяльності, реорганізації та ліквідації комерційних банків України, визначено, що банк — це юридична особа, яка має виключне право на підставі ліцензії Національного банку України здійснювати у сукупності такі операції: залучення у вклади грошових коштів фізичних і юридичних осіб та розміщення зазначених коштів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик, відкриття і ведення банківських рахунків фізичних та юридичних осіб.

Ч. 2 ст. 6 Закону зазначає, що законодавство про господарські товариства поширюється на банки у частині, що не суперечить цьому Закону.

Так, згідно з ч. 2 ст 334 Господарського кодексу України (далі — ГК України) комерційні банки — це фінансові установи, функціями яких є залучення у вклади грошових коштів громадян і юридичних осіб та розміщення зазначених коштів від свого імені, на власних умовах і на власний ризик, відкриття та ведення банківських рахунків громадян та юридичних осіб.

Цивільний кодекс України у ч. 3 ст. 83 (далі — ЦК України) дає визначення поняття «установа» зазначаючи, що установою є організація, створена однією або кількома особами (засновниками), які не беруть участі в управлінні нею, шляхом об'єднання (виділення) їхнього майна для досягнення мети, визначеної засновниками, за рахунок цього майна.

Також, згідно з ч. 2 ст. 83 ЦК України товариством є організація, створена шляхом об'єднання осіб (учасників), які мають право участі у цьому товаристві.

Відповідно до ч. 1 ст. 37 Закону України «Про банки і банківську діяльність» органами управління банку є загальні збори учасників, спостережна рада, правління (рада директорів) банку. Спостережна рада банку обирається загальними зборами учасників з числа учасників банку або їх представників (ч. 1 ст. 39 Закону).

Разом з тим, як уже було зазначено нами раніше, в установі особи, що її створили (засновники) не беруть участі в управлінні нею.

Також, комерційним банкам притаманні наступні ознаки господарського товариства:

1. Комерційні банки — це господарські організації корпоративного типу (як правило, наявність двох і більше засновників — фізичних та/або юридичних осіб, а також подільність майна на частки та корпоративна форма управління справами).
2. Наявність статусу юридичної особи.
3. Основний правовий титул майна комерційних банків — право власності, джерелами формування якого є: вклади засновників та учасників товариства; отримані доходи; майно, набуте на підставі договорів та інших правочинів, не заборонених законом.
4. Корпоративний характер управління — учасниками товариства або системою органів.
5. Подільність майна комерційного банку на частки, розмір яких визначається установчими документами товариства.
6. Наявність в учасників комерційного банку корпоративних прав: право участі в розподілі прибутку товариства, право участі в його управлінні, право участі в розподілі майна комерційного банку в разі його ліквідації.

Отже, можна зробити висновок, що комерційний банк за класифікацією юридичних осіб згідно ст. 83 ЦК України відноситься до такої організаційно-правової форми як товариство. Звідси, норма ч. 2 ст. 334 ГК України, яка визначає банки як установи суперечить нормам Закону України «Про банки і банківську діяльність», а також їхній дійсній організаційно-правовій формі.

Комерційний банк як особливий суб'єкт господарської діяльності, що здійснює фінансово-посередницьку діяльність характеризується такими ознаками:

- комерційні банки здійснюють підприємницьку діяльність з метою одержання прибутку;
- комерційні банки виступають суб'єктами ринкової економіки, діють одночасно на механізмах саморегуляції і самоуправління, використовують ринкові категорії — прибутковість, ризик, ліквідність;
- обмеження щодо діяльності комерційних банків;
- неможливість для засновників комерційного банку вибору організаційно-правової форми у якій створюється комерційний банк;

- особливий предмет діяльності комерційних банків;
- спеціальний порядок набуття господарсько-правового статусу комерційного банку;
- особливі вимоги щодо найменування комерційного банку;
- спеціальні вимоги до учасників комерційного банку;
- створення банку з іноземним капіталом здійснюється в дозвільному порядку;
- спеціальні вимоги до статуту;
- обов'язковість додержання банком економічних нормативів, встановлених Національним банком України, а також зберігання обов'язкових резервів у Нацбанку;
- спеціальні вимоги щодо складу та компетенції органів банку — загальних зборів (ст. 37 Закону «Про банки і банківську діяльність»), виконавчого органу (ст. 40 Закону), ревізійної комісії;
- обов'язковість створення служби внутрішнього аудиту комерційного банку, що є органом оперативного контролю виконавчого органу комерційного банку;
- обов'язковість публікації річного балансу і звіту про прибутки і збитки банку (після підтвердження достовірності поданих у них відомостей аудитором чи аудиторською фірмою) за формою і в строки, встановлені Національним банком України;
- здійснення діяльності на ринку цінних паперів;
- здійснення антимонопольного регулювання щодо банків не лише Антимонопольним комітетом, а й Національним банком України, без згоди якого комерційний банк, наприклад, не може об'єднуватися з іншим комерційним банком (банками).

Отже, можна дати наступне визначення поняття «комерційний банк».

Комерційний банк — це господарське товариство, яке здійснює фінансово-посередницьку діяльність, пов'язану з отриманням та перерозподілом фінансових коштів, з метою досягнення економічних результатів та одержання прибутку, що полягає у виключному праві на підставі ліцензії Національного банку України здійснювати у сукупності такі операції: залучення у вклади грошових коштів фізичних і юридичних осіб та розміщення зазначених коштів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик, відкриття, ведення банківських рахунків фізичних та юридичних осіб та інших операцій, передбачених Законом України «Про банки і банківську діяльність».

Норма ч. 2 ст. 334 ГК України, яка визначає банки як установи суперечить розумінню поняття установа, яке визначено у ч. 3 ст. 83 ЦК України, а також нормам Закону України «Про банки і банківську діяльність». У зв'язку з чим пропонуємо ч. 2 ст. 334 ГК України узгодити з Законом України «Про банки і банківську діяльність» та ЦК України.

А. Г. Шарифов
студент Северо-Кавказкого филиала Российской правовой академии Министерства юстиции Российской Федерации, Махачкала, Российская Федерация

ПРЕДМЕТ И МЕТОД ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Как мы знаем, каждая отрасль права призвана обеспечить регулирование соответствующих общественных отношений. В гражданском праве вопрос о правовом регулировании приобретает особую значимость ввиду разнообразия регулируемых им общественных отношений, которые возникают практически в любой сфере человеческой деятельности. Такое разнообразие не исключает, а наоборот, предполагает наличие такого общего признака, который присущ всем общественным отношениям, образующим предмет гражданского права. Предмет гражданского права является важнейшей предпосылкой, обуславливающей гражданско-правовое регулирование общественных отношений.

Поэтому его выявление — одна из насущных задач, стоящих перед исследователями механизма гражданско-правового регулирования.

Предмет гражданского права образуют главным образом имущественные отношения. Но в вопросе об объеме и сооружении понятия «имущественные отношения » наблюдаются значительные расхождения. Так, по мнению Д. И. Мейера, вещь- это то же самое, что и имущество, т.е. имущественные отношения — это отношения, возникающие по поводу верей [1]. Цивилист В. Нечаев считает, что понятие «имущество» шире понятие «вещь», включая в имущество помимо вещей, — обязательства в смысле как требования, так и обязанности, а также ныне имущественные права (авторское право) [2].

В советский период вопрос о предмете гражданско-правового регулирования был исследован С. Н. Братусем, который пришел к выводу о том, что имущественные отношения — это часть производственных отношений, поддающихся волевому воздействию [3]. Эта позиция в последующем была раскритикована Н. Д. Егоровым, который утверждал, что материальные, имущественные и производственные отношения являются тождественными понятиями.. также он считает, что в понятиях производственных, материальных, экономических и имущественных отношений с разных стран отражены одни, и те же общественные отношения, возникающие в процессе производства, распределения, обмена и потребления материальных благ. Поскольку любые общественные отношения, складываются из волевых действий людей, всем общественным отношениям присущи волевые моменты, благодаря наличию которых возможно их правовое регулирование [4]. Отсюда следует, что Н. Д. Егоров в качестве общего признака, характерного для всех общественных отношений видит взаимную оценку этих отношений, что не совсем правильно, ибо, во-первых, в предмет гражданского права входят и те отношения, в которых взаимная оценка отсутствует (дарение) и, во вторых, взаимная оценка, как признак, характерен и для других правоотношений, не входящих в предмет гражданского права (отношения по привлечению виновного лица и материальной ответственности).

Таким образом, вопрос о выявлении общего признака, характерного для всех общественных отношений, входящих в предмет гражданского права, является актуальным и поныне.

В месте с тем остается дискуссионными вопрос о методе правового регулирования. Если представить в обобщенном виде различные взгляды на метод правового регулирования, то можно выделить два основных направления, по которым идут исследователи этого вопроса. Представители первого направления, опираясь на однородность общественных отношений, входящих в предмет любой отрасли права,

полагают, что метод — это такая специфическая особенность, которая присуща всем без исключения правовым нормам данной отрасли. Отсюда метод гражданского права — этот метод юридического равенства сторон [5]. Представители другого направления исходят из того, что нельзя сводить отраслевой метод правового регулирования к какому то одному приему, способу, используемому законодателем данной отрасли права. По их мнению, метод — это совокупность приемов, способов воздействия на общественные отношения, совокупность юридических особенностей той или иной отрасли права [6]. Отраслевой метод правого регулирования отличается неповторимым, своеобразным содержанием и сочетанием этих приемов, способов и юридических особенностей.

Сложившееся в литературе второе направление в определении понятия отраслевого метода правового регулирования опирается на общефилософское понятие метода и имеет, несомненно, большую научную ценность. Достоинства такого подхода к отраслевому методу правового регулирования состоит в том, что он позволяет раскрыть все богатство содержания правового регулирования общественных отношений той или иной отраслью права. На основе данного подхода к отраслевому методу правового регулирования можно отразить все многообразия различных приемом и способов правового воздействия на общественные отношения, входящие в предмет гражданского права. При этом, чем богаче и разнообразия общественные отношения, составляющая предмет соответствующей отрасли, тем большем количеством и разнообразиям приемов и способов характеризуется метод правового регулирования. Обусловлено это тем, что используемые в конкретной отрасли права, приемы и способы не «изобретаются» законодателем, а представляют собой адекватное выражение в правовых нормах тех реально существующих специфических особенностей и отличий, которыми обладают различное общественное отношение, входящие в предмет соответствующей отрясли [7]. Так, в гражданском праве наряду с общим родовым признакам, конкретные общественные отношения, входящие в его предмет, характеризуется специфическими видовыми различиями, которые и предопределяют применение на основе юридического равенства сторон других, специальных приемов и способов правового воздействия, отражающих специфику отдельных видов общественных отношений, входящих в предмет гражданского права.

Наряду с несомненной научной ценностью, которую представляет собой данный подход к определению понятие отраслевого метода правового регулирования, он страдает определенными недостатками. Такая трактовка отраслевого метода правового регулирования исключает возможность его использования в качестве критерия разграничения отраслей права, так как для четкого и последовательного размежевания пришлось бы в каждой отрасли выявить и отразить соответствующих научных понятиях абсолютно все приемы и способы, применяемые в конкретной отрасли права. только в этом случае данной критерий будет характеризоваться полнотой и определенностью. Помимо сложности такой задачи возникают также сомнения в ее практической осуществимости. Ведь бесконечное многообразие признаков и свойств общественных отношений, регулируемых любой отрасли права, с неизбежностью предопределяет такое бесконечное множество приемов и способов, необходимых для их правильного правового регулирования. Между тем одна из важнейших функций методов состоит в том, что с его помощью производится отраслевая индивидуализация гражданского права как отрасли права. Иначе говоря, метод гражданско-правовой регулирования позволяет раскрыть специфику гражданского права в системе отечественного права.

Опираясь на понятие отраслевого метода как совокупности всех приемов и способов, применяемых в соответствующей отрасли права, нельзя определить и отраслевую принадлежность отдельно взятой правовой нормы. Любая норма права предназначена для регулирования конкретного общественного отношения, не

обладающего всеми теми многочисленными специфическими особенностями, которые нашли отражение в совокупности всех приемов и способов, выражающих метод соответствующей отрасли права. Эта совокупность предопределена суммой специфических особенностей всех общественных отношений, входящих в предмет конкретной отрасли, а не отличительными признаками какого то одного общественного отношения, на которое и рассчитана данная норма права.

Как справедливо отмечает В. Д. Сорокин, «при конструировании метода правового регулирования задача исследователей как раз в том и состоит, чтобы из всей совокупности качественных характеристик, определяющих функционально-структурные возможности отрасли права, выбрать главное свойство отрасли, позволяющее индивидуализировать ее в общей системе права» [8].

В связи с этим наряду с понятием метода правового регулирования как совокупности приемов и способов воздействие на общественные отношения, необходимо и такое понятие отраслевого метода правового регулирования, в котором отражена не вся совокупность приемов и способов, применяемых в данной отрасли, а лишь один прием, но такой, который применяется при регулировании любого общественного отношения, входящего в предмет гражданского права. В отличие от первого данное понятие может быть обозначено как общеотраслевой метод гражданско-правового регулирования. В основе этого понятия лежит лишь один прием воздействия на общественные отношения, который предопределяется только одним общим для всех входящих в предмет гражданского права признаком. Как уже было отмечено, для гражданского права в качестве такого признака выступает взаимооценочный характер входящих в его предмет общественных отношений, который и предопределяет применение к ним метода юридического равенства сторон. Таким образом, в зависимости от того, в каком аспекте рассматривается отраслевой метод правового регулирования, он раскрывается с той или иной стороны, проявляя при этом различные свойства. В силу этого для правильной характеристики гражданско-правого метода регулирования общественных отношений важно четко определить конкретный аспект его использования. Если рассмотреть метод с точки зрения всех особенностей гражданско-правовой формы, то он раскрывается перед нами как совокупность различных специфических приемов и способов, используемых законодателем в сфере гражданско-правового регулирования общественных отношений. Однако такую характеристику метода гражданско-правового регулирования нельзя механически переносить на метод рассматриваемый с точки зрения критерия разграничения правовых отраслей или в качестве одной из форм обеспечения единства гражданско-правового регулирования общественных отношений. В последнем случае на передний план выступает уже другая сторона метода правового регулирования, отражающая только одну общую черту всех правовых норм, составляющих гражданско-правовую отрасль.

Использованные источники:

1. Мейер Д.И. Русское гражданское право. — СПб., 1902. — С. 1–2.
2. Нечаев В. Имущество// Энциклопедический словарь/Брокгауз и Ефрон. — СПб., 1894. — Т. 25. — С. 188.
3. Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. — М., 1964. — С. 111.
4. Егоров Н. Д. Гражданско-правовое регулирование общественных отношений. — Л.,1988. — С. 208.
5. Якове В. Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. — Свердловск, 1972. — С. 32.
6. Алексеев С. С. Предмет советского социалистического гражданского права. — Свердловск, 1970. — С. 63.
7. Горшенев В. М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. — М. — 1972. — С. 60.

8. Сорокин В. Д. Метод правового регулирования в социалистическом обществе. — М., 1976. — С. 86.
9. Гражданское право. Учебник: В 2т. — Т. 1. — е изд. / Под ред. А. П. Сергеева и Ю. К. Толстого. — М. — 2004. — С. 11.
10. Покровський И. А. Основные проблемы гражданского права. — М. — 1998. — С. 192.

Т. Ф. Шевчук
студентка Тернопільського національного економічного університету,
Тернопіль, Україна

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРАВ ДИТИНИ В УКРАЇНІ

Проблема захисту прав людини є однією з актуальних проблем сьогодення, що розглядається сучасною юридичною наукою. Результатом діяльності світової спільноти у сфері захисту прав неповнолітніх стали такі документи як Женевська декларація прав дитини (1924 р.), Декларація прав дитини (1959 р.), Декларація про захист жінок та дітей у надзвичайних обставинах та під час збройних конфліктів (1978 р.), Конвенція про права дитини (1989 р.).

У статті дається правова характеристика міжнародних та вітчизняних правових документів з питання захисту прав неповнолітніх. Зокрема, розкрито права неповнолітніх, також акцентується увага на створення та розвиток спеціалізованого інституту омбудсмана з прав дитини в Україні.

Основні права дитини визначені Конвенцією про права дитини, яку було ратифіковано Постановою ВР № 789-XII (789-12) від 27.02.91. Так ст. 3 зазначає, що в усіх діях щодо дітей, незалежно від того, здійснюються вони державними чи приватними установами, що займаються питаннями соціального забезпечення, судами, адміністративними чи законодавчими органами, ершочергова увага приділяється якнайкращому забезпеченню інтересів дитини.

Держави-учасниці зобов’язуються забезпечити дитині такий захист і піклування, які необхідні для її благополуччя, беручи до уваги права й обов’язки її батьків, опікунів чи інших осіб, які відповідають за неї за законом, і з цією метою вживають всіх відповідних законодавчих і адміністративних заходів [2].

В статтях Конвенції визначені такі невід’ємні права дітей як невід’ємне право на життя (ст. 6), право на ім’я і набуття громадянства, а також, наскільки це можливо, право знати своїх батьків і право на їх піклування (ст. 7), право дитини на користування найбільш досконалими послугами системи охорони здоров’я та засобами лікування хвороб і відновлення здоров’я (ст. 24), право користуватися благами соціального забезпечення (ст. 26), право кожної дитини на рівень життя, необхідний для фізичного, розумового, духовного, морального і соціального розвитку дитини (ст. 27), право дитини на освіту (ст. 28), право дитини на відпочинок і дозвілля (ст. 31), право дитини на захист від економічної експлуатації (ст. 32), Держави-учасниці захищають дитину від усіх форм експлуатації, що завдають шкоди будь-якому аспекту добробуту дитини (ст. 36) [2].

Для забезпечення вищезазначених прав дитини Конвенція передбачає, що Держави-учасниці вживають всіх необхідних законодавчих, адміністративних та інших заходів для здійснення прав, визнаних у цій Конвенції. Щодо економічних, соціальних і культурних прав

Держави-учасниці вживають таких заходів у максимальних рамках наявних у них ресурсів і при необхідності в рамках міжнародного співробітництва (ст. 4).

Конституція України закріпила основні права дітей визначених Конвенцією. Так наприклад в ст. 53 Основного Закону держави встановлюється обов'язкова повна загальна середня освіта, а Закон України «Про освіту» зобов'язує батьків сприяти здобуттю дітьми освіти у закладах освіти або забезпечувати повноцінну домашню освіту [1].

У ст. 26 Конституції України одним із прав людини названо право на особисту недоторканість. Відповідно до цього Сімейний Кодекс України (ст. 150) прямо заборонив фізичне покарання дитини [4] .

Цивільно-процесуальна дієздатність дає право неповнолітній дитині звернутись до суду з позовом про стягнення аліментів, про розірвання шлюбу, про визнання його недійсним, про відібрання дитини тощо.

Для здійснення своїх прав Цивільний Кодекс України в ст. 31 передбачає, що фізична особа, яка не досягла 14 років (малолітня особа) має право самостійно вчиняти дрібні побутові правочини, здійснювати особисті немайнові права на результати інтелектуальної, творчої діяльності, що охороняються законом [5].

Ст. 32 ЦК України передбачає неповну цивільну дієздатність фізичної особи у віці від 14 до 18 років для здійснення своїх прав.

Варто зазначити, що у багатьох країнах світу створюється та розвивається інститут захисту прав неповнолітніх, засновуються нові відомства, органи тощо. Все більшої актуальності набуває питання створення інституту омбудсмана по правах неповнолітніх, функціонують спеціалізовані суди у справах неповнолітніх. В Україні ж на даному етапі не має аналогічних інститутів та чіткого механізму захисту та реалізації прав неповнолітніх. Правове регулювання діяльності відповідних державних органів в сфері забезпечення прав неповнолітніх переважно носить загальний, а не конкретизований характер, як це є в багатьох демократичних країнах світу. Тому дослідження проблем закріплення відповідних прав, свобод і обов'язків неповнолітніх та особливостей притягнення їх до юридичної відповідальності, визначення ролі та повноважень органів та посадових осіб в сфері забезпечення правового статусу неповнолітніх є досить актуальним.

Основну увагу слід звернути на необхідність запровадження спеціалізованого інституту омбудсмана з прав дитини в Україні . Адже сучасне становище дітей в Україні викликає хвилювання, оскільки найменші та найслабкіші члени суспільства не є достатньо захищеними. Йдеться про сирітство, викрадання дітей та їх вивіз за кордон, наркоманію та алкоголізм серед неповнолітніх, здійснення ними значної кількості правопорушень. Всі вище вказані проблеми, а також забезпечення достатнього життєвого рівня для неповнолітніх, потребують негайного вирішення [7, с. 44].

Беручи до уваги досвід інших країн, на нашу думку, в Україні є необхідним запровадження інституту омбудсмана з прав дитини для більш ефективного та якісного вирішення вищенаведених проблем.

Як відомо, інститут омбудсмана є ключовим інститутом демократичного суспільства і вже сьогодні такі інститути досить успішно розвиваються в Західній Європі [8, с. 22].

Виходячи з вищенаведеного матеріалу, можна стверджувати, що в Україні є правове підґрунтя щодо захисту прав неповнолітніх. Оскільки поряд із національним законодавством діє значна кількість міжнародних актів, що ратифікувала наша держава.

Використані джерела:

1. *Конституція України. Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — С.141.*
2. *[Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?page=1&nreg=995_021*
3. *[Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_384*
4. *[Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?page=1&nreg=995_021*
5. *[Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=435-15*
6. *Конституція України: Науково-практичний коментар / В. Б Авер'янов, О. В. Батанов, Ю. В. Баулін та ін.; Ред. кол. В Я. Тацій, Ю. П. Битяк, Ю. М. Грошевой та ін. — Харків: Видавництво «Право»; К.: Концерн «Видавничий дім Ін Юре», 2003. — 808 с.*
7. *Марцеляк О. Омбудсман з прав дитини: проблеми формування і розвитку у світі і в Україні // Право України — 2003. — № 10. С. 44-48.*
8. *Алексей Насадюк Омбудсмены за рубежом // Юридическая практика — 13 марта 2007. — № 11 (481). С. 22*

Я. А. Шкльода
аспірант Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПСИХІЧНИЙ РОЗЛАД ЯК ПРАВОВА КАТЕГОРІЯ

Фізична особа, як суб'єкт цивільних правовідносин, у абсолютній більшості випадків здійснює свої суб'єктивні цивільні права самостійно. Ст. 12 ЦК України передбачає, що « … особа здійснює свої цивільні права вільно, на власний розсуд … важається, що поведінка особи є добросовісною та розумною, якщо інше не встановлено судом».

На жаль, нинішні умови життя, поганий екологічний стан зовнішнього середовища, цілий ряд хвороб та генетичних відхилень, яких набуло людство за час свого існування, іноді призводять не лише до соматичних, а до психічних розладів.

Категорія психічного розладу відома науці ще з часів древнього Риму. Так недоумкуваті та душевно хворі під час хвороби визнавались абсолютно недієздатними і не моли вчиняти ніяких правочинів [1]. Розвиток науки цивільного права призвів до того, що категорія «душевно хворих» та «недоумкуватих» була вдосконалена і замінена поняттям «фізична особа, що страждає на психічний розлад». Значення дослідження даної категорії важливе, насамперед тому, що такі особи можуть бути обмежені у дієздатності, або навіть, позбавлені неї.

Основним аргументом необхідності обмежувати таких осіб у дієздатності або позбавляти її є той фактор, що однією із підстав виникнення зміни та припинення правовідносин є юридичний факт-дія, який може мати місце лише за волевиявленням особи. А в тих випадках, коли воля і волевиявлення (внаслідок не усвідомлення власних дій або неможливістю керувати ними) особи не співпадає, не можна вести мову про виникнення належних правовідносин [2]. Саме таку ситуацію ми і маємо, коли особа страждає на психічний розлад.

Варто наголосити на тому, що насьогодні законодавчо закріплена презумпція психічного здоров'я і відповідно до ст. 3 Закону України «Про психіатричну допомогу» [3] «…кожна особа вважається такою, яка не має психічного розладу, доки наявність

такого розладу не буде встановлено на підставах та в порядку, передбачених цим Законом та іншими законами України…».

Категорія «психічний розлад» є зведеним поняттям і включає в себе тимчасовий, психічний розлад (захворювання) хронічний, недоумство, а також інший хворобливий стан. Наявність психічного розладу є медичним критерієм, який разом з юридичним (неможливість усвідомлювати значення своїх дій або керувати ними) визначає стан неосудності у особи у кримінальному праві, або є підставою визнання її недієздатною чи обмежено дієздатною — у цивільному.

Якщо звернутись за тлумаченням до юридичної літератури, то можна відмітити, що до тимчасового психічного розладу відносяться психічні захворювання, що протікають відносно швидко і закінчуються одужанням (патологічне сп'яніння, реактивні симптоматичні стани, тобто розлади психіки, викликані тяжкими душевними потрясіннями і переживаннями та хронічний психічний розлад як хронічна душевна хвороба, тобто тривало протікаючий розлад психіки. Іноді такі розлади бувають нападоподібними (тобто з поліпшенням або погіршенням стану), проте здатні залишати після себе стійкий психічний дефект. До таких захворювань відносяться: шизофренія, епілепсія, прогресивний параліч, паранойя, маніакально-депресивний психоз і ін.

При цьому слід розмежовувати психічний розлад від інших дефектів волі. Так, напр. ст. 225 ЦК України, передбачає правові наслідки так званої «адієздатності» особи, тобто особи, яка у момент вчинення правочину не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними. Сюди можна віднести не лише так звані «душевні хвороби», а й навіть звичайні хвороби, побічним наслідком яких є спотворення оцінки реальності. До них можна віднести як стани сильного душевного хвилювання, алкогольного чи токсичного сп'яніння, приймання лікарських засобів у дозах, що перевищують терапевтичний ефект, а також і звичайні респіраторні захворювання, що супроводжуються високою температурою та маренням.

Таким чином ми можемо зробити висновок, що під категорію психічний розлад підпадають всі душевні хворобливі стани, які встановлені діагнозом лікаря, але підставою встановлення спеціального правового статусу фізичної особи можуть бути лише ті з них, які призводять до не можливості волевиявитись у відповідності до власної волі. В той самий час, не всі хворобливі стани, які призводять до «адієздатності» є підставою вважати фізичну особу такою, що страждає на психічний розлад.

Використані джерела:

1. *Подопригора А.А. Основы римского гражданского права: Учеб. пособие для студентов юрид. вузов и факультетов, — 2-е изд., перераб. — К.: Вентури, 1995. — С. 69*
2. *Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. — М. Государственное издательство юридической литературы, 1958. — С. 99*
3. *Про психіатричну допомогу: Закон України від 22 лютого 2000 року // ОВУ. — 2000. — № 12. — Ст. 444.*
4. *Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // ОВУ. — 2003. — № 11. — Ст. 461.*

О. В. Шупінська
науковий співробітник відділу міжнародного приватного права і порівняльного правознавства Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва, Київ, Україна

КОЛІЗІЙНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ВЛАСНОСТІ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ ТА ШВЕЙЦАРІЇ

Сучасні реалії розвитку міжнародних суспільних відносин, інтернаціоналізація цивільного та комерційного обігу не лише між державами, а й на рівні фізичних та юридичних осіб, що належать до різних держав зумовлюють привернення уваги до проблем, що виникають у сфері приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом, включаючи й сферу колізійного регулювання відносин власності.

На теперішній час чимало європейських країн — Чехія, Польща, Угорщина, Німеччина, Австрія, Швейцарія, а також і пострадянські держави, в тому числі й Україна, реформували своє колізійне законодавство шляхом прийняття окремих комплексних законів у цій сфері, які безпосередньо регулюють й відносини власності, ускладнені іноземним елементом. Після набрання чинності Законом України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р. для правозастовчої практики має значення вивчення досвіду розвинених європейських країн у цій сфері. Враховуючи той факт, що на сьогодні у світі одним із найкращих зразків кодифікації вважається Федеральний закон про міжнародне приватне право Швейцарії, прийнятий ще 18 грудня 1987 р., який є найзначнішим за обсягом та комплексністю, доцільним є проведення порівняльного аналізу загальних положень колізійних норм щодо права власності, закріплених в цьому Законі з аналогічними нормами, закріпленими в Законі України «Про міжнародне приватне право». При цьому зазначимо, що в межах цієї роботи здійснено акцент на характерних особливостях колізійного регулювання саме рухомого майна, оскільки щодо нерухомого майна діє принцип *lex rei sitae*, що є загальновизнаним для цієї сфери.

При проведенні аналізу колізійного регулювання відносин власності у швейцарському Федеральному законі про МПрП [3, с. 648-649] звернемо увагу на такі моменти.

По-перше, у ст. 100 встановлено загальне колізійне правило щодо рухомого майна. У цій статті проведено різницю між відносинами набуття і втрати речових прав, з одного боку, і змістом та реалізацією речових прав на рухомість, –з іншого. Згідно з формулюванням ч. 1 ст. 100, набуття і втрата речових прав на рухоме майно регулюються законом місцезнаходження майна в момент діянь, на яких ґрунтується таке набуття або втрата. Що ж до ч. 2 цієї статті, то вона приписує регулювати питання змісту і здійснення прав на рухомість відповідно до *lex rei sitae*, без вказівки на певні часові критерії [2, с. 255].

По-друге, у ст. 102 визначені особливі положення, які стосуються рухомостей, а саме:

- якщо речові права на рухоме майно, що знаходиться в перевезенні із-за кордону в Швейцарію, ще не набуті або не утрачені за межами Швейцарії, юридичні факти, що настали за кордоном, вважаються такими, що настали в Швейцарії;
- якщо стосовно майна, яке ввозиться до Швейцарії, за кордоном було правомірно встановлена умова щодо збереження титулу, що не відповідає вимогам швейцарського права, така умова зберігає силу на території Швейцарії протягом трьох місяців;
- у відносинах з добросовісними третіми особами посилання на вказану умову стосовно збереження титулу, встановленого за кордоном, не допускається.

По-третє, не обминула положень цього Закону щодо речових прав тенденція поширення сфери застосування автономії волі. Так, у ст. 104 зазначається, що сторони в угоді можуть підкорити набуття або утрату речових права на рухоме майно праву держави відправлення або держави призначення або праву, що застосовується до основної угоди, але у відносинах з третіми особами посилання на вибір права не допускається.

По-четверте, закріплено низку спеціальних колізійних норм щодо: застави зобов'язань цінних паперів та інших прав; товаророзпорядчих документів; транспортних засобів. Зокрема, відповідно до положень ст. 106, кваліфікація товаророзпорядчого документа з метою встановлення, чи представляє цей документ товар, чи ні, здійснюється за правом, вказаним у документі, а в разі відсутності такої вказівки — за правом країни місцезнаходження емітента. Якщо товаророзпорядчий документ представляє товар, він розглядається як рухоме майно, то речові права стосовно документа й товару регулюються правом, що застосовується до цього документа [2, с. 256].

По-п'яте, в Швейцарії визнаються іноземні рішення щодо речових прав рухоме майно, які винесені в: державі місця проживання відповідача; державі місця знаходження майна, якщо при цьому відповідач мав в зазначеній державі місця звичайного перебування; державі, обраної сторонами (ст. 108).

Наведені положення швейцарського Федерального закону про МПрП дають всі підстави для висновку про те, що для колізійних норм у сфері права власності є характерною ясність і визначеність, а також системність і їх логічна пов'язаність.

Аналізуючи колізійні норми Закону України «Про міжнародне приватне право» [1] в сфері права власності, слід зазначити, що вони відображають сучасні тенденції регулювання даних правовідносин в міжнародному приватному праві. Так, у ст.ст. 38, 39, 42 Закону України безпосередньо закріплений колізійний принцип закону місцезнаходження речі, який є основоположним началом як в швейцарському Законі про МПрП 1987 р., так і в праві іноземних держав при вирішенні питань права власності, оскільки всі правомочності власника можуть бути реалізовані в повному обсязі тільки в тому місці, де знаходиться майно, причому незалежно від того, де перебуває його власник.

Розглядаючи колізійні норми права власності, закріплені в українському Законі, слід зазначити, що майновий спір у більшості випадків вирішується за правом тієї держави, в якій знаходиться спірне майно. Винятком можуть бути спеціальні колізійні норми, що встановлюють визначення права держави: в якій це майно зареєстровано, стосовно права власності та інших речових прав, відомості про які підлягають внесенню до державних реєстрів (ст. 40 Закону); з якої майно відправлене, якщо інше не встановлено згодою сторін, стосовно права власності та інших речових прав на рухоме майно, що за правочином перебуває в дорозі (ст. 41 Закону).

Також, слід звернути увагу, що в п'ятому розділі закріплено низку новел у цій сфері, що з'явилися в українському законодавстві, а саме:

- Регулювання охоплює не тільки колізійні питання права власності, а й інші речові права, що розширює сферу дії колізійних норм;
- Здійснено поділ речей на нерухомі та рухомі (ст. 38 Закону);
- Вирішено питання виникнення права власності внаслідок набувальної давності (ч. 3 ст. 39 Закону). Дана колізійна норма з'явилась у зв'язку із введенням в Цивільному кодексі України інституту набувальної давності;
- Право власності та інші речові права, відомості про які підлягають внесенню до державних реєстрів, визначаються правом держави, в якій це майно зареєстровано. Дана колізійна норма, закріплена у ст. 40 Закону і є спеціальною по відношенню до норми ст. 38 цього Закону, вона охоплює лише питання, пов'язані із правом власності та іншими речовими правами, відомості про які підлягають внесенню

до державних реєстрів. Для таких об'єктів застосовується не загальний принцип *lex rei sitae*, а принцип закону місця реєстрації такого майна. Новелою наведеної вище колізійної норми є те, що рухомі за своєю фізичною природою речі, такі як повітряні та морські судна, судна внутрішнього плавання, космічні об'єкти згідно із законом можуть бути віднесені до категорії нерухомих речей.

Проведений порівняльний аналіз дає підстави зробити висновок, що положення швейцарського Федерального закону про МПрП 1987 р. щодо регулювання відносин власності вирізняються логічною послідовністю, комплексністю і присвячені як загальним питанням права власності (набуття, реалізація тощо), так і судовому захисту цього права. В українському Законі про МПрП 2005 р. питання визнання та виконання іноземних рішень щодо майнових спорів окремо не виділено і вирішення цих питань здійснюється в загальному порядку із врахуванням особливостей міжнародного цивільного процесу. Зазначимо, що закріплені в українському Законі про МПрП 2005 р. положення щодо регулювання відносин власності в цілому відповідають сучасним тенденціям у цій сфері, які найбільш повно втілені в швейцарському Федеральному законі про МПрП 1987 р. Також вбачається вплив швейцарського Федерального закону на український Закон про МПрП.

І насамкінець вважаємо, що важливою є подальша робота в напрямку здійснення порівняльно-правового аналізу положень українського Закону про МПрП із законодавчими актами інших європейських держав у контексті регулювання відносин власності, ускладнених іноземним елементом.

Використані джерела:

1. Про міжнародне приватне право: Закон України від 23.06.2005 р. № 2709-IV // ВВР. — 2005. — № 32. — Ст. 422.

2. Кисіль В. І. Міжнародне приватне право: питання кодифікації. — К.: Україна, 2000. — 430 с.

3. Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и науч. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. — М.: Статут, 2000. — 892 с. — С. 648-649.

ТРУДОВЕ ПРАВО

ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕНЯ

LABOUR LAW

SOCIAL GUARANTEE LAW

І. Л. Бомбергер
викладач кафедри цивільного права та цивільного процесу,
Національної академії державної прикордонної служби України
імені Богдана Хмельницького, Хмельницький, Україна

ДО ПИТАННЯ ПРО ПОНЯТТЯ СПЕЦІАЛЬНИХ ПЕНСІЙ

Проблема спеціального пенсійного забезпечення неодноразово ставала предметом наукових дискусій чи обговорень народних депутатів. Разом з тим, по сьогодні у вітчизняному законодавстві не закріплено єдиних підходів та принципів до побудови системи пенсійного забезпечення спеціальними пенсіями; не сформовано законодавчого поняття та ознак цього виду пенсій.

Тим не менше питання спеціальних пенсій є актуальним. Перш за все тому, що поряд із загальною системою забезпечення пенсіями, яка охоплює 12 млн. пенсіонерів, що одержують пенсію за Законом України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» [1], налічується понад 1 млн. громадян, яким призначається пенсія за так званими спеціальними законами (про наукову та науково-технічну діяльність, про державну службу, про статус народного депутата, про прокуратуру, чорнобильцям).

Таким чином, у системі пенсійного забезпечення України крім страхових пенсій, існує ще один вид пенсійних виплат, які здійснюються щодо окремих категорій громадян [2, с. 333].Спеціальну пенсійну систему встановлено також Законом України «Про пенсійне забезпечення військовослужбовців, осіб начальницького і рядового складу органів внутрішніх справ та деяких інших осіб» від 9 квітня 1992 р., до якого внесено чисельні зміни та доповнення.

Даним Законом визначено умови, норми і порядок пенсійного забезпечення військовослужбовців Збройних Сил України, Державної прикордонної служби України, Служби безпеки України, Управління державної охорони України, інших утворених відповідно до законів України військових формувань внутрішніх справ, кримінально-виконавчої системи України, державної пожежної охорони, осіб начальницького складу податкової міліції та членів їх сімей, військовослужбовців колишніх збройних сил СРСР, органів державної безпеки і внутрішніх справ СРСР та деяких інших категорій осіб [3; с. 158-159].

Умови і порядок призначення спеціальних пенсій встановлюється спеціальним законодавством, яким відзначається особливий правовий статус осіб, що виконують державні чи інші соціально-значимі функції, мають особливі заслуги перед державою, а також тих, що постраждали внаслідок техногенних і екологічних катастроф.

Надання спеціального правового статусу відповідним особам та підвищене пенсійне забезпечення вказаних осіб пов'язане з наявністю відповідних юридичних фактів і засвідчує про: 1) особливе ставлення держави до певних видів діяльності; 2) необхідність додаткової соціальної підтримки тих осіб, що виконують соціально-значимі функції .

Чинне законодавство, в частині призначення спеціальних пенсій є доволі різним, але, разом з тим, це не перешкоджає можливості виділити осіб, що є суб'єктами одержання спеціальних пенсій: 1) військовослужбовці, особи начальницького та рядового складу внутрішніх справ, та деякі інші особи; 2) особи, які виконують обов'язки державної служби (державні службовці та прирівняні до них особи, посадові особи місцевого самоврядування, народні депутати, судді і службові особи органів прокуратури); 3) наукові (науково-педагогічні) працівники; 4) особи, які мають особливі заслуги перед Україною; 5) особи, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи [2, с. 335].

Виплата спеціальних пенсій можлива на умовах їх змішаного фінансування або за рахунок коштів Державного бюджету України. Змішані пенсійні умови поширюються на визначені окремими законами категорії осіб — державних службовців, суддів, прокурорів, наукових та науково-педагогічних працівників і деяких інших осіб. Механізм їх пенсійного забезпечення є наступним: дані категорії протягом своєї трудової діяльності підлягають загальнообов'язковому державному пенсійному страхуванню, тобто за них сплачують страхові внески на пенсійне страхування їх роботодавці, а також такі внески стягуються із заробітної плати самих працівників, що дає їм право на призначення спеціальних пенсій із солідарної системи [4; с. 356]. Але, разом з тим, умови пенсійного забезпечення вказаних осіб є відмінними від загальних, що встановлені в базовому законі. Це призводить до більш високих розмірів пенсій і нерідко такі пенсії називають ще привілейованими або пільговими.

Різниця між розміром пенсії, що призначається за спеціальними законами і пенсією із солідарної системи покривається за рахунок державного бюджету, а також коштів інших суб'єктів. Майбутнє змішаної форми фінансування соціальних виплат залежатиме від розвитку соціальної політики нашої держави. Така форма фінансування, очевидно, повинна бути змінена.

Виплата державних пенсій (пенсій за вислугу років), передбачена за рахунок коштів державного бюджету для військовослужбовців, осіб начальницького і рядового складу органів внутрішніх справ та деяких інших категорій осіб. Згідно до Основних напрямів реалізації Стратегії розвитку пенсійної системи від 15 грудня 2005 року № 525-р. пенсії за вислугу років передбачається перевести із солідарної системи до недержавних пенсійних фондів і тому, необхідно привести законодавство щодо пенсійного забезпечення окремих категорій осіб до єдиних базових принципів, передбачених Законом України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», забезпечуючи при цьому фінансову стабільність солідарної системи. Для реалізації вказаної Стратегії передбачено в 2007-2009 роках запровадження загальнообов'язкового державного пенсійного страхування для військовослужбовців, а також для інших осіб, для яких законодавством не передбачено сплату внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування.

Право на призначення спеціальних пенсій виникає за наявності спеціального стажу роботи на відповідних посадах за обов'язкової умови — їх звільнення. Переважно до стажу, який дає право на призначення спеціальних пенсій зараховується виконання обов'язків державної служби, а також деякі інші види діяльності. Порядок обчислення спеціального стажу та види діяльності, що зараховуються до нього визначаються законами, які регулюють окремі види пенсійного забезпечення. В деяких випадках передбачено взаємне зарахування періодів різних видів діяльності, що дають право на отримання спеціальної пенсії. До стажу державної служби, наприклад, зараховується військова служба, а також служба в органах місцевого самоврядування, та деякі інші види діяльності. У деяких випадках призначення спеціальної пенсії пов'язується з фактом заподіяння шкоди здоров'ю особи внаслідок, саме, екологічної катастрофи чи з фактом наявності у неї особливих заслуг перед Україною.

Варто зазначити, що за цільовим спрямуванням спеціальні пенсії виплачуються як додаток до страхової пенсії, яку особа може мати у солідарній пенсійній системі, а тому існують спеціальні пенсії за віком, по інвалідності та у зв'язку з втратою годувальника.

Таким чином, спеціальні пенсії, це вид пенсійних виплат, передбачених діючим законодавством, які здійснюються стосовно окремих категорій громадян, що виконують державні чи інші суспільно-значимі функції, або постраждали внаслідок техногенних та екологічних катастроф, що засвідчує про особливе ставлення держави до відповідних видів діяльності і додаткову соціальну підтримку вказаних осіб.

Використані джерела:
1. Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування: Закон України від 9 липня 2003 р. // Праця і зарплата. — 2003. — № 32.
2. Право соціального забезпечення / За ред. П. Д. Пилипенка. — К.: «Ін Юре». — 2006. — 496 с.
3. Болотіна Н. Б. Право соціального захисту: становлення і розвиток в Україні. — К.: Знання. - 2005. -381 с.
4. Болотіна Н. Б.. Право соціального захисту України. — К.: Знання. — 2005. — 615 с.

В. Я. Бурак
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри трудового, аграрного та екологічного права
Львівського національного університету імені Івана Франка,
Львів, Україна

ЗАХИСНА ФУНКЦІЯ ТРУДОВОГО ПРАВА ТА ЇЇ РЕАЛІЗАЦІЯ В УМОВАХ РИНКОВОЇ ЕКОНОМІКИ

Під функціями права в теорії права розуміють напрями правового впливу на суспільні відносини з метою їх упорядкування і регулювання за допомогою встановлення і реалізації норм права на основних (магістральних) напрямках даного впливу, де виявляється соціальне призначення і службова роль права у підтримці встановлених моделей поведінки та можливість побачити узагальнюючу характеристику дії юридичних норм, їх роль в організації суспільних відносин. Традиційно в трудовому праві виділяють виробничу функцію (захист прав роботодавця) і захисну функцію (захист прав працівників).

В науковій літературі захисну функцію трудового права часто ототожнюють із його соціальною функцією. Інші автори поєднують поняття охоронної функції та захисної функції.

Видається недоцільним ототожнювати ці поняття оскільки вони різняться за змістом, а також забезпечуються різними правовими засобами.

Для визначення поняття захисної функції трудового права важливо сформулювати цілі правового впливу певної чітко визначеної групи норм трудового права — захисних. Головна мета захисних норм — забезпечити ефективність дії норм, які направлені на регулювання відносин, що складають предмет трудового права. Ряд проблем, що існують в даний час стосуються ефективності правового захисту працівників в умовах ринкових відносин, серед яких головними є невизначеність правової регламентації, сфери поза межами впливу права, хитрощі підприємців, неефективність санкцій.

Отже, захисну функцію трудового права можна розглядати як основний напрям правового впливу, спрямований на впорядкування і регулювання трудових правовідносин, за допомогою встановлення і реалізації на основних (магістральних) напрямах норм права, що містять гарантії здійснення прав і виконання обов'язків суб'єктами та там де виявляється поєднання засад публічного і приватного права, враховуються принципи соціальної співпраці, підтримки соціального миру, захисту працівника від свавілля роботодавця.

Характерними ознаками захисної функції права є те, що, по-перше, вона характеризує право як особливий спосіб впливу на поведінку людей, що виражається у впливі на їх волю загрозою санкцій, встановленням заборон і реалізацією юридичної відповідальності та інших заходів правового впливу. По-друге, вона є інформатором для суб'єктів суспільних відносин про те, які соціальні цінності взяті під охорону

державою за допомогою правових приписів, та за допомогою яких засобів ці відносини охороняються. По-третє, вона є показником політичного і культурного рівня суспільства, гуманізму права.

Виокремлення самостійної захисної функції трудового права обумовлено наступними факторами:

1) трудове право зачіпає інтереси не тільки конкретного працівника і роботодавця, але фактично всіх членів суспільства;

2) основним суб'єктом трудових правовідносин є найманий працівник, який є економічно і організаційно залежним від роботодавця;

3) попередження соціальних конфліктів за допомогою системи соціального партнерства;

Захисна функція властива трудовому праву, витікає з його природи. Вона здійснюється у тій мірі, в якій норми трудового права забезпечують створення здорових умов праці, охорону прав та інтересів працівників у сфері трудових відносин. На підставі цього, у рамках загальної захисної функції трудового права слід виділяти такі підфункції: запобіжна; компенсаційна; каральна. Захисні засоби, закріплені у нормах трудового права, є «елементарними частинками» захисних підсистем галузі і служать здійсненню загальної захисної функції. Захисними засобами запобіжної підфункції є заборони і санкції. Захисними засобами компенсаційної підфункції є заходи захисту, матеріальна відповідальність працівника і матеріальна відповідальність роботодавця. На нашу думку, компенсаційна функція трудового права безпосередньо пов'язана із захистом, і не тільки тому, що одним із головних способів її реалізації є матеріальна відповідальність сторін трудових правовідносин, але й тому, що вона дає змогу запобігати порушенням законних прав і законних інтересів суб'єктів трудового права. Захисними засобами каральної функції дисциплінарна відповідальність працівників.

У захисній функції трудового права можна виділити організаційний та процесуальний аспекти.

Організаційний аспект трудової функції полягає в основному в діяльності суб'єктів соціального партнерства на будь–якому організаційному рівні, яка спрямована на попередження порушення трудових та соціально–економічних прав працівників, їх захист та відновлення. Вона об'єднує правові і неправові засоби захисту трудових прав та соціально–економічних інтересів найманих працівників.

Можна виділити наступні організаційно–правові форми реалізації захисної функції суб'єктами соціального партнерства: участь їх у відносинах по встановленню умов праці на підприємствах; у застосуванні встановлених умов праці на підприємстві, у вирішенні трудових спорів, і здійснення громадського контролю за дотриманням законодавства про працю. Соціальні партнери здійснюють свою взаємодію у наступних формах: проведення колективних переговорів та консультацій, укладення колективних договорів та угод, застосування примирних процедур при вирішенні колективних трудових спорів, а також різні форм участі працівників в управлінні підприємством.

Процесуальний аспект захисної функції проявляється у наявності різних правових форм захисту порушених прав та законних інтересів працівників. Сюди необхідно віднести різні юрисдикційні та не юрисдикційні форми захисту, а також можливість застосування матеріально-правових способів захисту порушеного права.

Серед юрисдикційних необхідно виділити судову та адміністративну форми.

Серед неюрисдикційних виділимо примирні процедури, посередництво, самозахист.

Аналіз форм захисту, які застосовуються у трудовому праві свідчить про те, що всі вони спрямовані на захист і відновлення суб'єктивних прав, а у ряді випадків — на припинення незаконних дій. Застосування таких заходів сприяє реалізації захисної

функції трудового права. Проте, проблема заходів захисту у трудовому праві потребує законодавчого закріплення.

На жаль, ні чинний КЗпП України, ні проект нового Трудового кодексу не містять відповідних норм, які б забезпечували реалізацію у повній мірі захисної функції трудового права.

О. В. Валецька
викладач Миколаївського державного гуманітарного університету імені Петра Могили, Миколаїв, Україна

ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИНЦИПУ ГЕНДЕРНОЇ РІВНОСТІ У СФЕРІ ОПЛАТИ ПРАЦІ В УКРАЇНІ У СУЧАСНИЙ ПЕРІОД

Втілення європейських стандартів у політичну, економічну, соціальну сферу є шляхом для трансформації України в сучасне демократичне суспільство, однак дуже часто законодавці і пересічні громадяни забувають, що європейські стандарти включають також і гендерну рівність. Відповідно до статті 1 Закону України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків», який набрав чинності з 1 січня 2006 року, під поняттям «гендерна рівність» розуміється рівний правовий статус жінок і чоловіків та рівні можливості для його реалізації, що дозволяє особам обох статей брати рівну участь у всіх сферах життєдіяльності суспільства [1]. Це положення ґрунтується на конституційних принципах і міжнародних нормах. Згідно ст. 24 Конституції України не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками статі, а рівність прав жінки і чоловіка забезпечується і в тому числі, наданням рівних можливостей у праці та винагороді за неї.

У науковій вітчизняній літературі і радянських часів, і у сучасній переважно досліджуються проблеми диференціації правового регулювання праці жінок. Ці питання висвітлені у роботах О. Абрамова, В. Більшай, І. Вєтухової, Г. Мерцалової, В. Толкунової, В. Штифанова та інших. Але дослідження гендерної рівності у сфері оплати праці у нових соціально-економічних умовах проведено не було.

Метою даної статті є висвітлення окремих проблемних питань реалізації права на гендерну рівність у сфері оплати праці на Україні в сучасний період.

Бути в суспільстві чоловіком або жінкою означає не просто мати певні анатомічні властивості, а виконувати певні гендерні ролі, які конструюються суспільством [3, с. 5]. За часів, що передували виникненню держави Київська Русь, жінки мали досить високий статус, владу і права. Однак з виникненням Московської держави почалось стабільне «закріпачення» жінок, що знайшло своє нормативне закріплення у зводі законів «Домострой» (XVI століття), який закріпив деспотичну владу чоловіків.

Історично сталося так, що саме на базі норм, які регулюють правовідносини у галузі праці жінок та неповнолітніх, почало формуватися фабричне законодавство. Так Законом від 03.06.1886 р. «Правила про наймання робітників на фабрики, заводи і мануфактури» та Законом від 02.06.1897 р. «Про тривалість та розподіл робочого часу у закладах фабрично-заводської та гірської промисловості» заборонялося використання праці жінок і підлітків на тяжких і підземних роботах, а також уночі, вводились обмеження щодо застосування штрафів. У роки Першої світової війни на законодавчому рівні закріпили можливість застосування жіночої та дитячої праці, які отримували 50 % заробітної плати чоловіків. У радянський період були задекларовані принципи рівності та соціальної справедливості, але реальному втіленню цих

принципів заважала дискримінація як безпосередня (особлива у роки Великої Вітчизняної війни), так і прихована.

Згідно опитуванням, яке провів «Фонд Свободи» у 2006 році, суспільство вимагає від жінки хазяйновитості (46 %), турботливості (44 %), розуму (27 %), і найменшою мірою — незалежності (3 %) та прагнення до успіху (4 %). Істотно змінилось ставлення до спроможності жінок заробляти гроші — за шість років показники виросли від 7 до 15 % [3, с. 5]. Отже, українська жінка повинна вести домашнє господарство, піклуватися про рідних, заробляти гроші, але не прагнути при цьому успіху.

Попри існування потужної законодавчої бази, яка гарантує рівноправ'я між статями, існує дискримінація у сфері оплати праці. Крім вищезгаданого закону та Конституції України, необхідно нагадати Кодекс Законів про Працю та Закон України «Про оплату праці» (ст. 21 якого забороняє зниження розмірів оплати праці залежно від статі) [2] та численні міжнародні акти, підписавши які Україна підтвердила свої зобов'язання щодо створення інституційних механізмів для впровадження механізмів гендерної рівності. Необхідно назвати Конвенцію ООН « Про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок», ст. 11 якої передбачає крім іншого, право на рівну винагороду, включаючи одержання пільг, на рівні умови щодо рівноцінної праці, а також на рівний підхід до оцінки якості роботи. Це в свою чергу ґрунтується на проголошених ООН загальнолюдських принципах, які були закріплені у статтях 22-24 Загальної декларації прав людини. Конвенція МОП № 100 «По рівну винагороду чоловіків та жінок за працю рівної цінності» (1953 р.) встановлює, що рівна винагорода відноситься до ставок винагороди, які встановлюються без дискримінації по ознакам статі. Крім того, право жінок на справедливу винагороду, рівну плату за рівну працю встановлено ст. 7 Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права, ст. 23 Хартії основних прав Європейського Союзу, ст. 4 Європейської соціальної хартії. Але різниця у середньому розмірі погодинної базової заробітної плати між чоловіками й жінками в галузях економіки в усіх установах країн ЄС залишається високою і становить 15 %, що є порушенням і, відповідно до Європейської комісії, недотриманням законодавства щодо рівної оплати [4, с. 10]. Ст. 17 Закону «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» передбачає зобов'язання роботодавця щодо здійснення рівної оплати праці жінок і чоловіків при однаковій кваліфікації та однакових умовах праці. В Україні заробітна плата жінок майже на третину нижча, ніж у чоловіків. Різниця в зарплаті є результатом концентрації жінок у найменш престижних сферах, де є суттєво нижчою, хоча українські жінки мають більш високий рівень освіти порівняно з чоловіками [3, с. 5].

Процедури в боротьбі з дискримінацією в оплаті праці різняться. Перша процедура передбачає звернення до суду для розгляду в основному індивідуальних, але нерідко і колективних позовів. Друга процедура пов'язана із втручанням спеціальної комісії, яка допомагає вирішити конфлікт (у Канаді — Комісія по правам людини, у Фінляндії та Швеції омбудсмен). Сутність третьої процедури у проведені систематичної оцінки робочих місць, яка дозволить виявити дискримінаційну практику на підприємстві ще до появи скарги [5, с. 112]. Найбільш слушним інструментом для вирішення спірних питань у цій сфері можуть стати колективні договори. З метою подолання дискримінації за ознаками статі у сфері оплати праці в Україні реалізується програма МОП «Гідна праця» (з фінансуванням у сумі 2,6 млн. доларів). Державою робляться певні кроки і зусилля на шляху включення гендерних пріоритетів у державну політику, в локальні та регіональні програми.

Завершуючи аналіз стану реалізації принципів гендерної рівності, необхідно зробити наступні висновки. По-перше, попри існування потужної законодавчої бази, яка гарантує рівноправ'я між статями, жінки ще потерпають від дискримінації на ринку праці, і у сфері оплати праці. По-друге, ефективність прийнятих законів прямо

залежить від того, наскільки успішно будуть усунені структурні причини нерівності, які випливають із зайнятості основної маси працюючих жінок на низькооплачуваних непрестижних видах робіт без перспективи службового просунення. По-третє, необхідна спільна робота фахівців різних напрямів для підвищення правової культури і свідомості українських жінок.

Використані джерела:

1. Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків: Закон України від 25 серпня 2005 р. № 140/05 // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 44. –Ст. 189.

2. Про оплату праці: Закон України від 24 березня 1995 р. № 108/95 // Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 17. — Ст. 121.

3. Кисельова О. Гендерний вимір // Урядовий кур'єр. — 2007 — № 127. — С. 5

4. Кокіна В. Сфера праці: дискримінація існує // Урядовий кур'єр. — 2007. — № 86. — С. 10.

5. Эйро Ф. Равная оплата и ценность труда в индустриально развитых странах // Зарубежная литература. РЖ «Государство и право», серия 4, № 3. — М. — 1994. — С. 106-111.

В. Ю. Веселовська

студентка відділення підготовки магістрів
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ПОНЯТТЯ ТА КЛАСИФІКАЦІЇ ДОПОМОГ, ЩО НАДАЮТЬСЯ ДІТЯМ

На сьогодні наша держава відповідно до Конституції України гарантує дитині право на соціальне забезпечення, що означає не лише законодавче закріплення форм соціального забезпечення, але й відповідне їх надання. **С**тандарти соціального забезпечення були розроблені та втілені ще у Загальній декларації прав людини 1948 року, розкриті у Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права 1966 року. Україна як правонаступниця СРСР, взяла на себе зобов'язання по виконанню цих міжнародно-правових норм та закріпила їх у своєму законодавстві. Система допомог дітям за часів незалежності зазнала суттєвих змін через соціально-економічні перетворення в країні, так як у складних економічних умовах приймалися заходи, спрямовані на пом'якшення негативних наслідків інфляції, на вдосконалення соціальної підтримки соціально вразливим верствам населення.

Однак, слід зауважити, що позитивні тенденції намітилися в Україні лише у 2005 році. Адже відповідно до програми діяльності Кабінету Міністрів «Назустріч людям» основними завданнями у реалізації соціальної політики стали поглиблення адресності державної соціальної допомоги, формування єдиної бази даних і реєстру отримувачів всіх видів соціальної допомоги [9]. Відповідно до змін і доповнень, які були внесені до державного бюджету України на 2005 рік, допомога при народженні дитини зросла майже у 12 разів до 8500 гривень, допомога одиноким матерям збільшилася в 4,1 рази, допомога дітям-інвалідам від 6 до 18 років в 4,5 рази в порівнянні з 2004 роком та фактично не зазнали змін на даний час [2; 4; 6 ;7 ;8]. Однак чисельні нормативно-правові акти, які визначають підстави, порядок та умови призначення і виплати допомог потребує перегляду та вдосконалення, що означатиме певні поступки у реалізації соціальної політики.

Зазначені соціальні проблеми залишаються і поза увагою вчених — юристів. У радянський період безпосередньо правовими проблемами надання допомог займалися К. Батигін, М. Лірцман, Г. Симоненко, І. Трефілов, в Україні дослідженнями зазначеної проблематики займаються: Н. Болотіна, В. Бурак, І. Гуменюк, Л. Кулачок, Б. Надточій, П. Пилипенко, О. Пономаренко, С. Синчук, І. Сирота, Н. Стаховська, Б. Сташків, Б. Стичинський, О. Чутчева .

Чинне законодавство України не дає визначення поняття «допомог дітям», хоча вони є самостійним видом в системі соціального забезпечення, який надається в грошовій формі соціально незахищеним особам, у порядку, передбаченому законом. Правовідносини, щодо надання допомог є суспільними відносинами, які врегульовані нормами права та виникають між громадянами чи сім'ями та органами соціального захисту, фондами соціального страхування, роботодавцями, щодо певного надання допомог. Змістом зазначених правовідносин є обов'язок громадянина надати всі документи, які є доказом права особи на отримання допомоги, що може бути надана за рішенням уповноваженого органу. Правовідносини з виплати допомоги можна поділити на періодичні, триваючі та разові правовідносини. Виплата допомог проводиться за рахунок державних чи страхових коштів у розмірах і порядку, який встановлений законодавством. Правовідносини щодо надання допомог також носять процедурний характер, так як особа, які претендують на її призначення, повинні підтвердити це право та отримати рішення відповідного органу, що підтвердить це право та визначить розмір і порядок виплати допомоги.

Для даної допомоги характерні такі ознаки: матеріальна підтримка дитини у соціально значимих випадках; одноразовий чи дискретний характер видачі допомоги; виплата у фіксованих розмірах, які встановлюються законодавством (у співвідношенні до заробітної плати; у твердій грошовій сумі, залежно від прожиткового мінімуму); встановлюються на державному рівні, спрямовані на повну чи часткову компенсацію втраченого заробітку або компенсацією разових додаткових затрат. Виходячи із приписів правових норм допомоги дітям можна класифікувати: за правовим регулюванням (передбачені законами та локальними актами); за суб'єктами надання (надаються працівникам, безробітним, дітям-інвалідам, малозабезпеченій сім'ї); за суб'єктами звернення (працівник, представник сім'ї, опікун, піклувальник, одинока мати,); за формами виплати (державна соціальна допомога, допомога на догляд); за видами виплат (державна допомога, державна соціальна допомога, страхові виплати); за підставами виплати (народження дитини, вагітність і пологи, догляд за дитиною до досягнення нею 3 років); за термінами виплати (одноразові, періодичні,), за джерелами виплат (з коштів державного бюджету, з коштів підприємства, з коштів страхових фондів); за суб'єктами, які здійснюють виплати (держава, страхові фонди); за формами розрахунку (прожитковий мінімум; тверда сума; заробітна плата); за суб'єктами, які призначають виплати (органи соціального захисту, роботодавець) [2; 3; 4; 5].

Слід зазначити, що соціальна політика нашої держави насамперед повинна бути спрямована на вдосконалення законодавства в соціальній сфері, зокрема визначення поняття та видів державної допомоги, їх суб'єктів як виду соціального забезпечення. Досягнення соціального благополуччя населення нашої держави буде досягнуте лише тоді, коли істотно зменшиться кількість осіб, які претендують на допомоги при умові існування в державі високого рівня розвитку економіки та матеріального становища громадян.

Використані джерела:

1. *Конституція України: Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року. — К.: Просвіта, 1996. — 80 с.*
2. *Про державну допомогу сім'ям з дітьми: Закон України від 21 листопада 1992 року, в редакції Закону України від 22 березня 2001 року // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 20. — Ст. 102.*

3. *Про державну соціальну допомогу малозабезпеченим сім'ям: Закон України від 1 червня 2000 року // Відомості Верховної Ради України. — 2000. — № 35. — Ст. 290.*
4. *Про державну соціальну допомогу інвалідам з дитинства та дітям-інвалідам: Закон України від 16 листопада 2000 року // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 1. — Ст. 2.*
5. *Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності та витратами, зумовленими народженням та похованням: Закон України від 18 січня 2001 року // Праця і зарплата. — 2001. — № 8. — Лютий.*
6. *Про Державний бюджет України на 2005 рік: Закон України від 23 грудня 2004 року // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 7-8. — Ст. 162.*
7. *Про внесення змін до деяких законів України щодо розмірів допомоги: Закон України від 3 лютого 2005 року // Урядовий кур'єр. — 2005. — 2 березня.*
8. *Про внесення змін до Закону України «Про державну соціальну допомогу інвалідам з дитинства та дітям інвалідам»: Закон України від 3 березня 2005 року // Урядовий кур'єр. — 2005. — 5 квітня.*
9. *Програма діяльності Кабінету Міністрів України «Назустріч людям», схвалена постановою Верховної Ради України від 4 лютого 2005 року // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 12. — Ст. 209.*

О. Галайко
студент Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПЕРЕВАЖНЕ ПРАВО НА ЗАЛИШЕННЯ НА РОБОТІ ПРИ ВИВІЛЬНЕННІ ПРАЦІВНИКІВ У ЗВ'ЯЗКУ ЗІ ЗМІНАМИ В ОРГАНІЗАЦІЇ ВИРОБНИЦТВА І ПРАЦІ: ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ

Окремою юридичною гарантією права на працю при розірванні трудового договору є обов'язок роботодавця враховувати переважне право працівників на залишення їх на роботі при вивільненні у зв'язку зі змінами в організації виробництва і праці (ст. 42 Кодексу законів про працю України (далі по тексту — КЗпП)) [1]. На практиці застосування даної норми викликає ряд питань, на які ми звернемо увагу нижче.

Відповідно до названої ст. 42, переважне право на залишення на роботі надається, насамперед, особам, які мають більш високу кваліфікацію і продуктивність праці. Визначаючи рівень кваліфікації, власник або уповноважений ним орган повинен виходити із сукупності чинників, що її підтверджують. У доктрині трудового права кваліфікація розглядається як рівень теоретичних і практичних знань та навичок за відповідною професією, спеціальністю, котра відповідає певному тарифному розряду, класу, категорії, вченому ступеню, званню тощо [2, с. 19]. Вимоги до кваліфікації службовців визначаються, з урахуванням обсягу та змісту обов'язків, які повинен виконувати працівник, котрий обіймає ту чи іншу посаду. При встановленні кваліфікації працівника мають враховуватися також такі показники як: стаж роботи, освіта, результати роботи. До переліку ознак, що підтверджують високу продуктивність праці працівника, на наш погляд, доцільно включати й рівень дисциплінованості працівника, зокрема має враховуватись наявність чи відсутність у працівника дисциплінарних стягнень.

За умови рівноцінності кваліфікації та продуктивності праці перевагу на залишення на роботі мають працівники, перелічені у ч. 2 ст. 42 КЗпП. В законодавчому порядку не визначено: чи всі названі ознаки мають однакову перевагу, чи вона меншає від початку списку до кінця. До того, окрім визначеного частиною другою списку,

існує ціла низка інших категорій працівників, котрим також надається вищевказана перевага (ч. 3 ст. 42 КЗпП), наприклад: члени сімей військовослужбовців строкової служби. При визначенні категорій працівників, які мають переваги в залишенні на роботі, на практиці склалось так, що черговість їх перелічення юридичного значення не має: працівникові, зазначеному в одному з перших пунктів ч. 2 ст. 42, не може бути надано переваг на залишення на роботі перед працівником, котрий належить до категорії, зазначеної в одному з останніх пунктів, лише з причини черговості переліку. Однак, в наукових колах стосовно даного питання існують різні погляди [3,с. 152].

Одним з варіантів вирішення даного питання пропонується наступний: якщо працівник користується переважним правом залишення на роботі на підставі трьох пунктів ч. 2 ст. 42 КЗпП, то він має бути визнаний таким, що має переважне право на залишення на роботі перед працівником, який користується таким правом за двома чи одним пунктами. На наш погляд, покладення в основу лише кількісного фактору не є зовсім правильним, оскільки деякі переваги різко виокремлюються серед інших, зокрема переваги передбачені в п. 1 (сімейним — при наявності двох і більше утриманців) та п. 2 (особам, в сім'ї яких немає інших працівників з самостійним заробітком). Можна навести приклад: якщо одна особа має перевагу, передбачену п. 1, а інша — дві переваги, передбачені п. 4 (працівникам, які навчаються у вищих і середніх спеціальних учбових закладах без відриву від виробництва) та п. 9 (працівникам з числа колишніх військовослужбовців строкової служби та осіб, які проходили альтернативну (невійськову) службу, — протягом двох років з дня звільнення їх зі служби), то все ж таки виникає питання: хто з них більше заслуговує на залишення на роботі?. З огляду на це, ми вважаємо, що було б доцільно надати більшої юридичної сили перевагам передбаченим в п.п. 1 та 2 ст. 42. Що ж стосується переваг, передбачених у інших нормативно-правових актах, то вважаємо, що дані переваги мають мати субсидіарний характер по відношенню до тих, на які є пряма вказівка в КЗпП.

Пункт 3 ч. 2 ст. 42 КЗпП надає перевагу на залишення на роботі працівникам з тривалим безперервним стажем роботи на відповідному підприємстві, в установі, організації. Закон не розкриває поняття тривалості, тому це питання має бути вирішено у локальних актах самого підприємства, наприклад, у колективному договорі.

Надаючи перевагу на залишення на роботі авторам винаходів, корисних моделей, промислових зразків та раціоналізаторських пропозицій, п. 6 ч. 2 ст. 42 КЗпП не ставить право на перевагу у залежність від таких факторів, як використання на підприємстві промислового зразка, раціоналізаторської пропозиції, винаходу, корисної моделі, одержання винагороди за використання перелічених об'єктів промислової власності, набуття прав автора у період роботи на цьому підприємстві чи до цього тощо. Оскільки право авторства не погашається часом, право на розглянуту перевагу не залежить також від часу, коли працівник набув статусу автора.

Визнаючи за працівниками, котрі одержали на підприємстві, в установі, організації трудове каліцтво чи професійне захворювання, право на перевагу залишитись на роботі, закон не ставить це право у залежність від ступеня втрати працівником професійної працездатності, від подальшої трудової реабілітації працівника і визнання його повністю працездатним, від наявності вини власника чи працівника, а також інших обставин. Закон визнає, що юридичним фактом, який породжує перевагу, є виключно факт одержання на цьому підприємстві трудового каліцтва чи професійного захворювання.

Слід відмітити, що на практиці, на локальному рівні переваги надаються й тим особам, які найближчим часом мають вийти на пенсію. Також висловлюються пропозиції подальшого розширення переліку шляхом включення до нього неповнолітніх працівників [4, с. 79]. На нашу думку, в сучасних умовах розвитку ринкових відносин доцільно підвищувати рівень локального правового регулювання в

питанні встановлення переваг працівникам на залишення на роботі при вивільненні працівників у зв'язку зі змінами в організації виробництва і праці. Для цього доцільно доповнити ст. 42 КЗпП частиною наступного змісту: «Колективним договором можуть передбачатися інші категорії працівників підприємства, установи, організації, що користуються перевагою на залишення на роботі при рівній продуктивності праці і кваліфікації».

Використані джерела:

1. *Кодекс законів про працю України від 10 грудня 1971 року // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1971. — Додаток до № 50. — Ст. 375.*
2. *Венедиктов В. С. Трудовой договор (контракт) по законодательству Украины. — Х.: Консум, 1996.— 128 с.*
3. *Науково-практичний коментар до законодавства України про працю / Б. С. Стичинський, І. В. Зуб, В. Г. Ротань.— К.: А.С.К., 2000.— 107 2с.*
4. *Реус О. Особливості припинення трудових правовідносин з неповнолітніми // Право України.— 2001.— № 8.— С. 79-80.*

Ю. Ю. Гніда

студентка Волинського національного університету імені Лесі Українки, Луцьк, Україна

БІДНІСТЬ В УКРАЇНІ: ОСОБЛИВОСТІ ПРОЯВУ ТА СПОСОБИ ПОДОЛАННЯ

Відтоді, як українські науковці та спеціалісти міжнародних організацій заговорили про бідність в Україні, минуло вже більш як десять років. За цей час накопичено чималий досвід досліджень і використано для оцінки явища чимало існуючих у світі підходів.

Однак, бідність населення в Україні змінює свої ознаки та форми прояву, але залишається актуальною проблемою для значної частини населення. А тому важливість обраної нами теми доповіді є очевидною.

Для характеристики ситуації в Україні особливого значення набуває проблема визначення профілів бідності, тобто тих категорій населення, які найбільш підпадають під дію негативних чинників [4, с. 4]. До них науковець Черенько Л. відносить сім'ї за наявності у їх складі:

- двох та більше дітей будь-якого віку;
- хоча б однієї дитини віком до трьох років;
- принаймні одного безробітного;
- хоча б однієї особи, старшої за 75 років;
- водночас хоча б однієї дитини та дорослих осіб пенсійного віку (однієї чи більше).

Особливістю прояву і специфічною ознакою української бідності є бідність серед працюючого населення внаслідок низьких стандартів оплати праці. Україна — країна працюючих бідняків, і цей факт доводиться визнати. Статистика свідчить, що 78% бідних станом на 2006 рік становили домогосподарства, в яких живе хоча б одна працююча особа. І що саме дивує — особи з вищою освітою часто отримують дуже низьку платню, тобто теж можуть бути зараховані до когорти бідних.

Нині гостро постає проблема сільської бідності. Причин дуже багато, серед них незайнятість, безгрошів'я, відсутність перспектив розвитку, а от наслідок один — вимирання села і зубожіння сільського населення.

Ще одну і напевно найгострішу групу ризику серед бідняків становлять безробітні. Особливо небезпечне зростання так званого сімейного безробіття, характерного для малих і монофактурних міст [3, с. 7].

До особливих ознак прояву бідності в Україні можна також віднести: низький рівень життя (низька якість раціону харчування, міграційний відтік за кордон, низька народжуваність, висока захворюваність і смертність); бідність пенсіонерів; регіональна бідність.

Для розвинених держав на сьогодні актуальним завданням є неухильне підвищення якості життя суспільства, а для України пріоритетом виступає подолання бідності й забезпечення необхідних життєвих потреб більшості населення. Ця проблема вимагає негайного рішення, оскільки високий рівень бідності — це не лише постійне джерело соціальної напруженості в суспільстві, а й вагомий стримуючий чинник для стійкого соціально-економічного розвитку України й її успішної інтеграції до структур як європейської, так і світової економічної спільноти. Дійсно, можновладці намагаються вирішувати проблеми бідності, зараз втілюється «в життя» третій етап Стратегії подолання бідності, ухваленої 2001 року [1]. Цим документом передбачається досягнення й іншої важливої мети — становлення середнього класу в Україні, що повинно сприяти зміцненню соціального фундаменту суспільства за рахунок зростання «сильних» за своїм майновим становищем його прошарків і зменшення соціальної бази бідних і незаможних [2, с. 86].

В основі стратегії подолання бідності має бути визнання того, що цієї мети не можна досягнути виключно шляхом підтримання знедолених, необхідний комплексний підхід, орієнтований як на бідні, так і на відносно забезпечені верстви суспільства.

Нині влада вдається до вже давно знайомого «джентльменського набору» — підвищення мінімальної заробітної плати і прожиткового мінімуму — але це не вирішує за своєю сутністю проблеми подолання бідності. Зусилля держави мають бути спрямовані на впровадження системи раціональних соціальних трансфертів, легалізації тіньової економіки й незареєстрованих прибутків.

Однак, сам по собі ріст економіки, на наш погляд, не знищить причин хронічної бідності: а все тому, що бідні потребують не лише можливості дотягнутися до соціальних стандартів, але і піклування суспільства про їхню гідну інтеграцію в соціум. Подолання бідності — справа не лише державних інституцій, а й усього суспільства загалом.

На нашу думку, бідність українців буде подолана тільки зміною психології сприймання ролі особистості у власному заробітку. Психологія «очікування манни небесної» не дозволяє більшості українців вибратись із ями безгрошів'я. У нас же бідність для значної частини людей затягнулась у часі й, по суті, стала пасткою, з якої неможливо вирватися, вони втратили мотивацію до росту, прагнення до вищого рівня життя.

Подолання бідності — завдання не одного дня. На наш погляд, необхідною є координація різнопланових зусиль, визначення пріоритетів на коротко -, середньо- і довгострокову перспективу. Досить швидко адресними діями (переважно пасивного характеру — грошовими виплатами, субсидіями, допомогою продуктами, одягом тощо) можна викоренити абсолютну бідність у найгостріших її проявах. Пом'якшення ж відносної бідності, пов'язаної насамперед з економічною нерівністю населення, потребує більше часу й зусиль в основному активного характеру (допомоги у працевлаштуванні, відкритті власної справи, отриманні необхідної кваліфікації). Що ж до суб'єктивної бідності, то для попередження викликаних нею соціальних конфліктів потрібні час, довіра до влади на всіх рівнях та узгоджені дії майже всіх соціальних інститутів суспільства.

Отже, висвітлені нами окремі особливості прояву бідності в Україні і способи їх подолання — це лише та незначна частина внеску у проблему вирішення даного питання.

Використані джерела:

1. *Стратегія подолання бідності затверджена Указом Президента України від 15.08.2001 р. № 637/2001// Офіційний вісник України. — 2001. — № 33. — Ст. 1525.*
2. *Сонник Н. Як подолати українську бідність? // Право України. — 2005. — № 8. — С. 85-88*
3. *Ліанова Е. Бідність в Україні: діагноз поставлено — будемо лікувати? // Дзеркало тижня. — 2001. — № 13(337). — С. 6-7*
4. *Черенько Л. Бідність в Україні: нові тенденції та особливості прояву // Праця і зарплата. — 2007. — № 28(560). — С. 4-5*

І. О. Гуменюк

кандидат юридичних наук,

старший консультант Інституту законодавства Верховної Ради України,

Київ, Україна

СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВА СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Питання про забезпечення реальних гарантій реалізації соціальних прав, прав другого покоління, залишається дискусійним, незважаючи на його нормативне закріплення в міжнародному та в національному законодавстві. Конституційне визнання соціального принципу державного устрою підтверджує факт існування в Україні соціальної функції в ряду пріоритетних. Такий підхід є очевидним, бо негативні процеси у соціальній сфері створюють передумови для маргіналізації суспільства, в якому руйнується цінність будь-якого права. За таких умов, удосконалення законодавства про соціальне забезпечення та розробка моделі (концепції побудови) системи соціального захисту є важливим і становить предмет зацікавлення для всієї юридичної науки.

Основне завдання держави під час суспільно-економічних перетворень полягає у забезпеченні змін адекватним правовим регулюванням, яке допоможе населенню адаптуватися до нової реальності. Слід визнати наявний зв’язок між ступенем гарантованості соціальних прав і станом економіки. Позиції щодо абсолютної взаємозалежності цих двох категорії, на мою думку, становлять загрозу процесу створення системи соціального захисту населення. Сучасне законодавство про соціальне забезпечення характеризується великим об’ємом, складним змістом і відсутністю чіткої системності. Щодо останньої риси, то її існування є відображенням проблем, які мають місце в системі права соціального забезпечення.

Системність — основна ознака права. Структура системи права соціального забезпечення є теоретичною концепцією, яка відображає внутрішню побудову всієї сукупності правових інститутів і норм галузі, що взаємопов’язані та змістовно узгоджені.

Одним із критеріїв, за яким правові норми об’єднуються і утворюють систему права, є предмет правового регулювання. Структурна послідовність системи визначається специфікою суспільних відносин, що регулюються нормами права соціального забезпечення. Утім, визначення узагальнюючого об’єктивного критерію для відокремлення певної групи суспільних відносин, що становлять предмет права соціального забезпечення, залишається дискусійним питанням.

До початку здійснення реформування, предмет галузі складали соціально-забезпечувальні правовідносини, основною ознакою яких була аліментарність. Ця ознака перестала бути домінуючою з причин докорінної зміни організаційно-правових засадах соціального забезпечення.

Відносини в сфері соціального страхування розширили предмет правового регулювання права соціального забезпечення. Поява нового нормативного масиву потребувала систематизації, інтегрування та ділення на інститути або інші нормативні утворення. У зв'язку з цим, питання про зміст і співвідношення понять «соціальне забезпечення» і «соціальне страхування» виявилось дискусійним. Звернення до історії появи вказаних термінів, досвіду їх використання у законодавстві країн із соціально-орієнтованою ринковою економікою та у міжнародному законодавстві, внесли певну ясність. Концепція соціального забезпечення населення чітко окреслила їх співвідношення [1].

Відповідно до кодифікації МОП, сучасне розуміння терміну «соціальне забезпечення» як системи права, що включає такі поняття: соціальне страхування, соціальна допомога, державна допомога, що фінансується за рахунок податків, провіденціальні фонди [2].

В Україні «соціальне страхування» визнано науковцями та законодавцем організаційно-правовою формою соціального захист. На мою думку, під способом організації слід розуміти систему заходів і принципів створення, розповсюдження, забезпечення функціонування та визначення правових умов соціального забезпечення.

Вважаємо об'єктивним і науково обґрунтованим підхід до вирішення проблеми системи права соціального забезпечення за допомогою «теорії соціального ризику» (теорії ризику). Організація системи соціального захисту від ризиків — оптимальний та ефективний спосіб забезпечення юридичних гарантій реалізації соціальних прав. Її організація обумовила наукові дискусії про співвідношення термінів «соціальне забезпечення» та «соціальний захист», а головне — про зміну соціально-забезпечувальних правовідносин на соціально-захисні, що складають предмет правового регулювання права соціального забезпечення [3].

Закріплене в Конституції України право на «соціальний захист» стало відправним моментом для широкого використання в законодавстві терміну «соціальний захист». Така тенденція є обґрунтованою з позиції побудови системи соціального захисту, яка має охопити все населення в умовах становлення ринкової економіки. Зміна підходу до суб'єктного складу, запровадження спеціальних соціальних заходів щодо нейтралізації негативних наслідків ринкової економіки — визначальні у побудові нової системи соціального захисту. Тому використання терміну «система соціального захисту» виправдано, бо її структура не вичерпується державною соціальною допомогою.

Разом з тим, відмовлятися від терміну «соціальне забезпечення» не має жодних правових підстав. Вважаємо, що матеріальне забезпечення та соціальне обслуговування за основними формами соціального захисту — це види «соціального забезпечення». Використання цього терміну є коректним. Вказані виплати за функціональним призначенням та обсягом мають бути «забезпеченням». За соціальним страхуванням матеріальне забезпечення та соціальне обслуговування, звісно, не має ознак аліментарності, але їх призначення полягає в тому, що вони повинні «забезпечити» рівень життя, який можна прирівняти до настання соціального ризику. Вказані соціальні виплати являються заміною втраченого заробітку. Їх розмір залежить від тривалості страхового стажу, величини страхових внесків та розміру заробітної плати. Головне завдання законодавства полягає у визначення оптимального відсоткового співвідношення розміру забезпечення до заробітної плати (доходу).

Матеріальне забезпечення та соціальне обслуговування в рамках державної соціальної допомоги є «класичним видом» соціального забезпечення, яке не передбачає

існування попередніх зобов'язань, але, і здебільшого, його функціональне навантаження спрямоване на розв'язання проблем нестатків, полегшення скрути й створення передумов для поліпшення рівню життя. Підхід до визначення рівня соціального «забезпечення» заснований на забезпечені вартості «прожиткового мінімуму».

Вищезазначене дозволяє стверджувати, що відносини, які виникають під час здійснення різних форм соціального захисту, за своїм характером залишаються соціально-забезпечувальні. Ознака аліментарності властива правовідносинам, що виникають в рамках таких організаційно-правових форм соціального захисту, як державна соціальна допомога та спеціальний (особливий) соціальний захист.

Дослідити характер відносин, що виникають під час недержавного соціального забезпечення вкрай важко з причин нерозвиненості такої форми соціального захисту. Правові засади недержавного соціального забезпечення визначені, але його розвиток є тільки перспективним. На мою думку, ця форма матиме два підвиди, відповідно до характеру відносин, що виникатимуть: аліментарні та страхові.

Фрагментарне дослідження природи і характеру відносин, що виникають з приводу спеціального соціального захисту не сприяють остаточному формуванню концепції системи права соціального забезпечення та обумовлюють одночасне використання різних критеріїв систематизації правового матеріалу.

Залишаються без належної уваги науковців процедурні та процесуальні відносини у сфері соціального захисту.

Не зважаючи на те, що процес перетворення системи соціального забезпечення в систему соціального захисту триває, в новій системі чітко вирізняються такі структурні складові: соціальне страхування, державна соціальна допомога, особливий соціальний захист, недержавне соціальне забезпечення.

Використані джерела:

1. *Концепція соціального забезпечення населення України від 21 грудня 1993р., схвалена Постановою Верховної Ради України// Урядовий кур'єр від 22 січня 1994р.*
2. *Надточий Б. Роль соціального страхування в умовах соціальної держави та ринкової економіки// Пенсія. — 2001. — №4.*
3. *Болотіна Н. Б. Право соціального захисту. Становлення і розвиток в Україні. — К., Знання, 2005. — 381с.*

О. В. Данилюк

старший викладач кафедри теорії та історії держави і права
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ФАКТИЧНІ СКЛАДИ ЯК ПІДСТАВИ ВИНИКНЕННЯ ІНДИВІДУАЛЬНИХ ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИН

За загальним правилом, трудовий договір є підставою виникнення більшості трудових правовідносин. Проте в деяких випадках правові норми пов'язують виникнення трудових правовідносин не з одним юридичним актом[1], яким є трудовий договір, а з відповідною сукупністю юридичних фактів, приведених в певну систему.

[1] Юридичні факти, які тягнуть за собою виникнення трудових правовідносин, називаються підставами їх виникнення. Особливість цих фактів полягає в тому, що вони являють собою правомірні дії (волевиявлення працівника і роботодавця), які здійснюються з метою встановлення трудових правовідносин. Саме через те, що вони є правомірними волевиявленнями, їх називають юридичними актами.

Відповідно до загальної теорії права така сукупність (система) називається фактичним складом [8, с. 380-381] і визначається як сукупність юридичних фактів, необхідних для настання певних юридичних наслідків [5, с. 54]. Існування фактичних складів обумовлено специфікою праці окремих категорій працівників, особливою складністю виконуваних ними робіт.

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

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

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

У теорії і на практиці фактичні склади досить часто змішують із складними юридичними фактами [4, с. 24-26], що являють собою фактичні обставини, які складаються з декількох юридично значущих сторін (ознак) [6, с. 263-264]. Наприклад, трудова дієздатність як суб'єктивний елемент — право набувати своїми діями трудових прав і обов'язків; об'єктивний елемент — вік, з якого можна поступити на роботу[1].

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

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

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

У зв'язку з цим слід зауважити, що фактичний склад, хоча й містить певну визначену кількість юридичних фактів, не є їх арифметичною сумою. Це проявляється в тому, що елементи фактичного складу лише у сукупності спричинюють виникнення правовідносин. Відсутність хоча б одного елемента перешкоджатиме цьому.

---

[1] Відповідно до статті 25 проекту Трудового кодексу України (реєстр. № 1038-1) поданого Кабінетом Міністрів України, за загальним правилом трудовий договір може укласти особа, яка досягла віку 16 років.

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

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

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

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

Використані джерела:

1. *Єрьоменко В.В. Підстави виникнення трудових правовідносин: Дис. ... к.ю.н.: 12.00.05. — Харків, 1998. — 195 с.*
2. *Иванова З.Д. Юридические факты и возникновение субъективных прав граждан // Советское государство и право. — 1980. — №2. — С. 31-39.*
3. *Исаков В.Б. Фактический состав в механизме правового регулирования. — Саратов: Изд-во Саратовского ун-та, 1980. — 128 с.*
4. *Исаков В.Б. Юридические факты в советском праве. — М.: Юридическая литература, 1984 — 144 с.*
5. *Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. — М.: Госюриздат, 1958. — 184 с.*
6. *Общая теория государства и права. Т.2. Теория права / Под ред. проф. М.Н. Марченка. — М.: Изд-во Зерцало, 1998. — 682 с.*
7. *Пилипенко П.Д. Підстави виникнення індивідуальних трудових правовідносин. — К.: Т-во Знання, КОО, 2003. — 146 с.*
8. *Проблемы общей теории права и государства: Учеб. для вузов / Под общей ред. академика РАН, д.ю.н., проф. В.С. Нерсесянца. — М.: Норма, 2004. — 832 с.*

И. О. Дормешкина
студентка Белорусского государственного университета,
Минск, Республика Беларусь

НОВЕЛЛЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ДОПОЛНИТЕЛЬНЫХ ОСНОВАНИЙ РАСТОРЖЕНИЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА ТРУДОВЫХ КОДЕКСОВ БЕЛАРУСИ И РОССИИ

Нормы, входящие в подинститут прекращения трудового договора, неизменно составляют правовое поле конфликтов между работниками и нанимателями. Изменения, внесенные Федеральным законом от 30.06.2006 г. № 90-ФЗ (далее — 90-ФЗ) в Трудовой кодекс России (далее — ТК РФ), и новеллы Трудового кодекса Беларуси (далее — ТК Республика Беларусь), внесенные Законом РБ от 20.07.2007 г. № 272-З (далее — Закон № 272-З), осуществили реформирование норм о расторжении трудового договора.

Закон № 272-З вводит в ТК РБ новое дополнительное основание расторжения трудового договора — смена собственника имущества организации (в отношении руководителя организации, его заместителей и главного бухгалтера) — п. 1-1 ст. 47 ТК РБ.

Данная новелла, на наш взгляд, является обоснованной и отвечает требованиям складывающейся экономической системы. До 26.01.2008 г. увольнение указанных лиц в связи со сменой собственника может произойти лишь при их отказе от продолжения трудовых отношений по п. 5 ст. 35 ТК РБ либо по ст. 259 ТК РБ (расторжение трудового договора с руководителем организации по решению собственника имущества организации или уполномоченного им органа), что на практике вызывает ряд проблем [4, с. 77]. Во-первых, дискуссионным является вопрос о возможности применения данной статьи к руководителям, с которыми заключен трудовой договор на неопределенный срок. Во-вторых, неясно, как следует поступать собственнику, если в трудовом договоре не был предусмотрен размер компенсации за досрочное расторжение трудового договора, возможно ли тогда применение ст. 259 ТК РБ. Общественные отношения в данной сфере являются недостаточно урегулированными, что зачастую препятствует применению ст. 259 ТК РБ, придавая ей абстрактный характер.

Аналогичная норма содержится в ТК РФ. Ч. 2 ст. 36 ТК РБ, как и ч. 1 ст. 75 ТК РФ, ограничивает данное правомочие собственника пресекательным сроком, что, безусловно, улучшает правовое положение руководителя организации, его заместителей и главного бухгалтера.

Вторым новым дополнительным основанием расторжения трудового договора является нарушение руководителем организации без уважительных причин порядка и сроков выплаты заработной платы и (или) пособий. Сложно говорить о принципиальной новизне вводимого дополнительного основания. По действующему законодательству Беларуси в случае нарушения без уважительных причин порядка и сроков выплаты заработной платы руководитель организации может быть уволен по п. 1 ст. 47 ТК РБ и абзацу 2 подп. 2.10 п. 2 Декрета Президента Республика Беларусь от 26 июля 1999 г. № 29 «О дополнительных мерах по совершенствованию трудовых отношений, укреплению трудовой и исполнительской дисциплины» (далее — Декрет № 29) [3, с. 83]. Отсутствие легального исчерпывающего перечня грубых нарушений позволяет собственнику применять при допущении данного нарушения п.1 ст. 47 ТК РБ. В пользу подобной практики говорит п. 4 ст. 55 ТК РБ, относящий выдачу заработной платы в сроки и размерах, установленных законодательством, коллективным договором, соглашением или трудовым договором к обязанностям нанимателя, а п. 5 Декрета № 29, квалифицирует нарушение законодательства в

качестве грубого нарушения трудовых обязанностей. Целесообразность выделения в отдельный пункт нового основания расторжения трудового договора вызывает сомнения.

Трудовой кодекс РФ не предусматривает такого основания. Примерный же трудовой договор с руководителем федерального государственного унитарного предприятия, утв. Приказом Минэкономразвития РФ от 2.03.2005 г. № 49 содержит такое дополнительное основание расторжения трудового договора, как наличие по вине руководителя на предприятии более чем 3-месячной задолженности по заработной плате.

П. 1-2 ст. 47 ТК РБ не определяет срок невыплаты заработной платы, при которой допустимо увольнение работника по этому основанию. П. 8 Декрета № 29 в форме индивидуально-правового предписания устанавливает такой срок — три и более месяца. Несмотря на то, что требование п. 8 в строгом смысле не носит нормативного характера, суды на практике руководствовались им, восстанавливая на работе руководителей, допустивших меньший срок невыплаты. Возникает юридическая коллизия, требующая урегулирования. На наш взгляд, необходимо согласовать положения ТК и Декрета № 29, установив общий срок невыплаты (например, 3 месяца, как в России), или исключив срок вовсе.

Позитивной новеллой является отнесение белорусским законодателем увольнения по п. 1 ст. 47 к мерам дисциплинарного взыскания. До закрепления на законодательном уровне данное положение признавалось учеными на основе толкования п. 44 Постановления Пленума Верховного суда Республики Беларусь от 29 марта 2001 г. № 2 «О некоторых вопросах применения судами законодательства о труде» [2, п. 44].

В соответствии со внесенными в ТК РФ изменениями установлена зависимость порядка увольнения по п. 7, 8 ст. 81 ТК РФ от места совершения аморального проступка и виновных действий, дающих основание для утраты работодателем доверия, определены конкретные пресекательные сроки для реализации нанимателем права на увольнение [5, с. 153]. Отсутствие соответствующих норм в ТК РБ создает возможность увольнения работника даже по истечении длительного срока и, безусловно, порождает основания для злоупотреблений со стороны нанимателей. На наш взгляд, с целью урегулирования неблагоприятной для работника ситуации необходимо предусмотреть в ТК РБ новеллу, аналогичную российской.

90-ФЗ уточнил формулировку такого основания, как разглашение охраняемой законом тайны (добавлено разглашение персональных данных работника). Указанная новелла согласуется с нормами главы 14 ТК РФ, направленными на обеспечение защиты персональных данных работника. Белорусский законодатель не выделяет такого основания. В случае разглашения охраняемой законом тайны руководящие работники могут быть уволены по п. 1 ст. 47 ТК РБ за нарушение обязанности, предусмотренной п. 10 ст. 53 ТК РБ, а государственные служащие — по подп. 1.5 п. 1 ст. 40 Закона от 14 июня 2003 г. «О государственной службе в Республике Беларусь» [1, ст. 40]. Данное основание расторжения трудового договора также не было предусмотрено Кодексом законов о труде РСФСР 1971 г.

Все вышеизложенное позволяет сделать вывод о неоднозначной оценке новелл подинститута прекращения трудового договора.

Использованные источники:

1. *О государственной службе в Республике Беларусь: Закон Республики Беларусь от 14 июня 2003 г. // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2003. № 70.*
2. *О некоторых вопросах применения судами законодательства о труде: Постановлением Пленума Верховного суда Республики Беларусь от 29 марта 2001 г. № 1 // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2001. № 6/277.*

3. *Гудель В. Новеллы Трудового кодекса Республики Беларусь: прекращение трудового договора и трудовые отпуска // Юрист. — 2007. — № 9 (76).*
4. *Томашевский К. Проект Закона «О внесении изменений и дополнений в Трудовой кодекс Республики Беларусь»: что изменилось за 2 года? // Юрист. — 2005. — № 5(48).*
5. *Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации (краткий, постатейный) / отв. ред. проф. Ю.П. Орловский. — М.: КОНТРАКТ: ИНФРА — М, 2007.*

А. М. Євдокімов
студент Миколаївського навчального центру
Одеської національної юридичної академії,
Миколаїв, Україна

ПОНЯТТЯ ТА ЗМІСТ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ У ПРОЕКТІ ТРУДОВОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Кодекс законів про працю соціалістичної України не пристосований до сучасних ринкових перетворень, що відбуваються у державі. Він потребує змін, а тому є логічним його трансформування в новий нормативний акт, проект якого активно обговорюється у парламенті, — Трудовий кодекс України (далі — Проект). Проблемою даного дослідження є висвітлення питання становлення та розвитку трудового договору в незалежній Україні.

У науці трудового права трудовий договір розглядається як юридичний факт, який є підставою виникнення, зміни та припинення трудових правовідносин. Правове визначення трудового договору міститься у ст. 21 КЗпП України — це угода між працівником та власником підприємства, установи, організації або уповноваженим ним органом, або з фізичною особою. Працівник зобов'язаний виконувати роботу, визначену цим договором, з дотриманням правил внутрішнього трудового розпорядку, а власник або фізична особа зобов'язується виплачувати працівнику заробітну плату та забезпечити умовами праці, які необхідні для виконання роботи, передбаченими законодавством про працю. колективним договором та згодою сторін. Слід також зазначити, що трудовий договір викликав до життя цілу низку правових норм, яка знайшла свій вираз у системі трудового законодавства, де інститут трудового договору займає центральне місце.

Відповідно до п. 1 ст. 39 Проекту трудовий договір визначається як угода між працівником і роботодавцем, за якою працівник зобов'язується особисто виконувати роботу (трудову функцію) в інтересах роботодавця з додержанням внутрішнього трудового розпорядку, а роботодавець зобов'язується надавати працівникові цю роботу за цією угодою, забезпечувати належні безпечні і здорові умови праці, належні санітарно-трудові умови та своєчасно і в повному обсязі виплачувати заробітну плату. У даному випадку законодавець пропонує внести такі зміни до самого визначення трудового договору, а саме:

відповідно до умов трудового договору працівник зобов'язується особисто виконувати роботу (трудову функцію). Виконання працівником особисто трудової функції полягає в тому, що працівник не в праві передати іншому працівнику виконання його особистих трудових обов'язків, передбачених трудовим договором. Якщо ж працівник не може особисто виконувати трудову функцію, наприклад у зв'язку із хворобою, то тоді такі ж функції виконує інший працівник, з яким укладається окремий строковий трудовий договір. Таким чином, захищені права працівника, який постійно виконує трудову функцію і який замінює тимчасово відсутнього працівника;

працівник зобов'язується виконувати покладену на нього роботу в інтересах роботодавця. Дане положення, на нашу думку, є суперечливим. Виходячи з цього ми приходимо до висновку, що працівник виконує покладену на нього роботу лише в інтересах роботодавця, не задовольняючи при цьому власних матеріальних інтересів, а також певною мірою не отримуючи морального задоволення. Робота, яку виконуватиме працівник, коло його трудових повноважень і обов'язків, прийнято називати трудовою функцією, її встановлення є виключною компетенцією сторін. При укладенні трудового договору сторони визначають професію, спеціальність, кваліфікацію або посаду. Отже, виходячи із даного положення п. 1 ст. 39 Проекту можна дійти висновку, що, працюючи на підприємстві, в установі, організації, працівник задовольняє лише інтереси роботодавця. У даному питанні доцільно звернути увагу на визначення поняття праці. Так, В. Прокопенко зазначає, що праця є важливою умовою життєдіяльності людей. Тільки завдяки праці люди можуть задовольнити свої матеріальні та моральні потреби. Саме тому праця становить єдність двох функцій: засобу до життя і сфери ствердження особи. Перша з цих функцій знаходить своє відображення в орієнтації працівника на матеріальне задоволення потреб результатами своєї праці, друга — в орієнтації працівника на зміст праці, її відповідність внутрішнім запитам, моральне задоволення роботою. Отже, працівник теж зацікавлений у праці і її результатах. Тому, на нашу думку, доцільно доповнити п. 1 ст. 39 Проекту такою нормою: працівник зобов'язується особисто виконувати покладену на нього роботу в інтересах роботодавця з урахуванням особистісних потреб та інтересів.

Позитивним моментом є те, що у Проекті значну увагу приділено умовам трудового договору, їх класифікації на обов'язкові та додаткові. Це спрощує порядок укладення трудового договору, надає можливість працівнику додатково захистити власні трудові права. У трудовому договорі зазначаються прізвище, ім'я, по батькові працівника та найменування роботодавця (прізвище, ім'я, по батькові роботодавця — фізичної особи), а також обов'язкові умови, без яких трудовий договір не може вважатися укладеним, і додаткові умови, наявність яких не є обов'язковою. Слід зазначити, що відповідно до проекту ТК передбачається визначення у трудовому договорі обов'язкових умов, а саме: місце роботи; час початку дії трудового договору та час початку роботи; трудова функція, яку буде виконувати працівник (найменування професії, спеціалізації, кваліфікації, посади відповідно до встановленої класифікації професій та кваліфікаційних характеристик); умови оплати праці; умови щодо режиму праці та відпочинку; умови про охорону праці. Для окремих видів трудових договорів Проектом та іншими законами можуть бути визнані обов'язковими інші умови.

Крім обов'язкових умов, трудовий договір містить додаткові, до яких належать усі інші умови трудового договору, зокрема ті, що стосуються умов праці, випробування, застережень щодо нерозголошення комерційної таємниці та іншої захищеної законом інформації, професійної підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації працівника, покращення умов праці, виробничого побуту, умов відпочинку, надання працівникові соціально-культурних, соціально-побутових благ тощо. Сторони мають право дати тлумачення умовам трудового договору, що оформляється документом, який ними підписується. Таке тлумачення діє з дня підписання трудового договору є обов'язковим для сторін. Дане тлумачення дає можливість запобігти розбіжностей у подальшому тлумаченні умов трудового договору у випадках виникнення трудових спорів.

Нововведенням є визначення у Проекті трудової функції працівника. Визначення трудової функції працівника забезпечить його інтереси при укладенні та підписанні трудового договору, а саме у період узгодження з роботодавцем обсягів робіт, що виконуються (ст. 44 Проекту). Трудова функція працівника визначається в трудовому договорі та наказі про прийняття на роботу з посиланням на одну з професій, передбачених кваліфікацією професій, що: встановлюється спеціально

уповноваженим центральним органом виконавчої влади з питань стандартизації. Зміст трудової функції за кожною професією та відповідною кваліфікацією визначається законодавством, а в частині, що не визначена законодавством, — кваліфікаційними характеристиками, які затверджуються спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади з питань праці (наприклад: у тарифно-кваліфікаційному довіднику(характеристиці); класифікаторі професій, робіт, посад).

Питання поняття та змісту трудового договору е актуальним у сучасних умовах побудови ринкових відносин. Кодекс законів про працю потребує змін, а тому є логічним його трансформування в новий нормативний акт. У Проекті представлено нове визначення трудового договору, яке, на нашу думку, теж потребує доопрацювання. Позитивними моментами Проекту є більш повна деталізація умов трудового договору, виділення обов'язкових та додаткових умов трудового договору, можливість тлумачення умов трудового договору, визначення трудової функції працівника. Таким чином, проект ТК містить зміни відповідно до сучасних ринкових відносин визначення трудового договору та його змісту, проте потребує подальшого доопрацювання на законодавчому рівні.

Використані джерела:

1. *Науково-практичний коментар до законодавства України про працю / В. Г. Ротань, І. В. Зуб, Б. С. Стичинський, — 6-те вид., доп. і переробл. — К.: А.С.К., 2005. — 976 с.;*
2. *Трудовий кодекс України: Проект. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://http://gska2.rada.gov.ua/.*

О. І. Жолнович

асистент кафедри трудового, аграрного й екологічного права
Львівського національного університету імені Івана Франка,
Львів, Україна

НОРМИ, ЩО ЗАКРІПЛЮЮТЬ СОЦІАЛЬНІ ГАРАНТІЇ ПРАЦІВНИКІВ В СИСТЕМІ ТРУДОВОГО ПРАВА

Систему трудового права утворюють норми, які регулюють відносини, що належать до предмета цієї галузі. Такі відносини є неоднорідним, а тому правові норми, що їх регулюють також різні за своєю природою. Саме ця обставина характеризує трудове право як багаторівневу, ієрархічну систему, з відповідною складною структурою. В основу цієї системи покладено особливості предмета трудового права. З поміж інших особливостей не остання роль відводиться принципам трудового права, зокрема принципу єдності та диференціації регулювання трудових відносин.

Для трудового права є характерним поєднання норм, що мають загальну сферу дії, і норм, чинність яких обмежена певним колом осіб чи відносин. У цьому полягає зміст принципу єдності та диференціації, який поряд з предметом правового регулювання можна вважати системоутворюючим фактором.

Враховуючи те, що диференціація у трудовому праві може зумовлюватися як об'єктивними, так і суб'єктивними причинами, спеціальні норми, які закріплюють особливості праці залежно від цих причин доцільно згрупувати в окремі підсистеми.

В центрі уваги суб'єктивних підстав диференціації правового регулювання праці стоїть особа працівника. Суб'єкти трудових правовідносин відрізняються за своїм правовим статусом, за віком, статтю, станом здоров'я та іншими ознаками. Вони вимагають різного правового регулювання, яке може здійснюватись як на централізованому, так і на локальному рівні (безпосередньо на підприємствах) [1, с. 7].

Суб'єктна диференціація пов'язана з наданням певних пільг, гарантій та переваг окремим категоріям працівників. Тому виправдано сукупність норм, що закріплюють підвищений соціальний захист назвати «підсистемою соціальних гарантій». Така підсистема буде структурним елементом спеціальної частини трудового права і об'єднуватиме правові інститути, які закріплюють особливості праці неповнолітніх, жінок та осіб зі зниженою працездатністю.

Необхідність їх виокремлення, як справедливо зазначає В. Ф. Пузирний, зумовлюється завданнями правової соціальної держави. У ній громадяни мають забезпечуватися особливим правовим захистом, соціальною підтримкою і допомогою за наявності певних обставин. Такими обставинами можна вважати зокрема, непрацездатність, хворобу, вік, техногенно-екологічні катастрофи та інші обставини, за яких виникає потреба у спеціальному захисті [2, с. 8]. Науковець пропонує широкий перелік осіб, які вимагають особливого правового захисту в залежності від статі, віку, стану здоров'я, сімейного стану, соціально-правового статусу [2, с. 8-9].

Загалом погоджуючись із запропонованим переліком осіб, які потребують додаткового захисту, хочеться зупинити увагу тільки на характеристиці правового регулювання праці тих категорій осіб, трудові відносини яких регламентовані достатньою кількістю спеціальних норм, що дає можливість згрупувати їх у окрему підсистему соціальних гарантій трудового права.

Серед таких категорій працівників, трудові відносини яких регламентовані достатньою кількістю спеціальних норм, і це дає підстави для виокремлення їх у певну підсистему трудового права, є молодь в Україні. Згідно із Законом України «Про сприяння соціальному становленню та розвитку молоді в Україні» громадяни України віком від 14 до 28 років вважаються молодими. Натомість, ст. 197 КЗпП України відносить до молоді громадян України віком від 15 до 28 років. Саме щодо цієї категорії працівників чинне трудове законодавство встановлює посилені вимоги охорони праці та здоров'я, а також передбачає додаткові юридичні гарантії пов'язані з початком самостійної трудової діяльності [3, с. 100].

Всіх молодих працівників можна поділити на декілька груп — неповнолітні, молоді фахівці* та решта молоді.

Особливості правового регулювання праці неповнолітніх залежать від віку, з якого особа може працювати за трудовим договором. У КЗпП вказано три нижні вікові межі, з яких допускається прийняття на роботу. Звичайно таке нечітке формулювання тягне за собою можливість зменшення трудових гарантій неповнолітніх. Як видається, лише мінімальний вік прийняття на роботу 16 років відповідає міжнародно-правовим стандартам і співпадає з віком отримання базової середньої освіти.

Найбільше норм у чинному законодавстві присвячено працевлаштуванню молодих фахівців, як окремої категорії молоді. Передусім це стосується тих випускників державних навчальних закладів, які навчалися за державним замовленням. Трудові відносини молодих фахівців достатньо ґрунтовно врегульовано підзаконними нормативно-правовими актами. Однак, таке правове забезпечення не завжди сприяє виробленню єдиних підходів до врегулювання особливостей праці зазначеної категорії працівників.

Різне трактування одних і тих же положень, розбіжності та суперечності вимагають більш детальної правової регламентації праці молоді, а також чіткого розмежування правового статусу неповнолітнього і інших категорій молодих працівників, що забезпечило б найефективніше регулювання їхніх трудових відносин.

---

* У законодавстві та у правничій літературі щодо позначення цієї категорії працівників вживається термін "спеціалісти". Вважаємо, що на теперішній час більш коректною буде вважатися назва "фахівці", адже законодавство про освіту визначає серед осіб з вищою освітою не лише спеціалістів, як це було за радянських часів, а й молодших спеціалістів, бакалаврів та магістрів. Тому слово "фахівці" буде за цих умов узагальнюючим терміном для усіх молодих випускників вищих навчальних закладів, що перебуватимуть у статусі працівників.

Окрім вікових особливостей для суб'єктної диференціації має значення ще й стать працівника та його сімейні обов'язки. У зв'язку з цим серед норм, що закріплюють соціальні гарантії доцільно виокремити ще один інститут спеціальних норм, які присвячені правовому регулюванню праці жінок та інших осіб, що працюють і виховують дітей.

Відомо, що законодавець передбачає цілий ряд спеціальних умов, гарантій і пільг для повноцінної реалізації жінками права на працю і поєднання її з такою важливою соціальною функцією, як материнство. Більшість гарантій для працюючих жінок наше законодавство успадкувало з радянських часів. І що характерно, що вони є достатньо високими, навіть у порівнянні з гарантіями передбаченими законодавством високорозвинених Європейських держав. Разом з тим, практика показує, що навіть за такого регламентування трудових прав жінок, в Україні майже у всіх галузях суспільного життя в тій чи іншій мірі присутні прояви гендерної дискримінації.

Тому, в період становлення ринкової економіки, необхідно переглянути закріплені гарантії для працівників-жінок, а також зацікавити роботодавця у покращенні їх умов праці. Цього можна досягти застосовуючи систему економічного стимулювання та надання пільг роботодавцям, у тому числі щодо сплати податків й обов'язкових платежів.

Самостійну групу соціальних гарантій становлять норми, які регулюють трудові відносини осіб зі пониженою працездатністю. До цієї категорії належать особи похилого віку та інваліди. Організація праці таких людей має свою специфіку, а тому доцільно згрупувати норми, що її регламентують в окремий інститут спеціальної частини.

Особливості правового регулювання праці інвалідів знайшли своє відображення у різноманітних нормативних актах, починаючи з норм КЗпП України та закінчуючи підзаконними актами. Багато норм, що регламентують трудові правовідносини містяться у спеціальному Законі України «Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні» ухваленого ще 21.03.1991 р.

Користуються певними перевагами у трудових правовідносинах і особи похилого віку. Зокрема, додаткові гарантії для повноцінної реалізації права на працю цих осіб містяться у Законі Україні «Про основні засади соціального захисту ветеранів праці та інших громадян похилого віку в Україні» від 16 грудня 1993 р.

Хоча вагомих пільг для осіб похилого віку спеціальними нормами не передбачено, однак визнання їх трудових прав на законодавчому рівні можна вважати надзвичайно важливим для реалізації ними свого права на працю. Ця категорія осіб є достатньо вразливою та незахищеною, а тому виокремлення норм, що регламентують їх права та інтереси в окрему групу адекватно відповідатиме міжнародним трудовим стандартам.

Недоліком законодавчого регулювання праці осіб зі зниженою працездатністю можна вважати те, що норми, які передбачають певні пільги і гарантії для цієї категорії осіб містяться в різноманітних нормативних актах, що не завжди сприяє їх повному застосуванню. Можна частково погодитися з О. М. Ярошенком, що виокремлення глави «Особливості регулювання праці інвалідів» у Трудовому кодексі, яка містила б всі норми, присвячені правовому регулюванню трудових відносин інвалідів сприятиме ефективнішому застосуванню цих норм [4, с. 51-55]. Однак, видається, що розширення змісту цієї глави і її назва «Особливості регулювання праці осіб з пониженою працездатністю» дозволило б акумулювати у ній більшу кількість однорідних спеціальних норм.

Отже, всі норми, які здійснюють спеціальне правове регулювання, що пов'язане із специфікою суб'єкта трудових правовідносин необхідно згрупувати в одну підсистему соціальних гарантій спеціальної частини трудового права, оскільки їхнє призначення полягає в тому, щоб захистити чи зрівняти у правах менш захищені або

вразливі категорії працівників. Це допоможе виробити єдині підходи до врегулювання особливостей праці тих категорій осіб, які потребують підвищеного соціального захисту. Такими категоріями працівників можна вважати молодь, жінок, осіб з сімейними обов'язками та осіб зі зниженою працездатністю.

Використані джерела:

1. *Бурак В. Я. Єдність і диференціація правового регулювання трудових відносин робочого часу, часу відпочинку і заробітної плати на підприємствах: Автореферат дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05 / Київський національний університет імені Тараса Шевченка. — К., 1999. — 20 с.*
2. *Пузирний В. Ф. Правове регулювання праці осіб, які вимагають особливого захисту: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05 / Одеська національна юридична академія. — Одеса, 2006. — 18 с.*
3. *Пузирний В. Ф. Правове регулювання захисту трудових прав молоді. // Захист соціальних прав людини і громадянина в Україні: проблеми юридичного забезпечення: Матеріали науково-практичної конференції. 30 січня 2003 р., м. Київ / За ред. Н. Б. Болотіної. — К.: МП «Леся», 2003. — 200с. — С. 100.*
4. *Ярошенко О. М. Окремі питання єдності та диференціації правового регулювання праці. // Актуальні проблеми науки трудового права в сучасних умовах ринкової економіки: Матеріали науково-практичної конференції; м. Сімферополь, 19-20 травня 2003 р. / За ред. проф. В. С. Венедиктова. — Х.: Нац. ун-т внутр.справ, 2003. — 248с. — С. 51-55.*

І. В. Іванова

асистент кафедри педагогіки

Південноукраїнського державного педагогічного університету ім. К. Д. Ушинського, Одеса, Україна

ПРАВОВІ АСПЕКТИ ҐЕНДЕРНОЇ РІВНОСТІ В УКРАЇНІ

Упродовж останнього десятиліття в Україні активізувалася громадська думка і діяльність з ґендерного розвитку суспільства, що знаменує нове бачення світових перетворень у виробленні національних стратегій ґендерної рівності. Відтак, як засвідчують результати досліджень М. Богачевської-Хом'як, В. Васильєвої, Л. Лобанової, О. Любарської, Л. Магдюк, Т. Мельник, Л. Смоляр нездатність до визнання відмінностей жіночих і ґендерних проблем у вирішенні суспільних відносин, утримуватиме Україну у стані спонтанних ґендерних процесів, консервації традиційного середовища з властивими для нього соціокультурними відносинами, що свідчить про складне входження ґендера в українське суспільство в умовах протидії налаштованих на минуле сил.

Зокрема, у прийнятих рекомендаціях учасників парламентських слухань щодо реалізації в Україні положень конвенції ООН «Про ліквідацію усіх форм дискримінації стосовно жінок» від 12.06.1995 р., Національній Академії наук, Міністерству освіти України, Державному комітету України з питань науки та технологій було вказано: «З метою формування об'єктивного сприйняття та розуміння сучасного жіночого руху, місця та ролі жінок у суспільстві, розробити стратегію виховання та формування нового світогляду» [2, с. 84].

Однак, серед найбільш суттєвих суперечностей сьогодення, стає спроба державних інститутів приєднати питання «ґендерні проблеми» до назви «поліпшення становища жінок», які за своєю суттю є формальним поєднанням цілого і його частини, алогічним та декларованим явищем, що не привносить кардинальних змін. Вихід державних і громадських структур на ґендерні перспективи потребує перебудови

настанов діяльності, сприйняття нових проблем і підходів до їх розв'язання, здатності бачити ґендерні проблеми.

Водночас, як підкреслює Т.Мельник [2, с. 89], утворення національного суспільства неможливе поза світовим і європейським співтовариством. Переломність історичного періоду становлення ґендерної концепції в державі пов'язано з переходом України від тоталітаризму до ліберально-демократичних форм суспільного життя. Процес національного новоутворення українського суспільства відбувається в умовах світових ґендерних перетворень (1980-1990 рр.), що полягає в переосмисленні шляхів розв'язання проблеми рівності статей — на зміну «концепції поліпшення становища жінок» у світовій і національній свідомості задля утвердження концепції ґендерного розвитку суспільства. Сутність нової ґендерної концепції полягає у змінах якісних характеристик статей та набутті нових рис; створенні і забезпеченні особливих умов забезпечення рівності чоловіків та жінок; ліквідації всіх форм дискримінації статей; наповненні ґендерним компонентом усієї державної системи; використанні ґендерного підходу до оцінки державних планів і результатів; визначенні ґендерних перспектив.

У реальній практиці, з огляду на досвід більшості країн Північної Європи та Канади, вироблено національні механізми забезпечення ґендерної рівності, які найчастіше розуміються як спеціалізовані органи, що займаються поліпшенням становища жінок, питаннями рівності жінок і чоловіків, наповненням компетенції всіх державних структур ґендерним компонентом задля утвердження демократичного, соціального і правового компонентів у забезпеченні рівних прав та можливостей чоловіків і жінок. Отже, національні ґендерні стратегії охоплюють діяльність державних інституцій, спрямовану на забезпечення рівних прав, свобод та можливостей жінок і чоловіків, утвердження ґендерної демократії та формування ґендерної культури в суспільстві. Вивчаючи міжнародний досвід забезпечення ґендерної рівності, Т. Мельник [2] зазначає, що для державної ґендерної діяльності є характерним: вироблення ґендерних стратегій і способів їх досягнення; цілеспрямована розробка програм щодо втілення ґендерних стратегій; вироблення державних механізмів забезпечення ґендерної рівності в суспільстві; проведення ґендерної експертизи чинного законодавства; гарантування здійснення державної та правової політики з ґендерної рівності.

В українському суспільстві можна відзначити ряд специфічних політичних програм, що, на нашу думку, служить нормативно-правовим підґрунтям задля подальшого розвитку ґендерної рівності в державі: прийняття специфічних антидискримінаційних законів. Починаючи з 1999 р., до Верховної Ради було внесено чотири законопроекти: «Про державне забезпечення рівних прав і можливостей чоловіків і жінок (жовтень 1999 р., М. Ковалко), «Про національну стратегію поліпшення положення жінок в Україні» (жовтень 1999 р., В.Костицкий), «Про забезпечення рівності прав жінок та чоловіків» (вересень 2002 р., Р.Зварич), «Про забезпечення рівних прав і можливостей жінок та чоловіків» (березень 2003 р., О. Волков, О. Біловол), які були відхилені за різних причин. І лише поданий законопроект «Про забезпечення рівних прав і можливостей жінок і чоловіків» (січень 2004 р., О. Білозір, Ю. Кармазін, В. Семенюк, Л. Супрун та ін.) прийнятий 8 вересня 2005 р. По-друге, наявності таких механізмів, як посередництво, арбітраж, робота комісій проти дискримінації за статевою ознакою. По-третє, спеціальні структури із забезпечення рівності між жінками і чоловіками такі, як Сектор у справах жінок, охорони материнства і дитинства (1993-1995 рр.), Державний комітет зі справ жінок, молоді, материнства і дитинства (1995-1996 р.), Координаційна Рада при Міністерстві у справах сім'ї та молоді (1997 р.), Рада рівних можливостей (1998 р.), Міністерство та регіональні Управління у справах сім'ї та молоді (1996-2006 рр.).

Задля фокусування і досягнення реальних результатів концепції ґендерного розвитку суспільства необхідне створення довгострокової стратегії ґендерної рівності,

схваленої всіма державними інституціями, що розробляють шляхи вирішення ґендерних питань в Україні. Така стратегія повинна спрямовуватись на всі сфери суспільного розвитку держави і охоплювати процес освіти у забезпеченні ґендерного розвитку особистості.

Виконання Україною принципу ґендерної рівності як невід'ємного фактору вступу України до Ради Європи можливе через інтегрування ґендерних стратегій у національні освітні технології і недопущення найменшої дискримінації за статтю. Тому, важливим інструментом забезпечення ґендерної рівності стає ґендерний аналіз, що допомагає визначити: наслідки консерватизму та закоренілих стереотипів у різних сферах життя; різноманітні перспективи ґендерного розвитку країни, регіону чи інституції; чоловічий і жіночий доступ до ресурсів та контролю за ними у процесі прийняття рішень; соціокультурні перешкоди щодо зменшення ґендерної нерівності.

Істотною є роль лобіювання інтересів жінок жіночими рухами, що посилилася у процесі прийняття і виконання національних ґендерних стратегій [1, с. 128]. Ініціативи неурядових громадських організацій України зі сприяння ґендерній рівності просуваються шляхом її досягнення засобами виконання різних проектів, серед яких добір статистичних банків даних, здійснення соціологічних досліджень, розробка навчальних посібників, проведення семінарів та конференцій; вироблення національної політики з упровадження ґендерної рівності (Ліга жінок виборців Україні 50/50); розвиток молодіжних об'єднань у розбудові громадянського суспільства в Україні (Центр молодіжних жіночих ініціатив); добір інформації про ґендерний розвиток суспільства (Всеукраїнський центр інформації та соціально-економічної адаптації). Отже, стратегічною метою громадських об'єднань є прагнення побудувати нове суспільство на паритетних засадах, утвердження принципів свободи й правової рівності для людини; дотримання ґендерної демократії, як загальносуспільної цінності.

Підсумовуючи зазначимо, що використання знань і талантів кожного громадянина, як жінки так і чоловіка, у реконструкції суспільства, стане вирішенням наявних проблем сучасності. Суттєво й те, що при переході до ґендерного розвитку суспільства необхідно оцінити сучасний вплив чоловіків і жінок, їх стосунків у законодавстві, соціальних інститутах; зрозуміти соціальні процеси, що визначають напрями ґендерних стратегій на шляху ґендерної рівності.

Використані джерела.

1. *Ярош Я. Роль молодіжних об'єднань у розбудові громадянського суспільства в Україні // Матеріали науково-практ. конф. «Сприяння ґендерній рівності на Волині». — Луцьк: КУҐФ, 2003. — С. 125-131.*
2. *Мельник Т. М. Ґендер як компонент громадської думки // Проблеми освіти. Науково-методичний збірник / Гол. ред. Кремень В. Г. — К.: Науково-методичний центр вищої освіти, 2003. — Вип. 36. — С. 83-95.*

В. М. Короленко

молодший науковий співробітник Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва, Київ, Україна

ПРАВОВА ОХОРОНА ПРИВАТНОСТІ ПРАЦІВНИКА

Термін «приватність» не має нормативного закріплення в Україні, через що можливі різноманітні його розуміння. Ми під терміном приватність розуміємо як можливість особи зберігати своє життя та особисті справи поза увагою суспільства, а також можливість контролювати поширення інформації про себе.

У зв'язку з подальшим впровадженням в управління, надання послуг, виробництво та інші сфери суспільного життя сучасних комунікаційних технолог, з розвитком засобів об'єктивного контролю та їх доступністю на ринку України стає нагальним питання приватності працівника під час виконання ним своїх трудових обов'язків, а також під час пошуку роботи.

На сьогодні приватність особи охороняється рядом міжнародних договорів, які ратифіковано Україною, через закріплення права особи на повагу до приватного і сімейного життя, до кореспонденції тощо. Ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1947 р., наприклад, передбачає, що кожен має право на повагу до його приватного і сімейного життя, до житла і до таємниці кореспонденції. При цьому зазначається, що органи державної влади не можуть втручатися у здійснення цього права інакше ніж згідно із законом і коли це необхідно в демократичному суспільстві в інтересах національної і громадської безпеки або економічного добробуту країни, з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або з метою захисту прав і свобод інших осіб.

Міжнародним пактом про громадянські і політичні права 1966 р. передбачено, що ніхто не повинен зазнавати свавільного чи незаконного втручання в його особисте і сімейне життя, свавільних чи незаконних посягань на недоторканість його життя або таємницю його кореспонденції чи незаконних посягань на його честь і репутацію.

Крім того, прийнято ряд міжнародних актів, які визначають основні засади охорони інформації про особу (персональних даних), зокрема і при їх автоматизованій обробці. Серед таких актів зазначимо Конвенцію Ради Європи про захист осіб стосовно автоматизованої обробки даних особистого характеру від 28.01.1981 р., Директива 95/46/ЄС Європейського Парламенту і Ради «Про захист фізичних осіб при обробці персональних даних і про вільне переміщення таких даних» від 24.10.1995 р., Директива 97/66/ЄС Європейського Парламенту і Ради «Стосовно обробки персональних даних і захисту права на невтручання в особисте життя в телекомунікаційному секторі» від 15.12.1997 р.

Серед документів Міжнародної організації праці виділимо Конвенцію про приватні агентства зайнятості № 181 та Рекомендацію щодо приватних агентств зайнятості № 188 від 19.06.1997 р. Вказаними документами передбачено, що обробка приватними агентствами зайнятості особистих персональних даних працівників:

- здійснюється з урахуванням захисту цих даних і гарантуванням секретності згідно з національним законом і практикою;
- обмежується питаннями щодо кваліфікації та професійного досвіду зацікавлених працівників, а також будь-якою іншою інформацією, що безпосередньо цього стосується.

Нажаль, не всі зазначені документи є обов'язковими для виконання на території України. Проте національне законодавство також містить норми, якими охороняється право громадян, в тому числі і працівників, на приватність.

Статтею 31 Конституції України кожному гарантується таємниця листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. Винятки можуть бути встановлені лише судом у випадках, передбачених законом, з метою запобігти злочинові чи з'ясувати істину під час розслідування кримінальної справи, якщо іншими способами одержати інформацію неможливо.

Статтею 32 Конституції передбачено, що ніхто не може зазнавати втручання в його особисте і сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією України; не допускається збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини.

Відповідно до ст. 270 Цивільного кодексу України право на недоторканість особистого і сімейного життя, право на таємницю листування, телефонних розмов,

телеграфної та іншої кореспонденції є особистими немайновими правами особи. Крім того, ЦК України передбачено, що фізична особа має право вимагати від посадових і службових осіб вчинення відповідних дій, спрямованих на забезпечення здійснення нею особистих немайнових прав. Органи влади у межах своїх повноважень забезпечують здійснення фізичною особою особистих немайнових прав. Юридичні особи, їх працівники, окремі фізичні особи, професійні обов'язки яких стосуються особистих немайнових прав фізичної особи, зобов'язані утримуватись від дій, якими ці права можуть бути порушені. Діяльність фізичних та юридичних осіб не може порушувати особисті немайнові права.

Обмеження особистих немайнових прав фізичної особи, встановлених Конституцією України, можливе лише у випадках, передбачених нею. Обмеження особистих немайнових прав фізичної особи, встановлених цим ЦК України та іншими законами, можливе лише у випадках, передбачених ними.

Конституція прямо не передбачає можливість відмови особи від права на таємницю кореспонденції та телефонних розмов. Водночас заборона на будь яке оприлюднення кореспонденції та телефонних розмов за власної ініціативи порушувала б право особи на поширення інформації. Ст. 306 ЦК України можна зробити висновок, що до кореспонденції відносяться, зокрема, листування, телеграми, телефонні розмови, телеграфні повідомлення. Як зазначають автори науково-практичного коментаря Цивільного кодексу України, до кореспонденції також відносяться повідомлення електронною поштою, пейджером, SMS тощо [1, с. 418].

ЦК України визначається, що кореспонденція може використовуватись, зокрема і шляхом опублікування, лише за згодою особи, яка направила її, та адресата. Якщо кореспонденція стосується особистого життя іншої фізичної особи, для її використання потрібна також згода цієї особи. За таких умов роботодавцеві важко забезпечити законний нагляд за змістом кореспонденції працівника. Адже якщо згоду працівника на ознайомлення з кореспонденцією отримати організаційно не складно, то отримання згоди адресата, адресанта чи співрозмовника, якай не є працівником, може виявитись неможливим.

Не викликає питань можливість збору роботодавцем інформації про працівника за його згодою. Збір інформації про особу за її згодою передбачено як Конституцією України, ЦК України, так і деякими законами та підзаконними нормативними актами.

Окремий інтерес представляють положення чинного законодавства щодо можливості здійснення фото-, кіно-, теле- та відео зйомки працівника. Така зйомка вже іноді застосовується роботодавцями для контролю за працівниками на робочому місці. Однак ст. 307 ЦК України передбачено, що така зйомка особи може проводитись лише за її згодою, а без її згоди — лише у випадках, передбачених законом. Тобто роботодавець не просто повинен повідомити про ведення такої зйомки, а отримати на неї згоду працівника. На наш погляд, така згода повинна бути зафіксована письмово. Для забезпечення особистих немайнових прав працівника при наданні такої згоди доцільно також вказувати, які способи використання свого зображення він дозволяє: перегляд в режимі реального часу працівниками служби безпеки підприємства, зберігання в архіві, трансляція в ефірі чи мережах тощо.

Водночас можуть виникнути питання щодо правомірності зйомки відвідувачів підприємства. Такі питання можуть бути предметом іншого дослідження. Крім того, предметом подальшого дослідження може стати правове регулювання обмежень прав працівника на приватність у зв'язку з виконанням трудових обов'язків стосовно третіх осіб.

Використані джерела:

1. *Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2-х ч. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. — К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. — Ч. 1. — 692 с.*

О. І. Кульчицька
кандидат юридичних наук,
асистент кафедри трудового, аграрного й екологічного права
Львівського національного університету імені Івана Франка,
Львів, Україна

ДО ПИТАННЯ ПІДТВЕРДЖЕННЯ СПЕЦІАЛЬНОГО СТАЖУ РОБОТИ, ЩО ДАЄ ПРАВО НА ПЕНСІЮ НА ПІЛЬГОВИХ УМОВАХ

Законом України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» від 9 липня 2003 року № 1058-IV передбачено, що пенсійне забезпечення застрахованих осіб, які працювали або працюють на підземних роботах, на роботах з особливо шкідливими і особливо важкими умовами праці за списком № 1 та на інших роботах із шкідливими і важкими умовами праці за списком № 2 виробництв, робіт, професій, посад і показників, затверджених Кабінетом Міністрів України (надалі — Список № 1 і Список № 2), та за результатами атестації робочих місць, на посадах, що дають право на призначення пенсії за віком на пільгових умовах або за вислугу років, які відповідно до законодавства, що діяло раніше, мали право на пенсію на пільгових умовах або за вислугу, здійснюється згідно з окремим законодавчим актом через професійні та корпоративні фонди. Однак до запровадження пенсійного забезпечення через професійні та корпоративні фонди пенсії цим особам призначаються за нормами Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» в разі досягнення пенсійного віку та наявності трудового стажу, передбаченого Законом України «Про пенсійне забезпечення» від 5 листопада 1991 року № 1788-XII.

Загальновідомо, що ст. 13 Закону України «Про пенсійне забезпечення» встановлює для зазначеної категорії працівників вимоги щодо пенсійного віку, загального стажу роботи та стажу роботи на відповідних роботах, що дає право на пенсію за віком на пільгових умовах. Однак для реалізації цього права необхідно не тільки, щоб робота, яку виконував працівник, була передбачена Списком № 1 чи Списком № 2, а й те, щоб умови цієї роботи відповідали показникам, зазначеним у Списках, що повинно підтверджуватися результатами атестації робочих місць на підприємствах і в організаціях. Іншими словами, якщо навіть робота, яку виконував працівник, передбачена Списком № 1 чи Списком № 2, але роботодавець не проводив атестацію робочих місць, то працівник, який цю роботу виконував, не матиме права на пенсію за віком на пільгових умовах навіть за наявності стажу такої роботи визначеної законом тривалості.

Закон України «Про охорону праці» в редакції Закону України № 229-IV від 21 листопада 2002 року у ст. 13 закріплює обов'язок роботодавця організовувати проведення атестації робочих місць. Порядок проведення атестації регулюється постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку проведення атестації робочих місць за умовами праці» від 1 серпня 1992 року № 442. Як передбачено наказом Міністерства праці та соціальної політики України «Про затвердження Порядку застосування Списків № 1 і № 2 виробництв, робіт, професій, посад і показників при обчисленні стажу роботи, що дає право на пенсію за віком на пільгових умовах» від 18 листопада 2005 року № 383, зазначена постанова Кабінету Міністрів України набула чинності з 21 серпня 1992 року.

Відповідно обов'язок роботодавця проводити атестацію робочих місць за умовами праці виник з 21 серпня 1992 року. Однак роботодавці з різних причин не виконують цей обов'язок, створюючи у такий спосіб перешкоди для реалізації права осіб на пільгове пенсійне забезпечення. Адже вище зазначений наказ Міністерства праці та соціальної політики України від 18 листопада 2005 року № 383 передбачає, якщо атестація з 21 серпня 1992 року не проводилася, до пільгового стажу

зараховується лише період роботи із шкідливими умовами праці на даному підприємстві, в установі чи організації до 21 серпня 1992 року включно, тобто до набуття чинності Порядком проведення атестації робочих місць. Отже, за невиконання обов'язків роботодавця фактично відповідає працівник.

Зазначеним не обмежується перелік труднощів, що можуть постати перед особами, що намагаються реалізувати право на пенсію за віком на пільгових умовах. Зокрема, Порядок підтвердження наявного трудового стажу для призначення пенсій за відсутності трудової книжки або відповідних записів у ній, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 12 серпня 1993 року № 637, передбачає, що у тих випадках, коли в трудовій книжці відсутні відомості, що визначають право на пенсії на пільгових умовах або за вислугу років, установлені для окремих категорій працівників, для підтвердження спеціального трудового стажу приймаються уточнюючі довідки підприємств, установ, організацій або їх правонаступників. Відомості у трудовій книжці, що визначають право на пенсії на пільгових умовах, передбачають наявність у трудовій книжці запису про те, що робота, яку виконував працівник, передбачена відповідним розділом Списку № 1 або Списку № 2. В багатьох випадках роботодавці не робили такі записи у трудові книжки працівників. Тому працівникам необхідно подавати уточнюючі довідки.

Отримати уточнюючу довідку від роботодавця не завжди реально як з об'єктивних, так і з суб'єктивних причин. До об'єктивних причин, зокрема, належить ліквідація підприємства, установи, організації без призначення правонаступника, а також знищення чи втрата необхідних документів внаслідок стихійного лиха, аварії чи іншої надзвичайної ситуації. На такий випадок Пенсійний фонд затвердив Порядок підтвердження періодів роботи, що зараховуються до трудового стажу для призначення пенсії на пільгових умовах або за вислугу років (постанова правління Пенсійного фонду України від 10 листопада 2006 року № 18-1). Зазначений Порядок застосовується у разі ліквідації підприємства, установи, організації без визначення правонаступника.

Суб'єктивними причинами, що зумовлюють небажання роботодавця видати працівнику уточнюючу довідку про стаж роботи, що дає право на пенсію за віком на пільгових умовах, є небажання роботодавця фінансувати витрати на виплату і доставку такої пенсії своїм працівникам. Адже відповідно до п. 2 Розділу XV «Прикінцеві положення» Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» зберігається порядок покриття витрат на виплату і доставку таких пенсій, що діяв до набрання чинності цим Законом. Зокрема, Законом України «Про збір на обов'язкове державне пенсійне страхування» від 26 червня 1997 року № 400/97-ВР передбачено, що для суб'єктів підприємницької діяльності незалежно від форм власності, їх об'єднань, бюджетних, громадських та інших установ та організацій, об'єднань громадян та інших юридичних осіб, а також фізичних осіб — суб'єктів підприємницької діяльності, які використовують працю найманих працівників, і філій, відділень та інших відокремлених підрозділів цих суб'єктів, що не мають статусу юридичної особи, розташованих на території іншої, ніж платник збору, територіальної громади, крім тих, які є платниками фіксованого сільськогосподарського податку, об'єктом оподаткування є також фактичні витрати на виплату і доставку пенсій, призначених відповідно до пунктів "б"-"з" ст. 13 Закону України «Про пенсійне забезпечення» до досягнення працівниками пенсійного віку, передбаченого ст. 12 Закону України «Про пенсійне забезпечення». Ставка збору на обов'язкове державне пенсійне страхування для цих суб'єктів становить 100 відсотків від об'єкта оподаткування.

Попри те п. 2 Розділу XV Прикінцеві положення» Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» підприємства та організації з коштів, призначених на оплату праці, вносять до Пенсійного фонду плату, що покриває

фактичні витрати на виплату і доставку пенсій особам, які були зайняті повний робочий день на роботах за списком № 1 починаючи з дня набрання чинності цим Законом, у розмірі 20 відсотків з наступним збільшенням її щороку на 10 відсотків до 100-відсоткового розміру відшкодування фактичних витрат на виплату і доставку цих пенсій до набуття права на пенсію за віком відповідно до цього Закону. Більше того, Пенсійний фонд у своїх роз'ясненнях неоднозначно визначає, який порядок все ж потрібно застосовувати. З огляду на зазначені суперечності законодавство про пенсійне забезпечення потребує у цій частині вдосконалення.

К. Є. Машков
аспірант Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ОСОБЛИВОСТІ ГІПОТЕЗИ ЗАОХОЧУВАЛЬНИХ НОРМ ТРУДОВОГО ПРАВА

Базовою одиницею законодавства є норма, яка має свою внутрішню структуру. О. Ф. Скакун зазначає, що «структура, або внутрішня форма норми права — це внутрішня побудова норми права, яка виражається у її поділі на складові елементи, пов'язані між собою» [13, с. 285].

Будова норми трудового права обумовлена рядом об'єктивних факторів і залежить від її змісту, соціального призначення в суспільному житті.

Структуру норм права досліджували багато вчених, які, здебільшого, досліджують проблеми теорії держави та права. Серед них, зокрема, можна виділити таких: Скакун О. Ф. [13, с. 285], Томашевський М. П. [15, с. 223], Апт Л. Ф. [1], Колошин В. [8, с. 44-46], Пугінський Б. І. [12, с. 23-33] та інші. Однак, дослідження вказаних та інших авторів стосуються норм права в цілому, не акцентуючи уваги на особливостях структури тих чи інших видів норм права. В юридичній науці серед правових норм виділяють заохочувальні норми [9, с. 25; 3, с. 137-138; 7, с. 175-176; 2, с. 56], які також мають свою структуру.

Елементами структури заохочувальної норми права, як і будь-якої іншої норми права, є гіпотеза, диспозиція і санкція. У кожного з вказаних елементів є особливості, властиві лише цьому виду норм. Це обумовлено специфікою заохочення як способу правового впливу.

Аналіз свідчить, що найбільш розповсюдженим способом викладення заохочувальних норм є формулювання в одній статті нормативного акту гіпотези та диспозиції. Так, наприклад, в ст. 6 Закону України «Про державні нагороди України» [10] вказано, що «Звання Герой України присвоюється громадянам України за здійснення визначного геройського вчинку або визначного трудового досягнення. Герою України вручається … орден Держави — за визначні трудові досягнення».

При цьому, гіпотеза заохочувальної норми права розглядається не тільки в якості умови реалізації диспозиції, але вона одночасно є і метою запровадження заохочувальної норми. Тільки при досягненні цієї мети, тобто виконанні всіх встановлених гіпотезою параметрів, настає акт заохочення.

Важливе значення гіпотези заохочувальної норми права полягає також в тому, що обставини та результати, які в ній закріплені, є підставою виникнення заохочувального правовідношення. Це визначає важливість того, щоб в юридичному акті були чітко визначені дійсно ефективні підстави заохочення.

Сьогодні чинні норми не завжди послідовно встановлюють показники (підстави) заохочення. Так, не є доцільним закріплення заходів заохочення за виконання в строк

та з належною якістю звичайних, повсякденних юридично значимих обов'язків. Виконання встановлених норм праці є обов'язком працівників, що закріплено в статті 139 Кодексу законів про працю України [4] та пункті 11 Типових правил внутрішнього трудового розпорядку [14]. Заохочувати, на нашу думку, є сенс не виконання покладеного обов'язку (цього слід вимагати безумовно, як належне), а перевиконання або дострокове високоякісне, економічне виконання. Так само доцільно заохочувати не тільки добросовісне відношення до своїх обов'язків, а, наприклад, бездоганне виконання покладених обов'язків протягом тривалого періоду часу.

Багатоманітність конкретних підстав заохочення обумовлює і існування декількох видів гіпотез заохочувальних норм права. За ступенем визначеності гіпотези заохочувальних норм права можуть бути поділені на абсолютно-визначені та відносно-визначені. Абсолютно-визначені гіпотези встановлюють точні результати-показники, за досягнення яких, відбувається заохочення.

Відносно-визначені гіпотези заохочувальних норм права вказують лише на загальні умови, досягнення яких тягне за собою або може потягти заохочення. Наприклад, відповідно до ст. 145 Кодексу законів про працю України [4], працівникам, які успішно і сумлінно виконують свої трудові обов'язки, надаються в першу чергу переваги та пільги в галузі соціально-культурного і житлово-побутового обслуговування (путівки до санаторіїв та будинків відпочинку, поліпшення житлових умов і т. ін.). Тут гіпотеза не закріплює суворо визначених заохочувальних результатів, а формулюється через оціночне поняття, що відноситься до типу якісних.

Слід розрізняти прості та складні гіпотези заохочувальних норм права. Перші ставлять застосування диспозиції в залежність від однієї умови, наприклад, відповідно до пункту 9 Положення про почесні звання України [11] почесне звання «Заслужений журналіст України» присвоюється працівникам засобів масової інформації за вагомий внесок у розвиток вітчизняної журналістики. Інші ставлять застосування заохочення в залежність від одночасного виконання ряду умов, наприклад, відповідно до статті 4 Дисциплінарного статуту прокуратури України [6], заохочення встановлюються за сумлінне і зразкове виконання службових обов'язків, ініціативу та оперативність в роботі; відповідно до пункту 13 Дисциплінарного статуту митної служби України [5], посадові особи митної служби заохочуються за зразкове виконання покладених на них службових обов'язків, бездоганну службу, активність та ініціативність, виявлені під час виконання своїх службових обов'язків.

Однак, не можна плутати з складними альтернативні гіпотези заохочувальних норм, які передбачають не одну, а декілька умов заохочення, але ставлять застосування заохочення в залежність від настання лише однієї з них. Так, пунктом 21 Типових правил внутрішнього трудового розпорядку [14] передбачено, що працівники заохочуються за зразкове виконання трудових обов'язків, підвищення продуктивності праці, покращення якості продукції, тривалу та бездоганну працю, новаторство у праці та за інші досягнення у праці. Вказана норма передбачає приблизний перелік умов, при настанні кожної з яких до працівників можуть бути застосовані заходи заохочення.

Але для юридичної науки не достатньо констатувати існування тих або інших видів гіпотези заохочувальних норм права. Потрібно встановити, який спосіб формулювання гіпотези ефективніше та більш відповідає потребам правового регулювання. На нашу думку, найбільш перспективною формою побудови гіпотези заохочувальних норм права є закріплення в них примірного (невичерпного) переліку підстав для застосування того чи іншого виду заохочення, а також критеріїв для визначення таких підстав для заохочення. Це дозволить відповідному органу (підприємству, установі, організації або посадовій особі) більш широко варіювати заохочувальну практику, більш повно враховувати конкретні інтереси осіб. В той же час це дозволить звести до мінімуму можливість зловживань з боку відповідних органів (підприємств, установ, організацій та посадових осіб).

Використані джерела:
1. Апт Л. Ф. Формы выражения и изложения правовых норм в нормативных актах. Автореф. дисс.. канд. юр. наук: 12.00.01 / Всесоюзный научно-исследовательский институт советского законодательства. — М. — 1973. — 16 с.
2. Бару М. И. Соотношение правовых и иных социальных норм в регулировании трудовых отношений // Советское государство и право. — 1973. — № 1. — С. 56
3. Витченко А. М. Метод правового регулирования социалистических общественных отношений. — Саратов: Издательство Саратовского университета, 1974. — 161 с.
4. Відомості Верховної Ради УРСР. — 1971. — Додаток до № 50. -С. 375
5. Дисциплінарний статут митної служби України: затверджений Законом України від 6 вересня 2005 року № 2805-IV // Голос України. — 29.09.2005. — № 183
6. Дисциплінарний статут прокуратури України: затверджений Постановою Верховної Ради України від 6 листопада 1991 року № 1796-XII // Відомості Верховної Ради України. — № 4. — 28.01.1992р. — С. 15
7. Иоффе О. С., Шаргородский М. Д. Вопросы теории права. — М.: Юридическая литература, 1961. — 378 с.
8. Колошин В. Логічна структура норми права // Право України. — 1995. — № 7. — С. 44-46
9. Лазарев В. В. Применение советского права. — Казань: Изд-во Казанского университета, 1972. — 200 с.
10. Про державні нагороди України: закон України від 16 березня 2000 року N 1549-III / Відомості Верховної Ради. — 2000р. — N 21. — С.162.
11. Про почесні звання України: Указ Президента України від 29 червня 2001 року № 476/2001 // Урядовий кур'єр. — 14.07.2001. — № 124.
12. Пугинский Б. И. О норме права // Вестн. Моск. ун-та. — Сер. 11, Право. — 1999. — № 6. — С. 23-33
13. Скакун О. Ф. Теорія держави і права: Підручник / Пер. з рос. — Харків: Консум, 2001. — 664 с.
14. Типові правила внутрішнього трудового розпорядку для робітників та службовців підприємств, установ та організацій: затверджені Постановою Державного комітету СРСР з праці та соціальних питань від 20 липня 1984 року № 213 / Бізнес — Бухгалтерія. Право. Податки. Консультації. Збірник систематизованого законодавства. — 2005. — № 1.
15. Томашевский Н. П. О структуре правовой нормы и классификации ее элементов // Вопросы общей теории советского права. — М.: Госюриздат, 1960. — 406 с.

Д. Ю. Медведенко
студент Кіровоградського юридичного інституту
Харківського національного університету внутрішніх справ,
Кіровоград, Україна

ЩОДО ІСТОРИЧНОГО АСПЕКТУ ВИНИКНЕННЯ ТА РОЗВИТКУ ПОЗИКОВОЇ ПРАЦІ

У зв'язку з поширенням глобалізації, розвитком інформаційних технологій, бурхливим технічним прогресом, почали виникати та поширюватися нові більш гнучкі форми зайнятості населення, серед яких значну увагу заслуговує позикова праця.

Що ж саме уявляє собою позикова праця? З одного боку — це специфічна форма найму персоналу, з іншого — це праця працівника, який знаходиться у трудових правовідносинах з агентством зайнятості, котре, в свою чергу, періодично надсилає останнього для виконання тимчасової роботи на інше підприємство (організацію-користувачу) під його керівництво та підпорядкування його правилам внутрішнього трудового розпорядку.

Позикова праця визнана практично у всіх країнах Європейського Союзу та складає значну частину ринку праці. У більшості країн Західної Європи на сьогодні у секторі позикової праці працюють від 1% до 2,5 % всього зайнятого населення [1,с. 6]. Цьому, значною мірою, сприяє прийнята у 1997 році Міжнародною організацією праці Конвенція № 181 « Про приватні агентства зайнятості», яка допускає застосування позикової праці та зазначає основні напрямки її правового регулювання.

Щодо історичного аспекту виникнення позикової праці, слід зазначити, що спочатку до агентств зайнятості — «підставних роботодавців», було негативне ставлення, з ними намагалися вести боротьбу на законодавчому рівні. Так, наприклад, у Франції після Лютневої революції 1848 року урядовим декретом було встановлено, що «експлуатація праці працівників через посередників забороняється» [2, с. 9].

Позикова праця спочатку стала виникати у секторах економіки з нестійким рівнем виробництва товарів та послуг, обумовленим сезонними та іншими ефектами. Тому роздрібна торгівля, готелі, ресторани, а також транспортні організації використовували послуги агенств зайнятості, які займалися рекрутинговими послугами.

Виникнення агентств зайнятості у сучасному розумінні можна прослідкувати спочатку 20-х років XX сторіччя, коли американські організації у районі м. Чикаго (США) стали надавати офісних працівників фірмам для задоволення потреб нової економіки, яка базувалася на сфері послуг. «Ці фірми-піонери збільшували попит на позикових працівників, забезпечуючи їх для виконання завдань електронним калькулятором, який на ті часи дорого коштував» [3, с. 9].

Наприкінці Другої світової війни різного роду соціальні, економічні, демографічні зміни, зростаюча міжнародна конкуренція, значні коливання у попиті та пропозиції, зростаючий розмір соціальних виплат, зниження ролі та впливу профспілок на регулювання трудових відносин, призвели до значного росту кількості агентств позикової праці. Такі компанії, як Manpower та Kelli Services, стали одними з найбільш пізнаванних корпоративних брендів у країнах Західної Європи та США, а позикові працівники — невід'ємним компонентом ринку праці [3, с. 9].

З 1950-х років позикова праця міцно закріпилася у таких країнах як Нідерланди, Швейцарія та Великобританія, а незабаром після цього — в інших західноєвропейських країнах, таких, як Бельгія, Франція та ФРН.

Двома основними видами агентств позикової праці є агентства, які займаються підбором персоналу для роботодавців (рекрутингові) та агентства, які самі надають своїх працівників для тимчасової роботи на користь третіх осіб (позикової праці).

У роботодавців та їх об'єднань, які є основними користувачами послуг агентств позикової праці, традиційно склалося позитивне ставлення до використання позикової праці. У 1967 році в Парижі була заснована Міжнародна конфедерація агентств позикової праці, яка стала найкрупнішим об'єднанням позикової праці. Конфедерація об'єднує національні федерації, в які входять відповідні агентства із 30 країн світу та шість найкрупніших компаній світу. Основною метою конфедерації є сприяння більшого визнання позитивного вкладу, який агентства здатні внести в розвиток ринку праці, створення робочих місць, а також інтеграції безробітних на ринок праці [4, с. 108].

Слід зазначити, що, на сьогодні, для нашої країни відносини по застосуванню позикової праці є новими, актуальними та потребують наукового дослідження. При цьому слід враховувати міжнародне законодавство, позитивний досвід країн Заходу, попит та пропозиції сучасного вітчизняного ринку праці, можливості та прагнення працівників (іноді позикова праця є для останніх єдиним шансом працевлаштуватися) та практику діяльності кадрових агентств.

Використані джерела:
1. European Foundation for the Improvent of Living and Working Conditions Tempory agency work in an enlarget European Union. — Luxemburg Office for Official Publications of the European Communities. — 2006. — VII. — P. 8-26.
2. Storrie D. Tempory agency work in the Europen Union. — Luxemburg Office for Official Publications of the European Communities. — 2002. — P. 27.
3. Finney M., Dasch D. A Heritage of Service: The History of Tempory Help in America. — Alexandria, VA National Association of Tempory Service. — 1991. — P. 42-56.
4. Кривой Я. В. Правовое регулирование заемного труда: опыт и перспективы // Известия ВУЗов. Серия 6 «Правоведение» / Изд-во юр. факультета СПб гос.университета. — 2004. — № 5. — С. 107-110.

І. Ю. Михайлова
студентка Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

БЕЗПРИТУЛЬНІСТЬ ЯК ПІДСТАВА НАДАННЯ СОЦІАЛЬНИХ ПОСЛУГ

Розбудова України як демократичної правової держави потребує ретельного аналізу законодавства як важливої умови забезпечення прав і свобод людини. Особливо це стосується найбільш вразливої категорії нашого населення — дітей. Найсерйознішою проблемою у сфері прав дитини в Україні на сьогодні є дитяча бездоглядність, безпритульність. Конвенція про права дитини, встановлює в якості міжнародного закону всі права для забезпечення виживання, розвитку і захисту дітей. Проблема дитячої безпритульності в Україні має місце вже протягом тривалого часу. Протягом останніх років політика держави щодо соціального захисту безпритульних дітей базувалася на положеннях Законів України «Про органи і служби у справах неповнолітніх та спеціальні установи для неповнолітніх», «Про соціальну роботу з дітьми та молоддю», «Про охорону дитинства», «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування», «Про соціальні послуги».

Основним нормативним актом у роботі з безпритульними дітьми на сьогоднішній день є Закон України «Про основи соціального захисту бездомних громадян і безпритульних дітей», який набрав чинності з 1 січня 2006 року.

Закон визначає загальні засади соціального захисту безпритульних дітей, забезпечує правове регулювання відносин у суспільстві, які спрямовані на реалізацію безпритульними дітьми прав і свобод, передбачених Конституцією України та чинним законодавством, створює умови для діяльності громадських та благодійних організацій, що працюють у сфері соціального захисту населення.

Законодавець вживає такі терміни як: «безпритульність», «безпритульний», «безпритульні діти». Безпритульність — стан людини, пов’язаний з неможливістю фактично проживати/перебувати в жилому приміщенні, на яке вона має право. Безпритульний — людина, яка перебуває у стані безпритульності. Безпритульні діти — діти, які були вимушені залишити або самі залишили сім’ю чи дитячі заклади, де вони виховувались, і не мають певного місця проживання.

Безпритульні діти мають право на повагу до їх гідності, охорону здоров’я, соціальний захист, правову допомогу, звернення відповідно до законодавства із заявами та скаргами до органів державної влади та органів місцевого самоврядування, отримання інформації про свої права та обов’язки. Безпритульні діти також користуються іншими правами та свободами, що закріплені Конституцією і законами

України. Реалізація безпритульними дітьми своїх прав не повинна завдавати шкоди національним інтересам країни, правам, свободам і законним інтересам інших громадян.

У статті 7 Закону України «Про соціальні послуги» йдеться мова, про безоплатні соціальні послуги, що надаються державними та комунальними суб'єктами в обсягах, визначених державними стандартами соціального обслуговування, дітям та молоді, які знаходяться у складній життєвій ситуації у зв'язку з інвалідністю, хворобою, сирітством, безпритульністю, малозабезпеченістю, конфліктами і жорстоким ставленням у сім'ї.

Слід відмітити, що з метою створення необхідних умов для забезпечення прав та свобод безпритульних дітей запроваджується їх облік, що здійснюється службами у справах неповнолітніх місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування.

Реєстрація переважного місцезнаходження бездоглядних дітей здійснюється за юридичною адресою спеціалізованого закладу, який здійснює їх облік, або інших закладів для цієї категорії осіб.

Заклади для безпритульних дітей — це соціальні заклади, діяльність яких спрямована на допомогу безпритульним дітям, їх підтримку та реінтеграцію (система заходів, спрямованих на повернення безпритульних дітей до самостійного повноцінного життя).

Такими закладами для безпритульних дітей є:

- Притулок для неповнолітніх служби у справах неповнолітніх, який є закладом соціального захисту та створений для тимчасового перебування в ньому неповнолітніх віком від 3 до 18 років.
- Центр соціально-психологічної реабілітації дітей є закладом соціального захисту, що створюється для тривалого (стаціонарного) або денного перебування дітей віком від 3 до 18 років, які опинилися в складних життєвих обставинах, надання їм комплексної соціальної, психологічної, педагогічної, медичної, правової та інших видів допомоги.

Основними завданнями притулків для дітей є соціальний захист дітей, які опинились у складних життєвих обставинах, залишили сім'ї, навчальні заклади; створення належних житлово-побутових і психолого-педагогічних умов для забезпечення нормальної життєдіяльності дітей, надання їм можливості навчатися, працювати та змістовно проводити дозвілля.

Діти забезпечуються харчуванням, одягом, взуттям, предметами для навчання і дозвілля, а також комунально-побутовими послугами згідно з нормативами, затвердженими Кабінетом Міністрів України.

Лікувально-профілактична та санітарно-протиепідемічна робота у зазначених закладах організується і проводиться відповідно до законодавства про охорону здоров'я.

Крім того, Законом України "Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування" визначено коло громадян, яким надаються жилі приміщення позачергово. Дітям-сиротам та дітям, позбавленим батьківського піклування, а також повнолітнім особам з числа дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, які не мали жилих приміщень або втратили житло до свого влаштування в заклади для дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, у прийомні сім'ї, дитячі будинки сімейного типу, передачі під опіку, піклування, після закінчення їх перебування в зазначених закладах, прийомних сім'ях, дитячих будинках сімейного типу, під опікою, піклуванням та в інших випадках жилі приміщення надаються позачергово. Держава охороняє і захищає права та інтереси дітей при вчиненні правочинів щодо нерухомого майна. Згідно із чинним законодавством, неприпустимо зменшення або обмеження

прав і охоронюваних законом інтересів дітей при вчиненні будь-яких правочинів стосовно жилих приміщень. Слід зазначити, що здійснення контролю за дотриманням батьками та особами, які їх замінюють, житлових прав і охоронюваних законом інтересів дітей покладено на органи опіки та піклування. Для здійснення будь-яких правочинів стосовно нерухомого майна, право власності на яке або право користування яким мають діти, потрібна попередня згода органів опіки та піклування. Посадові особи органів опіки та піклування несуть персональну відповідальність за захист прав і охоронюваних законом інтересів дітей при наданні згоди на вчинення правочинів щодо належного дітям нерухомого майна.

Отже, формування та проведення ефективної соціальної політики, невід'ємною складовою якої є сфера соціальних послуг, є вагомим підґрунтям у здійсненні економічних реформ та важливим показником якості державного управління соціальним розвитком. Вирішення проблеми дитячої безпритульності в Україні є головним обов'язком держави, основними напрямами правової політики якої мають стати подальше реформування системи нормативно-правового забезпечення захисту цієї категорії суспільства та значне підвищення рівня правової освіти і правового виховання дітей і молоді, що стане запорукою позитивних зрушень у цій сфері в найближчому майбутньому.

Р. І. Обручков
викладач Миколаївського навчального центру
Одеської національної юридичної академії,
Миколаїв, Україна

ПІДСТАВИ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ТА ПОРЯДОК ЇЇ РЕАЛІЗАЦІЇ У ТРУДОВОМУ ПРАВІ

Виникнення, зміна та припинення правовідносин у відповідності з нормами права не можливе без належного виконання сторонами правовідношення покладених на них обов'язків. Однак реальне життя та юридична практика неминуче стикаються із несумлінним ставленням деяких суб'єктів до виконання своїх обов'язків. Саме для таких випадків у теорії права сформульоване поняття юридичної відповідальності. В трудовому праві України невиконання суб'єктами своїх обов'язків або зловживання наданими їм правами, як і в інших галузях права, дуже поширено.

Основними суб'єктами трудового права є працівник та роботодавець. Однак на відміну від роботодавця, який має право самостійно притягнути працівника до відповідальності за невиконання ним своїх обов'язків, працівник такої можливості не має. Єдиним можливим способом притягнення роботодавця до відповідальності для працівника залишається надане йому Конституцією право на звернення до суду за захистом свого порушеного права. Згідно із змістом КЗпП таке звернення працівника розглядається у порядку вирішення трудових спорів, причому звернення працівника до судових органів обмежується певним строком, який у загальній теорії називається «строком позовної давності».

Автор даної статті вважає, що чинні положення КЗпП про строки позовної давності звернення до суду не відповідають сутності поняття та порядку реалізації юридичної відповідальності щодо роботодавця.

Згідно із загальною теорією права юридична відповідальність настає за вчинення деліктоздатним суб'єктом правопорушення. Трудове законодавство та право не містять загальновизначеного поняття трудового правопорушення. Однак деякі вчені робили

спробу визначення такого явища для зазначення підстав настання матеріальної та дисциплінарної відповідальності у трудовому праві. Так, Дріжчана С. В. дає таке поняття трудового правопорушення: «протиправне, винне невиконання чи неналежне виконання сторонами трудових відносин трудових обов'язків, яке спричинило заподіяння матеріальної і/або немайнової (моральної) шкоди іншій стороні трудового правовідношення, відповідальність за яке передбачена нормами трудового права [1; с. 418]. Однак автором вважається, що найбільш прийнятним є наступне визначення правопорушення, яке надається фахівцями з загальної теорії права — це поведінка деліктоздатної особи, яка порушує правило, яке встановлено нормою права. Причому Марченко М. Н. окреслює також і форми правопорушень: невиконання покладених або прийнятих на себе обов'язків, порушення встановлених заборон чи зловживання своїм правом [2; с. 454]. З цього випливає, що роботодавець, який не виконує обов'язків щодо створення належних умов праці або, зловживаючи наданими йому правами, в односторонньому порядку змінює ці умови (в деяких випадках навіть порушуючи встановлені законодавством мінімальні гарантії для працівників), вчиняє правопорушення, за яке повинна наступати юридична відповідальність.

Багато вчених-юристів (Марченко М. Н., Скакун О. Ф., Оборотов Ю. М. та ін.) вважають що відповідальність, як наслідок правопорушення, має дві форми (види): штрафну та правовідновлюючу. Причому остання не поглинається ніякою іншою та застосовується до тих пір, доки не буде відновлений правопорядок; вона виникає з моменту вичнення правопорушення та завершується відновленням порушеного права [2; с. 494]. Суттєвою ознакою правовідновлюючої відповідальності є те, що за її наявності засоби примусу, як правило, не застосовуються, а має місце добровільне виконання правопорушником відповідальності. Державний же примус використовується у випадку виникнення конфлікту між учасниками правовідношення [3; с. 475].

Саме вище викладене має, на думку автора, застосовуватися до трудових спорів. Адже, порядок вирішення індивідуального трудового спору, як конфлікту між працівником та роботодавцем, це ніщо інше, як порядок (процедура, процес) застосування відповідальності до винних осіб за вчинення трудового правопорушення. Тому задля втілення у життя одного з основних принципів юридичної відповідальності — невідворотності — вкрай необхідно переглянути чинні положення законодавства щодо строків звернення працівника до суду за захистом своїх порушених прав роботодавцем. Під невідворотністю прийнято розуміти те, що ні одне правопорушення не повинно залишатися без відповідної юридичної відповідальності правопорушника [4; с. 528]. Це є необхідною передумовою для створення в Україні правової держави та громадянського правосвідомого суспільства. Адже правопорушення, на яке не відреагували, завдає правопорядку значну шкоду: безкарність правопорушників не тільки заохочує їх до вчинення нових, частіше більш тяжких правопорушень, але і надає негативний приклад іншим особам [2; с. 509].

Саме тому встановлення тримісячного загального строку позовної давності у більшості випадків тільки встановлює перешкоди для притягнення винних осіб до відповідальності. Не завжди вдається за можливе одразу виявити правопорушення та встановити винних у його вчиненні осіб. Крім того наявна у трудових правовідносинах економічна нерівноправність роботодавця та працівника майже завжди ставить працівника, при виникненні між ним та його роботодавцем конфлікту, перед серйозним моральним вибором: чи звертатися до суду за захистом своїх прав та зіпсувати стосунки із роботодавцем (можливим наслідком чого може бути звільнення працівника); чи відмовитися від звернення до суду та «пробачити» роботодавцю вчинене ним правопорушення (що неминуче заохочує роботодавця до нових, більш тяжких правопорушень).

Як висновок автором пропонується наступне. По-перше, встановити більший строк позовної давності (спроба чого вже зроблена законодавцем, який у Проекті Трудового кодексу встановив загальний строк у три роки [5; ч. 1 ст. 439]). А по-друге, моментом початку обчислення вказаного строку вважати не момент коли працівник дізнався або повинен був дізнатися про порушення його права, а з моменту припинення трудових правовідносин даного працівника з роботодавцем, тобто з моменту звільнення. Саме це, на думку автора, допоможе уникнути проблеми «морального вибору» працівника, та допоможе збудувати у галузі трудового права загально прийнятний правопорядок, не допускаючи безкарності правопорушень з боку роботодавця. Однак автором не виключається, що вище вказані пропозиції можуть носити тимчасовий характер — до моменту виховання у національних роботодавців відповідної поваги до їх працівників та викорінення відношення до працівників як до «засобів виробництва».

Використані джерела:

1. Трудове право України: Академ. курс: Підруч. / А. Ю. Бабаскін, Ю. В. Баранюк, С. В. Дріжчана та ін.; За заг. ред. Н. М. Хуторян. — К.: Видавництво А.С.К., 2004. — 608 с.;

2. Общая теория государства и права. Академический курс в 3-х томах. Изд. 2-е, перераб. и доп. Отв. ред. проф. М. Н. Марченко. Том 3. — М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. — 528 с.;

3. Скакун О. Ф. Теория государства и права: Учебник. — Харьков: Консум; Ун-т внутр. дел, 2000. — 704 с.;

4. Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства. Учебник для юридических вузов и факультетов. — М.: Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА — ИНФРА • М), 2000. — 552 с.;

5. Проект Трудового Кодексу України. [Электронный ресурс] Режим доступа: http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id= &pf3511=27349.

М. Р. Редька

студентка Миколаївського навчального центру
Одеської національної юридичної академії,
Миколаїв, Україна

АНАЛІЗ ПРАВОВИХ ВІДМІННОСТЕЙ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ ВІД ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ УГОД

Трудовий договір займає особливе місце в трудовому праві. На підставі трудового договору виникають трудові відносини працівника з працедавцем, що неминуче тягне включення цих суб’єктів в цілу систему відносин, які регулюються трудовим правом. Наймана праця, що є об’єктом трудових правовідносин, характеризується рядом ознак, які принципово відрізняють її від праці ненайманої:

- це праця несамостійна, залежна;
- здійснювана на основі добровільно укладеної угоди з працедавцем;
- пов’язана з виконанням певної роботи, «замовленої» працедавцем;
- пов’язана з отриманням від працедавця певної винагороди за виконану роботу.

Організаційно-правовими формами найманої праці є трудовий договір і цивільно-правові договори про працю. Між цими формами є істотні відмінності. У науці трудового права трудовий договір розглядається як юридичний факт, що є підставою виникнення, зміни і припинення трудових правовідносин; як елемент трудового правовідношення, що розкриває свій зміст у взаємних суб’єктивних правах і

обов'язках його сторін; як правовий інститут в системі трудового права. Правове визначення трудового договору міститься в ст. 21 КЗпП України. Трудова діяльність, яка протікає в рамках трудового договору, має наступні правові ознаки: праця юридично несамостійна, а така, що протікає в рамках певного підприємства, установи, організації (юридичної особи) або у окремого громадянина (фізичної особи); праця, що виконується працівником не на основі власних засобів виробництва, а на засобах (капіталі) власника; виконується не на свій страх і підприємницький ризик, а шляхом виконання в роботі вказівок і розпоряджень власника або уповноваженого їм органу і під гарантовану оплату; забезпечення працедавцем гарантій в установлених випадках; участь працедавця у фінансуванні соціального страхування працівника та інше.

Трудовий договір виступає універсальною моделлю трудового найму, визнаною у всіх країнах світу. Він викликав до життя цілу систему правових норм, яка знайшла свій вираз у формі системи трудового законодавства, де інститут трудового договору займає центральне місце.

У сучасних умовах юристами деколи висловлюються думки про те, що трудовий договір як організаційно-правова модель здійснення найманої праці в умовах ринкової економіки вичерпав себе, а його місце зайняв цивільно-правовий договір про працю [1; с. 24]. У зв'язку з цим актуальним залишається питання про відмінність цих договорів.

Предметом трудового договору виступає жива праця, інакше кажучи, процес праці. Власник має право доручити працівнику виконати будь-яке завдання у межах тієї роботи, яка обумовлена трудовим договором. Предметом же цивільного договору про працю виступає упредметнений результат праці або завдання одноразового характеру [2; с. 29].

Уклавши трудовий договір, працівник включається в штат підприємства і зобов'язаний підкорятися правилам внутрішнього трудового розпорядку, затвердженим на конкретному підприємстві. Працівник, виконуючи ці правила, повинен в процесі праці виконувати певну міру праці в певну частину робочого часу (норми праці), дотримувати правила охорони праці і виробничої безпеки. При виконанні цивільних договорів про працю, процес праці не регламентується правом і здійснюється особою самостійно на свій розсуд.

Є відмінності і в оплаті праці. За трудовим договором оплата праці регулюється законодавством про працю (КЗпП [3], Закон України «Про оплату праці» [4] і інші акти), колективними договорами і угодами, умовами трудового договору. Істотним є те, що ризик втраченої, зіпсованої продукції, роботи не з вини працівника несе власник. В усякому разі зарплата не може бути нижчим за встановлений законом мінімальний розмір. Законом встановлюється структура оплати праці, мінімальна зарплата, норми оплати при відхиленні від звичних (тарифних) умов оплати, правила індексації, терміни виплати зарплати, компенсація зарплати при затримці її виплати. У цивільному ж договорі механізм оплати праці (об'єму робіт) достатньо простий, він встановлюється угодою сторін. І навіть виплата попереднього авансу не міняє юридичної природи такої оплати.

Істотною відмінністю трудового договору від цивільно-правової є глибока соціальна природа трудового договору, яка виявляється в його ширшому соціально-правовому змісті. Уклавши трудовий договір, власник не тільки використовує працю працівника, але і приймає на себе зобов'язання з надання певних гарантій, пільг, а також по участі в соціальному забезпеченні працівника. Йдеться про надання відпустки, скороченого робочого часу для певних категорій працівників, встановлення занижених норм праці, надання гарантійних і компенсаційних виплат та ін.. Власник сплачує страхові внески до фондів соціального забезпечення за працівників підприємств (до Пенсійного фонду, Фонду соціального страхування, Фонду зайнятості, Фонду соціального захисту інвалідів); надає інші соціально-трудові пільги і гарантії за рахунок прибутку підприємства. Уклавши цивільно-правовий договір, власник за

чинним законодавством також несе витрати по внесках на соціальне страхування. Проте цим і вичерпується його соціальна діяльність відносно працівника. Такий працівник не має всіх перерахованих вище прав.

У трудових правовідносинах працедавець має дисциплінарну владу по відношенню до працівника, він може притягнути працівника за порушення трудової дисципліни до дисциплінарної відповідальності аж до звільнення або до матеріальної відповідальності, якщо це призвело до спричинення майнового збитку власнику. У цивільно-правових відносинах працедавець не володіє дисциплінарною владою по відношенню до працівника. Тут взагалі не застосовне поняття дисципліни праці — це інститут трудового права. При спричиненні майнового збитку стягнення здійснюються в судовому порядку.

Є істотні відмінності і у порядку укладення трудового і цивільно-правового договорів. Укладення трудового договору детально регламентується трудовим законодавством. Трудовий договір повинен укладатися з дотриманням встановлених в законі юридичних гарантій. Угодою сторін може встановлюватися випробування при прийомі на роботу. Цивільно-правові договори про працю укладаються за угодою сторін, з дотриманням принципів добровільності та рівності сторін. Трудовий договір укладається, як правило, на невизначений час і припиняється лише по підставах, передбачених законодавством. Строковий трудовий договір може укладатися лише у випадках, передбачених в законі (ст. 23 КЗпП). У цих нормах також виявляється спрямованість трудового законодавства до соціального захисту найнятого робітника. Цивільно-правові договори про працю укладаються на час виконання певної роботи, яку працівник виконує самостійно, і вичерпується виконаною роботою (послугою, продукцією).

Всі перелічені відмінності наочно свідчать про принципово різну правову природу трудових і цивільно-правових договорів про працю. У основі зближення трудового і цивільного права лежить неправильне уявлення про працівника і працедавця як рівноправних сторонах трудового договору [5; с. 39]. Працедавець завжди сильніший за працівника. Він встановлює умови трудового договору, оскільки він володіє капіталом, засобами виробництва. Забезпечення гарантій і соціальних внесків та виплат тягнуть за собою додаткові витрати працедавця, які деколи перевищують зарплату працівника. Це також підсилює сторону працедавця. Крім того, якщо цивільно-правовий договір розрахований на одноразове застосування, то трудовий договір — ефективна соціально-правова форма найму. З урахуванням децентралізації законодавства про працю, розширення договірних засад в регулюванні трудових відносин роль трудового договору зростатиме. Не можна не враховувати і того факту, що в країнах з розвиненою ринковою економікою трудовий договір продовжує залишатися ядром всієї системи трудового права.

Використані джерела:

1. *Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: общие положения. — М. — 1997. — 248 с.;*
2. *Чанишева Г. І. , Болотіна Н. Б. . Трудове право України. — Х.: «Одіссей», 2000. — 480 с.;*
3. *Кодекс законів про працю України: Затверджений Законом № 322-VIII від 10.12.71 // Відомості Верховної Ради України, 1971. — Додаток до № 50. — Ст. 375.*
4. *Про оплату праці: Закон України від 24 березня 1995 р. № 108/95-ВР (із змін. і доп.) // Відомості Верховної Ради. — 1995. — № 17. — Ст. 121;*
5. *Орловський Ю. Сфера дії трудового законодавства і практика його застосування // Право і економіка. — 1998. — № 10. — С. 38-40.*

О. М. Рим
аспірант Львівського національного університету імені Івана Франка,
Львів, Україна

ЮРИДИЧНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ РОБОТОДАВЦЯ ЗА ПОРУШЕННЯ УМОВ УГОДИ ПРО ОБМЕЖЕННЯ КОНКУРЕНЦІЇ

Трудове законодавство передбачає матеріальну відповідальність як працівника перед роботодавцем, так і роботодавця перед працівником. Зокрема, працівник має право вимагати відшкодування шкоди, заподіяної з вини роботодавця, а роботодавець зобов'язаний її відшкодувати.

Варто зазначити, що сторони трудового договору наділені правом у договірному порядку конкретизувати умови застосування заходів матеріальної відповідальності. Однак необхідно пам'ятати, що така відповідальність роботодавця перед працівником не може бути нижчою, ніж це встановлено на законодавчому рівні. У зв'язку з цим укладення відповідної письмової угоди, за якою роботодавець може бути звільнений від обов'язків щодо відшкодування заподіяної працівнику шкоди, буде вважатися таким, що суперечить ст. 9 КЗпП України.

Підставою для застосування щодо роботодавця заходів юридичної відповідальності є трудове правопорушення. Воно полягає у протиправному винному невиконанні чи неналежному виконанні роботодавцем умов угоди про обмеження конкуренції. Обов'язковою ознакою складу трудового правопорушення вважається також заподіяна працівнику внаслідок таких дій чи бездіяльності матеріальна або моральна шкода.

Матеріальна шкода, завдана роботодавцем працівнику може виражатися, наприклад, у повній або частковій втраті компенсаційних виплат належних йому за угодою про обмеження конкуренції. Однак, якщо протиправна поведінка роботодавця зумовлена неправомірними діями працівника, то роботодавець може бути звільнений від матеріальної відповідальності.

Шкода, заподіяна працівнику неправомірними діями роботодавця, повинна бути відшкодована в повному розмірі, якщо інше не визначено законом [1, с. 338]. Крім цього, якщо роботодавець не виконує або неналежно виконує свої обов'язки щодо виплати належних працівнику за угодою про обмеження конкуренції грошових сум, то він зобов'язаний додатково компенсувати працівнику втрату частини його доходів у зв'язку із порушенням строків їх виплати.

Чинним законодавством про працю передбачено можливість відшкодування роботодавцем працівнику моральної шкоди. Зокрема, ст. 237-1 КЗпП України передбачає відшкодування моральної шкоди працівнику, якщо порушення його законних прав призвели до моральних страждань, втрати нормальних життєвих зв'язків і вимагають від нього додаткових зусиль для організації свого життя. Розмір такої шкоди виражається у грошовій формі і визначається за взаємною домовленістю сторін угоди про обмеження конкуренції, а у разі виникнення спору — судом.

Обов'язок доказування факту заподіяння моральної шкоди покладається на працівника. При цьому, необхідно зазначити, які конкретно дії чи бездіяльність роботодавця спричинили до заподіяння йому фізичних, психічних чи душевних страждань.

Довести розмір заподіяної шкоди також зобов'язаний працівник. Невиконання цього обов'язку не може розглядатись як підстава для звільнення роботодавця від матеріальної відповідальності. За таких умов розмір завданої працівнику шкоди має визначатись органом, який вирішує спір. Для цього за заявою працівника необхідно витребувати від роботодавця необхідні документи.

На законодавчому рівні варто також встановити, що роботодавець несе відповідальність перед працівником, якщо не зможе довести, що шкоду завдано не з його вини. Тобто вина роботодавця у заподіянні шкоди працівнику, як правило, презюмується. Обставиною, що виключає матеріальну відповідальність роботодавця можна вважати заподіяння працівнику шкоди внаслідок непереборної сили.

Трудові спори про відшкодування роботодавцем шкоди завданої працівнику, крім тих, що пов'язаніз оплатою за час вимушеного прогулу чи виконання нижче оплачуваної роботи, розглядаються комісією по розгляду трудових спорів чи судом. Однак роботодавець також повинен мати право добровільно відшкодувати заподіяну ним шкоду. Для цього доцільно було б на законодавчому рівні встановити термін, протягом якого він може це здійснити. Якщо ж роботодавець порушує взяті на себе письмові зобов'язання щодо добровільного відшкодування завданої ним шкоди, то законодавець мав би передбачити правило застосування до порушника заходів юридичної відповідальності.

У контексті дослідження проблеми щодо матеріальної відповідальності роботодавця потребує нового вирішення питання щодо строків позовної давності для звернення до суду із заявою про вирішення трудового спору. За чинною тепер ст. 233 КЗпП України працівник вправі звернутись з заявою про вирішення трудового спору безпосередньо до суду в тримісячний строк від дня, коли він дізнався або повинен був дізнатись про порушення свого права, а у справах про звільнення — в місячний строк від дня вручення йому копії наказу про звільнення або від дня видачі трудової книжки. Роботодавці ж для звернення до суду мають більш тривалий термін. Вважаємо, що такий підхід до визначення термінів позовної давності зумовлює нерівне становище учасників договірних відносин, оскільки інтереси роботодавця можуть бути захищені впродовж більш тривалого терміну, ніж працівника. Нагадаємо, що Н. М. Хуторян також звертала увагу на цю проблему [1, с. 344]. Тому у новому Трудовому кодексі України доцільно було б передбачити однакові строки позовної давності для сторін трудового договору. Спори, що виникають із заподіяння матеріальної шкоди, повинні мати єдиний однорічний термін для звернення сторін до суду за захистом свого порушеного права.

Працівник вправі звернутись до роботодавця із вимогою про відшкодування шкоди і після звільнення з роботи, оскільки правовідносини щодо матеріальної відповідальності припиняються у зв'язку із відшкодуванням шкоди, а не водночас з припиненням трудового договору. Тобто припинення останнього не звільняє сторін від зобов'язань відшкодувати завдані ними збитки.

Використані джерела:

1. *Хуторян Н. М. Теоретичні проблеми матеріальної відповідальності сторін трудових правовідносин: Дис. на здобут. наук. ступ. д.ю.н.. — К. — 2002. — 394 с.*

О. П. Рудницька
здобувач Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України,
Київ, Україна

ГАРАНТІЙНІ ВИПЛАТИ В КОНТЕКСТІ РЕФОРМУВАННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ПРАЦЮ

Понятійний апарат та види гарантійних виплат, їх правове регулювання за період проголошення незалежності України не зазнало кардинальних змін. Це обумовлено тим, що реформа трудового законодавства ще триває. Не зменшуючи значення попередніх наукових праць з цього питання, слід наголосити, що проблеми регулювання гарантійних виплат у сучасних умовах потребують поглибленого дослідження. На даний час в Україні є чинним Кодекс законів про працю, який діє ще з радянських часів, а тому його норми переважно не відповідають вимогам сьогодення. Реформа трудового законодавства, у тому числі правового регулювання гарантійних виплат, вимагає прийняття нового Трудового кодексу України. Метою даної публікації є розробка пропозицій по вдосконаленню норм Кодексу законів про працю щодо гарантійних виплат та визначення положень, які можна було б запозичити при реформуванні законодавства сьогодні.

Гарантії виплати, що забезпечують реалізацію наданих працівникам прав, можуть мати як нематеріальний (збереження місця роботи, посади), так і матеріальний (збереження середнього заробітку) характер. Чинне законодавство про працю України передбачає гарантійні виплати на користь працівників, які забезпечують повне або часткове збереження їх заробітку у випадках зазначених у законі, коли через поважні причини вони тимчасово звільняються від виконання трудових обов'язків і за ними зберігається місце роботи. Разом з тим, серед правознавців триває дискусія щодо визначення поняття гарантійних виплат, адже в чинному законодавстві воно відсутнє. Така прогалина в законодавстві свідчить про відсутність єдиного розуміння правового явища, що розглядається і ускладнює розмежування гарантійних виплат з іншими виплатами на користь працівників.

Статтею 2 Закону України «Про оплату праці» від 24 березня 2005 року [1, ст. 121] гарантійні виплати віднесені до додаткової заробітної плати, що суперечить визначенню самого поняття «гарантійні виплати». За своїм змістом гарантійні виплати не можна вважати заробітною платою, оскільки вони виплачуються не за працю, обумовлену трудовим договором. За їх допомогою попереджується втрата працівниками свого заробітку в зв'язку з відволіканням їх від виконання трудових обов'язків, гарантується одержання рівня заробітної плати, яку він мав раніше. Метою надання гарантійних виплат є збереження досягнутого рівня доходів працівників.

Гарантійні виплати хоч і не є заробітною платою, але тісно з нею пов'язані. Вони здійснюються з фонду оплати праці та їх розмір, як правило, порівнюється з тими самими показниками, що і заробітна плата. Законодавством у деяких випадках передбачено надання працівнику одночасно гарантій і компенсацій, наприклад, при направленні працівника у відрядження. Існують випадки, коли категорією «компенсації» або «заробітна плата» охоплюються виплати, що за своїм призначенням є гарантійними.

Поняття гарантійних виплат визначено в статті 246 проекту ТК України [2, ст. 106]. Вони визначаються як виплати, що здійснюються роботодавцем за періоди, коли працівник з підстав, визначених законом, угодою, колективним чи трудовим договором, не працював, з метою збереження доходів такого працівника. Таке поняття прийнятне для використання його як в законодавстві, так і в теорії трудового права. З метою вдосконалення національного законодавства про працю до прийняття нового ТК України було б доцільно внести зміни до глави VIII Кодексу законів про працю,

доповнивши його статтею 117[1] «Поняття гарантійних виплат» такого змісту: «Гарантійні виплати — це виплати, що здійснюються роботодавцем за періоди, коли працівник з підстав, визначених законом, угодою, колективним чи трудовим договором, не працював, з метою збереження доходів такого працівника та місця роботи (посади)». На наш погляд, включення до Кодексу законів про працю України визначення поняття гарантійних виплат надасть можливість чітко розмежувати їх з іншими виплатами роботодавців на користь працівників.

КЗпП України не зазначає при виконанні яких саме державних чи громадських обов'язків працівник має право на отримання гарантійних виплат. Тому необхідно доповнити статтю 119 КЗпП України частиною третьою такого змісту «середній заробіток зберігається у випадках виконання наступних державних чи громадських обов'язків: здійснення працівником виборчого права або депутатських повноважень, явки по виклику до органів дізнання, досудового слідства, до прокуратури та до суду як свідка, потерпілого, експерта, спеціаліста, перекладача, понятого, участь у судових засіданнях в якості народних засідателів, участь у колективних переговорах, у роботі комісій по проведенню виборів та референдумів, у зв'язку з альтернативною службою або виконанням військового обов'язку, забезпечення проведення призову, участь у ліквідації наслідків аварії або пожежі, стихійних лих, виконання інших державних чи громадських обов'язків у випадках, які передбачені законодавством».

О. Є. Сонін [3, с. 4] зазначає, що зі складу інституту компенсацій повинні бути виключені виплати, що не мають мети компенсувати витрати працівників, зокрема, антарктичне польове забезпечення, виплати за невикористану працівником відпустку, за роботу у вихідний день. Автор даної публікації погоджується з такою думкою і вважає, що до гарантійних виплат в чинному законодавстві про працю слід віднести також грошову виплату за невикористану відпустку або її частину і вихідну допомогу, які обґрунтовано включені в проекті ТК України до інституту гарантійних виплат.

Гарантії, які встановлені законом, у випадку недотримання роботодавцем трудового законодавства, є способом захисту прав працівника. У КЗпП України відсутні норми, що регулюють відповідальність роботодавця за порушення строків виплати гарантійних виплат. Таку відповідальність необхідно передбачити в чинному трудовому законодавстві, при цьому встановити суми компенсації втрати гарантійних виплат або їх частини, внісши відповідні зміни в КЗпП України.

Висловлені пропозиції щодо удосконалення норм чинного Кодексу законів про працю сприятимуть прискоренню процедури кодифікації, покращенню правового регулювання гарантійних виплат та зміцненню правового забезпечення цих виплат роботодавцями на користь працівників.

Використані джерела:

1. Про оплату праці: Закон України від 24 березня 1995 року // Відомості Верховної Ради України. – 1995. — № 17. — Ст. 121

2. Трудовий кодекс України: Текст законопроекту № 1038-1 до другого читання (Тираж 10.02.2006) // [Електронний ресурс]. — Режим доступу: // http: www.rada.gov.ua.

3. Сонін О. Є. Компенсації за трудовим правом України. — Автореф. дис. ... канд.. юрид. наук: 12.00.05. — Харків, 2003. — 19 с.

Я. В. Свічкарьова
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права та цивільного процесу,
Кіровоградського юридичного інституту
Харківського національного університету внутрішніх справ,
Кіровоград, Україна

ЩОДО ОСОБЛИВОСТЕЙ ТРУДОВОЇ ФУНКЦІЇ КЕРІВНИКІВ АКЦІОНЕРНИХ ТОВАРИСТВ

На сучасному етапі формування і розвитку ринкової економіки особливої актуальності набуває питання правового становища керівників підприємств, особливо акціонерних товариств. Це викликано тим, що на сьогодні акціонерні товариства є найбільш поширеною організаційно-правовою формою юридичних осіб, що діють на території України. В сучасних умовах господарювання праця керівників принципово змінюється, різко зростає їх самостійність. Нормативно-правові акти, що регулюють працю керівника суттєво відстають від реальних змін у його правовому становищі, а це викликає зловживання службовим становищем, внаслідок невдалого управління відбуваються масові звільнення працівників, багато підприємств стають банкрутами. Тому гостро постає необхідність вдосконалення правового регулювання їх праці. Для цього, перш за все, необхідно визначити правове становище керівника, але це не уявляється можливим без вивчення його трудової функції.

Слід зазначити, що трудова функція працівників є однією із необхідних умов трудового договору. Вчення про трудову функцію відноситься до фундаментальних основ науки трудового права. Відомий фахівець в галузі трудового права М. Александров зазначав, що громадянин, який вступає на роботу як робітник або службовець, зобов'язується виконувати певну трудову функцію у спільній колективній праці працюючих на даному підприємстві, установі, організації, тобто працювати за певною робочою спеціальністю або на певній посаді [1, с. 36].

На жаль, в діючому трудовому законодавстві термін «трудова функція», відсутній, але, з метою виправлення ситуації, автори проекту Трудового кодексу України в ст. 65 зазначили, що обов'язковою (необхідною) умовою

трудового договору є трудова функція, яку буде виконувати працівник: найменування професії, спеціалізації, кваліфікації, посади відповідно до встановленої класифікації професій та кваліфікаційних характеристик. А в ст. 75 проекту, йдеться про те, що «основна трудова функція працівника визначається у посиланні в трудовому договорі та наказі про прийняття на роботу на одну із професій, передбачених класифікацією професій, що встановлюється спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади з питань стандартизації. Зміст трудової функції за кожною професією та відповідною кваліфікацією визначається законодавством, а в частині, що не визначена законодавством, — кваліфікаційними характеристиками, які затверджуються спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади з питань праці» [2].

Своєрідним є зміст трудової функції керівників акціонерних товариств, що характеризується з одного боку поєднанням діяльності щодо організації виробництва і управління спільною працею, і діяльності щодо представництва товариства у сфері економічного обігу, з іншого. Трудова функція керівника є більш різноманітною, ніж функції Інших працівників та не зовсім визначеною. В загальному вигляді її можна сформулювати як управління. З точки зору політичної економії, управління складається з управління людьми та управління діяльністю. Управління діяльністю складається із планування, постановки виробничих завдань, контролю за їх виконанням тощо. До управління людьми відноситься забезпечення співробітництва між усіма членами

трудового колективу, кадрова політика, навчання, інформування та інші важливі складові. Крім цих двох блоків в роботі керівника виділено управління зв'язками поза підприємством та роботу по вдосконаленню самої системи управління [3, с. 51]. Таким чином, можна зробити висновок про те, що управління є гармонійним поєднанням людських та матеріальних ресурсів з метою виконання виробничих завдань.

Здійснення керівником підприємства іншого різновиду своєї трудової діяльності, що складає зміст його трудової функції, — управління майном господарюючого суб'єкта, — регламентується якісно іншою сукупністю прав і обов'язків, що визначають міру поведінки керівника в економічному обігу, тобто в майнових відносинах, що виникають внаслідок господарської діяльності підприємства, і які лежать поза виробничим і трудовим процесом даного підприємства [4, с. 03].

Таким чином, керівництво є різноманітним та передбачає здійснення різних за характером дій, пов'язаних як з управлінням в середині організації, так і з представництвом поза нею. Саме вказана сукупність повноважень керівника акціонерного товариства і становить специфічний зміст трудової його функції.

Керівництво акціонерним товариством безпосередньо впливає на ефективність його діяльності і по суті є однією з найскладніших функцій. Важливим засобом для досягнення балансу в корпоративних відносинах є застосування на практиці загальноприйнятих принципів ефективного корпоративного управління, що засновані на таких категоріях, як чесність і справедливість, далекоглядність і відкритість, підпорядкованість і відповідальність.

На сьогоднішній день у світі існує безліч стандартів (принципів, рекомендацій, кодексів) у галузі корпоративного управління. Принципи корпоративного управління Організації Економічного Співробітництва і Розвитку (ОЕСР) є найважливішими документами в цій галузі. Вони були розроблені в 1999 р. в зв'язку із зверненням міжнародних організацій з 22 головних країн світу, включаючи країни «великої сімки».

З урахуванням викладеного, на думку автора, акціонерному товариству необхідно висунути ряд вимог, необхідних для заняття посади керівника, і викласти їх у «Положенні про виконавчий орган» або в іншому внутрішньому положенні товариства, що повинно затверджуватися загальними зборами акціонерів. При розробці даного Положення вважаємо за необхідне керуватися вимогами, що висуваються до керівника, викладеними в Довіднику кваліфікаційних характеристик професій працівників [5, с. 13-14]. У ньому, наприклад, як умова для призначення на посаду передбачена наявність стажу роботи не менше п'яти років і відповідного напрямку підготовки (магістр, спеціаліст).

Зважаючи на викладене, можна зробити висновок про те, що керівник акціонерного товариства має специфічну трудову функцію, до змісту якої входять: трудова діяльність у рамках акціонерного товариства щодо організації виробництва і праці, яка реалізується у сфері трудових відносин, І трудова діяльність щодо управління ввіреного йому товариства, яка здійснюється у сфері майнових відносин, що опосередковують господарські зв'язки.

Управління акціонерним товариством є однією з найскладніших функцій. Праця керівника безпосередньо впливає на ефективність його діяльності. На нашу думку, для того, щоб підвищити рівень управління акціонерним товариством, необхідні правові норми, що посилюють порядок обрання на цю посаду, а також кваліфікаційні вимоги як правового, так і морального характеру. Ці норми повинні забезпечити інтереси як самого товариства в цілому, так і його акціонерів, попередити порушення обов'язків і зловживання з боку даних осіб, зокрема.

Використані джерела:

1. *Александров Н. Г. Советское трудовое право. Изд.3-е испр. и доп. — М.: Госюриздат, 1963. — 379 с.*
2. *Проект Трудового кодексу України. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http:// www. rada.gov.ua*
3. *Назарова И. А., Мухаметальїпов Ф. У. Работодатель и наемньій работник: системное исследование. — Уфа: Изд-во Башкирского государственного университета, 1997 = 232 с.*
4. *Середа О. П Роботодавець як суб'єкт трудового права: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05. — Х. — 2004. — 220 с.*
5. *Довідник кваліфікаційних характеристик професій працівників. Вип. 1 «Професії працівників, які є загальними для всіх видів економічної діяльності». Розділ 1. «Професії керівників, професіоналів, фахівців та технічних службовців, які є загальними для всіх видів економічної діяльності». — Краматорськ: Центр продуктивності. — 1998. — 237 с.*

О. А. Ситницька
старший викладач кафедри теорії та історії держави і права
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПРАВО ПРАЦІВНИКА НА РОЗІРВАННЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ З ВЛАСНОЇ ІНІЦІАТИВИ ЯК ЮРИДИЧНА ГАРАНТІЯ ПРАВА НА ПРАЦЮ

Важливою гарантією-дозволом, яка забезпечує вільну реалізацію працівником свого права на працю, є його право на розірвання трудового договору з власної ініціативи як одна з підстав припинення трудового договору (п. 4 ст. 36 Кодексу законів про працю України [1] (далі по тексту — КЗпП)). Чинне законодавство не зобов'язує працівника вказувати мотив звільнення за власним бажанням, тому адміністрації заборонено вимагати викладення цих мотивів або вказувати на обставини, що спонукали працівника до розірвання трудового договору.

Закон надає працівникові необмежене й беззаперечне право в односторонньому порядку розірвати трудовий договір на невизначений термін, за умови дотримання однієї вимоги: працівник має попередити про свій намір власника або уповноважений ним орган письмово за 2 тижні. Закон передбачає обов'язок роботодавця звільнити працівника у строк, про який просить останній, за наявності обставин, передбачених в ч. 1 ст. 38 КЗпП.

Досить повчальним в аспекті посилення юридичних гарантій є досвід російського трудового законодавства, яке містить гарантію-дозвіл відкликати працівником свою заяву у будь-який момент протягом попереджувального терміну (ч. 4 ст. 80 Трудового кодексу Російської Федерації [2, с. 241]). У вітчизняній практиці працівнику також надається право відкликати подану заяву про звільнення. Однак, нормативного закріплення таке право не знайшло в КЗпП. З огляду на це, пропонуємо передбачити відповідну гарантію-дозвіл, доповнивши ст. 38 КЗпП України частиною такого змісту: «Працівник має право відкликати свою заяву про звільнення у будь-який момент протягом попереджувального терміну, крім випадків, коли на його місце вже запрошено іншого працівника, якому відповідно до чинного законодавства не може бути відмовлено в укладенні трудового договору».

Виникає питання, чи можливе звільнення працівника до закінчення двотижневого строку з дня подачі ним заяви про звільнення за власним бажанням, якщо поважні причини відсутні. Ми вважаємо, що принцип свободи праці, який покладено в основу трудових правовідносин, дозволяє звільнити працівника до

закінчення двотижневого терміну попередження у випадку, якщо він не має бажання продовжувати роботу на підприємстві, а адміністрація вже знайшла заміну на його місце. З огляду на це, вважаємо за доцільне доповнити ст. 38 КЗпП новою частиною, в якій закріпити гарантію-дозвіл такого змісту; «За наявності домовленості між сторонами трудовий договір може бути розірваний і до закінчення строку попередження про звільнення». В даному випадку слід мати на увазі, що підставою звільнення буде власне бажання працівника, а не угода сторін, передбачена п. 1 ст. 36 КЗпП.

При розірванні строкового трудового договору з ініціативи працівника його право на звільнення з власної ініціативи суттєво обмежується. Гарантія-дозвіл передбачає дострокове розірвання трудового договору лише у випадках, передбачених ч. 1 ст. 39 КЗпП. Якщо власник не визнає причини, висунутої працівником для звільнення, поважною, останній може звернутися до суду з вимогою дострокового розірвання такого договору. У такому разі особа може скористатися правом на звільнення лише з моменту набрання законної сили відповідного рішення суду; самостійно залишити роботу працівник не вправі, бо ці дії, фактично, є порушенням трудової дисципліни [3, с. 171].

В науці існує думка, що обмеження права працівника на припинення строкових трудових правовідносин за власним бажанням є зниженням гарантій його права на працю і, в цілому, є необґрунтованим [4, с. 44; 5, с. 101]. Ми не можемо погодитися з подібним твердженням, оскільки при укладанні строкового трудового договору працівник бере на себе зобов'язання пропрацювати протягом певного періоду у роботодавця, що зумовлює зміст та об'єм його права на припинення договірних відносин — працівник в даному випадку добровільно обмежує своє право на звільнення. З огляду на це нам видається спірною позиція авторів проекту Трудового кодексу України, які право працівника на звільнення за власним бажанням поширюють в однаковій мірі на трудові договори, укладені як на невизначений, так і на визначений строк із умовою попередження роботодавця про це за два тижні (ч. 1 ст. 95).

З іншої сторони, слід підтримати пропозицію С. О. Сільченка, який пропонує передбачити в КЗпП гарантію-дозвіл для сторін припиняти строковий трудовий договір за наявності між ними угоди сторін про це, тобто за п. 1 ст. 36 КЗпП [3, с. 159]. Поширення цієї норми на даний вид трудових правовідносин є цілком виправданим, оскільки в такому випадку має місце реалізація принципу свободи трудового договору, а, відповідно, і принципу свободи праці, який покладено в основу права на працю.

В літературі має місце думка, що у випадку припинення строкового трудового договору у зв'язку із закінченням його терміну, необхідно зобов'язати ініціатора припинення договору письмово повідомляти про своє рішення іншу сторону не пізніше як за тиждень до моменту його закінчення. Автор обґрунтовує цю пропозицію тим, що припинення трудового договору в разі закінчення його терміну — це лише можливість, а не обов'язок сторін [6, с. 52]. Ця позиція знайшла своє відображення і в проекту нового ТКУ, в ч. 1 ст. 93 якого пропонується передбачити гарантію-обов'язок роботодавця попереджати працівника про припинення строкового трудового договір за три дні до цієї дати. На наш погляд, беручи до уваги природу строкового трудового договору, логічніше було б повідомляти про намір продовження відносин, що виникають на основі цього договору між сторонами, а не про їх припинення. Аргументом на користь цієї точки зору є й те, що сторони вже при укладанні договору наперед визначають за взаємною згодою строк його дії, а, відповідно, обумовлюють і час його припинення.

Використані джерела:

1. *Кодекс законів про працю України від 10 грудня 1971 року // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1971. — Додаток до № 50. — Ст. 375.*
2. *Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации. — 2-е изд., испр., доп. и перераб. / Под ред. Ю.П. Орловского. — М.: КОНТРАКТ; ИНФРА-М, 2005. — 1197 с.*
3. *Сільченко С. Строковий трудовий договір. — Дис... к.ю.н.: 12.00.05. — Національна юридична академія ім. Я. Мудрого. — Харків. — 2001. — 212 с.*
4. *Близнюк Е. Право работника на увольнение по собственному желанию и способы его ограничения // Підприємництво, господарство і право. — 2005. — № 1. — С. 43-47.*
5. *Куренной А. М. Трудовое право: на пути к рынку. — М. — 1997. — 368 с.*
6. *Сільченко С. Строковий трудовий договір: сучасний стан і перспективи розвитку правового регулювання // Підприємництво, господарство і право. — 2004. — № 12. — С. 51-54.*

О. О. Томчук
студентка відділення підготовки магістрів
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ПЕНСІЙНОГО СТРАХУВАННЯ

Процес створення ефективної системи соціального захисту в Україні залежить від багатьох чинників. Одним з них є використання досвіду зарубіжних країн, де ця система працює тривалий час і має позитивні результати.

Пенсійне страхування в різних державах здійснюється по — різному, тому пенсійні системи зарубіжних країн є досить різними. Умовно їх можна поділити за галузевою приналежністю, за способом організації, за ступенем заміщення втраченого доходу та іншими критеріями, серед яких можна виділити: способи фінансування, типи справляння внесків і розрахунку виплат, обов'язковість або добровільність участі в них працівників. У світовій практиці прийнято виділяти два способи фінансування пенсійних систем: розподільчий і накопичувальний. У розподільчій системі, як правило, функціонує державна форма пенсійного забезпечення. Пенсійні виплати фінансуються за рахунок поточних доходів, які складаються із внесків працівників та роботодавців. Внески працівників акумулюються на спеціальному виділеному рахунку та згодом розподіляються у вигляді виплат на користь пенсіонерів. У накопичувальних пенсійних системах внески працівників акумулюються у пенсійних фондах, інвестуються з метою отримання додаткового прибутку. Пільг у накопичувальній системі, як правило, немає. Пенсійні виплати мають бути профінансовані роботодавцем, працівником або державою.

Для зарубіжних пенсійних систем характерною є обов'язковість або добровільність участі у ній працівників. Обов'язковість участі працівників означає відповідальність держави перед особою і законодавчо закріплене зобов'язання учасників системи сплачувати внески. Добровільність участі працівників означає можливість вибору з метою отримання заощаджень основних моделей пенсійної системи (у промислово розвинених країнах, у Латиноамериканських країнах, Швеції). Кожна з них має свої специфічні особливості, які враховуються експертами країн під час складання перспективних національних моделей пенсійного забезпечення [4; с. 17]. Тому у деяких країнах під час реформування пенсійної системи роблять спроби комбінованого використання найбільш вдалих моментів кожної з моделей. В основу пенсійних систем у країнах з розвиненою економікою в якості першого рівня покладено базові розподільчі системи з коефіцієнтом заміщення (відношення розміру

пенсій до раніше отриманого заробітку). Так, зокрема, у 2000 році із країн Європейського Союзу лише Великобританія, Данія та Нідерланди мали додаткові накопичувальні схеми. Для фінансування пенсійної системи більшість країн ЄС використовує державні субсидії [5; с. 14]. У якості додаткового рівня в країнах ЄС використовуються професійні накопичувальні схеми, за винятком Франції, де застосовується розподільчий принцип. Третім рівнем пенсійної системи у промислово розвинених країнах є добровільне пенсійне забезпечення.

Другою цікавою моделлю пенсійної системи вчені вважають модель Латиноамериканських країн. На сьогодні вісім країн континенту — Чилі, Перу, Коста-Рика, Аргентина, Уругвай, Болівія, Сальвадор — провели реформування систем пенсійного забезпечення, основним принципом якого було заміщення розподільчої системи системою індивідуальних накопичувальних рахунків з обов'язковими та добровільними внесками [5; с. 14]. Заслуговує, на наш погляд на увагу шведська модель пенсійної системи. Пенсійне забезпечення у Швеції складається з універсальної базової пенсії (національна базова пенсія) з невеликим додатковим компонентом (національна додаткова пенсія), у якому враховується розмір внесків. Крім того, на додаток до державного комбінованого пенсійного забезпечення створені: квазіобов'язкові професійні системи з охопленням 90 % усіх працівників, індивідуальні пенсійні ощадні рахунки та приватні заощадження всіх інших типів.

Середина 90-х років XX століття характеризується початком реформ пенсійних систем у країнах з перехідною економікою, тобто країни Центральної та Південно-Східної Європи, пенсійні системи яких були вже не в змозі забезпечити достатній рівень пенсійного забезпечення громадян. Впровадження змін свідчить про наявність двох загальних стратегій. Одна група країн поступово згортає державні розподільчі системи і замість них одночасно впроваджує індивідуальні накопичувальні системи під комерційним управління (Казахстан). Друга група країн (Чеська Республіка, Словенія, Румунія) поєднує корегування державних пенсійних систем із впровадженням добровільних додаткових пенсійних систем. Так, у Чеській республіці згідно із законом 1995 року, підвищено пенсійний вік, запроваджено нову формулу нарахування виплат, збільшено кількість років, на підставі яких визначається розмір пенсії. На сьогодні половину працюючого населення країни охоплено добровільною додатковою пенсійною системою. У Словенії з 1999 року відбулося ряд змін: підвищено пенсійний вік жінок, створено нову систему винагород і стягнень за пізній і ранній вихід на пенсію відповідно, знижено коефіцієнти заміщення заробітної платні, запровадження і податкових пільг з метою поширення систем приватних заощаджень. На сьогодні у Словенії нові приватні фонди охоплюють у своєму складі кожного четвертого працівника [3; с. 13]. У Румунії протягом кількох років обговорюється можливість приватизації державної пенсійної системи, але на практиці її поки що не втілено. У 2000 році уряд вніс зміни, серед яких, зокрема, збільшення пенсійного віку.

У пенсійних системах різних країн присутня тенденція збільшення пенсійного віку. Так, наприклад, у Болгарії пенсійний вік для чоловіків становив 60 років, а для жінок — 55. Зміна пенсійного віку відбулася з тих причин, що виходячи на заслужений відпочинок, пенсію особа отримували в середньому протягом 20 років, а це означало, що пенсіонери більше часу отримували пенсію, ніж брали участь у процесі страхування в ролі страховика. На сьогодні, в Болгарії чоловіки виходять на пенсію з досягненням 63 років, жінки з досягненням 58 років [3; с. 20]. Про збільшення пенсійного віку свідчать і проведені реформи у постсоціалістичних країнах. Так, у Молдові та Грузії пенсійний вік становить 65 років для чоловіків і 60 років для жінок, у Вірменії 65 та 63 роки відповідно. На даний час лише Латвія послідовно і досить успішно прореформувала пенсійну систему за накопичувальним принципом. У Польщі запроваджена трирівнева пенсійна система, з 1 січня 1999 року введено персоніфікований облік внесків і заробітку працівників, змінена формула обчислення

пенсії, створено умовні рахунки, на яких знаходилася певна сума, на яку мав право кожен працівник до 1991 року, тому фактично відпала потреба у трудових книжках [7; с 41]. Пенсійна реформа у Російській Федерації розпочалася в першій половині 2001 року. Пенсії в обов'язковій пенсійній системі поділяються на пенсії за державним пенсійним забезпеченням та за обов'язковим пенсійним страхуванням. Із системи обов'язкового пенсійного страхування призначаються трудові пенсії які складаються з базової частини, страхової та накопичувальних частин. Із системи державного пенсійного забезпечення призначаються пенсії за вислугу років, зі старості, у зв'язку з інвалідністю, в разі втрати годувальника та соціальні пенсії. Щодо фінансування пенсій можна зазначити, що виплата базової частини трудової пенсії здійснюються за рахунок єдиного внеску, що зараховується до федерального бюджету. Виплата страхової та накопичувальної частин трудової пенсії здійснюється за рахунок коштів Пенсійного фонду. Накопичувальна частина виплачується за рахунок сум, облікованих у спеціальній частині особового рахунка застрахованої особи. Тому аналіз пенсійного страхування в Російській Федерації, говорить про значні запозичення в українському законодавстві, хоча має власні особливості у фінансуванні та визначенні розмірів пенсій [7; с. 11].

Досвід створення та реформування пенсійних систем у кожній країні унікальний і неповторний. Проте варто зауважити, що Україна більше не підшуковує для себе пенсійну систему. Вона вже обрала модель, яка частково ґрунтується на принципі солідарності і частково — на концепції накопичення, однак це не означає, що Україна має припинити вивчати досвід інших країн, а навпаки вона має спостерігати за тими країнами, у яких уже провели пенсійну реформу, що дозволить спрогнозувати тенденції розвитку пенсійного страхування.

Використані джерела:

1. *Вінер М. Пенсійні системи країн Латинської Америки // Україна: аспекти праці. — 2000. — № 5. — С. 39.*
2. *Львівський О. Пенсійні реформи. Досвід Болгарії // Вісник Пенсійного фонду України. — 2005. — № 12. — С. 20.*
3. *Маленький О. Міжнародний досвід. Демографія планети // Вісник Пенсійного фонду України. — 2005. — № 7. — С. 13.*
4. *Морозова О. Міжнародні стандарти побудови пенсійної системи // Вісник Пенсійного фонду України. — 2004. — № 9. — С. 17.*
5. *Нікулова І. Пенсійна реформа // Вісник Пенсійного фонду України. — 2004. — № 8. — С. 14.*
6. *Сандлер Д. Проблеми і перспективи становлення сучасної системи пенсійного забезпечення в Російській Федерації та Україні // Україна: аспекти праці. — 2005. — № 7. — С. 11.*
7. *Яценко В., Вінер М. В епіцентрі пенсійної реформи — Латвія, Угорщина, Польща // Україна: аспекти праці. — 2000. — № 4. — С. 41.*

Є. М. Хапланова
асистент кафедри господарського і цивільного права
Макіївського економіко-гуманітарного інституту,
Макіївка, Україна

ГАРАНТІЇ РЕАЛІЗАЦІЇ ТРУДОВИХ ПРАВ ОСІБ ПОХИЛОГО ВІКУ

В останні роки в багатьох країнах велике значення надається вивченню проблем старіння і старості, а також тісно пов'язаних з ними проблем щодо гарантій реалізації трудових прав таких осіб. Це пов'язано з тім, що значна кількість людей похилого і старого віку продовжує працювати і, відповідно, впливати на різноманітні сфери життєдіяльності суспільства, торкаючись галузей медицини, політики, виробництва і таке інше. Сьогодні склалася тенденція до збільшення з кожним роком кількості осіб у віці старше 60 років. Так, статистика досліджень ООН свідчить про те, що число людей віком 60 років і більше зросте більш ніж в 5 раз у порівнянні з 1950 р., коли у світі проживало приблизно 200 млн. людей за вказаним віком. При цьому все населення планети збільшиться лише в 3 рази. Таким чином, до 2025 р. чисельність людей старше 60 років досягне 1 млрд. 100 млн. людей.

До наступного часу в науковій літературі, а, відповідно, і в законодавстві відсутнє чітке визначення того, кого можна віднести до понять "похила" і "стара людина". Деякі вчені пропонують поділити цю вікову категорію на похилий вік, старість і довголіття. Європейське регіональне бюро ВОЗ, у свою чергу, вказує, що похилий вік у чоловіків триває з 61 до 74 років, у жінок — з 55 до 74 років, а з 75 років наступає старість. Люди, старші за 90 років, вважаються довгожителями [1,с. 323].

Однак з такою класифікацією важко погодитися. Адже сутність віку не зводиться лише до тривалості існування. Крім кількості прожитих років важливо визначати також фізіологічний і соціальний стан людини. Так, Закон України «О зайнятості населення» від 1 березня 1991 року вказує, що громадяни, маючи право на пенсію відповідно з діючим законодавством, не можуть бути признані безробітними. Крім того, у даному законі зустрічається така термінологія як «працездатні особи працездатного віку» [2, с. 152] . Але чому не можуть вважатися працездатними особами працездатного віку ті, хто бажає і у стані продовжувати свою трудову діяльність? Адже, наприклад, відповідно з цивільним законодавством, особа може одержати повний об'їм дієздатності, якщо ще до повноліття починає трудову діяльність. Було б справедливо регламентувати й зворотній процес: признавати особу похилого віку, яка бажає продовжувати трудову діяльність, працездатною. Можливо залишити за такою особою право вибирати: получати пенсію або продовжувати трудову діяльність.

Але ж таке право повинне бути саме у похилої людини, а не у її роботодавця. Оскільки зайнятість серед осіб похилого віку на сучасному етапі знижається у першу чергу із-за небажання роботодавців держати на своєму підприємстві старих працівників і тем більш залучати їх до роботи на підприємстві вже в цьому віці. Тобто працівник у віку 60 років і більше оглядається власником тільки з фізіологічних критеріїв. Таке відношення до працюючих похилих осіб носить серед власників підприємств не гласний характер, однак в останні роки така дискримінація за віковою ознакою переросла вже в цілу епідемію. Достатньо заглянути у газетні оголошення відносно найма на роботу, щоб побачити, як процвітає дискримінація по віковому критерію в Україні. Також і дата народження стала найважливішим пунктом в характеристиці претендента на будь — яку посаду. Навідь багатолітній опит роботи для похилої людини не служить гарантом заступлення на роботу. Адже більша частина серед такої групи осіб це досвідчені і кваліфіковані люди, з великим трудовим стажем.

Перед усім така дискримінація стала можливою оскільки майже ні один нормативно-правовий акт не забороняє дискримінацію за віковою ознакою: ні

міжнародно-правові акти, ні, відповідно, акти національного законодавства. Тому удосконалення норм відносно рівності прав слідує почати перед усім зі статті 2 Загальної декларації прав людини, яка закріплює принцип рівності і перелічує ознаки, за якими не можна робити розрізнення. Оскільки у даному нормативному документі серед таких ознак не вказано такої ознаки як вік, то, як слідство, нема такої норми і в Кодексі законів про працю України [3, с. 55]. Тому послідовним і справедливим шагом стане доповнення статті 2-1 «Рівність трудових прав громадян України» такою обставиною як вік серед обставин, незалежно від яких повинна бути забезпечена рівність трудових прав громадян України.

В теорії існують різні точки зору на старість та супутні з нею процеси. Серед них можна відрізнити біологічну теорію, дефіцитарну, теорію відчуження (звільнення) та інші.

Однак хочеться серед перелічених моделей звернути увагу на таку теорію старіння як теорія відчуження (звільнення). Вона сходить з цих позицій, що стара людина повинна поступово відходити від трудової діяльності, від взаємодії з іншими людьми. Це дозволить їм продовжувати нормальне функціонування у подальшому. Відповідно з цією теорією відокремлення похилих людей від соціуму, їх відчуження являється неминучим явищем, оскільки необхідно уступати дорогу більш молодим працівникам. Але ж є у таких робітників стільки же відданості своїй справі, стільки же кваліфікованості? І невже молодим не потрібен досвід старшого покоління? Мабуть, те, що такий вплив з боку більш досвідчуваних працівників необхідно молодшим, — безспірний факт.

Однак розмова навіть не в цьому, що необхідно більш обережно підходити к розгляду питання про відчуження похилих осіб від трудової діяльності, а в цьому, що всі нормативно-правові акти, як міжнародні, так і національні, вторять один одному і говорять про рівність прав громадян. Але на практиці така категорія громадян як похилі особи не підпадає в загальну масу осіб, якім гарантується таке право.

Отже, і більшість авторів згадують, що теорія відчуження (звільнення) найбільш нелюдська, та ставлять запитання чи дійсно звільнення являється для категорії осіб, яка розглядується, таким неминучим явищем.

Сучасна наука в значної мірі орієнтується на створення так званої «торжествуючої (переможної) старості». Така концепція як раз протиставляється теорії відчуження. Вона базується на принципах активності і плідної діяльності, і становить ціллю забезпечення таких умов, які б сприяли оптимальному проходженню процесу старіння в житті людини. Тож похили люди мають і можуть бути активними членами суспільства, зберігая стиль життя і ті цінності, які і раніше були для них важливими.

Ця теорія на сучасному етапі все більше набуває поширення. І це цілком справедливо, адже похила людина, розлучаючись зі своїми багаточисельними соціальними ролями, відчуває свою непотрібність в суспільстві. І щоб морально така людина не страждала, їй необхідно займатися якщо не попередньою діяльністю, так вже новим активним видом діяльності. Лише за таких умов люди старшого віку можуть зберігати психологічний спокій і гармонію. Вихід на пенсію для більшості похилих осіб розглядається як вихід з нормального життя. Тому для похилої людини така втрата повинна компенсуватися іншою діяльністю, щоб не втратити соціальну значимість і, як слідство, не придбати психологічні проблеми і вскорений процес старіння.

И, наприкінці, якщо розглядувати зарубіжну практику, то слід відмітити, що, наприклад, в США, Франції, Канаді взагалі має місце законодавча заборона звільнення по віковому цензу. У США відповідний закон був прийнятий аж у 1968 році і тоді в ньому вікова межа захисту від звільнення для похилих осіб значилася від 40 до 65 років. У подальшому цей віковий критерій декілька разів змінювався і, як результат, взагалі був відмінено.

Таким чином, на цей час практично всі країни світу усвідомили яку небезпеку несе в себе процес дискримінації осіб похилого віку, і як це вказується взагалі на економіки країни. Тому більшість країн вже ставлять перед собою задачу забезпечення рівності трудових прав особам похилого віку і можливості як можна довшого спрацювання даної категорії робітників. Мабуть, повинно бути очевидним, що цю практику слід переймати і українським законотворцям.

І хоча декілька конвенцій МОП закріплюють вимоги по забезпеченню рівних з іншими громадянами можливостей у сфері праці, однак для практичного застосування таких правових норм у нашої країні, необхідно знайти правові підходи до досконалої гармонізації відповідних існуючих норм та норм національного законодавства.

Використані джерела:

1. *Шахрай В. М. Технології соціальної роботи. Навчальний посібник. — К.: Центр навчальної літератури, 2006. — 464 с.*
2. *Соціальна допомога за законодавством України: Збірник нормативних актів / Упорядники: д-р юрид. наук, проф. Г. І. Чанишева, доц. Т. М. Додіна. — Х.: ТОВ «Одіссей», 2006. — 544 с.*
3. *Хрестоматія з правознавства: Навч.посібник /Уклад. Л. О. Лоха, О. Д. Наровлянський. — К.:Юринком Інтер, 2003. — 736 с.*

Н. І. Чудик-Білоусова
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

С. В. Шишелова
студентка магістратури Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ ВИДІВ СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Зміни, що відбуваються в державах колишнього соціалістичного табору, охопили всі сфери суспільної і економічної структур. У політиці відбувся перехід від однопартійної системи державного управління до плюралістичного, демократичного устрою; в економіці — від адміністративно-командної системи господарювання — до ринкової. Ці змістовні зміни призводять до необхідності відповідним чином пристосувати і систему соціального забезпечення до потреб сьогодення. Останню, яка все ще орієнтована на минулі економічні і політичні реалії, необхідно перебудувати так, щоб вона відповідала вимогам громадянського суспільства з ринковою економікою. Тільки правильно обрані соціальні заходи суттєво сприятимуть пом’якшенню негативних явищ перехідного періоду і забезпечуватимуть можливість своєчасного зняття соціальної напруги.

На думку В. Андріїва, система соціального забезпечення, яка відповідає вимогам сучасної ситуації, є умовою того, що населення прийме політичні і економічні зміни в суспільстві і зробить їх незворотними [1, с. 32]. Аналізуючи правові норми, що закріплюють право на соціальне забезпечення, С. М. Прилипко робить наступні висновки про його соціально-правову природу: право на соціальне забезпечення знаходиться в тісному взаємозв’язку з правом на життя і належить кожній людині від народження; право на соціальне забезпечення має певний обсяг і зміст і розкривається в Конституції України та законодавстві; право на соціальне забезпечення належить до

числа суб'єктивних прав людини [4; с. 207]. Особа має право на конкретний вид матеріального забезпечення лише на підставі нормативно-правових актів у цій сфері (законів, указів, постанов, рішень) [8; с. 69].

Тому соціальна політика сучасної держави повинна бути орієнтована не тільки на підтримку наявного рівня соціальних гарантій і створення соціального захисту окремих найбільше уразливих соціальних груп, а й на довгострокові задачі, що стосуються кардинальної зміни основ системи такого захисту, підвищення її ефективності. На сьогодні в нашій країні вона не має концептуального характеру, а деякі її заходи є суперечливими [7; с. 30-32].

Так, цілком слушно І. М. Сирота зазначає, що види соціального забезпечення визначені Конституцією України (ст.ст. 46, 92). Під видами соціального забезпечення він розуміє соціальні виплати, послуги, що надаються непрацездатним громадянам безоплатно або на пільгових умовах за рахунок спеціальних джерел фінансування. Соціальними виплатами є пенсії та допомоги, які надаються громадянам на умовах і у випадках, передбачених чинним законодавством. До видів соціального забезпечення він, зокрема, відносить: пенсії, допомоги та пільги [6; с. 28-29]. Натомість російські вчені В. П. Беляєв, А. М. Мануковская та О. Є. Фарберова до видів соціального забезпечення відносять: пенсії, страхові допомоги, соціальні послуги [2; с. 26]. Н.Б. Болотіна дещо по-іншому визначає види соціального забезпечення. Вона вважає, що видами соціального забезпечення є матеріальні блага, які надаються особі у вигляді: грошових виплат (пенсії, соціальні допомоги(допомоги малозабезпечених сім'ям, сім'ям з дітьми, у разі тимчасової непрацездатності, у разі безробіття, допомога для осіб, які не набули права на пенсію, допомога на поховання), натуральної допомоги (безкоштовне забезпечення предметами першої необхідності, продуктовими наборами), пільг (житлові, транспортні, трудові, у галузі охорони здоров'я), субсидій (для оплати за користування житлом та комунальні послуги), медичної допомога, надання лікарських засобів та інших виробів медичного призначення, технічних засобів реабілітації, технічних засобів пересування (надаються органами соціального забезпечення на умовах, визначених законодавством), соціальне обслуговування (здійснюється за рахунок надання соціальних послуг) [3; с. 135-137].

Від видів соціального забезпечення слід відрізняти форми соціального забезпечення, тобто способи фінансування та здійснення соціального забезпечення. Так російські науковці до форм соціального забезпечення відносять: державне соціальне страхування, соціальне забезпечення за рахунок коштів державного бюджету, державну соціальну допомогу [2; с. 11]. С. Синчук, В. Бурак та Б. Сташків до форм соціального забезпечення відносять загальнообов'язкове державне соціальне страхування, асигнування з державного бюджету та недержавні форми соціального забезпечення [5; с. 100; 9; с. 40-52]. Н. Болотіна формами соціального забезпечення вважає загальнообов'язкове державне соціальне страхування, державну соціальну допомогу, недержавне соціальне забезпечення [3; с. 117-137].

Натомість І. Сирота, на нашу думку, найбільш повно виділяє та відносить до видів соціального забезпечення: загальнообов'язкове державне пенсійне страхування, загальнообов'язкове державне соціальне страхування, соціальне забезпечення за рахунок державного бюджету, забезпечення за рахунок коштів соціальних фондів, утримання непрацездатних громадян у закладах соціального призначення, адресна соціальна допомога малозабезпеченим сім'ям, непрацездатним громадянам за рахунок коштів державного та місцевого бюджетів, недержавне пенсійне забезпечення [6; с. 20].

У цілому, можна зазначити, що види соціального забезпечення є похідними від його форм. Тому, на наш погляд, на даний час доцільно виділяти такі види соціального забезпечення, як: державні та страхові допомоги, пенсії, соціальне обслуговування. Порядок та умови їх отримання чітко визначені в нормативно-правових актах.

До ознак видів соціального забезпечення слід віднести: виступають формою матеріальної підтримки особи, чітко визначені чинним законодавством, в окремих випадках є єдиною соціальною гарантією для особи, яка перебуває у складній життєвій ситуації, можуть бути реалізовані особою, яка наділена спеціальною правосуб'єктністю, надаються спеціально уповноваженими органами, в окремих випадках залежать від безпосередньо фінансової участі особи.

Використані джерела:

1. *Андріїв В. Чи захистить система соціального страхування людину // Право України. — 2001. — № 7. — С. 32.*
2. *Беляев В. П., Мануковская А.Н., Фарберова О.Е. Право социального обеспечения: Учебное пособие. 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Изд-во РДЛ, 2003. — С. 26.*
3. *Болотіна Н. Б. Право соціального захисту: становлення і розвиток в Україні. — К.: Знання, 2005. — С. 135-137.*
4. *Прилипко С. М. Право на соціальне забезпечення в умовах ринкової економіки // Актуальні проблеми науки трудового права в сучасних умовах ринкової економіки: Матеріали науково-практичної конференції; м. Сімферополь, 19-20 травня 2003 р. — Харків: Нац. ун-т внутр. справ, 2003. — С. 207.*
5. *Синчук С. М., Бурак В.Я. Право соціального забезпечення України: Навч. посібник/ За ред. С. М. Синчук. — К.: Т-во «Знання», КОО, 2003. — С. 100; Сташків Б. І. Теорія права соціального забезпечення: Навч. посіб. — К.: Знання, 2005. — С. 40-52.*
6. *Сирота И. М. Право социального обеспечения в Украине: Учебник. — Х.: Одиссей, 2000. — С. 28-29.*
7. *Сіленко А. Політико-правові аспекти розвитку соціальної сфери забезпечення прав людини // Право України. — 1999. — № 11. — С. 30-32.*
8. *Сташків Б. Зміст соціально забезпечувальних правовідносин // Право України. — 2003. — № 6. — С. 69.*
9. *Сташків Б. І. Теорія права соціального забезпечення: Навч. посіб. — К.: Знання, 2005. — С. 40-52.*

О. Д. Яценко

студент відділення підготовки магістрів
Хмельницького університету управління та права,
Хмельницький, Україна

ОКРЕМІ ПИТАННЯ НАДАННЯ БЕЗРОБІТНОМУ ДОПОМОГИ ДЛЯ ЗАЙНЯТТЯ ПІДПРИЄМНИЦЬКОЮ ДІЯЛЬНІСТЮ

Безробіття на даний час належить до таких соціально-економічних явищ, які притаманні суспільному виробництву, що базується на державній, приватній, комунальній та змішаних формах власності на засоби виробництва і використанні найманої праці. Зовнішнім проявом безробіття є така ситуація, коли частина населення працездатного віку має бажання працювати, але не може знайти роботу і таким чином не може використовувати свою здатність до праці у суспільному виробництві, Відсутність роботи позбавляє безробітного можливості отримувати заробітну плату або інші форми оплати затрат його праці і таким чином підриваються економічні основи існування такої особи. Тому важливим напрямом стабілізації рівня зайнятості населення в період розвитку ринкових відносин, який забезпечує непрацюючому непрацездатному населенню умови до прояву економічної активності і можливості самому собі заробляти на життя є самостійна зайнятість. Вона містить в собі великі можливості для прояву здібностей особистості і завдяки цьому може стати більш

привабливим заняттям, ніж наймана праця, хоча і пов'язаним з певним економічним ризиком та є своєрідним амортизатором, що дає змогу зменшувати надлишкову робочу силу на ринку праці. Тому одним із виходів у ситуації що слалася є діяльність уповноваженого органу щодо надання безробітній особі допомоги для зайняття підприємницькою діяльністю.

Для отримання допомоги безробітний подає до центру зайнятості лише заяву про надання допомоги та бізнес-план. Для розгляду питань щодо одноразової виплати допомоги по безробіттю для організації підприємницької діяльності у базових центрах зайнятості функціонують відповідні комісії, до складу яких, крім працівників центру зайнятості, входять представники органів влади, місцевих управлінь економіки, податкових інспекцій, представники профспілок, роботодавців та підприємців. Вони розглядають доцільність розвитку в регіоні того чи іншого виду діяльності, приймають висновок щодо здатності безробітного для організації підприємницької діяльності. На підставі пропозицій зазначеної комісії директор центру зайнятості приймає відповідне рішення протягом 10 календарних днів з дня подання документів, яке оформляється наказом. Виплата допомоги здійснюється через установи банків за умови подання безробітним до центру зайнятості протягом 10 календарних днів після прийняття рішення засвідченої копії свідоцтва про державну реєстрацію як суб'єкта підприємницької діяльності чи копії установчих документів. Лише протягом січня-серпня 2007 року 1099 безробітних у Хмельницькій області самостійно створили для себе робочі місця відповідно до чинного законодавства, з них — 417 проживають в сільській місцевості, що складає 38 % від загальної кількості працевлаштованих. Основними напрямками підприємницької діяльності безробітних громадян, які проживають у сільській місцевості є: вирощування сільськогосподарської продукції, тваринництво, сільський туризм, бджільництво, рибництво, торгівля продовольчими, непродовольчими товарами, торгівельно-посередницька діяльність, надання різноманітних послуг населенню (побутові, медичні, інформаційно-консультаційні, будівельні, автомобільні послуги, фотопослуги, відео послуги).

Однак, слід зазначити, що підготовка безробітного до зайняття підприємницькою діяльністю вимагає цілої низки організаційних заходів. Тому служба зайнятості проводить семінари, головною мета яких надання загальної інформації про порядок започаткування своєї справи, її переваги та складності для того, щоб допомогти учасникам в прийнятті рішення і обміркувати наступні кроки, а також щоб ознайомити клієнтів з можливостями служби зайнятості щодо підтримки зусиль безробітних в започаткуванні власного бізнесу. Для більш повного ознайомлення клієнтів служби зайнятості щодо організації власної справи проводяться тематичні семінари з орієнтації на підприємницьку діяльність, де безробітних орієнтують на виборі професій, які дають можливість займатися підприємницькою та індивідуальною трудовою діяльністю та надають повну інформацію про кроки, які варто здійснити для започаткування власної справи на які запрошуються представники Державної податкової інспекції, державні реєстратори, представники управління економікою та колишні безробітні, які за допомогою служби зайнятості започаткували власний бізнес і успішно працюють. Для таких осіб також проводять профдіагностичне обстеження.

З метою розширення числа тих, хто займатиметься підприємницькою діяльністю Хмельницька обласна служба зайнятості за кошти Фонду загальнообов'язкового державного соціального страхування України на випадок безробіття організовує курси підвищення кваліфікації з основ підприємницької діяльності. У Хмельницькому обласному та базових центрах зайнятості проводиться інформаційно-роз'яснювальна робота щодо можливостей служби зайнятості з виплати одноразової допомоги по безробіттю для організації підприємницької діяльності. Відповідні матеріали висвітлюються в засобах масової інформації, на WEB-сторінці обласної служби зайнятості, при зустрічах з соціальними партнерами. У базових центрах зайнятості для

незайнятого населення сформовано інформаційні куточки щодо започаткування власної справи, які містять інформаційні матеріалами про кроки, які варто здійснити для започаткування власної справи, відеофільмами про успішних підприємців, яким служба зайнятості допомогла у створенні бізнесу. Однак, на наш погляд, більше уваги приділити не лише інформаційному інформуванню, але й правороз'яснювальній роботі, що дозволить в подальшому залучити до підприємницької діяльності більше незайнятого населення.

В. А. Ватрас
старший викладач кафедри цивільного права і процесу
Хмельницького університету управління та права
Хмельницький, Україна

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ПРАВОСУБ'ЄКТНОСТІ ОДНОСТАТЕВИХ ПАР

Останнім часом в науці стали поширюватись думки щодо наділення сімейною правосуб'єктністю одностатевих сімейних пар. З цього приводу хотілося б висловити свою думку.

Подружжям можуть бути лише особи різної статі: жінка і чоловік. В даному випадку особливого значення набуває біологічний фактор, оскільки завдяки йому, різностатеві особи відчувають один до одного біологічний статевий потяг [1]. Подальшого розвитку біологічний фактор набуває при реалізації подружжям функції по відтворенню роду – функції дітонародження. Саме з метою врахування біологічного фактору, закон встановлює відповідні вимоги до вступу у шлюб: досягнення віку, з якого особа є здатною до інтимного життя і дітонародження; відсутність відносин близької родинності, задля уникнення ряду генетичних захворювань [2], доцільність взаємної обізнаності про стан здоров'я подружжя, шляхом дошлюбного і шлюбного медичного обстеження подружжя. Сімейний кодекс України тривалий час з 01.01.2004 року не передбачав жорсткого порядку медичного обстеження майбутнього подружжя, звівши цей ніби-то обов'язок до рекомендаційної норми. Однак Законом України від 22 грудня 2006 року №524-V „Про внесення змін до Сімейного та Цивільного кодексів України" запроваджено обов'язок наречених повідомити один одного про стан свого здоров'я (ст. 30 СК України).

Поряд з біологічним фактором, не менш важлива роль відводиться і соціальному елементу, що властивий відносинам подружжя. Окрім біологічного потягу, цим особам має бути властивий і суспільний, потяг, який проявляється у наявності спільних цілей та інтересів, взаємній повазі та підтримці; коханні, яке базується не лише на рівні примітивного статевого потягу. На думку, М.Т. Оридороги основою шлюбу є не лише потреби суспільства у самовідтворенні, але і морально-етичне почуття кохання, котре виступає стимулом до укладення шлюбного союзу та його необхідним моральним елементом [3].

З огляду на вище зазначене, повністю виключається можливість набуття статусу суб'єктів подружніх правовідносин так званими обностатевими союзами, а саме парами геїв та лесбіянок. Законодавець у ч. 4 ст. 3 та ч. 9 ст. 7 СК України виключив можливість не лише перебування у шлюбі вказаних категорій осіб, але й повну неможливість віднесення таких форм людського співжиття до підстав створення сім'ї, оскільки вони є такими, що суперечать моральним засадам суспільства [4]. Як зазначає автор проекту Сімейного кодексу, при його розробці надходили пропозиції Товариства геїв та лесбіянок про виключення із тексту проекту закону застереження щодо неможливості колізії з моральними засадами суспільства, однак вони були правомірно відхилен [5]. Варто зауважити, що справа про одностатеву пару була предметом розгляду Європейської комісії. В процесі розгляду цієї справи було підготовлено висновок про те, що такого роду відносини необхідно трактувати

не як сімейне, а як приватне життя [6]. Тому ми доволі критично відносимось до спроб окремих науковців вести мову про наявність в одностатевих пар сімейно-правового статусу [7], в тому числі і в шлюбних правовідносинах, незважаючи на уже існуючу практику в окремих країнах світу (Нідерланди, Бельгія, Данія, Ірландія) [8] Особливого загострення вказана проблема може набути в окремих інститутах сімейного права: як от усиновлення, застосування допоміжних репродуктивних технологій (штучного запліднення, імплантації зародка) при визначенні походження дитини.

В даному випадку мова може йти не про сімейну правосуб'єктність одностатевих пар, а скоріше про їх цивільну правосуб'єктність.

Використані джерела:

1. *Ковалёв М.И. Юридические проблемы современной генетики // Государство и право. – 1995. - №6. – С. 15-21.*
2. *Иорыш А.И., Красовский О.А. Правовые аспекты генной инженерии // Государство и право. – 1997. - №3. – С.112.*
3. *Оридорога М.Т. Брачное правоотношение. – К.: Изд-во Киевской высшей школы МВД СССР, 1971. – С. 12.*
4. *Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р. // ВВР України. – 2002. - №21-22. – Ст. 135.*
5. *Ромовська З.В. Сімейний кодес України: Науково-практичний коментар. – К.: Ін Юре, 2003. – С. 21.*
6. *Лукьянцев Т.Е. Европейские стандарты в области прав человека: теория и практика функционирования Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. – М.: М.: Звенья 2000. – С. 159.*
7. *Алексеев Н.А. Гей-брак: Семейный статус однополых пар в международном, национальном и местном праве. – М.: Изд-во БЕК, 2002. – 416 с.*
8. *Ковалёв М.И. Юридические проблемы современной генетики // Государство и право. – 1995. - №6. – С. 15-21; Иорыш А.И., Красовский О.А. Правовые аспекты генной инженерии // Государство и право. – 1997. - №3. – С.112; Ватрас В. А. Суб'єктний склад правовідносин щодо імплантації ембріона дитини жінці із генетичного матеріалу подружжя" // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2002. - №4.*

ЗМІСТ

Цивільне право. Сімейне право. Міжнародне приватне право. Комерційне право. Цивільний процес …… 3
Akimenko Y. The Interpretation of the Corporate Personality of Transnational Corporations ……. 4
Абраменков М. С. Коллизионные вопросы завещательной дееспособности и формы завещания в российском международном частном праве ……. 6
Андрієвська Т. І. Проблеми реалізації права на інформацію про стан свого здоров'я ……... 7
Балюк Ю. О. Первентивна функція цивільно-правової відповідальності у відносинах відшкодування шкоди, заподіяної навколишньому природному середовищу ……. 10
Батрин С. В. Труднощі правозастосування: неукладений договір …….. 11
Бєлова Н. М. Деякі питання вдосконалення захисту прав інтелектуальної власності ……. 13
Білоусов Ю. В. Окремі питання удосконалення законодавства про організацію та здійснення цивільного судочинства ……..... 16
Богач А. А. Исторические предпосылки правового регулирования права собственности на затонувшие корабли и груза на них …….. 22
Боричевський В. М. Проблеми правового регулювання захисту права інтелектуальної власності у сфері космічної діяльності в Україні ……... 25
Бурлак Л. В. До питання про визначення критеріїв інформації, що надається споживачам ……. 27
Валігура О. О. Проблеми правового закріплення інвестиційного договору …… 29
Волошина А. В. Особливості допиту свідка в цивільному процесі ……..…… 31
Ворончук А. А. Актуальные вопросы гражданско-правового статуса государственных объединений) ……... 34
Вус Ю. М. Особливості відшкодування шкоди, завданої будівельними роботами.. 36
Габельчук К. В. Договори ігор і парі: пропозиції щодо їх законодавчого закріплення в цивільному кодексі України …….. 38
Гаврік Р. О. До питання про сутність законної сили рішення суду …….. 41
Гапало С. Ю. До питання правової природи оперативно-господарських санкцій 43
Гнатів О. М. Корпоративний інвестиційний фонд як емітент пайових цінних паперів ……. 46
Голей В. П. Проблемні питання залучення іноземних кредитів під гарантії уряду України …… 48
Гребенюк М. С. Вирішення глобальних екологічних питань в рамках Конференції ООН з торгівлі і розвитку (ЮНКТАД) …….. 49
Гринько С. Д. Значення рецепції римського приватного права …… 51
Грушіна Л. Ю. Щодо характеру відносин членів наглядової ради з акціонерним товариством …… 54
Гужва А. М. Немайновий інтерес у договорі за римським правом …….. 56
Гуменюк Н. Р. Поняття, форми і види торгів …….. 58
Гуменюк О. І. Поняття та значення індивідуалізації учасників цивільних правовідносин ……. 61
Демчук А. М. Припинення договору складського зберігання …… 63
Долгополова Л. М. Інноваційне інвестування ……. 65
Драчук С. Л. Особливості правового регулювання укладення договорів поза торгівельним та офісним приміщенням ……... 68
Дрішлюк О. П. Провадження за винятковими обставинами як засіб формування єдиної судової практики по цивільним справам в України ……... 69
Дядюк А. Л. Звичай ділового обороту як джерело правового регулювання комерційного посередництва (агентських відносин) …… 72
Дядюк Є. М. Правове регулювання відносин залежності між афілійованими (пов'язаними) особами в законодавстві України …… 74

Еннан Р. Є. Право інтелектуальної власності: сутність та правова природа ……... 77
Желіховська Ю. В. Правове регулювання договору іпотеки за законодавством України …… 79
Завязун Т. В. Проблеми практичного застосування інституту набувальної давності ……... 82
Задорожна Н.В. Зміст права на участь у добросовісній конкуренції …….. 84
Задорожна С. Примирна процедура як спосіб вирішення комерційних спорів …. 86
Закорецька Л. О. Літературний твір як об'єкт авторського права …… 88
Закорецька (Підопригора) Г. В. Раціоналізаторська пропозиція в системі права інтелектуальної власності: деякі проблемні питання ……. 91
Згама А. О.Про процесуальні відносини в господарському суді апеляційної інстанції …….. 93
Зеленовский Е. А. О некоторых аспектах правового определения предпринимательской деятельности в гражданском кодексе Республики Беларусь …….. 95
Зелінський А. М. Проблеми правового регулювання ліцензування та акредитації діяльності закладів охорони здоров'я 98
Зеліско А. В. До проблеми майнових прав членів споживчих товариств ……. 99
Зілковська Л. М. Чи потрібен суспільству інститут патронування над дітьми як форма влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування? .. 101
Іваненко О. А. Зустрічне виконання зобов'язання та його співвідношення з інститутом притримання ……... 103
Іваницька Н. А. Проблеми правового регулювання ліцензійного договору на використання торговельної марки …… 106
Івачевська Г. В. Право на смерть фізичної особи: юридична можливість чи правовий нонсенс? ……. 107
*Качан А.-А. О.*Особистий сервітут: порівняльний аналіз правового регулювання нормами цивільного та житлового кодексів ……... 110
Козловська О. І. Службовий ризик як обставина, що виключає відшкодування шкоди, заподіяної співробітником органів внутрішніх справ …….. 112
Комарова Т. Е. Некоторые проблемы регулятивной функции гражданско-правовых запретов ……. 114
Комзюк Л. Т. Адаптація законодавства Польщі про суміжні права до acquis communautaire: досвід для України 116
Кононова Л. Н. Свобода физического лица как принцип гражданского права 118
Корнієнко Ю. І. До питання іпотеки як виду забезпечення виконання зобов'язання 120
Корнійчук С. Ю. Судове провадження у справах про надання неповнолітній особі повної цивільної дієздатності 123
Косенко В. М. Захист прав на торговельну марку 124
Кравчук А. С. Проблеми визначення правової природи фіктивного правочину 126
Куліш Н. М. Реалізація принципу змагальності в справах про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки 128
Кучеренко І. М. Правова природа договору соціального найму житла 130
Кучинська О.А. Спадкування акцій за чинним законодавством України 132
Ландо Д. Д. Механизм взимания процентов за пользование чужими денежными средствами: конструктивность изменений 134
Левіцький Є.В. Оперативні способи самозахисту за українським цивільним законодавством 136
Липницкий В. В. Проблема определения национального меньшинства в международном праве 138
Литовченко В. В. Проблема розмежування компетенції загальних та адміністративних судів щодо об'єктів самочинного будівництва 141
Лиховид О. С. Договори з відкритими умовами в аспекті питання укладеності договору в англо-американській правовій системі 143
Логвінова М. В. Про приєднання України до Гаазької конвенції про захист дітей та співробітництво у сфері міждержавного усиновлення 1993 року 145

Лопушанський Т. В. Правове регулювання франчайзингу в Естонії 148
Лукасевич-Крутник І. С. Сфера застосування договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт 150
Макаренко А. С. Відповідальність автомобільного перевізника за порушення строків доставки вантажів 152
Маслова-Юрченко К. О. Договір андеррайтингу як новела законодавства України 154
Мірзоян А. А. Окремі проблеми правового регулювання маркетингових послуг 155
Місінкевич А. Л. Правова оцінка інституту спадкування в Україні та розвинутих країнах світу 158
Міщенко І. В. Соціальна обумовленість обмежень права приватної власності на житло 161
Міщук В. В. Договір буксирування по внутрішнім водним шляхам: специфіка укладання та його форма 163
Морозова О. В. Понятие договора дистрибьюторства 165
Морозова С. Є. Законодавчі новели щодо повноважень органів опіки та піклування 167
Музика Л. А. Про органи самоорганізації населення в Україні 171
Несинова С. В. Основні шляхи протидії рейдерам щодо збереження активів компанії 173
Несторенко П. В. Проблеми правового становища структурних підрозділів вищих навчальних закладів України 176
Никифорак В. М. Поняття договору страхування відповідальності 178
Нігреєва О. О. До питання про правову природу іпотеки 180
Ніколаєв І. С. Історія та світова практика розвитку доктрини абсолютного та функціонального імунітету 183
Новікова В. С. Застава як запобіжний захід у кримінальному процесі України: недоліки та проблеми застосування 184
Оприско М. В. Особливості набуття та здійснення корпоративних прав неповнолітніми та малолітніми 186
Панталієнко Я. П. Правове регулювання питання оскарження неправильно вчинених нотаріальних дій чи відмови у їх вчиненні з урахуванням змін у цивільному процесуальному законодавстві України 189
Паскар А. Л. Зміст цивільних процесуальних правовідносин 190
Пацурківський Ю. П Філофсько-правова природа категорії справедливість 193
Підвальна М. З. Деякі аспекти співвідношення категорій гудвіл та ділова репутація юридичної особи 195
Піріжняк Г. А. Окремі проблеми тлумачення та застосування Глави 5 Господарського кодексу України 197
Подофёдова А. С. Понятие устройства и форм устройства детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей 199
Поліщук О. Ю. Деякі аспекти адаптації законодавства України про захист прав споживачів до законодавства європейського союзу 202
Поляк О. О. Окремі питання правового регулювання франчайзингу 204
Посикалюк О. О. Конвенційний захист суб'єктивного цивільного права 207
Прудко А. В. Поняття ф'ючерсного контракту 209
Рибчак М. Б. Оцінка доказів судом 212
Рим Т. Я. Реалізація принципу повного відшкодування збитків у цивільному законодавстві України 215
Романович С. М. Окремі питання реєстрації права власності на новостворене майно 218
Романовская О. В. Проблемы участия российского нотариуса в обеспечении доказательств 220
Романюк Н. В. Особливості відкриття провадження у справах, пов'язаних із усиновленням дітей 222
Руштин Л. Г. Особливості прийняття спадщини особами, що знаходяться у місцях позбавлення волі 225

Савчук А. М. Проблема зловживань у сфері грального бізнесу 226
Самойлова І. А. Диференціація понять «розрахунки» і «розрахункові правовідносини» 228
Сапьолкіна Н. В. Проблеми розмежування інформаційного та рекламного матеріалу в засобах масової інформації 231
Сеник С. В. Види забезпечення виконання зобов'язань за договором субпідряду у капітальному будівництві 233
Сергійко О. В. Інноваційна модель підприємництва: правові засоби формування 236
Слюсар Д. В. Одностороння відмова як підстава розірвання договору 239
Соловьёв А. А. Переход долей в уставном капитале ооо по наследству:некоторые вопросы правового регулирования 241
Солтис Н. Б. Особливості спадкування деяких видів житла 245
*Спіжов В. В.*Особливості договору банківського вкладу (депозиту) як публічного договору 247
Стахира Л. М. Правове регулювання саморегулівних організацій професійних учасників фондового ринку 249
Стефанчук М. О. До питання про форми та види зловживання суб'єктивними правами 252
Стефанчук Р. О. Право на особистий герб (геральдичний знак) як особисте немайнове право 254
Стецюк Л. Л. Притримання як спосіб самозахисту в цивільному праві України 256
Тераз Р. І. Визначення суб'єкта обов'язку щодо відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг) 258
Трач О. М. Деякі питання ухвалення рішень та постановлення ухвал апеляційним судом 261
Трояновский А. В. Возмещение убытков как вид ответственности по внешнеэкономическому договору 263
Файєр О. А. Сстрахування відповідальності: поняття та юридична природа 265
Феннич В. П. Функції доказових презумпцій у цивільному судочинстві 268
Фільшина Т. Л. Відшкодування шкоди, завданої безпритульними дітьми, згідно цивільного законодавства України 270
Хоменко М. Ггражданско-правовая ответственность: отдельные теоретические разработки 271
Червона В. І. До питання про поняття санкцій цивільного процесуального права 274
Череватенко И. Н. Юридическая природа права на исполнение иностранного судебного решения 276
Чорна Ж. Л. Юридичні ознаки договору найму (оренди) земельної ділянки у законодавстві україни 278
Чухась Н. О. Поняття та ознаки комерційного банку 280
Шарифов А. Г. Предмет и метод гражданско-правового регулирования 283
Шевчук Т. Ф. Реалізація прав дитини в Україні 286
Шкльода Я. А. Психічнийрозлад як правова категорія 288
Шупінська О. В. Колізійне регулювання відносин власності в міжнародному приватному праві України та Швейцарії 290
Трудове право. Право соціального забезпечення 293
Бомбергер І. Л. До питання про поняття спеціальних пенсій 294
Бурак В. Я. Захисна функція трудового права та її реалізація в умовах ринкової економіки 296
Валецька О. В. Проблеми реалізації принципу гендерної рівності у сфері оплати праці в Україні у сучасний період 298
Веселовська В. Ю. Окремі питання поняття та класифікації допомог, що надаються дітям 300
Галайко О. Переважне право на залишення на роботі при вивільненні працівників у зв'язку зі змінами в організації виробництва і праці: проблеми застосування 302
Гніда Ю. Ю. Бідність в україні: особливості прояву та способи подолання 304
Гуменюк І. О. Сучасні проблеми права соціального забезпечення 306

Данилюк О. В. Фактичні склади як підстави виникнення індивідуальних трудових правовідносин 308
Дормешкина И. О. Новеллы правового регулирования дополнительных оснований расторжения трудового договора трудовых кодексов Беларуси и России 311
Євдокімов А. М. Поняття та зміст трудового договору у проекті трудового кодексу України 313
Жолнович О.І. Норми, що закріплюють соціальні гарантії працівників в системі трудового права 315
Іванова І. В. Правові аспекти ґендерної рівності в Україні 318
Короленко В. М. Правова охорона приватності працівника 320
Кульчицька О. І. До питання підтвердження спеціального стажу роботи, що дає право на пенсію на пільгових умовах 323
Машков К. Є. Особливості гіпотези заохочувальних норм трудового права 325
Медведенко Д. Ю. Щодо історичного аспекту виникнення та розвитку позикової праці 327
*Михайлова І. Ю. Б*езпритульність як підстава надання соціальних послуг 329
*Обручков Р. І. П*ідстави юридичної відповідальності та порядок її реалізації у трудовому праві 331
Редька М. Р. Аналіз правових відмінностей трудового договору від цивільно-правових угод 333
Рим О. М. Юридична відповідальність роботодавця за порушення умов угоди про обмеження конкуренції 336
Рудницька О. П. Гарантійні виплати в контексті реформування законодавства про працю 338
Свічкарьова Я. В. Щодо особливостей трудової функції керівників акціонерних товариств 340
Ситницька О. А. Право працівника на розірвання трудового договору з власної ініціативи як юридична гарантія права на працю 342
Томчук О. О. Зарубіжний досвід пенсійного страхування 344
Хапланова Є. М. Гарантії реалізації трудових прав осіб похилого віку 347
Чудик-Білоусова Н. І., Шишелова С. В. Поняття та ознаки видів соціального забезпечення 349
Яценко О. Д. Окремі питання надання безробітному допомоги для зайняття підприємницькою діяльністю 351
Ватрас В. А. Окремі аспекти правосуб'єктності одностатевих пар 353

Наукове видання

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ:
Збірник тез міжнародної наукової конференції
«Шості осінні юридичні читання»
(м. Хмельницький, 26-27 жовтня 2007 року):
У 3-х частинах

ЧАСТИНА ДРУГА:
Цивільне право.
Сімейне право.
Міжнародне приватне право.
Комерційне право.
Цивільний процес.
Трудове право.
Право соціального забезпечення.

Підписано до друку 09.10.2007 року. Формат 60х90 1/16.
Гарнітура Times New Roman. Друк різографічний. Папір офсетний.
Облік. друк арк. 27,47. Умовн. друк. арк. 30,4.
Наклад 200 прим. Зам. № 1550.

Комп'ютерне складання — *О. А. Ситницька*
Відповідальний за випуск — *М. О. Стефанчук*

Видавництво Хмельницького університету управління та права
Свідоцтво Державного комітету інформаційної політики, телебачення та радіомовлення України про внесення суб'єкта видавничої справи до державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 2105 від 21.02.2005 р.

29013, м. Хмельницький, вул. Театральна, буд. 8
Тел.: (0382) 71-75-91
Ел. адреса: nauka@univer.km.ua
www.univer.km.ua