

X623

ПЗС



**Матеріали щорічної
конференції, присвяченої
пам'яті професора О. А. Пушкіна**

Проблеми цивільного права та процесу



Харків 2008

МВС України
Харківський національний університет
внутрішніх справ
Кафедра цивільного права та процесу
Навчально-науковий інститут права, економіки
та соціології
Кафедра цивільно-правових дисциплін

За інформаційної підтримки Центру інтелектуальної власності
«Смотров, Селіванов & партнери»
(www.cip.in.ua)

Проблеми
цивільного права та процесу
Матеріали
науково – практичного конференції
31 травня 2008 р.

код екземпляра

347893



Харків

Рекомендовано до видання організаційним комітетом конференції 22 травня 2008 р.

П **Проблеми** цивільного права та процесу: Матеріали науково – практичного конференції: 31 травня 2008 р. - Харків: Харківський національний університет внутрішніх справ, 2008. – 440 с.

Матеріали традиційної щорічної науково-практичної конференції з проблем цивільного права та процесу присвячені світлій пам'яті видатного українського цивіліста Олександра Анатолійовича Пушкіна. Ці своєрідні «пушкінські» читання, містять глибокий аналіз суспільних процесів у нашій державі, висвітлюють законодавчі тенденції, це трибуна сміливих думок та неординарних висновків.

Книга стане у нагоді всім, хто цікавиться вказаними проблемами.

Матеріали надано в авторській редакції.

Стиль та орфографія збережені.

Усю відповідальність за якість статей несуть автори.

Відповідальний за випуск – канд. юрид. наук, доцент *Кройтор В.А.*,
верстка *А.С. Тяпкіна*

© Харківський національний університет
внутрішніх справ, 2008

© А.С. Тяпкін, Р.А. Артеменко,
дизайн обкладинки

Наукове видання

Проблеми цивільного права та процесу

Матеріали науково – практичного конференції

31 травня 2008 р. - Харків:

Підписано до друку 22.05.08. Формат 60x84/16. Друк. трафарет.
Папір офсетн. Ум. друк арк. 24,8. Обл.-вид.арк. 25,2. Тираж 300 прим.

Замова. №

Видді Харківського інституту фінансів

Національний університет внутрішніх справ
України
каденія
Мудрого

1 1 1 1 1 1 1 1 1 1

ЗМІСТ

<i>М. Сібільов, член-кореспондент Академії правових наук України</i> До питання про цивільно-правовий договір як регулятор суспільних відносин	17
<i>Жуков В.І., професор Міжнародного Соломонова Університету, професор Харківського національного університету ім. В.Н. Каразіна, член-кореспондент Академії правових наук, канд. юрид. наук, доцент</i> Віддзеркалення юридичної природи права інтелектуальної власності в законодавстві України	26
<i>Шишка Р.Б., завідувач кафедри цивільного та господарського права Київського Міжнародного Університету, професор, доктор юридичних наук</i> Види житла: власницький аспект	32
<i>Кройтор В.А., канд. юрид. наук, доцент, начальник кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету</i> Проблеми протидії зловживання правами учасників процесу	37
<i>Самойленко В.М., професор кафедри цивільного та господарського права Чернігівського державного інституту економіки та управління, канд. юрид. наук, доцент</i> Притримання як спосіб забезпечення виконання зобов'язань.....	41
<i>Кузьменко С.Г., начальник кафедри цивільного права та процесу Донецького юридичного інституту Луганського державного університету внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка, канд. юрид. наук, доцент</i> Категорія времени как объект исследования и определяющий аспект бытия... 44	44
<i>С.В. Резніченко, начальник кафедри цивільного права та процесу Одеського державного університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук, доцент</i> Сертифікація автомобілів в Україні як підстава для встановлення їх правового режиму.....	48
<i>Д.В. Бойчук, в.о. начальника кафедри цивільного права та цивільного процесу Кіровоградського юридичного інституту Харківського національного університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук</i> Визнання фізичної особи безвісно відсутньою	50
<i>Пунда О.О., доцент кафедри економічної теорії Хмельницького економічного університету, канд. юрид. наук</i> Здійснення основних конституційних права у цивільному законодавстві України	52

*Антонюк О.І., доцент кафедри цивільного права та процесу
Донецького юридичного інституту Луганського державного
університету внутрішніх справ Е.О. Дідоренка, канд. юрид.
наук, доцент*

Захист інтересів учасників господарського товариства у процедурі банкрутства 55

*Петров Є.В., доцент кафедри цивільного права і процесу
Донецького юридичного інституту Луганського державного
університету внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка, канд. юрид.
наук, доцент*

Виникнення права на інформацію як цивільної категорії 58

*Чалій Ю.І., доцент кафедри цивільного права та процесу
Харківського національного університету внутрішніх справ,
канд. юрид. наук, доцент*

Недоліки законодавчого регулювання позики..... 62

*Сліпченко С.О., доцент кафедри цивільного права та процесу
Харківського національного університету внутрішніх справ,
канд. юрид. наук, доцент*

Деякі питання щодо охорони інтересів фізичної особи, яка зображена на
фотографіях та інших художніх творах за Цивільним кодексом України 63

*Завальна Ж. В., завідувачка кафедри юридичних дисциплін
Сумської філії Харківського національного університету
внутрішніх справ, канд. юрид. наук, доцент*

Співвіднесення договірних форм відносин та договору: питання теорії..... 65

*Ігнатенко В.М., доцент кафедри цивільного права №1 НЮАУ
імені Ярослава Мудрого, канд. юрид. наук*

Заповідальний відказ як недоговірне регулятивне зобов'язання 68

*Сліпченко О.І., суддя Київського апеляційного суду, здобувач
кафедри цивільно-правових дисциплін навчально-наукового
інституту права, економіки та соціології Харківського
національного університету внутрішніх справ*

Висновки експертів в справах про компенсацію моральної шкоди 71

*Ясинок М.М., суддя Білопільського районного суду Сумської
області, канд. юрид. наук, доцент*

Особливості доказування в справах окремого провадження..... 76

*Кухарева Г.П., начальник відділу правового забезпечення та
кадрової роботи головного управління бюджету та фінансів
Харківської міської ради, здобувач кафедри цивільно-правових
дисциплін навчально-наукового інституту права, економіки
та соціології Харківського національного університету
внутрішніх справ*

Форми та види заповітів у римському праві. 80

Солонько М.Ф., адвокат, Черкаська обласна колегія адвокатів

Право на прийняття спадщини 83

*Самойленко Г.В., доцент кафедри цивільного права
Запорізького національного університету канд. юрид. наук,
доцент*

Теоретичні засади обмежень в цивільному праві 85

*Мічурін Є.О., доцент кафедри цивільного права та процесу
Харківського національного університету внутрішніх справ,
канд. юрид. наук, доцент*

Принцип здійснення майнових прав фізичних осіб відповідно до їх призначення 88

*Зайцев О.А., доцент кафедри цивільного права та процесу
Харківського національного університету внутрішніх справ,
канд. юрид. наук, доцент*

Посвідчення заповіту при свідках..... 91

*Селіванов М.В., доцент кафедри цивільного права та процесу
Харківського національного університету внутрішніх справ,
канд. юрид. наук, доцент*

Веб-сайт – складений об'єкт авторського права..... 94

*Соболев О.В., завідувач кафедри цивільно-правових
дисциплін навчально-наукового інституту права, економіки
та соціології Харківського національного університету
внутрішніх справ, канд. юрид. наук*

Право на смерть. Ще раз об евтаназії 95

*Жорнокуй Ю.М., завідувач кафедри правових основ
підприємницької діяльності навчально-наукового інституту
права, економіки та соціології Харківського національного
університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук*

Проблеми визначення місця корпоративного конфлікту та конфлікту інтересів
в акціонерних правовідносинах 98

*О.В. Полтавський, доцент кафедри правових основ
підприємницької діяльності навчально-наукового інституту
права, економіки та соціології Харківського національного
університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук*

Деякі особливості довірчих відносин в договорах на оформлення
представництва..... 101

*Карчевський К.А., доцент кафедри правових основ
підприємницької діяльності навчально-наукового інституту
права, економіки та соціології Харківського національного
університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук*

Поняття та ознаки підприємницької діяльності..... 104

*Чапчадзе Я.О., доцент кафедри господарського та фінансового
права Харківського національного університету внутрішніх
справ, канд. юрид. наук*

Забезпечення захисту майнових інтересів фізичних осіб – вкладників
фінансових установ..... 108

<i>Жидкова О.С., доцент кафедри цивільного права та процесу Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка</i>	
Захист права на недоторканність ділової репутації Європейським судом з прав людини	112
<i>Мамницький В.Ю., доцент кафедри цивільного процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, доцент, канд. юрид. наук</i>	
Про деякі аспекти вдосконалення цивільного процесуального законодавства	115
<i>Баранкова В.В., доцент кафедри цивільного процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, канд. юрид. наук</i>	
Правосуддя і нотаріат	118
<i>Сібільов Д.М., доцент кафедри цивільного процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, канд. юрид. наук</i>	
Третейська угода і право на звернення до третейського суду	121
<i>Бігун В.А., доцент кафедри цивільного процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, канд. юрид. наук</i>	
Щодо уніфікації процесуального законодавства	123
<i>Шутенко О.В., доцент кафедри цивільного процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, канд. юрид. наук</i>	
Права, свободи та інтереси як об'єкт судового захисту	125
<i>Гусаров К.В., доцент кафедри цивільного процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, канд. юрид. наук</i>	
Реалізація принципу диспозитивності цивільного судочинства у касаційному провадженні	127
<i>Рожнов О.В., доцент кафедри цивільного процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, канд. юрид. наук</i>	
Правова природа заходів процесуального примусу	129
<i>Світлична Г.О., доцент кафедри цивільного процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, канд. юрид. наук</i>	
Система справ окремого провадження та їх класифікація	132
<i>Сапейко А.В., старший викладач кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук</i>	
Проблеми інституту підсудності цивільних справ	136

<i>Гихурець О.В., старший викладач кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук</i>	
Створення спеціалізованого патентного суду України.....	138
<i>Кириченко Т.С., доцент кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук</i>	
Проблемні питання фактичних шлюбних відносин.....	140
<i>Бортнік О.Г., викладач кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук</i>	
Зловживання правом, пов'язаним із повідомленням учасників цивільного процесу.....	143
<i>Апанасюк М.П., доцент кафедри цивільно-правових дисциплін навчально – наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук</i>	
Особливості правового врегулювання недоторканості житла.....	145
<i>Сакара Н.Ю., асистент кафедри цивільного процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, канд. юрид. наук</i>	
Здійснення правосуддя виключно судом в контексті статі 6 про захист прав людини та основоположних свобод.....	147
<i>Жушман М. В., асистент кафедри цивільного процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, канд. юрид. наук</i>	
Деякі питання юрисдикції адміністративних судів по розгляду виборчих спорів	150
<i>Єфременко В.В., асистент кафедри цивільного процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого</i>	
Деякі питання виконання судових рішень про стягнення аліментів на дітей	153
<i>Шадура Д.М., асистент кафедри цивільного процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого</i>	
Окремі питання розмежування цивільної і адміністративної судових юрисдикцій.....	157
<i>Курафеева І.В., асистент кафедри цивільного процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого</i>	
Інвестиційні механізми будівництва житла.....	160
<i>Южно М.Т., здобувач кафедри цивільного права та процесу ХНУВС</i>	
Проблемні питання випуску іпотечних облігацій.....	163

<i>Табала О.М., директор департаменту моніторингу та стратегії розвитку фондового ринку Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку м. Київ</i>	
Законодавче регулювання розкриття інформації емітентами цінних паперів України.....	165
<i>Блідченко В.І., директор Департаменту правового аналізу та забезпечення Державної іпотечної установи</i>	
Перспективи розвитку вторинного ринку іпотечного кредитування.....	168
<i>Селега В.І., заступник директора Департаменту правового аналізу та забезпечення Державної іпотечної установи</i>	
Удосконалення механізму рефінансування. Проблеми обігу заставних.....	171
<i>Альмкін В. В., здобувач НДІ ГПП Академії правових наук України</i>	
До характеристики поняття договору поставки.....	174
<i>Канішева К.М., викладач кафедри цивільно-правових дисциплін ІНШПЕС ХНУВС, магістр права</i>	
Цивільно-правові аспекти профілактики домашнього насильства за законодавством Німеччини та України.....	177
<i>Степаненко Т.В., викладач кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Процесуальні особливості судового розгляду справ за позовом про захист невизначеного кола осіб.....	184
<i>Москалюк В.Ю., викладач кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук</i>	
• Забезпечення права дитини на належне батьківське виховання.....	186
<i>Літвінова О.В., науковий співробітник науково-дослідної лабораторії з проблем профілактики та розслідування злочинів навчально-наукового інституту підготовки фахівців для підрозділів слідства і дізнання Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
До питання про порядок укладення договору страхування.....	189
<i>Рябченко Ю.Ю., викладач кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Застосування наказного провадження при вирішенні справ про захист прав споживачів.....	193
<i>Нестеренко П.В., старший викладач кафедри економічної теорії та права Харківського гуманітарного університету «Народна Українська Академія»</i>	
Проблеми визначення цивільно-правового статусу приватних вищих навчальних закладів.....	196

	<i>Вакулович Е.В., доцент кафедри цивільно-правових дисциплін навчально - наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук</i>	
Права та обов'язки орендаря при укладенні договору оренди на новий строк ..		198
	<i>Мороз О.В., доцент кафедри цивільно-правових дисциплін навчально - наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук</i>	
Співвідношення імперативності та диспозитивності норм цивільного права		200
	<i>Дідук А.Г., викладач кафедри цивільно-правових дисциплін навчально - наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Проблемні питання щодо охорони конфіденційної інформації: комерційної таємниці та ноу-хау в Україні.....		204
	<i>Батожська О.В., викладач кафедри цивільно-правових дисциплін навчально - наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Непідприємницька організація як професійних зберігач транспортних засобів .		209
	<i>Загородній С.А., старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін навчально - наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ канд. юрид. наук</i>	
Особливості укладення договору про професійну підготовку у вищому навчальному закладі		210
	<i>Бараннік Н.М., викладач кафедри цивільно-правових дисциплін навчально - наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
інститут позовної давності у сімейному праві України.....		212
	<i>Глушкова Д.Г., старший викладач кафедри юридичних дисциплін Сумської філії Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Процесуальні права спеціаліста як суб'єкта цивільного судочинства		219
	<i>Горобець Н.О., старший викладач кафедри юридичних дисциплін Сумської філії Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Деякі питання взаємозв'язку права на місце проживання фізичної особи та права на недоторканність житла фізичної особи		222
	<i>Д'ячкова Н.А., викладач кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук</i>	

До питання про правовий статус усиновлювача	225
<i>Котенко С.О., старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін ННІ ІЕС ХІУВС</i>	
Предмет доказування по цивільним справам про розірвання угоди довічного утримання	231
<i>Колісник О.В., молодший науковий співробітник Н/Д державного будівництва та місцевого самоврядування АІрН України, здобувач кафедри цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Проблеми доцільності та ефективності здійснення цивільного судочинства за участю народних засідателів	233
<i>Масюк В.В., аспірант кафедри цивільного процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого</i>	
Розсуд суду під час оцінки преюдиціальних та презюмованих фактів у цивільного судочинстві	236
<i>Печипуренко О.М., здобувач кафедри цивільного права Запорізького національного університету</i>	
Страхування як умова договору перевезення пасажирів таксомоторами	238
<i>Маковій В.П., доцент кафедри цивільного права та процесу Херсонського інституту внутрішніх справ Харківського національного університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук</i>	
Співвідношення набувальної та позовної давності	240
<i>Шшика О.Р., викладач кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук</i>	
Осуществлення суб'єктивних гражданских прав и исполнения обязанностей в Интернете	248
<i>Спіжов В.В., викладач кафедри цивільного права та процесу Херсонського інституту внутрішніх справ Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Особливості повідомлення вкладника про зміну розмірів процентів по вкладам на вимогу за договором банківського вкладу (депозиту)	249
<i>Нагорна А.О., викладач кафедри цивільного права та процесу Херсонського інституту внутрішніх справ Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Значення суб'єктів передбачених ст. 1252 ЦК України при посвідченні заповітів ..	252
<i>Флудеджі В.Д., доцент кафедри цивільного права та процесу Одеського державного університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук</i>	
Особливості ієрархічної структури релігійних організацій	255
<i>Мирза С.С., доцент кафедри цивільного права та процесу Одеського державного університету внутрішніх справ</i>	

Обов'язки управителя за договором про надання послуг з управління багатоквартирним будинком.....	258
<i>Прокопенко В.Ю., доцент кафедри фінансів і кредиту Харківський національний університет внутрішніх справ, кандидат економічних наук</i>	
Зосередження обігу цінних паперів на фондових біржах.....	260
<i>Аврамова О.Є., доцент кафедри права Національного технічного університету «Харківський політехнічний інститут»</i>	
Право інвалідів на житло.....	262
<i>Мищенко І.В.ю старший викладач кафедри права Національного технічного університету «Харківський політехнічний інститут»</i>	
Поняття обмежень права приватної власності.....	265
<i>Церковна О.В.ю викладач кафедри цивільного права та процесу Одеського державного університету внутрішніх справ</i>	
Цивільно-правова відповідальність за порушення зобов'язання.....	268
<i>Маєвська А.В., викладач кафедри цивільного права та процесу Одеського державного університету внутрішніх справ</i>	
Визначення моменту виникнення тягара утримання об'єктів незавершеного будівництва.....	271
<i>Гришина І.І., викладач кафедри правових основ підприємницької діяльності навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Поняття та ознаки акціонерної відповідальності.....	273
<i>Фалєєва Т.В., викладач кафедри правових основ підприємницької діяльності навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Правове регулювання представництва у внутрішньокорпоративних відносинах.....	275
<i>Зубко С.П., викладач кафедри цивільного права та процесу Херсонського юридичного інституту Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Деякі проблеми забезпечення господарськими судами дисципліни і законності в господарських відносинах на сучасному етапі.....	278
<i>Луганська Т.О., науковий співробітник науково-дослідної лабораторії з проблем профілактики та розслідування злочинів навчально-наукового інституту підготовки фахівців для підрозділів слідства і дізнання Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Учасники корпоративних правовідносин.....	282

<i>Михайлов С.В., ад'юнкт кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Обґрунтований ризик, як підстава звільнення від відповідальності за заподіяння шкоди в сфері надання медичних послуг.....	287
<i>Греков Є.А., ад'юнкт кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Щодо захисту авторського права на твори архітектури шляхом вилучення (конфіскації) контрафактних примірників творів.....	289
<i>Кузьменко Г.С., аспірант 1 року навчання докторантури та ад'юнктури Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Визначення поняття інституту забезпечення позову в цивільному процесуальному праві України.....	292
<i>Глотов С.А., аспірант Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності Академії правових наук України</i>	
К вопросу о возможности частного копирования в цифровой среде.....	294
<i>Лукіна І.М.</i>	
Щодо проблем цивільної процесуальної відповідальності.....	296
<i>Габелко Е.В., здобувач кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Место, сущность и назначение института договора поставки.....	299
<i>Гержева О.С., викладач кафедри цивільного права та цивільного процесу Кіровоградського юридичного інституту Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Проблема правового регулювання ринку банківських послуг в Україні.....	305
<i>Юніна М.П., здобувач кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Колізійні питання правоздатності та дієздатності іноземних юридичних осіб в Україні.....	307
<i>Чуприна З.Н., магістрант кафедри гражданского права и процесса Луганского государственного университета внутренних дел имени Э.А. Дидоренко</i>	
О предстоящем рассмотрении некоторых законопроектов.....	310
<i>Ясечко С.В., ад'юнкт 1-го курсу докторантури та ад'юнктури Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Таємниця як режим інформації за Цивільним кодексом України.....	313
<i>Ярошевська Г.М., здобувач кафедри цивільно-правових дисциплін навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Письмова форма договору про надання юридичних послуг як гарантія належності їх надання.....	315

Мерцалов В., здобувач кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ	
До питання про участь у цивільному процесі органів та осіб, яким за законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб.....	317
Пономарьов М.В., здобувач кафедри правових основ підприємницької діяльності навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ	
Правове регулювання діяльності з надання фумігаційних послуг.....	319
Коряк В.В., здобувач Харківського національного університету внутрішніх справ	
Посилення цивільно-правового захисту інтересів учасників господарських товариств від рейдерства.....	321
Білий Я.І., магістрант кафедри цивільного права та процесу Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дидоренко	
Деякі аспекти щодо визначення поняття «конфіскація»	325
Луценко Л.А., викладач кафедри цивільного права та процесу Херсонського юридичного інституту Харківського національного університету внутрішніх справ, здобувач кафедри цивільного права та процесу.	
• Щодо співвідношення понять аліменти та утримання у сімейному праві України. 329	
Сядристий А.О., викладач кафедри правових основ підприємницької діяльності навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ	
Правова природа виконання в інституті суміжних прав.....	333
Литвин С.Й., викладач кафедри цивільного та трудового права Київського університету права НАН України	
Неоригінальні бази даних – питання для наукового осмислення.....	334
Мінченко А.О., ад'юнкт кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ	
Деякі проблеми сутності договору перевезення пасажирів залізничним транспортом.....	336
Бондаренко Д.О., ад'юнкт кафедри цивільного права та процесу, Харківський Національний університет внутрішніх справ	
Історія впровадження терміна «тендер» у вітчизняне законодавство.....	339
Горлов А.В., ад'юнкт кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ	
До питання про дієздатність заповідача як умови дійсності заповіту.....	343
Тихонова М.А., ад'юнкт кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ	

Види невідповідності фізкультурно-спортивних організацій	345
<i>Курочка С.В., ад'юкт кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Суттєві умови договору побутового підряду.....	349
<i>Ковтунова А.Ю., здобувач кафедри цивільно-правових дисциплін навчально-наукового інституту права економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Правова природа недійсного шлюбу у сімейному праві України.....	351
<i>Головатенко О.В., здобувач Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Аспекти визначення суб'єктного складу відносин власності в акціонерних товариствах.....	355
<i>Філіновських О.В., здобувач відділу проблем цивільного, підприємницького і трудового права Інституту держави і права ім. В.Н. Корецького НАН України</i>	
Недоліки в законодавстві України: право на аранжування комп'ютерної програми.....	358
<i>Мігашук Ю.І., помічник прокурора Комінтернівського району м. Харкова</i>	
Деякі питання відшкодування моральної (немайнової) шкоди, завданої незаконними діями правоохоронних органів.....	362
<i>Гужва А. М., здобувач Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Інтерес покупця у якості товару за римським правом.....	369
<i>Жеребной І.О., здобувач кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Право на судовий захист неповнолітніх: методологія дослідження.....	371
<i>Савченко А.С., слухач магістратури Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Спадкування нерухомості за римським правом	373
<i>Мельниченко Ю.В., здобувач Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Застосування законодавства України щодо права на географічне зазначення	376
<i>Молчанов Р.Ю., аспірант докторантури та ад'юктури Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Особисте немайнове право на ім'я.....	378
<i>Сальков Г.В., здобувач Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Встановлення обсягу охорон права на комерційне найменування.....	380
<i>Докушева О.В., здобувач Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	

Історія виникнення права на власне зображення.....	382
<i>Перова О.В., здобувач кафедри цивільно-правових дисциплін навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Категорія «публічний порядок» у цивільному праві	385
<i>Вертепа І.О., студент 2-го курсу навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Особливості укладення правочинів за допомогою конклюдентних дій. Мовчання в правочинах.....	390
<i>Друтюнян М.А., студентка 4-го курсу навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ.....</i>	
Принцип недоторканості житла у виконавчому провадженні.....	391
<i>Немьонова С.В., студентка 4-го курсу навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Оголошення секретного заповіту	396
<i>Джавалюк О.М., студентка 5-го курсу навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх</i>	
Правова характеристика договору дарування речей та його місце в системі цивільного законодавства України.....	399
<i>Савченко К.В., курсант 2-го курсу навчально-наукового інституту підготовки фахівців міліції громадської безпеки Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Усиновлення дитини однією особою	400
<i>Дейнека К.І., курсант 2-го курсу навчально-наукового інституту підготовки фахівців міліції громадської безпеки Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Особливості сімейних правовідносин.....	404
<i>Петриченко Я., студентка 3-го курсу навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Деякі правові аспекти інституту усиновлення.....	408
<i>Андропова І., студентка 3-го курсу навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Моральна шкода: проблемні питання визначеності поняття та розміру відшкодування	412
<i>Гога Ю., Омельченко А., студенти 3-го курсу навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	

Проблема теоретичного визначення поняття «сім'я»	418
<i>Колесник Л.М., студентка 3-го курсу навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Спадковий договір: деякі питання право розуміння	424
<i>Сербіна О., студентка 3-го курсу навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Інститут третейського розгляду в правовій системі держави	427
<i>Чернецька А.В., студентка 3-го курсу навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ</i>	
Деякі аспекти: правової природи та правової характеристики заповіту	430
<i>Кочин В., студент 3-го курсу Національної юридичної академії імені Ярослава Мудрого</i>	
Проблема визначення поняття «ділової репутації юридичної особи»	436
<i>Тімановський М.Ф., студент 4-го курсу ХНУВС ІНІ ПЕС</i>	
Окремі аспекти регулювання договору тунінгу	439

До питання про цивільно-правовий договір як регулятор суспільних відносин

Характеризуючи договір, як регулятор суспільних відносин, слід підкреслити, що протягом майже усього періоду існування радянського права він під таким кутом зору не розглядався, а ні в загальній теорії права, а ні в науці цивільного права.

В загальній теорії права була сформована позиція, згідно з якою розрізнялися два типи договорів, а саме: договір з нормативним змістом (нормативний договір) та договір-угода.

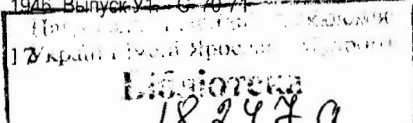
До нормативних договорів, що є підставою виникнення юридичної норми, відносилися міжнародні договори, договори в державному та адміністративному праві, в яких кожен з суб'єктів виступав носієм нормативної влади, а також договори, в яких жоден з його учасників хоча міг і не бути носієм нормативної влади, але юридична сила якого виникала завдяки санкціонуванню такого договору органами держави (зокрема, колективні договори в трудовому праві).

До договорів – угод, що є підставою виникнення конкретного юридичного правовідношення, відносилися, перш за все, цивільні договори, що пізніше отримали найменування індивідуальних договорів.

М.Г.Александров, аналізуючи роль договору в правовому регулюванні суспільних відносин¹ відзначав, що однієї вказівки на те, що один договір (договір-угода – виділене мною М.С.) є підставою виникнення конкретного юридичного відношення, а другий (нормативний договір – виділено мною М.С.) – підставою виникнення юридичної норми достатньо для розмежування указаних типів договорів. Різниця між цими типами договорів перекривається родовою різницею між юридичним фактом та джерелом права, а тому, підкреслював М.Г. Александров, договір з нормативним змістом необхідно пізнавально протиставляти договору-угоді. Підсумовуючи результати свого дослідження, М.Г. Александров сформулював декілька висновків².

¹ Н. Александров. К вопросу о роли договора в правовом регулировании общественных отношений // Учене записки ВІУОН. 1946. Выпуск 41. С. 70-71.

² Там само, с.81-83



По-перше, стверджувалося, що через різноманітність значень терміну «договір», останній не може конструюватися у якості родового поняття, а тому загальне поняття «договір» може мати лише збиральний характер.

По-друге, формулювалося визначення загального поняття договору (договору у самому широкому сенсі), як узгодженого волевиявлення двох або декількох формально рівних (в момент укладення договору) суб'єктів, що здійснюється з метою викликання юридичних наслідків (встановлення норми або встановлення правовідношення).

По-третє, пропонувалася загальна класифікація, як нормативних договорів, так і договорів-угод. Нормативні договори (угоди про норми) поділялися на договори, що є джерелом права з моменту їх вчинення, та договори, що стають джерелом права за умови їх державного санкціонування. Договори-угоди поділялися на три види, а саме: договори – підстави виникнення правовідносин, що регулюються імперативними нормами права; договори, що виконували подвійну роль, які, з одного боку, виступали підставою виникнення правовідношення, що регулюється бланкетними або диспозитивними нормами, а, з другого боку, були джерелом визначення змісту прав та обов'язків сторін у такому правовідношенні; договори, що конкретизують права та обов'язки сторін в правовідношеннях, що виникають із адміністративних актів.

По-четверте, підкреслювалося, що із запропонованої загальної класифікації договорів випливає необхідність в загальній теорії держави і права розглядати проблему договору не тільки у вченні про юридичні факти, а й у вченні про джерела права.

М.Г.Александров визнавав, що регуляторами суспільних відносин можуть бути лише нормативні договори, змістом яких є юридичні норми, які за своєю суттю не відрізняються від норм права, що містяться в законах та підзаконних актах (актах законодавства).

Що ж стосується договорів – угод (індивідуальних договорів), то вони не визнавалися регуляторами суспільних відносин (цивільних відносин), оскільки такі договори розглядалися лише у якості юридичних фактів, що породжували конкретне правовідношення (цивільне зобов'язання), регулятором яких визнавалися відповідні імперативні норми права. Слід підкреслити, що в період існування радянського права це стосувалося майже усіх індивідуальних договорів. Певне виключення було зроблено для договорів другого виду, що по-

роджували правовідношення, яке регулювалося диспозитивними нормами. Такі договори теж прямо не визнавалися М.Г.Александровим регуляторами суспільних відносин, хоча він називав їх «... джерелом визначення змісту правомочностей та обов'язків сторін в такому правовідношенні», навіть, «...формою автономного регулювання взаємовідносин на підставі бланкетних або диспозитивних норм права...»¹. Що стосується третього виду договорів – угод, правовідношення за якими виникає із адміністративних актів, то вони тим більше не могли бути визнані регуляторами суспільних відносин, оскільки договір при цьому не був самостійним юридичним фактом: він слугував лише доповненням до адміністративного акту, створюючи в поєднанні з останнім складний фактичний склад, що породжує у сторін правомочності та обов'язки, конкретизовані в необхідному ступені.²

М.Г. Александров підкреслював, що для соціалістичного господарства, розвиток якого спрямований єдиним планом, характерними є договори, в яких однією стороною виступають соціалістичні організації, що діють у відповідності з плановими завданнями. За таких умов переважне значення набувають договори першого та третього видів. Договори другого виду мають своєю сферою головним чином майнові відносини між окремими громадянами. Нормативне регулювання договірних відносин в соціалістичному суспільстві, підкреслював М.Г.Александров, не потребує прикриття фікціями «договірної свободи», які взагалі непритаманні радянському праву. Теорія радянського права теж не потребує фіктивної гіперболізації ролі договору і може визначати його дійсну роль, оскільки саме поєднання договору з нормами, що втілюють соціалістичний план, з планово – розпорядчими актами органів соціалістичної держави, перетворюють договір в один із засобів підвищення добробуту трудящих³.

Слід підкреслити, що я, безумовно, розумію, в які часи була написана стаття М.Г.Александровим. Таке широке її цитування здійснюється мною лише за для того, щоб підкреслити, що в ті часи роботи талановитих, але невеликих у своїх поглядах науковців, мали програмне значення і визначали напрямки і бажані результати подальших досліджень, що «вписувалися» в радянську ідеологію. Так сталося і з цією

¹ Н.Александров. Вказана робота. - С. 81,83

² Н.Александров. Вказана робота. - С. 83

³ Там само - С.75-78

статтею М.Г. Александрова. Це підтверджується, перш за все, характером подальших досліджень договору. В загальній теорії права, як відзначає Ю.А.Тихомиров, договір не відноситься до джерел права і видів нормативного соціального регулювання, а розглядався скоріше як їх побічна дитина¹. В жодному з учбових курсів по теорії права, відзначає В.В.Іванов, не сформульовані визначення понять та ознак договору. Нормативні і індивідуальні договори розглядаються окремо, відповідно, при характеристиці джерел права, та при аналізі юридичних фактів. Договори не аналізуються при опису таких ключових правових явищ і процесів як правове регулювання, правова норма, правотворення, індивідуальні приписи, правозастосування тощо².

В цивілістичній науці, як радянських часів, так і в сучасній, пануючим було і залишається положення про багатозначність терміну «договір»³, оскільки він охоплює такі правові явища, як: юридичний факт (двох чи багатосторонній правочин), що є підставою виникнення цивільних прав і обов'язків; саме договірне зобов'язання (правовідношення), породжуване укладеним договором; а також документ, в якому закріплюється (фіксується) факт встановлення між контрагентами зобов'язального правовідношення⁴. Одночасно слід підкреслити, що при цьому головна увага все ж приділялася саме договору як підставі виникнення цивільних прав і обов'язків.

Саме тому і в механізмі правового регулювання суспільних відносин договору була відведена роль лише юридичного факту. Слід відзначити, що концепція правового регулювання суспільних відносин та його механізму, яка була розроблена в період існування радянського права, базувалася на таких засадах.

По-перше, визнання за правовим регулюванням виключно державного характеру. С.С. Алексеев прямо зазначає, що

¹ Ю.А.Тихомиров Договор как регулятор общественных отношений // Правоведение, 1990- № 6-С.29

² В.В.Иванов. Общие вопросы теории договора, М.: Эдиториал УРСС . - 2000.- С.9

³ Інші точки зору з цього питання див.: Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. - М. - 1958. - С. 117-118; Халфина Р.О. Значение и сущность договора в социалистическом гражданском праве. - М.: Изд-во АН СССР. - 1954. - С. 48 -51.

⁴ Иоффе О.С. Обязательственное право. - М.: Юридическая литература. - 1975. - С. 26; В.В.Луць Цивільно-правовий договір // Зобов'язальне право. Теорія і практика. За ред. О.В.Дзери. - Київ: Юрінком-Інтер. - 1998. - С. 18-19.

правове регулювання є, в принципі, державним¹, що означає, що воно має виключно зовнішній характер і є іманентним методом централізованого імперативного регулювання (методу субординації).

По-друге, визнання внутрішньої єдності правового регулювання та його механізму, зумовленої єдністю економічного базису суспільства, суспільних відносин, що підлягають правовій регламентації, усієї системи права. Ці ідеологічні за своєю суттю гасла в умовах тоталітарного режиму створювали перешкоди навіть для формування ідеї щодо ймовірного існування крім зовнішнього також і внутрішнього правового регулювання (саморегулювання) суспільних відносин.

По-третє, визнання правової норми, по суті, єдиним регулятором суспільних відносин, що пов'язано з тим, що нормативно-правове регулювання вважалося однією з передумов законності. Остання ж розглядалася як відповідність поведінки всіх суб'єктів вимогам загальних масштабів поведінки – нормам права.

По-четверте, визнання правових норм приписними моделями поведінки людей, що програмується державою, а реалізація права – втіленням правових приписів у життя. По суті, це означає, що і правові норми, і реалізація права зорієнтовані в основному на позитивні зобов'язування – способи регулювання, притаманні методу субординації. За таких умов зрозумілою є відсутність у цьому механізмі такого самостійного юридичного засобу (елементу) як договір².

Справедливості ради треба вказати, що в межах зовнішнього (державного) регулювання суспільних відносин, договір розглядався як певний типовий спосіб регулювання суспільних відносин, що йменується автономним і кваліфікувався як відносно самостійне, піднормативне регулювання, що може мати місце при індивідуальній регламентації окремих частин суспільних відносин. Йшлося лише про виняткові випадки, коли норми права надавали учасникам відносин можливості самим урегульовувати ті чи інші умови своєї поведінки (окремі умови договору, що укладається). Саме тому слід ще раз підкреслити, що договір-угода в радянському праві, взагалі, і в цивільному праві, зокрема, не визнавався

¹ С. С. Алексеев. Механизм правового регулирования, М.: Юридическая литература - 1966. - С. 6-7

² Детальніше про це див. : М. Сібіпов. Цивільно-правовий договір в механізмі правового регулювання суспільних відносин в сфері приватного права // Юридический вестник. - 2002 - № 3 - С. 105-109

соціальним регулятором суспільних відносин, а тому ні законодавство Союзу РСР, ні республіканські ЦК не містили норм, щодо співвідношення закону і договору.

Були певні сподівання, що при здійсненні нової кодифікації цивільного законодавства РФ, що відбувалася в період визнання поділу права на приватне і публічне, роль договору не буде зводитися лише до визнання за ним якості юридичного факту. Тим більше, що за кілька років до прийняття частини першої чинного Цивільного кодексу Російської Федерації (далі – ЦК РФ), прийнятої Державною Думою Російської Федерації 21 жовтня 1994р.¹ в науці було висловлена думка про те, що договір є важливим регулятором суспільних відносин і породжує норми саморегуляції², але розробники ЦК РФ не сприйняли цю ідею. Зміст ст. 422 ЦК РФ, що присвячена співвідношенню закону і договору, свідчить про те, що договір розглядається і на далі, як спосіб піднормативного (автономного) регулювання в межах державного регулювання окремих частин суспільних відносин.

Інші принципові правила про співвідношення актів цивільного законодавства і договору в Україні були закріплені в ст. 6 чинного ЦК України. Суть цих правил полягає в наступному.

По-перше, сторони мають право укласти договори, які не передбачені актами цивільного законодавства, за умови, що вини відповідають загальним засадам цивільного законодавства, закріпленим в ст. 3 ЦК. Мова йде про так звані непонайменовані договори.

По-друге, сторони при укладанні договорів, передбачених актами цивільного законодавства (так званих понайменованих договорів) мають право врегулювати в такому договорі свої відносини, які не врегульовані актами цивільного законодавства. Крім того, в таких договорах сторони можуть відступати від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини і в цій частині на власний розсуд.

По-третє, сторони в договорі не можуть відступати від положень актів цивільного законодавства, якщо в них прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами.

¹ СЗ РФ 1994, №32, ст. 3301

² Ю.А.Тихомиров. Договор как регулятор общественных отношений // Правоведение, 1990. - № 5. - С. 29

Аналіз цих принципових положень про співвідношення актів цивільного законодавства і договору дає підстави стверджувати, що, з одного боку, вони, беззаперечно, свідчать про регулятивну роль договору у цій сфері приватного права, а, з іншого боку, – про те, що вони встановлюють межу дії принципу свободи договору.

Дійсно, коли сторони укладають договір, не понайменованій в актах цивільного законодавства, єдиним регулятором цивільних відносин та джерелом прав і обов'язків сторін виступає саме договір. Таку ж саму роль виконує договір і тих випадках, коли сторони при укладенні понайменованого договору врегульовують відносини, що не врегульовані актами цивільного законодавства. Нарешті, і у тих випадках, коли сторони, укладаючи договір, понайменованій в актах цивільного законодавства, відступають від положень, закріплених в них, врегульовуючи свої відносини на власний розсуд, договір, укладений сторонами, також стає єдиним регулятором цивільних відносин та джерелом їх прав та обов'язком.

Таким чином, у цих випадках мова йде про внутрішнє регулювання суспільних відносин правилами, викладеними в договорі, що йменується саморегулюванням.

Саморегулювання є властивим царині договірних відносин в сфері приватного права, в якій здійснюється децентралізоване регулювання на диспозитивних засадах цивільних відносин, заснованих на юридичній рівності, вільному волевиявленні та майновій самостійності суб'єктів

На відміну від саморегулювання, автономне регулювання відбувається хоча і за волею суб'єктів, але лише у випадках наявності на це волі публічної влади, яка в диспозитивній нормі визначає не тільки випадки, коли здійснення його є можливим, а й встановлює його чіткі межі (глибину). Це пов'язано з тим, що автономне (піднормативне) регулювання відбувається в межах зовнішнього державного регулювання.

Саморегулювання (внутрішнє регулювання) – це самостійний вид регулювання, при якому сторони можуть діяти виключно на свій розсуд при укладанні будь-якого договору і не вважаються пов'язаними імперативними приписами актів цивільного законодавства.

Отже, зовнішнє (імперативне) регулювання суспільних відносин в сфері приватного права мусить бути доповнено внутрішнім регулюванням (саморегулюванням), а існуючий його механізм потребує певних реформувальних, пов'язаних як

зі змінами характеру самого регулювання, так і з місцем договору в ньому.

Саморегулювання – це юридична форма втілення принципу свободи договору в реальність. Саме тому обмеження принципу свободи договору є одночасно й межами можливості саморегулювання. Такі межі встановлені в правилах, що містяться в абз.2 ч.3 ст.6 ЦК. Згідно з ними сторони не можуть відступати від положень актів цивільного законодавства за наявності однієї з трьох наступних обставин.

Першою такою обставиною є наявність в акті цивільного законодавства прямого застереження щодо неможливості сторін відступати від його конкретного імперативного положення.

Друга обставина має місце тоді, коли в акті цивільного законодавства хоча і не міститься прямого застереження щодо неможливості сторонам відступати від його конкретного імперативного положення, але із змісту зазначеного акту випливає обов'язковість його конкретного припису через визнання ним нікчемного характеру відступу від нього.

Третя обставина сформульована в ст. 6 ЦК таким чином, що сторони не можуть відступати від імперативних положень актів цивільного законодавства навіть тоді, коли у самому акті немає ні прямого застереження про це і це не випливає із змісту цього акту, але випливає із суті відносин між сторонами. Ця обставина, на мою думку, є некоректною і зайвою, хоч би з огляду на те, що в ст. 6 ЦК йдеться про співвідношення акту цивільного законодавства і договору, а не про співвідношення зазначених актів з суттю відносин між сторонами, адже суть цих відносин полягає в їх договірному (правочинному) характері.

Завершуючи характеристику саморегулювання в договірній сфері приватного права, слід ще раз зауважити, що його треба розглядати лише як право сторін договору у випадках, коли вони вправі відступати від положень, викладених в імперативних нормах актів цивільного законодавства.

Нарешті, визнання договору соціальним регулятором суспільних відносин потребує встановлення сутності приписів, що містяться в ньому. Іншими словами, треба дати відповідь на те, чи можна розглядати приписи (правила поведінки), що містяться в договорі, нормами права. Цей напрямок дослідження договору є, безумовно, перспективним. М.І.Брагинський, досліджуючи сучасні проблеми договірного права Російської Федерації, підкреслює, що регулятивна роль договору зближує його з законом та нормативними актами. Умови договору, підкреслює він далі, відрізня-

ються від правової норми головним чином двома принциповими відмінностями. Перша відмінність пов'язана з походженням правил поведінки: договір висловлює волю сторін, а правовий акт – волю органу, що прийняв його. Друга відмінність розрізняє межі дії правила поведінки: договір безпосередньо розрахований на регулювання поведінки тільки його сторін, тоді як нормативний акт породжує загальне правило для всіх і кожного.¹

Аналізуючи позицію М.І.Брагинського, слід мати на увазі, що вона обумовлена неможливістю за чинним ЦК РФ саморегулювання суспільних відносин та обмеженою можливістю навіть автономного (піднормативного) їх регулювання.

Оскільки ж чинний ЦК України передбачає можливість саморегулювання в сфері договірних відносин, договір висловлює не тільки волю сторін, а й волю законодавця, який закріпив у основному акті цивільного законодавства дозвіл на це.

Слід погодитись з С.О.Погрібним, що нормативність в сучасних умовах має розумітися як властивість створювати правило поведінки на певну життєву ситуацію, незалежно від того, персоніфіковані чи ні суб'єкти такої поведінки, розраховане це правило на разове чи багатократне застосування. Тим самим юридичне розуміння «норми» узгоджується з її загальним філософським значенням. Адже у філософії норма – це, передусім, правило, зразок поведінки або дії, за допомогою якого забезпечується упорядкованість. Таким чином, норма – це правило поведінки і нормативність полягає саме у встановленні правила, тобто виду і міри належної поведінки. Сутність цивільно-правового договору як регулятора цивільних відносин полягає у тому, що ним створюється і закріплюється правила поведінки учасників відповідних відносин. Інакше кажучи, договір визначає норму цивільного права, якою відповідне відношення регулюється².

Визначивши таким чином сутність приписів (правил поведінки), закріплених в договорі, є усі підстави вважати цивільно-правовий договір формою права.

¹ М.И.Брагинский. В.В.Витрянский. Договорное право. Книга первая: Общин положения. М.: Статут. – 1999. – С.13

² С.О.Погрібний. Договір у системі регуляторів цивільних відносин //Актуальні проблеми політики. 36. наукових праць. Випуск 22.- Одеса, - 2004. –С.208-209

*Жуков В.І., професор Міжнародного Со-
ломонова Університету, професор Хар-
ківського національного університету
ім. В.Н. Каразіна, член-кореспондент
Академії правових наук, канд. юрид. на-
ук, доцент*

Віддзеркалення юридичної природи права інтелектуальної власності в законодавстві України

1. Юридична природа права інтелектуальної власності. Як відомо Цивільний кодекс України (далі – ЦК України) складається з VI Книг. Одна з них, – Книга IV, має назву «Право інтелектуальної власності» (далі – ІВ). Тому, перш за все, потрібно чітко врозуміти, що мається на увазі під новим терміном «право інтелектуальної власності», який його зміст. Публікації з цього питання свідчать про те, що багато фахівців не тільки в галузі права, а й технічних дисциплін, дійсно вважають, що це є право власності, тільки щодо нетілесних об'єктів – творів, винаходів і т.п. Можна однозначно стверджувати, що в Україні, у тому числі і на рівні професорів, докторів юридичних наук, у тому числі і тих, хто займається даним правом, склалися дві полярні точки зору, щодо її правової природи.

Одні фахівці в Україні вважають, що це дійсно новий інститут права інтелектуальної власності. Вони є прихильники так званої «пропріетарної» теорії, теорії яка, з моєї точки зору, має право на своє існування, але в системі постулатів англосаксонського права. Але, і в цьому винятку не зрозуміло, чому саме фахівці України при визначенні змісту «права інтелектуальної власності» використовують тріаду «володіння, користування та розпорядження», яка об'єктивно притаманна тільки праву власності на матеріальні речі.

Попутно зауважимо, що всі закони України, щодо права промислової власності, прийняті на початку 90-х років вживають термін «власність», а не «інтелектуальна власність». Можливо, що це є теж позицією Державного департаменту інтелектуальної власності. Так, в ст. 1 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» (в діючій на даний час редакції від 22 травня 2003 року N 850-IV) говориться, що патент є – «...охоронний документ, що засвідчує пріоритет, авторство і право власності на винахід (корисну модель)». Чому б не записати замість терміну «власність» – термін «інтелектуальну власність»? Ст. 38 Закону України «Про

інформацію»(діючий і на цей час редакції) гласить, що нею можна володіти, користуватися та розпоряджатися. Цього немає в законодавствах країн системи англосаксонського права. Податкове відомство України теж виходить з цих позицій і, таким чином, сприяє саме такому порозумінню даного інституту права.

Другі фахівці в Україні, до яких належить і автор даної тези, вважають, що назва «право інтелектуальної власності», – є умовна. Вона не є точної науковою формулою, яка адекватно віддзеркалює правову природу даного права саме в системі пандектного права. Зміст останньої в виключних правах на нетілесні об'єкти. В принципі не можливо володіти нетілесними об'єктами права, наприклад, твором, винаходом та т.п. речами, в порозумінні постулатів, які лежать в основі даної системи права і до якої відноситься право і законодавство України. Мається на увазі володіння в порозумінні «*corpus possessionis*» і «*animus possessionis*». А тому і використання такого терміну як «розпорядження»правами на нетілесних об'єктів права, який використовується в новому ЦК України (глава 75, ст.ст. 1107 – 1114), теж не «вписується»в «систему координат»пандектної системи права. Мова повинна йти про «уступку прав»(по моделі договору купівлі-продажу), або «видачі ліцензії»(по моделі договору оренди). Тільки в такому порозумінні можна використовувати термін «розпорядження»правами на нетілесні об'єкти.

Таким чином, суть авторського права, патентного права в приватній монополії на визначені об'єкти. Всі монополії, за правилом, – заборонені, крім однієї, – на об'єкти інтелектуальної власності. Тому зміст права на об'єкти, так званої «ІВ», в «забороні»і «дозволі»(ліцензії) використання її об'єктів, а не в володінні, використанні і розпорядженні.

2. Як правильно сформулювати «предмет позову»по справам, пов'язаним з ІВ? Відомо, що звернення до суду за захистом порушених, не визнаних та оспорюємих прав, у тому числі і пов'язаних з об'єктами права ІВ, потребує складання позивної заяви з дотриманням відповідних вимог процесуальних кодексів (ст. 119 ЦПК України; ст. 54 ГПК України). Аналіз сучасної судової практики свідчить про те, що припис вказаних статей з боку позивачів (їх представників), зокрема, щодо «змісту позовних вимог», формулюється не кожен раз вірно. Наприклад, по одній й справ, суд розглянув спор між автором промислового зразка (на кіоск) та третьою особою, яка на його думку порушила його права за позовом,

який було сформульовано так: «позов про охорону промислового зразка». Є ціла низка справ за позовом «про стягнення винагороди», яка не знаходиться в нормативному зв'язку з підставами позову. Таке формулювання предмету позову не відповідає, а ні вимогам ст. 16, ст. 432 ЦК України, а ні статтям спеціального закону, щодо охорони промислового зразку.

Між тим, також відомо, що формулювання саме «змісту позовних вимог» має суттєве значення при визначенні підстав позову та посилання на відповідні статті законодавства. Відомо і те, що суд може відмовити у відкритті провадження по справі, якщо у провадженні суду є справа зі спору: а) між тими ж сторонами, б) про той же предмет, і в) із тих же підстав (п.3, ч.2 ст. 122 ГПК України), або відмовити в прийнятті позовної заяви, якщо у провадженні суду є справа зі спору: а) між тими ж сторонами, б) про той же предмет, і в) із тих же підстав (п.2, ч.1 ст. 62 ГПК України).

У зв'язку з цим виникає коло питань. Зупинимося на першому: як визначити термін «між тими ж сторонами». Практика свідчить про те, що в справах, пов'язаних з об'єктами ІВ, сторони мають назву «перший відповідач», «другий відповідач» і т.д. доходить до 4-х, а іноді і до 5-ти відповідачів. Діюче процесуальне законодавство такої класифікації відповідачів не знає. Наприклад, в ст. 23 ГПК України йдеться про те, що «позов може бути подано кількома позивачами чи до кількох відповідачів». При цьому вказується, що «кожний з позивачів або відповідачів щодо іншої сторони виступає у судовому процесі самостійно». Можливо залучення до участі у справі іншого відповідача, а також заміна неналежного відповідача (ст. 24 ГПК України).

Виникає питання: хто є належним відповідачем, наприклад, за позовом про визнання патенту на винахід недійсним? На мою думку – не власник патенту, а патентне відомство. Чому так? Тому, що дані відносини є по своїй юридичній природі публічними (адміністративними). Якщо навіть виходити з тієї доктрини, що «право на патент» є суб'єктивним цивільним правом, то слід дати перевагу тому, що здійснюється воно в публічних (адміністративних) правовідносинах. Це є відносини по лінії «винахідник – держава», або «заявник – держава», в особі патентного відомства. А сам патент – є документ, який засвідчує виключне (монополіне) право винахідника, або особи, який він належить в си-

ду адміністративного акту з боку держави. Це не є в прямому порозумінні угода між автором винаходу та державою.

Якщо дана посилка є вірною, то схема, щодо сторін по справі, може мати такий вигляд: позивач (кожен з числа трьох осіб відносно власника патенту), відповідач (патентне відомство), третя особа на стороні відповідача (власник патенту).

Друге питання. Є справа зі спору між тими ж сторонами про той же предмет. Що мається на увазі. Перш за все звернемо увагу на те, що термін «предмет ... спору» і термін «зміст позовних вимог» не є за змістом однозначними. Їх зміст різний, хоча вони і є суміжними поняттями. Пояснимо це на прикладі. Предмет спору – жилий дім. Зміст позовних вимог: визнання права на $\frac{1}{2}$ жилого дому, або встановлення порядку користуванням жилим домом, або розділ жилого дому і т.п. Аналогічно: предмет спору – винахід, охороняємий патентом України №... . Зміст позовних вимог: визнання патенту недійсним повністю, або визнання патенту недійсним частково, або встановлення факту використання винаходу; встановлення власника патенту і т.д.

Якщо дана посилка є вірною, то тлумачення норм цивільного права, господарського процесу терміну «той же предмет» повинна проводитися не окремо, сама по собі, а у зв'язку з «змістом позовних вимог».

Третє питання. Є справа зі спору між тими ж сторонами про той же предмет, але із інших підстав. Пояснимо це на прикладі. Предмет спору – винахід, охороняємий патентом України №... . Зміст позовних вимог: визнання патенту недійсним повністю. Підстави: а) невідповідності запатентованого винаходу умові патентоздатності, що визначені статтею 7 цього Закону, а саме – технічне рішення не є новим, або б) невідповідності запатентованого винаходу умові патентоздатності, що визначені статтею 7 цього Закону, а саме – технічне рішення не таким, що має винахідницький рівень, або в) невідповідності запатентованого винаходу умові патентоздатності, що визначені статтею 7 цього Закону, а саме – технічне рішення не є промислово придатним і т.д.

Якщо дана посилка є вірною, то науковій спільноті, разом з юристами практиками, патентними повіреними слід «розкрити скобки» терміну «спор» та того смислу, який законодавець вкладає в нього, коли він в спеціальних законах про охорону прав, щодо об'єктів промислової власності не формулює саме «змісту позовних вимог» (який він від нас вимагає, коли ми оформляємо позов до суду), а пише: «суди від-

повідно до їх компетенції розв'язують, зокрема, спори про: авторство на винахід (корисну модель); встановлення факту використання винаходу (корисної моделі); встановлення власника патенту; порушення прав власника патенту; укладання та виконання ліцензійних договорів; право попереднього користування; компенсації.

При цьому слід враховувати, що, по-перше, закон надає лише примірне коло спорів. Цей перелік не є вичерпним. Тому суди повинні приймати позови і по таким позовам, які прямо не вказані. По-друге. Кожен з зазначених видів може мати: а) «свій» склад сторін, б) «свій» предмет спору, і в) «свої» підстави.

3. Конкуренції позовів. За останні часи все частіше судова практика має справи, які пов'язані з зіткненням (столкновением) прав /явище аномальне/, конкуренції позовів /явище нормальне/. Мається на увазі випадок, коли один і той же об'єкт права ІВ, наприклад, технічне рішення, одна особа має на нього патент на винахід, а друга – патент на корисну модель, або одна особа має патент на торгову марку, а друга – на промисловий зразок. Мають місце зіткнення прав на винахід, корисну модель з правом на промисловий зразок. При цьому ми виключаємо той випадок, коли видані різним особам охоронні документи мали одну й ту ж дату пріоритету.

В таких випадках слід використовувати класичне правило: при конкуренції однорідних прав попереду йде право, яке виникло раніше (по старшинству); при конкуренції неоднорідних прав попереду йде право яке має більшу юридичну силу. Науковій спільноті в галузі права належить з'ясувати: які прав на об'єкти ІВ слід визначити: однорідними /за їх юридичною природою, чи це буде власність, інтелектуальна власність або виключні права з об'єктивно притаманними їм якостями/, які, неоднорідними, по тим самим критеріям, але якщо вони неоднорідні, то додатково встановити, які мають більшу юридичну силу.

Думається, що конкуренція матеріальних суб'єктивних прав на один і той же об'єкт ІВ – явище аномальне. В принципі такого правового явища не повинно буди, оскільки вся система права ІВ виходить з того, що кожен об'єкт права ІВ має «свої» критерії патентоздатності. Той факт, що таке явище має місце є наслідком або помилок при застосуванні норм матеріального права, або не вдосконалення діючого законодавства. Як наслідок мають місце конкуренція процесуальних прав, що є явищем нормальним. Проблема полягає в то-

му, що з аномальним явищем «звикає» законодавець і органи виконавчої влади, управління, які його застосовують. Потрібно оборотна реакція, – вдосконалення законодавства і практики його застосування, щоб на один і той же об'єкт один і той же державний орган не видавав два однорідних по юридичній силі патенту.

В публікаціях РФ з цього приводу висловлюється думка про те, що таке масове становище, мається на увазі зіткнення прав, є наслідок зловживання правами особами, які, як правило, подають заявки на корисну модель. З нашої думки, в кожному конкретному випадку суду слід підходити індивідуально. Але як в такому випадку повинен вести себе суд? Виходячи з того, що принцип змагальності стає все більш вагомим, а суд від «активної» позиції, принципу, який був йому притаманне за часів радянської влади, – відходить на позицію «суд слухає», тобто «пасивну» позицію. Тому на поставлене питання можна дати таку відповідь: суд не вчиняє по своїй ініціативі ніяких дій. Це турбота сторін по справі.

Що ж до зловживання правами з боку заявників, які отримують патенти з метою недобросовісної конкуренції, а не з метою на законних підставах «обійти» патент конкурента, то це окреме питання, яке заслуговує спеціального обговорення поряд з питання про зловживанням судовим корпусом процесуальних прав.

Рекомендація з зазначених вище питань (доктринальна). Коли, наприклад, різні особи на одне і теж технічне рішення мають патент на винахід і патент на корисну модель, то незалежно від дати пріоритету, тобто незалежно від «старшинства», попереду йде право, яке має вищу юридичну силу – патент на винахід, оскільки він має коло переваг, зокрема винахідницький рівень, його було видано після проведення експертизи по суті та т.п. ознаки. При цьому виникає чи мало суттєвих для практики питань, наприклад, чи може суд розглядати зустрічний позов з боку володаря патенту на корисну модель як захист проти вимог позивача. Загальної відповіді на це питання не може бути. Для відповіді на це та інші питання потрібно виходити з «предмета спору» та «змісту позовних вимог» про що йшлося вище.

4. Безпідставно набуте майно. Безпідставно набутим майном може бути як права на об'єкти ІВ (нематеріальні активи), так і майно (продукція, гроші, отримані після її реалізації), яке отримане в результаті у зв'язку з участю осіб в комерційних відносинах на «ринку прав ІВ».

Можлива така ситуація, коли особа використовувала об'єкти ІВ і не оплатила за це їх авторам, винахідникам, законним виробникам екземплярів продукції, в якій втілені результати творчої праці. При інших відомих обставинах, слід рекомендувати використовувати ст. 1212 ЦК України. Тобто пред'являти позов, в якому буде матеріально-правова вимога до відповідача як до особи, яка набула майно (ІВ), використовувала або права або об'єкт цього права, отримала прибуток, можливо і зберегла його у себе і все це за рахунок іншої особи (потерпілого: ліцензіара) без достатньої правової підстави. Така особа, незалежно від вини, хоча в таких випадках вона, як правило, є, зобов'язана повернути потерпілому це майно.

Дуже важливо і те, що така особа зобов'язана повернути майно і тоді, коли підстава, на якій воно було набуто, згодом відпала. Це буває, зокрема, – пише проф. Д.В.Боброва, – і на підставі одержання майна на підставі угоди, яку пізніше визнав суд чи господарський суд недійсною ... або в наслідок скасування вищою інстанцією рішення суду. Такою угодою може бути і ліцензійний договір і угода про сумісну діяльність і інші.

Шшика Р.Б., завідувач кафедри цивільного та господарського права Київського Міжнародного Університету, професор, доктор юридичних наук

Види житла: власницький аспект

Глава 28 ЦК України присвячена регулюванню відносин власності на житло. Проте, звертає на себе увагу її неповнота об'єкти такої власності вказані лише стаціонарні житлові приміщення і то не всі. У зв'язку з тим виникає низка проблем: встановлення суб'єкта права власності на житло; визначення місця норм про права власності на житло у системі права України, уточнення різновидів житла як об'єкта права власності, встановлення їх юридичної чистоти тощо. Глава 28 ЦК України корелюється із загальними положеннями про право власності, які передують цій главі та із наступними, щодо захисту права власності. Проте, відносини щодо права власності на житло врегульовані наразі й Житловим кодексом УРСР на парадигмі індивідуальної соціалістичної власності. Проект ЖК України як спеціальний кодифікований акт

не може не обійтися без врегулювання основних відносин стосовно права власності на житло. Він за своїм спрямуванням та комплексністю повинен врегулювати всі різновиди правовідносин, що складаються стосовно житла.

У зв'язку з тим виникає низка проблем: встановлення суб'єкта права власності на житло; визначення місця норм про права власності на житло у системі права України, уточнення різновидів житла як об'єкта права власності тощо. Останнє є досить цікавим не тільки з огляду на комерціалізацію житла та становлення й бурхливий розвиток цього сектору ринку, можливість одночасно мати декілька видів житла різних за призначенням та іншими показниками. До того об'єктивні процесі та поява різноманітного за функціональністю, призначенням і найменуванням житла, втім числі елітного, спричиняє потребу посилити охорону прав на це житло. Власне цьому й присвячене це ессе. Але для цього слід визначитися в термінах.

На загальному рівні ми виходимо з номенологічного призначення житла – для забезпечення проживання людини: постійного, тимчасового. Цей критерій є досить поширений і слугує виділенню видів житла та встановлення їх загальної правової характеристики. Разом з тим, при загальних ознаках і здатності забезпечувати потребу людини в притулку та проживанні вони мають такі характеристики, які дозволяють їх згрупувати. Якщо наразі будинок, квартиру чи облаштований котедж називають первинним житлом де забезпечуються первинні функції людини (сон, харчування, гігієна), відпочинок, творчість і спілкування, то інші види житла диференціюються більш детально. Так дачі, садові будинки відносять до вторинного житла як доповнення первинного. Вони іноді стають постійним місцем проживання для осіб, які позбавилися свого житла. Так К. продала свою квартиру в Харкові, отримані від продажу гроша поділила між дітьми і поселилась у сина. Проте не змогла вжитися із невісткою і уже довгий час 80-ти річна жінка проживає у літньому садовому будинку на території садівничо-городнього кооперативу «Хуторок». Таких прикладів чимало.

Здебільше у вторинному житлі здійснюються права на відпочинок у замських умовах, любительську працю, спілкування із природою та лікування. До того, обмеження від надмірної зовнішньої інформації та контактів надає, як свідчать лікарі, терапевтичний ефект.

Виділяють і третинне житло – споруди, які спеціально призначені для короткострокового відпочинку в замських умовах. Його функції змінюються: від мінімального надання даху до можливості повноцінного відпочинку та проживання: на засадах права власності чи оренди й підприємництва. Ними можуть бути рибальські будиночки, мисливські будинки (заїмки). В Німеччині такі побудови називають Ferienhauser – котеджі для відпочинку на час вихідного дня, канікул, відпустки. Стали доволі популярні фінські котеджі для відпочинку та туризму. Вони розташовуються в природних рекреаційних зонах, зокрема водоймищах, збалансовані за площею приміщень і мають гаражі для рекреаційного транспорту: катерів, водних мотоциклів, снігоходів.

До четвертинного житла відносять транспортні засоби, що обладнані для тимчасового проживання: яхти, трейлери. В той же час трейлер, що обладнаний всім необхідним та на період стоянки під'єднаний до комунікацій може використовуватися для постійного проживання. Наразі вирізняють навіть п'ятичне житло – від звичайної палатки та намету до заявленої екзотики майбутнього кібер-пристрою для створення власного віртуального середовища де завгодно.

Режим житла надає йому гарантованість від свавільного позбавлення права (ч.3 ст.47 Конституції України), його недоторканність (ч.1 ст. 30 Конституції України), наявності іншого житла. Титул проживання (на праві власності, члена сім'ї, наймача (орендатора), гостя тощо) слугує підставою для визначення правового становища при користуванні таким житлом. Останнє проявляється в суб'єктивних правах та юридичних обов'язках. Розуміється що у власника, наймача, гостя повинен бути різний їх обсяг: максимальний у власника і визначений власником та законом для не власників. Однозначно, навіть попри значення права на житло, інші особи не можуть ущемляти прав власника, що слід закріпити в новому ЖК України. Якщо гість порушує право власника і зловживає його гостинністю, то власник вправі «вказати йому на двері».

Інші споруди також мають у своєму складі приміщення, що пристосовані для проживання: приміщення для прислуги, для проживання та відпочинку персоналу, гостеві будиночки, для відпочинку тощо. Деякі види житла визначально є багатофункціональними: як для проживання так і для ведення іншої діяльності, наприклад господарської. Такими є помістя. Тож якщо одночасно розмістити такі види житла в

одній місцевості ми запрограмуємо неминучі конфлікти між власниками та іншими особами. Їх слід упереджувати шляхом визначення правового режиму різних видів житла, та деталізацією суб'єктивних прав та особливо юридичних обов'язків. Відповідно уже при відведені земельної ділянки під будівництво слід вирішити чітко правовий режим майбутнього житла і неможливість його свавільної зміни у майбутньому. Це не різновид обмеження прав власника і інших осіб, а прояв принципу функціональності житла за яким житло повинне використовуватися відповідно до його призначення та визначеного правового режиму.

Таким чином саме житло як об'єкт права може проявлятися по різному, в залежності від потреб особи та визначеного правового режиму: проживати самому чи із іншими особами, тільки проживати чи здійснювати й господарську діяльність, використати житло як юридичну адресу при реєстрації юридичних осіб чи самого себе як підприємця, середовище для домашніх та навіть не досить домашніх тварин, проведення дозвілля та відпочинку. Та визначальним серед прав є право власності на житло, що забезпечує автономію людини з здійснення свого права та виконанні юридичних обов'язків. Вона повинна здійснюватися із врахуванням функціональності житла.

Серед суб'єктів права власності на житло за буквальною тлумаченням ст.379 є фізична особа. Але ним власником може бути і юридична особа. Йдеться про право юридичних осіб мати у праві власності житло для забезпечення житлових потреб необхідних йому спеціалістів (службове житло), вкладати в нього кошти і, зважаючи на стрімке його подорожання капіталізувати свої активи, використати житло для здійснення господарської та, зокрема підприємницької діяльності якщо заборон на це не встановлено актами чинного законодавства. Визначально при будівництві житла власниками житла є будівельні компанії та інвестори

Наразі досить фактичних змін і в видах житла за чим позитивне право не поспіває, а проект ЖК погруз в різного роду об'єктивних та суб'єктивних негараздах. За того певне нормативне навантаження перейняв на себе ЦК України. В ньому встановлено що об'єктами права власності може бути житловий будинок (ст.380 ЦК України), садиба (ст.381 ЦК України), квартира (ст.382 ЦК України). При тому йдеться лише про житло, що призначене для постійного проживання і відповідно випали інші види житла, які наразі є на ринку

житла та житло, що пристосоване для тимчасового проживання. Так серед суб'єктів права власності на житло за буквальною тлумаченням є фізична особа. Але ним власником може бути і юридична особа. Йдеться про право юридичних осіб мати у праві власності житло для забезпечення житлових потреб необхідних йому спеціалістів (службове житло), якщо заборон на це не встановлено актами чинного законодавства.

Стаття 379 ЦК України містить легальні ознаки житла: нерухоме майно на правовому режимі житла, призначене, придатне для постійного проживання. Серед ознак житла традиційно виділяють такі ознаки як: певне приміщення, призначене для проживання людей, є завершене будівництвом, та офіційно віднесене до житлового фонду [1;228]. М.В.Скаржинський серед ознак житла виділив: віднесення житла до нерухомого, призначеність для постійного проживання, придатність для постійного проживання людей, завершеність житлової споруди будівництвом, віднесення у встановленому порядку до житлового фонду, ізолюваність, обов'язку носія житлового права здійснювати щодо житла суб'єктивні права та юридичні обов'язки [2;14-23].

Таким чином, серед вказаних ознак за застосуванням К.О.Кочергіною юридичним прийомом можна виділити постійні (не варіативні ознаки) та варіативні (змінні ознаки). При тому ми розуміємо, що постійного нічого не може бути, але якщо виходити із об'єктивних критеріїв, то серед постійних є функціональні – призначення для проживання: постійного – житло як нерухомість чи тимчасового – садовий будинок чи дача (та ж нерухомість). Проте, для тимчасового проживання призначені й палатки, автофургони. Відповідно погодитися з тим, що житлом є лише нерухомість – обмежити право вибору людини на місце проживання. Тут ми повинні виходити із зворотнього: людина може проживати там де їй заманеться за умови, що законом не встановлено заборон на проживання і це не суперечить засаді розумності та справедливості. Так суд не визнав житлом збірно-розбірний вагончик у якому відповідач прожив разом із сім'єю понад десять років, а визнав відносини із власником такого вагончика майновими (Постанова Пленуму Верховного Суду РСФСР від 26 грудня 1984 р.). В той же час досі значна кількість осіб, зокрема обслуговуючого персоналу залізниці, проживає у наданому ще за радянських часів на праві службового житла переобладнаних вагонах. Виселити таких осіб без надання іншого приміщення, якщо особа чи член її сім'ї не припинили

трудові правовідносини, як це було у Харкові, було б несправедливим. Інша справа коли за умовами праці особа вимушена проживати в спеціально обладнаних приміщеннях (каютах, відсіках тощо), Вони визначально призначаються лише для того, хто виконує певну функцію.

Наразі появились інші види житла, які навіть йменуються по іншому. Зокрема, набувають такого розповсюдження як пентхаузи, апартаменти, люфти тощо. Перші – по суті житлові будинки, що розташовані на висоті – над квартирами багатоквартирних будинків і призначені для постійного проживання але функціонально пов'язані із службами всього будинку у цілому. Апартаменти – житлові приміщення, що не призначені для постійного проживання. Лейнхаузи – нестандартні житлові приміщення, що розташовані в умов дефіциту земельних ділянок.

Люфти – житлові приміщення в колишніх фабричних та заводських приміщеннях. Наприклад, у Харкові в такі переобладнано частина виробничих корпусів Харківського заводу тракторних двигунів, де проживає в'єтнамське земляцтво. Ці види житла потребують встановлення їх правового режиму.

Використана література: 1. Мічурін Є.О. Поняття житла та його ознаки //Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності //Донецьк. – 2002.-№1, -С. 227-230, 2. Скаржинський М.В. Житло як об'єкт цивільно-правових відносин. Дис. ...канд. юрид. наук. К. 2006.- С.14-23.

*Кройтор В.А., канд. юрид. наук, доцент,
начальник кафедри цивільного права та
процесу Харківського національного уні-
верситету*

Проблеми протидії зловживання правами учасників процесу

На теперішній час дуже гостро стоїть питання про протидію зловживанню процесуальними правами в цивільному судочинстві. Недобросовісна поведінка осіб в цивільному процесі завдає серйозну шкоду інтересам правосуддя, а також правам і охоронюваним інтересам іншим учасникам процесу.

Маємо зазначити, що проблема недобросовісності учасників процесу було відома ще римському праву, яке передбачало міри протидії недобросовісній поведінці осіб, які необґрунтовано подавали чи необґрунтовано невизнавали по-

зови. Так, відповідно до Інституцій Гая (4.171) «...проти от-пирającychся по некоторым делам устанавливается иск в двойном размере, например, по искам, предъявленным в силу состоявшегося присуждения, на основании произведенных расходов, по убыткам из обиды, из легатов, оставленных в порядке возложения обязанности». [1, с.67]

В якості засобів проти недобросовісних позивачів римське приватне право передбачало накладення на позивача штрафу, який він сам зобов'язував відповідача сплатити у випадку програшу справи останнім (Гай. 4.180,181); відповідач міг просити позивача принести присягу в тому, що він діє добросовісно; відповідач мав право порушити спеціальний процес про сутяжництво. Інституції Гая (Гай 4.175) встановлювали, що «по крайній мере суд за ябеду существуєт против всяких исков и заключаєтся в десятой части». [1, с.68] Передбачалось принесення загальної присяги перед початком процесу і спеціальної, яка передувала здійсненню окремої процесуальної дії. Відмова від принесення присяги позбавляла сторону спору права здійснити процесуальну дію.

За часів Візантії в праві штрафи практично щезли. При Юстиніані зберігся тільки штраф в подвійному розмірі по відношенні до незгодного відповідача. [1, с.68]

Щодо цієї проблеми в цивільному процесуальному праві то зазначимо, що Конституція України, надаючи пріоритет правам и свободам людини та громадянина, проголосила і гарантує право на судовий захист. Реалізація цієї норми закріплена у ст.3 ЦПК України, яка, зокрема надає кожній особі право звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних чи оспорюваних прав, свобод або інтересів. У процесі розгляду справи судовими органами правосуддя окремі статті ЦПК України закріплюють права й обов'язки цих осіб, наголошуючи на добросовісному їх здійсненні (частина третя ст. 27 ЦПК України). Однак, слід підтвердити той факт, що при розгляді справ у суді сторони досить часто здійснюють ті чи інші дії, які суперечать нормам цивільного процесуального законодавства, тобто зловживають наданими їм повноваженнями, а на жаль, науковці та законодавець не приділяють належної уваги дослідженню і вирішенню цієї проблеми. Зокрема є актуальним питання про визначення змісту зловживання правом та типові прийоми його застосування при розгляді справи в суді.

Якщо визначити зміст зловживання правом, то на думку цивілістів під цим поняттям слід розуміти «здійснення

суб'єктивних цивільних прав ... із порушенням їх меж і заодіяння шкоди іншим особам». [2,с.89] В.П.Грибанов зазначає: «...на практиці відомі випадки, коли особа, користуючись можливостями, наданими ... законодавством, намагається шляхом порушення прав у різних інстанціях вирішити справу на свою користь ... При цьому в орбіту такого роду справ втягується велика кількість людей, створюються різні комісії, запрошуються численні свідки та ін. Таке недобросовісне використання вимогами захисту права може бути визнане зловживання правом ...»[3]

А.В.Сміртюх замість терміну зловживання правом використовує термін «диверсія», «тобто деструктивна дія, яка здійснюється з використанням не за призначенням процесуальних прав учасників цивільного процесу з метою максимально ускладнити противнику виграш правового конфлікту в цілому чи завдати шкоду деякими його інтересам».[4, с.14]

Таким чином, під зловживанням правом у цивільному праві слід розуміти усунення права за відсутністю цього інтересу в уповноваженої особи. «При зловживанні процесуальними правами особа також діє за відсутністю цього інтересу, але не свого, і не осіб, які беруть участь у справі, а держави ... в особі суду».[4, с.14] Зловживання процесуальними правами можливе лише тоді, коли внаслідок здійснення права створюється перешкода для вирішення завдань цивільного судочинства, які викладені у ст.1 ЦПК України.

Розглядаючи найбільш розповсюдженні прийоми зловживання наданими правами, то класичним випадком такого порушення норм процесуального права є ситуація, коли позивач у заяві, відповідно до ст.119 ЦПК, навмисно зазначає адресу, за якою відповідач не проживає. Оскільки відповідач не буду присутнім при розгляді справи, суд за клопотанням позивача може прийняти заочне рішення на його користь. На жаль, у законодавстві не визначений порядок захисту відповідача, а з його боку можливе звернення до суду для оскарження заочного рішення, яке може вже набрати законну силу.

Позивач може також надати суду неправдиві відомості про своє місце проживання з метою вибору бажаної підсудності. Так відповідно до ст.110 ЦПК передбачена можливість звернення до суду за місцем проживання позивача, а саме: позов про стягнення аліментів, про визнання батьківства відповідача, позови, що виникають з трудових відносин тощо.

Як певний вид зловживання права ми можемо визнати незаконне використання закріпленого у ст.38 ЦПК права

сторони на участь у справі представника. Так, сторона може навмисно залучити до справи представника, з яким суддя перебуває в особливих стосунках. В такому випадку суддя, відповідно до ст.20 ЦПК, підлягає відводу, а розгляд справи відкладається. Можлива ситуація, коли залучаються декілька представників, а потім ставиться питання про відшкодування судових витрат.

Серед дій позивача можливо визначити закріплене ст.31 ЦПК право на зміну предмету та підстави позову, що дозволяє виявити всі аргументи і докази, якими володіє відповідач. Тому з метою захисту відповідача доцільно було б закріпити обмеження кількості разів зміни предмету та підстав позову при розгляді справи в суді.

До недоліків процесуального законодавства, що ними можуть скористатися сторони, є передбачене ст.7 ЦПК право на залучення до справи перекладача. Реалізація цього права може істотно ускладнити розгляд справи, оскільки: потрібен час на пошук даної особи, а законодавець не визначив строк протягом якого повинен бути призначений перекладач; перекладач повинен бути присутнім на кожному засіданні, а його неявка є підставою для відкладення розгляду справи; час на письмовий переклад документів не регламентований і його сторона може використати на затягування розгляду справи.

Недоліком законодавства, яким можуть скористатися сторони при розгляді справи, є відсутність відповідальності за неповідомлення суду про участь третіх осіб у розгляді справи. Так, сторони можуть скористатися цим положенням із метою усунути третю особу від розгляду справи.

Маємо зазначити, що діюче цивільне процесуальне законодавство не передбачає ефективних мір протидії недобросовісній поведінці осіб, які беруть участь у справі, що ставить відповідні задачі перед науковцями та практиками.

Література: 1. Римское частное право: Учебник Под ред. проф.И.Б.Новицкого и проф. И.С.Перетерского. - М.,2002.; 2. Цивільне право України: Навч.посібн./ За ред. Р.О.Стефанчука.-К.: Наук.думка; Прецедент,2004.; 3. Грибанов В.П.Осуществление и защита гражданских прав.-М.: «Статут», 2000.; 4. Молодь у юридичній науці: 36. Тез Міжнародної наукової конференції молодих вчених «П'яті осінні юридичні читання» (27-28 жовтня 2006 року, м.Хмельницький): У 5 ч.- Ч. 4: «Цивільне процесуальне право; Трудове право;Право соціального забезпечення; Земельне право; Аграрне право; Екологічне право».- Хмельницький: Вид-во Хмельницького університету управління і права, 2006.;

Притримання як спосіб забезпечення виконання зобов'язань

Виділення притримання у якості самостійного способу забезпечення виконання зобов'язання є, безумовно, новелою цивільного законодавства, але не новим явищем у цивільному праві. І за старим законодавством продавець, якщо це було передбачено договором, міг утримувати товар до тих пір, поки покупець не сплачував повну ціну за нього; підрядчик не передавав побудований об'єкт до повного розрахунку за нього; позичальник міг не повертати боргу, якщо позикодавець одночасно не повертав боргової розписки тощо. Як бачимо це стосувалося і стосується зустрічних та взаємних зобов'язань, які за законом повинні виконуватися одночасно, якщо інше не встановлено договором, актами цивільного законодавства, не впливає із суті зобов'язання або звичаїв ділового обороту (ст. 171 ЦК УРСР, ч. 2 ст. 538 ЦК України). До притримання може вдаватися комісіонер, якому комітент не сплатив комісійної винагороди; зберігач, що не одержав плати за зберігання майна; підрядник при несплаті виконаних робіт; перевізник до сплати провізної оплати тощо. Окрім цього, ч. 4 ст. 545 ЦК передбачає, що у разі відмови кредитора повернути борговий документ або видати розписку боржник має право затримати (розрядка моя – В.С.) виконання зобов'язання. Хоча у наведеній нормі застосовується термін «затримати», але по-суті це не що інше як притримання.

Сутність притримання полягає в тому, що у відповідності до ст. 594 ЦК кредитор, який правомірно володіє річчю, що підлягає передачі боржникові або особі, вказаній боржником, у разі невиконання ним у строк зобов'язання щодо оплати цієї речі або відшкодування кредиторів пов'язаних з нею витрат та інших збитків має право притримати її у себе до виконання боржником зобов'язання. Із наведеного витікають наступні характерні ознаки притримання:

1) як спосіб забезпечення виконання притримання виникає тільки тоді, коли це прямо передбачено законом і такої

думки притримуються більшість вчених¹. Це, в принципі, є вірним, але закон не містить такого імперативу, а згідно ст. 547 ЦК правочин щодо забезпечення виконання зобов'язання вчиняється у письмовій формі. Ст. 548 ЦК передбачає можливість виникнення акцесорних зобов'язань як із закону, так і із договору. Головним, на наш погляд, є те, що притримання виникає, на відміну від гарантії, під час існування основного зобов'язання, але сторони можуть наперед у договорі домовитися – виникає чи не виникає право на притримання;

2) притримання як спосіб забезпечення виникає тільки у випадку знаходження речі у кредитора, яка повинна бути за вже існуючим зобов'язанням бути передана боржникові або особі, вказаній боржником;

3) право притримання у кредитора виникає тільки у випадках, передбачених ч. 1 ст. 594 ЦК: а) у разі невиконання боржником свого обов'язку в строк, тобто якщо зобов'язання виконується відповідним чином у строк, то притримання не виникає; б) у разі невиконання боржником зобов'язання щодо оплати цієї речі; в) невідшкодування кредитором пов'язаних з переданням речі витрат (наприклад, пов'язаних із її зберіганням); г) невідшкодування кредитором збитків.

Названі підстави не є вичерпними, оскільки ч. 2 ст. 594 ЦК зазначає, що притриманням речі можуть забезпечуватись інші вимоги кредитора, якщо інше не встановлено договором або законом.

ЦК України, на відміну від п. 1 ст. 359 ЦК РФ, не обмежує коло осіб, які можуть бути суб'єктами притримання, тільки підприємцями і тому у якості кредитора та боржника за притриманням можуть бути всі учасники цивільних правовідносин.

Як це витікає із змісту норм, що регулюють притримання, його предметом можуть бути тільки речі, оскільки ніяких інших об'єктів цивільних прав законодавець не згадує. Можна погодитися з думкою авторів, які вважають, що предметом притримання не можуть бути нерухомі речі, оскільки їх передання пов'язане з нотаріальним посвідченням і державною реєстрацією і навряд чи вони будуть передані (посвідче-

¹ Див., наприклад: Н.О.Саніахметова, цитуєма робота, с. 398; Р.Б.Шишка, зазначена робота с. 106-107; А.В.Кузнецов, О.О.Кот, коментар до ст. 594 ЦК, с. 114 – Нак.-практ. Коментар Цивільного кодексу України: У 2 т./ За відповід. ред. О.В.Дзери, Н.С.Кузнецової, В.В.Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – Т.ІІ.

ні і зареєстровані) без належного виконання боржником своїх обов'язків. В той же час не можна погодитися з їх висновком, щодо інших об'єктів¹. Як нам уявляється можливим, що предметом притримання можуть бути і результати інтелектуальної власності (об'єкти авторського права, створені на замовлення); і результати робіт, а не, звісно, сама робота (ст. 856 ЦК); і цінні папери, і майнові права. Цей висновок ґрунтується на схожих рисах притримання та застави, а у відповідності до ст. 576 ЦК предметом застави може бути будь-яке майно (зокрема річ, цінні папери, майнові права), що може бути відчужене заставодавцем і на яке може бути звернене стягнення. Оскільки ж, вимоги кредитора, який притримує річ у себе, задовольняються з її вартості відповідно до реалізації предмета застави, то це, на наш погляд, і підтверджує вірність зробленого припущення.

Оскільки умовою притримання є невиконання боржником свого обов'язку за основним зобов'язанням, то кредитор має право продовжувати притримувати річ у себе також у разі, якщо права на неї, які виникли після передачі речі у володіння кредитора, набула третя особа (ч. 3 ст. 594 ЦК). Це одночасно означає і те, що боржник, чия річ притримується, не позбавлений права власності на неї і має право у відповідності до ст. 596 ЦК розпорядитися нею, повідомивши набувача про притримання речі і права кредитора. Обов'язок боржника попереджати набувача пояснюється тим, що знаючи про певні обмеження щодо речі, особа може просто і не набути її. Невиконання боржником цього обов'язку дає можливість набувачеві за ст. 659 ЦК вимагати зниження ціни або розірвання договору купівлі-продажу, якщо він не знав і не міг знати про права третіх осіб на товар.

На відміну від загального правила, згідно з яким ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження притриманої речі несе власник майна, при притриманні цей ризик покладається на кредитора, якщо інше не встановлено законом (ч. 4 ст. 594 ЦК).

На кредитора, який притримує річ у себе, покладаються певні обов'язки. Він зобов'язаний негайно повідомити про це боржника і це повинно стимулювати останнього до скорішого виконання основного зобов'язання належним чином. Кредитор також відповідає за втрату, псування або пошкодження речі, яку він притримує в себе, якщо втрата, псування або

¹ А.В.Кузнецов, О.О.Кот, зазначена робота, с. 115.

пошкодження сталися з його вини. Це означає, що кредитор повинен володіти річчю як дбайливий господар, прикладати всі можливі зусилля для її збереження і охорони, нести відповідні витрати з її утримання, запобігати її руйнуванню та пошкодженню тощо. Кредитор не набуває права користуватися річчю, яку він притримує у себе.

У нормах, що регламентують притримання, нічого не говориться про долю плодів та доходів, які можуть приноситися річчю і тому знов ж таки ми примушені звернутися за аналогією до застави. Ч. 4 ст. 586 ЦК передбачає, що за договором на заставодержателя може бути покладений обов'язок здобувати з предмета застави плоди та доходи. Хоча, як вже відмічалось, притримання і виникає із закону, покладання подібного обов'язку і на кредитора, який притримує річ, є цілком логічним.

При невиконанні боржником свого обов'язку за зобов'язанням, кредитор, який притримує річ у себе, може задовольнити свої вимоги з її вартості відповідно до статті 591 цього Кодексу, тобто за правилами реалізації предмету застави з публічних торгів.

Як вже зазначалось, притримання і застава мають спільні риси, але і відповідні відмінності, на чому коротко зупинимось. При притриманні, як і при заставі, кредитор отримує задоволення за рахунок речі, але при заставі річ може знаходитися і у заставодавця (боржника), а при притримання – завжди у кредитора. Як і при заставі притримання слідує за річчю, певним чином обмежуючи її, але знаходження речі за заставою визначається у момент укладання договору, а при притриманні – з моменту виникнення основного зобов'язання. Права і обов'язки сторін у заставі виникають з договору, а при притриманні – з факту невиконання боржником основного зобов'язання.

Кузьменко С.Г., начальник кафедри цивільного права та процесу Донецького юридичного інституту Луганського державного університету внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка, канд. юрид. наук, доцент

Категория времени как объект исследования и определяющий аспект бытия

Когда мы начинаем размышлять о времени, то сразу ощущаем зыбкость и неопределенность его содержания.

«Становится» вообще неясно, есть ли оно. С этой трудностью столкнулся еще Аристотель [1]. С тех давних пор рационально-понятийное мышление так и не преодолело ее, чтобы выразить в какой-либо общепризнанной форме. Однако, это говорит не о слабости интеллекта вообще, а о том, что сущность времени не составляет проблему или задачу, которую можно решить и объяснить один раз и навсегда [2, с.14].

Вопрос о времени (как и другие метапроблемы – добра и зла, истины, красоты, справедливости и т.д.) чрезвычайно конкретен – независимо от того, осознаем ли мы в полной мере эту конкретность. Он представляет собой не только чисто теоретический, необязательный, отстраненный от насущных потребностей и забот интерес. Категория времени является объектом фактически всех форм общественного сознания: философской, религиозной, художественной, научной (в том числе и юридической) [2, с.16].

Материал физики для понимания проблем пространства и времени может служить только введением в них, составляя необходимый концептуально-эмпирический фундамент исследования. Так, в ряде научных работ отмечается явная недостаточность чисто инструментального – естественнонаучного подхода. Например, Я.Ф. Аскин справедливо считает: «Сводить время лишь к физическому параметру – это значит совершать ту же ошибку, которую совершали в свое время, когда сводили движение лишь к механическому движению» [3, с. 168].

Дополнить его можно словами И. Пригожина: «Время, связанное с движением, – лишь первый из многих аспектов этого понятия, который удалось непротиворечивым образом включить в схему таких теоретических построений, как классическая и квантовая механика» [4, с. 15]. Неисчерпаемость так называемых вечных вопросов, которые неразрывно переплетены с тем или иным пониманием времени, вечности, их диалектики, обусловлена не слабостью и конкретно-исторической ограниченностью человеческого разума (хотя и эти факторы нельзя сбрасывать со счетов), а самой природой этих вопросов, не терпящих окончательных и исчерпывающих ответов. Они постоянно воспроизводятся в культурном становлении любого общества, и неустанное размышление над такими мегаэмпирическими проблемами служит духовному и смысловому росту цивилизации. Пренебрежение же ими ведет к неизбежной и быстрой деградации общества [2, с.3]. Для этого нам требуется совершить определенную работу, большая часть которой уходит, как ни странно, на обуз-

дание и нейтрализацию собственного эго, мнящего себя всезнающим, не ведающим о собственном незнании. Августин, не стесняясь, говорит, обращаясь к Господу: «Признаюсь Тебе, Господи, я до сих пор не знаю, что такое время, но признаюсь, Господи, и в другом: я знаю, что говорю это во времени, что я долго уже разговариваю о времени и что это самое «долго» есть не что иное, как некий промежуток времени. Каким же образом я это знаю, а что такое время, не знаю? А может быть, я не знаю, каким образом рассказать о том, что я знаю? Горе мне! Я не знаю даже, чего я не знаю. Вот, Боже мой, я пред Тобю: я не лгу; как говорю, так и думаю. «Ты зажжешь светильник мой, Господи Боже мой. Ты осветишь тьму мою» (1, Кн. 11, XXV, 32) [5].

Говоря о проблеме времени необходимо также вспомнить размышления Ю.Б. Молчанова. Он называет ряд вопросов, характеризующих комплексный характер проблемы времени: 1) объективный статус времени; 2) отношение к различным формам движения; 3) анизотропия – направленность времени; 4) необратимость; 5) размерность; 6) универсальность; 7) самостоятельность (равноправность по уровню бытия с материальными системами); 8) становление («течение» времени). Эти характеристики времени, временного бытия описывают подход к этой теме с позиций выделения объективированного времени. Иными словами, это время научного знания, та его форма, которую способна очертить аналитическая мысль. Этого недостаточно для понимания времени, это служит необходимым начальным пунктом, истоком его трактовки. Главным в таком понимании времени Ю.Б. Молчанов считает вопрос о соотношении между прошлым, настоящим и будущим: «Если мы найдем решение всех вопросов, составляющих проблему времени, но не сможем ответить на вопрос, чем физическое бытие событий настоящего отличается от бытия событий прошлого, которые были столь же реальны когда-то, как и события настоящего, но нереальны сейчас, проблема времени так и останется нерешенной» [6, с. 242]. Подобным образом спрашивает и Августин: «Если и будущее и прошлое существуют, я хочу знать, где они. Если мне еще не по силам это знание, то всё же я знаю, что где бы они ни были, они там не прошлое и будущее, а настоящее» [1, Кн. 11, XVIII, 23] [5].

Проблема времени не поддается однозначному и замкнутому в своем содержании (т.е. объективированному) решению по той причине, что в действительности это есть мета-

проблема. Подходить к ней как, к обычной задаче, используя средства привычной методологии и анализа, – значит брать в рассмотрении внешнюю видимость и считать эту абстракцию исчерпывающей существо дела. Какого-либо последнего решения здесь, видимо, нет в принципе, но вполне возможно попытаться понять феномен времени в более широком контексте, чем как простое измерение, счет, и на частные вопросы, к которым в тех или иных случаях сводится метапроблема, дать определенные и осмысленные ответы. [2, с. 14].

Мы поддерживаем Ю.Б. Молчанова и считаем, что выделение объективации необходимо для понимания феномена времени и что одной наукой философские проблемы не решаются, а лишь правильно ставятся. Таким образом, проблему времени можно видеть на высоте, которую задал ей Н.А. Бердяев: «Проблему времени я считаю основной проблемой философии...» [2, с. 31]. Хайдеггер также постоянно проводит мысль о ведущей роли понимания времени в контексте осознания бытия: «Вводные рассмотрения в качестве имманентной критики привели к фундаментальному вопросу: что значит бытие?... при исследовании типов бытия время выполняет особую функцию... Было даже сказано, что история понятия времени, т.е. история его открытия, есть история вопроса о бытии сущего. Было отмечено и то, что история попыток определить сущее в его бытии – это, вполне возможно, история упадка и искажения этого основного вопроса научного исследования» [7]. При этом объективация времени должна ясно пониматься и браться как промежуточная ступень подъема к бесконечной истине. Бесконечное же измерение данной проблемы появится при включении в нее человека с его субъективностью и духовностью, текущей жизнью (т.е. правоотношениями в которые он вступает) и творчеством. Следовательно, можно сделать вывод, что рассмотрение в таком ракурсе ведет к теме экзистенциального времени [8].

Литература: 1.Аристотель. Физика// Соч. в 4-х т. Т. 3. М., 1981.; 2. Ковалев С.Н., Гига А.В. Феномен времени и его интерпретация. Харьков: Коллегиум, 2004. – 428 с.; 3.Ашкин Я.Ф. Проблема времени в физике и диалектическая теория развития // Пространство и время в современной физике. Киев, 1968. – С. 166-171.; 4.Пригожин И. От существующего к возникающему. Время и сложность в физических науках. М., 1985.; 5.Августин Аврелий. Исповедь (Текст подготовлен сотрудником НИИЦ «Центроконцепт» Тердуновой М.В.) М., 1992 // <http://lib.pomorsu.ru/elib/text/phil/>; 6.Молчанов Ю.Б. Развитие и время // Материалистическая диалектика как общая теория развития. Философские основы теории развития. М., 1982. – С. 229-250.; 7.Хайдеггер М. Прологомены к истории понятия времени // <http://lib.pomorsu.ru/elib/text/phil/>; 8.Пригожин И. От существующего к возникающему: Время и сложность в физических науках. М., 1985.

Сертифікація автомобілів в Україні як підстава для встановлення їх правового режиму

Народження автомобіля поставило перед конструкторами та дослідниками більше питань, ніж запропонувало благ споживачам. Це стосується, зрозуміло, технічної сторони автомобіля як пристрою. Але щоб той чи інший пристрій (річ) мав правовий режим автомобіля, – об'єкта цивільного права, з точки зору потреб цивільного обігу, його необхідно в установленому чинним законодавством порядку:

кваліфікувати як «автомобіль», після тестування на відповідність встановленим технічним вимогам, тобто сертифікацію;

zareєструвати, в установленому законом порядку.

До цього моменту це є тільки пристрій, а не автомобіль як об'єкт права. Вказане правило стосується як автомобілів, виготовлених на підприємствах, так і до саморобок (саморобний автомобіль), хоча вони фактично можуть бути придатні для використання за призначенням.

Під встановленим законом порядком слід, перш за все, мати на увазі сертифікацію пристрою, на предмет визнання його автомобілем, а потім і його реєстрацію.

Відповідно до «Правил обов'язкової сертифікації дорожніх транспортних засобів, їх складових та приладдя»¹, затверджених наказом Державного комітету України по стандартизації, метрології і сертифікації від 17 січня 1997 р. № 23, транспортні засоби можна поділити на такі, що підлягають сертифікації та не підлягають їй.

До останніх відносяться: тихохідні транспортні засоби, конструктивна швидкість яких не перевищує 25 км/год.; спеціальні, які призначені виключно для військових цілей, або для використання яких на дорогах загального користування існують спеціальні правила; виготовлені із запасних частин; ті, що були в експлуатації.

Окрім цього, розрізняються дорожні транспортні засоби

¹ Правила обов'язкової сертифікації дорожніх транспортних засобів, їх складових та приладдя: Наказ Державного комітету України по стандартизації, метрології і сертифікації 17 січня 1997 р. № 23 // Уряд. кур'єр. – 1997. – № 24. – С. 4.

вітчизняного та зарубіжного виробництва.

Якщо сертифікація перших здійснюється у загальному порядку, то других – як у загальному так і в спеціальному, врегульованому правилами та вимогами «Порядку проведення робіт з сертифікації продукції іноземних виробництв за схемами з обстеженням, атестацією та сертифікацією систем якості»¹, затвердженого наказом Держстандарту України від 2 серпня 1996 р. №329. В цьому випадку сертифікація, а через неї – допуск імпоротної продукції до споживання, в тому числі й експлуатації, в Україні здійснюється через механізм визнання зарубіжних сертифікатів та їх відповідність вимогам чинних в Україні нормативних документів.

Визнання сертифікатів інших країн проводиться за умовами дотримання таких правил:

якщо Держкомстандартом України укладено двосторонню угоду про взаємне визначення результатів робіт із сертифікації з національним органом із сертифікації тієї країни, з якої походить продукція, що ввозиться в Україну;

іноземний сертифікат видано в державній системі сертифікації тієї країни, з якої походить продукція, що ввозиться в Україну;

ввезена в Україну продукція може бути ідентифікована за супровідною документацією (маркування, етикетка) як така, що виготовлена за міждержавними або іншими нормативними актами, визнаними в Україні;

зазначена в іноземному сертифікаті номенклатура усіх обов'язкових вимог до продукції, і норми цих вимог повністю відповідають номенклатурі обов'язкових вимог та норм, що чинні в Україні.

Недотримання хоча б однієї з цих вимог призводить до неможливості видачі сертифікату відповідності та свідоцтва відповідності, а якщо такі видано, то цей правочин повинен бути визнаним недійсним. При сертифікації автомобілів іноземного виробництва серед інших заходів здійснюється і технічний нагляд за дорожніми технічними засобами, в тому числі й випробовування. Сертифікації підлягають як самі дорожні транспортні засоби, так і їх складові частини. На запасні частини конкретного типу дорожнього транспортно-

¹ Порядок проведення робіт з сертифікації продукції іноземних виробництв за схемами з обстеженням, атестацією та сертифікацією систем якості: Наказ Держстандарту України від 2 серпня 1996 р. №329 //36. Постанов Уряду України. – 1996. - № 11. - С. 314

го засобу виробник повинен мати копію сертифікату відповідності, сертифікат походження запасних частин, лист-декларацію виробника про наявність необхідних умов виробництва або сертифікат на систему якості.

Отже, для встановлення правового режиму автомобіля необхідна сертифікація, яка дає змогу його ідентифікувати та визначити цивільно-правові межі використання.

*Д.В. Бойчук, в.о. начальника кафедри
цивільного права та цивільного процесу
Кіровоградського юридичного інституту
Харківського національного університе-
ту внутрішніх справ, канд. юрид. наук*

Визнання фізичної особи безвісно відсутньою

Конституцією України закріплено право громадян на судовий захист від посягань на життя і здоров'я, майно, особисту свободу, честь та гідність. Забезпечення здійснення конституційних прав громадян України – одне з важливих завдань української держави. Піднесення суб'єктивних прав громадян в ранг конституційного права обумовлює велике теоретичне і практичне значення дослідження питань, цивільного права.

Специфічними засобами захисту суб'єктивних прав є цивільні справи по визнанню громадян безвісно відсутніми і оголошенні їх померлими. Міжгалузєва приналежність даного інституту пояснюється тим, що його норми знаходяться як в матеріальному (статті 18-22 ЦК України) так і процесуальному праві (статті 261-265 ЦПК України).

Тривала невизначеність місцеперебування одного з суб'єктів цивільних правовідносин створює труднощі для захисту своїх прав інших учасників цих правовідносин або їх реалізацію, чи виконання обов'язків.

Визнання фізичної особи безвісно відсутньою слугує насамперед захисту майнових інтересів відсутньої особи та інтересів осіб, з якими вона перебуває у цивільних відносинах.

Гарантією від необґрунтованого визнання особи безвісно відсутньою є те, що рішення про визнання особи безвісно відсутньою приймає лише суд.

Слід звернути увагу на те, що закон розрізняє поняття «фізична особа, місце перебування якої невідоме» та «фізична особа, визнана безвісно відсутньою» (ст. 44 ЦК) [1].

Відмінність полягає в тому, що безвісно відсутньою фізична особа вважається лише з моменту набрання чинності рішенням суду про визнання її такою. До цього (але з моменту звернення заявника або органу опіки та піклування до нотаріуса з відповідною заявою) особа вважається такою, місце перебування якої невідоме [2].

На перший погляд, може видатися, що фізична особа повинна вважатися такою, місце перебування якої невідоме, вже з моменту отримання останніх відомостей від (про) неї. Проте такий висновок суперечить ч. 2 ст. 44 ЦК, яка пов'язує правові наслідки із заявою заінтересованої особи або органу опіки та піклування до нотаріуса.

Над майном фізичної особи, визнаної судом безвісно відсутньою, а також фізичної особи, місце перебування якої невідоме, після того, як нотаріус за останнім місцем проживання такої особи опише належне їй майно, встановлюється опіка.

Опікун над майном фізичної особи, визнаної безвісно відсутньою, або фізичної особи, місце перебування якої невідоме, приймає виконання цивільних обов'язків на її користь, погашає за рахунок її майна борги, управляє цим майном в її інтересах.

За заявою заінтересованої особи опікун над майном фізичної особи, визнаної безвісно відсутньою, або фізичної особи, місце перебування якої невідоме, надає за рахунок цього майна утримання особам, яких вони за законом зобов'язані утримувати, погашає зобов'язання, термін виконання яких настав тощо.

За необхідності постійного управління майном воно передається за рішенням суду в довірче управління (ст. 1032 ЦК). Управитель вправі, відповідно до цього договору, вчиняти будь-які дії в інтересах відсутнього власника. При цьому правочини управитель укладає від свого імені, вказуючи, що діє як управитель майном. Управитель має право на винагороду, передбачену договором, і право на відшкодування необхідних витрат за рахунок доходів від використання майна, але, у свою чергу, несе відповідальність за неналежну дбайливість у ставленні до майна (ст.ст. 1042, 1043 ЦК) [1].

Закон передбачає також інші наслідки визнання громадянина безвісно відсутнім: припиняється дія виданої ним довіреності (ст. 248 ЦК); шлюб з особою, визнаною безвісно відсутньою, розривається в органах РАЦС (ст. 107 СК) та інші.

Опіка над майном припиняється у разі скасування рішення суду про визнання фізичної особи безвісно відсут-

ньою, а також у випадку появи фізичної особи, місце перебування якої було невідомим.

Для цього необхідним є дотримання таких умов: 1) фізична особа, визнана безвісно відсутньою, з'явилася або одержано відомості про місце її перебування; 2) є заява цієї особи або іншої заінтересованої особи; 3) скасування судом рішення про визнання фізичної особи безвісно відсутньою (ст.ст. 44, 45 ЦК). Аналогічні умови мають бути дотримані у разі появи фізичної особи, місце перебування якої було невідомим (крім скасування судом рішення про визнання фізичної особи безвісно відсутньою, оскільки такого рішення у цьому випадку не було).

Скасування рішення суду про визнання фізичної особи безвісно відсутньою, а також поява фізичної особи, місце перебування якої було невідомим, є також підставою для припинення договору про довірче управління. Якщо шлюб був розірваний, він може бути поновлений органом РАЦС за спільною заявою подружжя за умови, що жоден з них не уклав новий шлюб (ст. 118 СК).

Якщо особа, визнана безвісно відсутньою, або місце знаходження якої невідоме, не з'явилася і не подає про себе відомостей, наступним кроком є оголошення фізичної особи такою, що померла.

Список літератури: 1. Цивільний Кодекс України прийнятий 16 січня 2003 року (зі змінами та доповненнями на 18 листопада 2003) // Офіційний вісник України, 2003, № 11 (28.03.2003), ст. 461; 2. Цивільне право України: Підручник: у двох книгах / Д.В. Боброва, О.В. Дзера, А.С. Довгерт та ін.; за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. -- К.: Юрінком Інтер, 1999. -- 864 с.

Пунда О.О., доцент кафедри економічної теорії Хмельницького економічного університету, канд. юрид. наук

Здійснення основних конституційних права у цивільному законодавстві України

Конституція України у розділі II закріплює права, свободи та обов'язки людини і громадянина. Ці права, що відображені на рівні конституційно-правових норм, як основні права людини є конституційною базою гуманістичного розвитку сучасної держави. У основних правах людини втілюються загальні цінності людської гідності, свободи, рівності та моральності. Вони, як соціальні цінності, є універсальною кате-

горією, що окреслює сферу свободи людини у відносинах з державою, суспільством та своїми співгромадянами; визначають межі автономії та самовизначення особистості, міру її індивідуалізму та солідарності.

Проте сьогодні постає нова проблема, що полягає у необхідності продовження зв'язків між основними правами та правами особи у певній сфері суспільних відносин. Відтак йдеться про деталізацію та конкретизацію положень основних прав та їхнє практичне застосування у повсякденному житті людини через конструкцію суб'єктивних прав. Саме на цій межі і постають сучасні проблеми розуміння змісту та перспектив здійснення особистих немайнових прав людини. Практична реалізація положень конституційної теорії основних прав людини та цивілістичної теорії особистих немайнових прав людини є вирішальним елементом соціальних перетворень українського суспільства. Зазначене зумовлює дедалі зростаючу увагу до подальшої розробки теорії особистих немайнових прав людини, нового переосмислення окремих її положень, створення нових теоретичних конструкцій.

Ще у недалекому минулому більшість особистих немайнових прав людини залишались поза увагою вітчизняного законодавства. Регулювання суспільних відносин у сфері здійснення фізичними особами прав на життя, на охорону здоров'я обмежувалось лише сферою конституційно правових норм. Включення можливостей механізмів приватноправового регулювання здійснення цих прав до структури цивільного та сімейного законодавства, за окремими винятками, взагалі не передбачалось.

На сучасному етапі правової реформи становище змінилось докорінно. У вітчизняній правовій науці дев'яності роки в цілому відзначались активізацією досліджень у сфері особистих немайнових прав. Сьогодні численні немайнові права знаходять своє відображення у законодавстві. Законодавство радикально розширило сферу правового впливу у частині регулювання суспільних відносин щодо благ нематеріального характеру як об'єктів цивільних прав. Сімейний кодекс України регулює численні особисті немайнові права та обов'язки учасників цих правовідносин.

Загалом склалась парадоксальна ситуація, коли у окремих сферах регулювання суспільних відносин законодавство значно випереджає стан юридичної науки та рівень готовності правозастосовної сфери до практичного застосування цих норм. В інших сферах регулювання суспільних відносин законодавче

регулювання відсутнє, хоча розроблені окремі прогресивні теоретичні конструкції, які потребують вже сьогодні свого практичного втілення на рівні законодавчих положень.

З нашого погляду розвиток теорії особистих немайнових прав має поєднати у єдину органічну систему приватноправові та публічноправові засоби правового регулювання. Це повинно привести до розроблення практичних механізмів втілення конституційної теорії основних прав людини у приватному праві.

Відомий російський вчений-правник С.С.Алексєєв вказує, що сьогодні необхідно чітко визначитись з загальною перспективою перевтілення правової системи. Такою перспективою, на думку вченого, є так звана «приватизація» права, наділення його гуманними «людськими» рисами [1, с. 218].

Сьогодні зрозуміло, що концепція основних прав людини та концепція суб'єктивних особистих немайнових прав людини у цивільному та сімейному праві є взаємопов'язаними. Проте природа таких зв'язків, їхнє значення (що особливо важливо у процесі їхнього здійснення) досі залишаються відкритими.

Особисті немайнові права як приватноправове явище за власну передумову мають, по-перше, природні риси, властиві людині як біологічно-соціальній істоті; по-друге, передумовою їх появи стало визнання соціумом концепції основних прав. Назвемо ці передумови, «природньою» та «політичною».

Практично перед нами постає «внутрішній» прояв соціально зумовленої етапізації юридичного забезпечення прав людини. Про «зовнішній» її прояв зазначає П.М.Рабинович, використовуючи цей термін як юридичне забезпечення прав людини [2].

Отже, основні права людини за своєю природою та конституційним закріпленням мають публічноправовий характер і спрямовані на забезпечення інтересів «всіх і кожного», тобто інтересів соціуму (суспільства в цілому). Водночас особисті немайнові права за своєю природою є приватноправовим явищем і причетні до процесу забезпечення інтересів окремих осіб.

Особисті немайнові права людини (фізичної особи) – це, з нашого погляду, основні права людини, що реалізуються у сфері приватного життя окремої особи завдяки створеному у цивільному та сімейному законодавстві приватноправовому режиму.

Основні права, як і особисті немайнові права людини, є публічноправовим та відповідно приватноправовим засобом

правового втілення природних прав людини у основі яких лежить її природна гідність. Їхня загальноправова спрямованість єдина, проте різняться соціальні структури, у межах яких вони діють. Для перших – це сфера великих соціальних груп: нації, народи, суспільство в цілому; для других – це окрема особа у системі своїх особистих зв'язків, пов'язаних з особистим життям.

Особисті немайнові права людини завдячують своїй появі саме основним правам. Природно-еволюційний шлях свого часу виділив людину з природи. А боротьба соціуму за власні права та визнання власної природної гідності привела до формування концепції основних прав, їх визнання за всіма і кожним. Як правове явище особисті немайнові права не позбавлені і політичного забарвлення, вони втілюють приватний елемент у структурі демократичних досягнень сучасного суспільства.

Список літератури: 1. Алексеев С.С. Теория права. – Харьков: БЕК, 1994. – 224 с.; 2. Рабінович П. Основні права людини: поняття, класифікації, тенденції // Український часопис прав людини. – 1994. – №1. – С.14-22.

Антонюк О.І., доцент кафедри цивільного права та процесу Донецького юридичного інституту Луганського державного університету внутрішніх справ Е.О. Дідоренка, канд. юрид. наук, доцент

Захист інтересів учасників господарського товариства у процедурі банкрутства

Відповідно до абз. 7 ч.1 ст.18 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (далі – Закон) план санації може містити умови про: обмін вимог кредиторів на активи боржника та (або) його корпоративні права. Аналогічна норма передбачена у ч.4 ст.37 Закону щодо мирової угоди. Норми цих статей закріплюють можливість позбавлення учасників товариства корпоративних прав на підставі ухвали суду про затвердження плану санації чи мирової угоди.

У цих нормах мова йде саме про корпоративні права учасників цього товариства, адже корпоративні права, що належать самому товариству, є його активами, які у наведених статтях зазначені поряд із корпоративними правами.

У такому розумінні ці норми застосовуються на практиці. Наприклад, 04.06.2007 р. Господарським судом Сумської області була затверджена мирова угода, за якою третя особа зобов'язалася погасити кредиторську заборгованість ТОВ «Сівер» у розмірі 139835,39 грн., в заміні чого набувала 100% корпоративних прав ТОВ «Сівер». Мирова угода була підписана боржником – ТОВ «Сівер» та головою комітету кредиторів. Отже, на підставі ухвали суду про затвердження цієї мирової угоди учасники ТОВ «Сівер» були позбавлені корпоративних прав.

Обґрунтованість наведених норм Закону викликає зауваження, оскільки у них не враховано норми законодавства щодо відповідальності учасників товариства за його зобов'язаннями. Наприклад, за ч.2 ст.152 ЦК України акціонерне товариство самостійно відповідає за своїми зобов'язаннями всім своїм майном. Акціонери не відповідають за зобов'язаннями товариства і несуть ризик збитків, пов'язаних з діяльністю товариства, у межах вартості акцій, що їм належать. Норми ж абз. 7 ч.1 ст.18 та ч.4 ст.37 Закону закріплюють протилежне правило, за яким є допустимим примусове позбавлення учасників товариства (у тому числі акціонерів) їх корпоративних прав у товаристві як засіб розрахунку з кредиторами цього товариства.

При цьому, згоди учасників товариства на це Закон не вимагає: керуючий санацією зобов'язаний погоджувати план санації боржника лише з органом, уповноваженим управляти державним майном, стосовно підприємства-боржника, у майні якого частка державної власності перевищує 50 %. Порядок оформлення переходу корпоративних прав на підставі рішення суду визначається, зокрема, у п.17 Положення про порядок ведення реєстрів власників іменних цінних паперів, який також не вимагає участі осіб, яких позбавлено таких прав, у цьому процесі.

У літературі зауважується, що обмін корпоративних прав на борги товариства можливий, якщо акціонери приймають участь у мировій угоді як треті особи, які готові уступити свої корпоративні права в обмін на вимоги до боржника [1]. Однак застосування такого варіанту призводить до того, що право вимоги переходить від кредиторів до інших осіб та не відновлює платоспроможність боржника. Норми ж абз. 7 ч.1 ст.18 та ч.4 ст.37 Закону передбачають обмін корпоративних прав на вимоги кредиторів, які внаслідок такого обміну припиняються з огляду на поєднання боржника та кредитора в одній особі.

Крім того, наведені норми Закону суперечать нормам ст. 41 Конституції України та ст.321 ЦК, за якими примусове відчуження об'єктів права приватної власності (у тому числі акцій) може бути застосоване лише як виняток з мотивів суспільної необхідності, на підставі і в порядку, встановлених законом, та за умови попереднього і повного відшкодування їх вартості. Це ж можна сказати й щодо державної власності, в якій перебувають акції більшості підприємств, створених у процесі корпоратизації.

У літературі висловлюється думка про пріоритетність законодавства про відновлення платоспроможності, яке орієнтоване на нетипову ситуацію – неплатоспроможність підприємства, над законодавством про господарські товариства, яке розраховане на підприємство, яке нормально функціонує [1]. Таке пояснення не виправдовує сутність норм абз. 7 ч.1 ст.18 та ч.4 ст.37 Закону, з огляду на те, що цивільне та господарське право є системами, а не сукупностями норм права, які мають враховувати і норми ст.ст. 41, 64 Основного Закону України, і норми щодо відповідальності учасників товариства за його зобов'язаннями.

Окрім безпосереднього «обміну» корпоративних прав учасників товариства на вимоги кредиторів на практиці застосовується додаткова змісія акцій боржника, які «обмінюються» на вимоги кредиторів або надаються інвестору в обмін на погашення ним вимог кредиторів (як це, наприклад, відбулося щодо ВАТ «Днепренегро»). З одного боку, такий варіант застосування норм абз. 7 ч.1 ст.18 та ч.4 ст.37 Закону нібито знімає їх суперечність із нормами щодо відповідальності учасників за зобов'язаннями товариства, щодо недопустимості примусового відчуження об'єктів права власності, у тому числі для погашення боргів інших осіб. Разом з цим, висловлюються й заперечення, які ґрунтуються на нормі ч.2 ст.156 ЦК про недопустимість випуску акцій для покриття збитків товариства.

Слід також погодитися з тим, що необхідно надати право на оскарження ухвал про затвердження планів санації і мирових угод учасникам товариства [2, с.132]. Одним з кроків у цьому напрямку стало доповнення ст. 1 Закону нормою, за якою учасником провадження у справі про банкрутство є уповноважена особа акціонерів або учасників товариств з обмеженою чи додатковою відповідальністю. Така особа уповноважується загальними зборами представляти їх інтереси під час проведення процедур банкрутства цього товариства з правом дорадчого голосу. Разом з цим, ця норма

з'явилася у Законі 17.11.2005 р, і вона не поширюється на провадження про банкрутство, розпочаті до набрання нею чинності. Також, оскільки уповноважена особа уповноважується загальними зборами, то вона має бути вже обраною до введення процедури санації, у якій проведення загальних зборів виключається. Окрім цього, учасником цього провадження з правом оскаржувати ухвали суду є не самі учасники товариства, а їх уповноважена особа.

Відсутність у учасника товариства права на оскарження ухвал, якими затверджуються плани санації і мирові угоди, за якими вони позбавляються корпоративних прав, суперечить Європейській конвенції про захист прав людини і основних свобод, оскільки є обмеженням права на захист у суді [2, с. 133].

З огляду на зазначене, норми абз. 7 ч.1 ст.18 та ч.4 ст.37 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», які допускають обмін корпоративних прав на вимоги кредиторів, потребують приведення у відповідність до норм законодавства, що визначають засади відповідальності учасників товариств за його зобов'язаннями, а також засади непорушності права власності. Окрім цього, доцільно передбачити у цьому Законі право учасників товариств, щодо яких розпочата процедура банкрутства, оскаржувати постанови суду, у яких суд вирішив питання щодо прав та обов'язків учасників товариства, зокрема, затвердив план санації чи мирову угоду, за умовами яких учасники товариства позбавляються корпоративних прав.

Список літератури: 1. Коваль А. «Корпоратизація» в банкрутстві // Юридическая практика. – 2006. – № 28, 11-17 июля.; 2. Поляков Б.М. Деякі питання судового захисту акціонерів у процедурі банкрутства // Санація та банкрутство. – 2006. – №1. – С.132-133.

Петров Є.В., доцент кафедри цивільного права і процесу Донецького юридичного інституту Луганського державного університету внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка, канд. юрид. наук, доцент

Виникнення права на інформацію як цивільної категорії

Термін «право на інформацію» з'явився не так давно, їм прийнято позначати сукупність правомочностей людини на отримання, зберігання та розповсюдження інформації. Під

суті право на інформацію стало врівень з природними правами людини. Тільки якщо людина отримує інформацію, переробляє її і генерує нову, вона може стати розвинутою і стати повноправним членом суспільства. У зв'язку з цим є вельми цікавою позиція Р.Б. Шишки, який вважає, що природні права є унікальними й одночасно елементом змісту правоздатності і суб'єктивним цивільним правом [1, с.67].

Виникнення ідеї права на інформацію було викликане потребою суспільства у збільшенні обігу інформаційних потоків. Е Маккай вказує, що закріплення на законодавчому рівні права на інформацію було в інтересах суспільства, право на інформацію – це право на подолання суспільних секретів, і воно повинно здійснюватись як фізичними, так і юридичними особами [2, с.168]. Сьогодні, формалізоване право на інформацію посідає одне з найважливіших місць, тому не дарма законодавець закріпив це право на конституційному рівні. Також це право знайшло відображення в ЦК України та в інших законодавчих актах. Тим самим, законодавець визнав цінність і значимість для суспільства та окремого громадянина інформації. Ми пропонуємо розглянути право на інформацію, розпочавши з короткого огляду становлення ідеї права на інформацію у юриспруденції взагалі і в українській зокрема.

Ідея права на інформацію охоплює не тільки отримання та розповсюдження офіційної, але й неофіційної інформації. В XVIII-XIX ст. деякі правомочності на отримання визначеної інформації (культурної, наукової) входили у склад свободи слова та друку. Так було у більшості країн, у законах яких такі свободи були закріплені. Таким чином, це право було закріплено в Конституціях Бельгії 1831 р., Великого Герцогства Люксембурзького 1868 р., в Законі про форму правління у Фінляндії 1919 р., в Конституціях Ірландії від 12 грудня 1937 р., Італії від 22 грудня 1947 р. та в інших країнах [3, с. 97,450, 545, 621, 882]. Однак у цих нормативних актах сам термін «інформація» не використовувався, право на отримання та розповсюдження інформації лише виходило з інших прав. Канадський вчений Е.Маккай відмічає, що право людини на інформацію належить до групи прав, які формувались упродовж останніх чотирьох століть [2, с. 168]. У свою чергу В.С. Хижняк, аналізуючи праці іноземних вчених приходить до висновку, що тільки у 80-ті роки ХХ ст. деякі зарубіжні вчені у своїх працях почали виділяти право на інформацію у самостійний інститут [4, с. 24]. Таким чином, можна

сказати, що ідея права на інформацію має тривалий шлях розвитку та довгий час не знаходила свого відображення на законодавчому рівні.

Ідея права на інформацію почала втілюватись у життя тільки з розвитком свідомості суспільства. Наприклад, у 1766 р. в Швеції був прийнятий «Закон про свободу слова та друку», який містив як норми, які гарантують свободу слова та друку, так і норми, які закріплювали право людини на доступ до інформації, яка знаходиться в державних органів. У законодавчих актах Франції, періоду буржуазних революцій, право на інформацію знаходить своє закріплення на вищому рівні. Так, у ст. 11 Декларації прав людини і громадянина від 26 серпня 1789 р. право людини на інформацію було складовим елементом свободи слова та друку. У Декларації вказувалось, що кожен має право на свободу думки та вільного вираження своїх поглядів, а також право розповсюджувати його як усно, так і письмово [4, с.26-27]. Пізніше ідея права на інформацію, яка була закріплена у Декларації прав людини і громадянина, знайшла своє відображення у декларації до французького народу, а пізніше у Конституціях Франції 1946 р. та 1958 р. Однак, як ми бачимо, право на інформацію ще не декларується саме по собі, а є лише елементом свободи слова та друку. З розвитком демократичної думки і в інших країнах ідея права на інформацію знаходить своє відображення на законодавчому рівні, наприклад у Конституціях Бельгії 1831 р. та Австрії 1920 р. На початку 50-х років у конституціях ряду країн право на інформацію закріплюється як елемент свободи слова та свободи висловлення думки, наприклад Основний закон ФРН від 23 травня 1949р. [4, с.28].

Аналіз законодавства дає змогу зробити висновок, що до 60-х років ХХ століття право на інформацію у більшості країн існувало як елемент свободи вираження думки, свободи слова та друку, термін «інформація» практично зовсім не використовувався.

Зростання уваги до інформації в першу чергу було викликане зростанням інтересу як до самої інформації, так і насамперед до змісту нерозкритої (особливо науково-технічної) інформації, не останню роль у цьому процесі відігравав ступінь відкритості самого суспільства. До речі, інтерес виступає важливим критерієм розвитку права на інформацію. Теорію інтересу вперше розвив Рудольф фон Йерінг він вперше висловив думку, що «...права суть юридически защищенные

інтереси, а інтереси, получаючі юридическу заштту, образую субстанцію прав»[5, с.46]. Послідовниками Р. Йерінга були Р. Паунд, Ф.Гек, Г. Штоль, Р. Мюллер-Ерзбах, які теж досліджували роль інтересу в праві. Роль інтересу у цивільних правовідносинах досліджували Ч.Н. Азімов, В.П. Грибанов, О.С. Іоффе. С.В. Михайлов визначає, що інтерес у праві – це об'єктивна категорія, яка за формою представляє суспільні відносини, змістом цих відносин є потреба, яка має соціальний характер [6, с.23]. У зв'язку з цим Г.В. Мальцев відмічає, що у суспільстві встановлюється наступна залежність: інтерес⇒суспільна свідомість⇒право [6, с.101]. Отже, ми дослідили ланцюжок інформація⇒право, спочатку з'явилась значна потреба в інформації і, як наслідок, необхідність правового забезпечення щодо отримання, розповсюдження, передачі тощо інформації. Сказане дозволяє погодитися з думкою В.Н. Кудрявцева про те, що від відповідності вираження інтересів у нормах права реальним об'єктивним інтересам суб'єктів права залежить ефективність правової регламентації суспільних відносин [6, с.34]. Пізніше майже у всіх країнах право на інформацію було закріплене на конституційному рівні, у свою чергу, поява певних норм у національних правових системах було обумовлене ратифікацією тих чи інших міжнародно-правових документів. Розвинуто ідею права на інформацію було у Загальній декларації прав людини від 10 грудня 1948 та Європейській конвенції про захист прав людини і основних свобод від 4 листопада 1950 р. [7, с.387-392]. І як визнання значення інформації, її товарності, право на інформацію було закріплене у Цивільному кодексі України.

Список літератури: 1. Шишка Р.Б. Охорона права інтелектуальної власності (авторсько-правовий аспект). – Х.: Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2002.; 2. Mackay E The public right to information // Information law towards the 21 –st centurV. Information law series 2 Denver, Boston. – 1992. – P. 170.; 3. Конституции буржуазных государств Европы. – М.: Изд-во иностр. лит-ры, 1957.; 4. Хижняк В.С. Право человека на информацию. – Саратов, Изд-во Саратовского ун-та, 1998.; 5. Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность. – М.-Л.: Изд-во АН СССР, 1948.; 6. Михайлов С.В. Категория интереса в российском гражданском праве. – М.: Статут, 2002.; 7. Мальцев Г.В. Социалистическое право и свобода личности (теоретические вопросы). – М.: Юрид. лит, 1968.

Недоліки законодавчого регулювання позики

1. Законодавче поняття позики концептуально вказує на непідприємницький характер цього зобов'язального правовідношення.

Доказом такого є те, що:

а) дефініція договору позики (ст. 1046 ЦК України) не містить в собі безпосередньої вказівки на обов'язкову оплатність (процентність);

б) позикодавець юридично не зобов'язується до надання позики, бо правами та обов'язками сторони пов'язані лише з моменту передавання предмету позики (договір є реальним).

Ще одним доказом існування позики як непідприємницького правовідношення є вимога інших законодавчих актів про необхідність ліцензування позикової (а точніше кредитної діяльності) та здійснення її через створення юридичних осіб у визначених законом організаційно-правових формах.

2. Конструктивне побудування правовідношення позики як непідприємницького у подальших статтях параграфа 1 глави 71 ЦК України наражається на деякі чужеродні цьому підходу правила. Так, частина 1 статті 1048 ЦК України категорично визначає право на одержання позикодавцем процентів від позичальника. Формулювання даної норми важко назвати диспозитивним, бо законодавець не використовує в ній традиційне слововживання «...якщо інше не буде передбачене договором». Більше того, третє речення частини 1 статті 1048 ЦК України визначає обов'язковість оплатності позики навіть тоді, коли сторони не приділили цій обставині уваги («Якщо договором не встановлений розмір процентів, їх розмір визначається на рівні облікової ставки Національного банку України»).

Отже, виникає протиріччя між понятійним визначенням позики як безпроцентного договору та положенням про його процентність навіть тоді, коли сторони спеціально не обумовлювали його процентність (оплатність).

Ще одним суперечливим положенням можна назвати норму частини 2 статті 1049 ЦК України, яка не дозволяє позичальникові достроково повертати предмет позики за процентною позикою. Подібне положення більш властиве кредитним правовідношенням, де підприємець-кредитодавець планує отримання доходу. Неотримання запланованого доходу тут може при-

зводити до неможливості виконання цим підприємцем своїх обов'язків перед іншими контрагентами. Наприклад, банк не зможе своєчасно виконати свої обов'язки перед вкладником про повернення вкладу та сплату йому процентів. Майновий обіг у сфері непідприємницького господарювання фізичних осіб не є таким щільним, а тому правило частини 2 статті 1049 ЦК України мало відповідає цим відносинам.

3. Поряд із концептуальними проблемами побудування норм про позику, що існують й деякі недоліки законодавчої техніки.

Так, друге речення частини 1 статті 1050 ЦК України встановлює можливість стягнення з позичальника неустойки за прострочення повернення речей, визначених родовими ознаками. Особливості конструювання даної норми вказують на те, що видом неустойки тут має бути пеня, бо говориться, що неустойка «нараховується від дня, коли речі мали бути повернені, до дня їх фактичного повернення позичодавцеві». В той же час, частина 3 статті 549 ЦК України говорить про можливість застосування пені тільки до грошових зобов'язань.

Сліпченко С.О., доцент кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук, доцент

Деякі питання щодо охорони інтересів фізичної особи, яка зображена на фотографіях та інших художніх творах за Цивільним кодексом України

Відповідно до абз. 1 ч. 1 ст. 308 Цивільного кодексу України (далі за текстом – ЦК) фотографія, інші художні твори, на яких зображено фізичну особу, можуть бути публічно показані, відтворені, розповсюджені лише за згодою цієї особи, а в разі її смерті – за згодою осіб, визначених ЦК. Тобто передбачається охорона прав суб'єкта на його зображення.

Для застосування наведеної норми необхідно з'ясувати наступні питання: про об'єкт права, яке підлягає охороні; про умови охорони права особи, що зображена; про межі охорони інтересів фізичної особи, яка зображена. Коротко розглянемо суть цих питань.

1. Про об'єкт права, яке підлягає охороні.

Аналіз змісту ст. 308 ЦК вказує на те, що охороні підлягає право фізичної особи на зображення. При цьому, зображення

людини – це контури, її загальний вигляд, окремі елементи (обличчя, його риси, інші частини тіла, зовнішність і т.і.), образи, які через об'єктивну форму свого відображення доступні до сприйняття нашим почуттям чи усвідомленням та дозволяють індивідуалізувати певну фізичну особу. В свою чергу, зображати фізичну особу – значить подавати її в образі, представляти (демонструвати) у матеріальній (речовій) формі, доступній або для сприйняття хоча б одним із органів наших почуттів, або для усвідомлення.

Зображення може бути виражено за допомогою живопису, скульптури, мови, руху тіла, письма, фотографії, інших матеріальних носіїв.

2. Про умови охорони права особи, що зображена.

Для охорони інтересів фізичної особи, яка зображена, наприклад, на фотографії, у ЦК встановлено заборону на використання такого зображення, без згоди цієї особи, а в разі її смерті – згоди осіб, зазначених законодавством. Разом з тим, у ст. 308 ЦК встановлено заборону використання не будь-якого зображення, а лише того, що міститься у художньому творі. Тому зображення фізичної особи на фотографіях, інших носіях, які не є художніми творами, не підлягає охороні, встановленої розглядуваною нормою.

Художній твір – це завжди об'єкт права інтелектуальної власності, зокрема, об'єкт авторського права. В свою чергу, твір, як зазначав В.І.Серебровський, – це сукупність ідей, думок та образів, що отримали в результаті творчої діяльності автора свій вираз у доступній для сприйняття людськими почуттями конкретній формі, яка допускає можливість відтворення. Його художній характер вказує на почуттєво-матеріальну, естетично-виразну форму перетворення життєвої даності в образи.

Таким чином, якщо фотографія, інший матеріальний носій не є таким об'єктом авторського права, як твір або твір не є художнім, то інтереси зображеної у них особи не підлягають охороні ст. 308 ЦК.

3. Про межі охорони інтересів фізичної особи, яка зображена.

Розглядувана норма передбачає охорону інтересів фізичної особи, зображеної у художньому творі від протиправного публічного показу, відтворення та розповсюдження її зображення.

Під показом необхідно розуміти демонстрацію зображеної на фотографії чи в іншому художньому творі людини. Демонстрація може здійснюватись будь-яким способом (на екрані, на полотні, в слайдах, відео, фото, скульптурі і т.і.). Показ передбачає візуальне сприйняття зображення, тобто безпосередній його

контакт з глядачем. Ознака публічності має місце лише у тих випадках, коли показ здійснюється для необмеженого кола осіб.

Відтворення – це повторна фіксація зображення людини на матеріальному носії, повторне надання йому об'єктивної форми, доступної для сприйняття третіми особами. Інакше кажучи, – це виготовлення копій фотографій, інших художніх творів, на яких зображено фізичну особу, у будь-якій матеріальній формі, незалежно від того, де і коли вони будуть пущені в обіг і чи буде це взагалі. Для відтворення не має значення кількість виготовлених екземплярів і чи можуть вони задовольнити розумні потреби публіки. Ним буде вважатись і виготовлення декількох або навіть однієї копії.

Розповсюдженням є введення в цивільний обіг екземплярів художнього твору із зображенням фізичної особи, наприклад, продаж, здача в оренду тощо. Отримання плати не є обов'язковою ознакою розповсюдження. Останнє не пов'язане і з кількістю екземплярів зображення.

Розповсюдження тісно пов'язане з відтворенням, оскільки перше може мати місце лише у випадку попереднього відтворення, а відтворюється зазвичай з метою розповсюдження. Разом з тим, це дві самостійні дії.

Таким чином, якщо контури, загальний вигляд, обличчя; будь-які інші частини тіла, образи фізичної особи, що дозволяють її індивідуалізувати, відображені у художньому творі, то вони можуть публічно показані, відтворені та розповсюджені лише за згодою зображеної особи, якщо інше не передбачено діючим законодавством України. Ті ж дії без згоди управомочених суб'єктів повинні розглядатись як протиправними та такими, що посягають на інтереси фізичної особи, яка зображена на фотографіях або в інших художніх творах.

Завальна Ж. В., завідувачка кафедри юридичних дисциплін Сумської філії Харківського національного університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук, доцент

Співвіднесення договірних форм відносин та договору: питання теорії

Останнім часом в наукових дослідженнях все частіше науковці звертаються до такого явища як договірні форми відносин. Договірні форми відносин розглядалися в основному

в аспекті однієї договірної форми – договору і традиційно у приватних галузях права. Теоретики-правознавці почали розглядати договір як теоретичне явище доволі недавно з кінця минулого століття. Причому питання юридичної природи договірних форм є доволі неоднозначним, оскільки це явище поєднує в собі ознаки та характеристики різних правових явищ. Однак підтримуючи в цілому погляди на договір та договірні форми як на багато аспектні правові явища, вважаємо, що на нормативному рівні з метою однозначного розуміння юридичної термінології та запобігання виникненню юридичних колізій має відобразитися розуміння тільки однієї із правових іпостасей договірних форм. Наявність прогалів і суперечностей у діючому законодавстві певною мірою пов'язана із відсутністю належного понятійного апарату.

Сторони при встановленні та підтриманні зв'язків, взаємозв'язків можуть застосовувати чи не застосовувати різного роду механізми, в тому числі правові. Для суспільних відносин встановлених в договірній формі може бути два варіанти встановлення та підтримання зв'язку: 1) без застосування правового регулювання та 2) із застосуванням правового регулювання. В першому випадку в наявності неправові договірні форми відносин, які не підпадають під регулювання правовими нормами. Констатація наявності такого виду договірних форм відносин необхідний тільки для відокремлення від правових договірних форм відносин, яким ми і приділимо в подальшому свою увагу.

Право не повинно і не може регулювати всі суспільні відносини, всі соціальні зв'язки членів суспільства. Так само, правової договірної форми можуть набувати відносини, які є правовими і мають певні ознаки. Щодо останніх називають такі: 1) відносини в яких відображаються індивідуальні інтереси членів суспільства, а також загальносуспільні інтереси; 2) у правовідносинах реалізуються взаємні інтереси їх учасників, кожен із яких іде на те, що добровільно допускас в певні обмеження своїх інтересів для задоволення інтересів іншого; 3) у відносинах присутня згода виконувати визначені правила, які є обов'язковими; 4) підтримується дієвою силою, авторитетом. Виходячи із зазначених ознак предметом правового регулювання виступає не будь-який зв'язок осіб, а тільки такий, який зачіпає інтереси інших осіб, породжує між ними стійкий зв'язок у певній формі.

Форма відносин в тому числі і договірна залежить від характеру та змісту суспільних відносин, що складають пред-

мет правового регулювання. Система суспільних відносин, що регулюються правом на сьогодні є доволі складною. Її розділяють на три великих сфери: економічну, політичну, соціальну. В кожній із цих сфер відносини можуть встановлюватися у договірній формі. Кожна із цих сфер накладає свої особливості на договірні форми, але існують структурні незмінні елементи, які притаманні для договірних форм відносин не залежно від сфери їх виникнення. Найповнішу характеристику договірні форми можуть отримати через аналіз структурних елементів відносин. Структурними елементами договірної форми як і самих відносин можуть бути: суб'єкт, об'єкт та зміст.

Структурним елементом договірної форми є об'єкт. В широкому розумінні, об'єкт охоплює весь набір показників того, з приводу чого встановлюються зв'язок, взаємозв'язок. У відповідності із поширеною в юридичній літературі позицією, яку ми також підтримуємо об'єктом правовідносин є поведінка особи, тобто те, що може піддаватися впливу та відповідно змінюватися. При цьому як суб'єктивні права, так і юридичні обов'язки направлені на забезпечення в інтересах управленої особи визначеної поведінки зобов'язаної особи. Поведінка конкретизується у договірній формі будь-якого виду, бо в іншому разі зв'язок буде вихолощеним і не надасть результатів до якої прагнуть суб'єкти. Визначення сторонами конкретного об'єкта обумовлює спосіб встановлення та підтримання відносин, який був би найефективнішим для досягнення мети встановленої суб'єктами. Для досягнення мети визначається поведінка осіб через співвідношення її із поведінкою один одного. Таким чином виробляється спільна програма дій, яка обумовлюється добровільністю та внутрішнім переконанням в потребі її виконання.

Суб'єктами правових відносин, як відомо, є особи, які є носіями суб'єктивних прав та обов'язків і співвідносять з ними свою поведінку. Коло суб'єктів відносин в будь-яких їх правових формах в кінцевому результаті визначає держава. Вона ж визначає для суб'єктів правосуб'єктність – здатність суб'єкта бути носієм прав та обов'язків. Даний елемент обумовлює здатність до встановлення та підтримання зв'язків, взаємозв'язків, засновану на цілеспрямованій волі осіб. При цьому воля осіб виражається через волевиявлення направлене на формування єдиної взаємовигідної поведінки.

Третім елементом є зміст договірної форми. Змістом договірної форми відносин є суб'єктивні права та юридичні

обов'язки. Як відомо суб'єктивним правом є міра можливої поведінки, а юридичним обов'язком міра необхідної поведінки. Щодо договірної форми відносин, то права та обов'язки знаходять своє вираження у тому, що суб'єктивне право на встановлення та підтримання відносин у договірній формі може бути або передбачено нормами права, або не передбачено, але не протирічити їм. Від суб'єктивного права залежить яким саме чином, якими засобами особи підтримуватимуть зв'язок, взаємозв'язок. Юридичні обов'язки як зміст договірної форми це добровільно взяті на себе сторонами до виконання дії (бездіяльність), виконання яких може вимагати інша сторона.

Таким чином, на основі вище викладеного можна зробити наступні висновки. Договірні форми своєю суттю мають спосіб встановлення зв'язків в тому числі правових. Так, під договірною формою надалі пропонуємо вважати спосіб зв'язку заснований на ініціативі сторін, їх внутрішньому переконанні, представлений у вигляді узгодженої, обов'язкової програми поведінки по досягненню мети визначеної сторонами. Характеристика договірних форм відносин здійснюється через характеристику елементів відносин. Отримані висновки, можуть бути покладені в основу подальших досліджень у даному напрямку, а також бути використані для вдосконалення чинного законодавства.

Ігнатенко В. М., доцент кафедри цивільного права №1 НЮАУ імені Ярослава Мудрого, канд. юрид. наук

Заповідальний відказ як недоговірне регулятивне зобов'язання

1. Види недоговірних зобов'язань, врегульованих в ЦК не вичерпуються закріпленими в підрозділі 2 «Недоговірні зобов'язання» розділу Ш «Окремі види зобов'язань» книги п'ятої «Зобов'язальне право». Зокрема, йдеться про зобов'язання, що виникають із заповідального відказу і заповідального покладення, норми про які знаходяться в книзі шостій «Спадкове право».

Здебільшого заповідальний відказ і заповідальне покладення розглядаються, як правові конструкції спадкового права, як види заповідальних розпоряджень, що складають

зміст суб'єктивного права фізичної особи на заповіт. Також заповідальний відказ та заповідальне покладення виступають як складові частини заповіту. Про це прямо говориться в ч.1 ст.1237 ЦК: заповідач має право зробити в заповіті заповідальний відказ. Як вірно вказував О.С. Йоффе складаючи заповіт, громадянин може зобов'язати призначеного ним спадкоємця передати частину майна іншій особі. Це і називається заповідальним відказом або легатом, який, будучи, як і заповіт в цілому, одностороннім право чином, після смерті заповідача і прийняття спадщини створює між спадкоємцем і зазначеною в заповіті особою зобов'язання по передачі обумовленого майна [1, с.749].

2. ЦК УРСР 1963 року регулював два види заповідальних розпоряджень: заповідальний відказ (ст.538) і заповідальне покладення (ст.540). Різновидом заповідального відказу виступало покладення на спадкоємця обов'язку надання права довічного користування будинком або певною частиною. ЦК України передбачає більшу кількість заповідальних розпоряджень. Серед яких : а) заповідальний відказ (легат) (ст.1237 ЦК); б) покладення на спадкоємця інших обов'язків (ст.1240 ЦК); в) визначення умови отримання спадщини (ст.1242 ЦК); г) підпризначення спадкоємця (ст.1244 ЦК); д) встановлення сервітуту (ст.1246 ЦК); е) призначення виконавця заповіту (ст.1386 ЦК). На наш погляд із зазначених заповідальних розпоряджень до виникнення зобов'язальних відносин приводять лише заповідальний відказ (легат) і покладення. Що стосується встановлення сервітуту (ст.1246 ЦК), то він входить до предмету заповідального відказу, оскільки на спадкоємця до якого переходить житловий будинок, квартира або інше рухоме або нерухоме майно, заповідач має право покласти обов'язок надати іншій особі право користування ними.

3. В юридичній літературі висловлені сумніви про доцільність подальшого існування заповідального відказу, оскільки є поняття «заповіт з покладенням на спадкоємців обов'язків» (ст.1240 ЦК) і «заповіт з встановленням сервітуту» (ст.1246 ЦК) [2, с.1015].

Вважаємо, що має рацію збереження заповідального відказу і покладення як самостійних правових конструкцій із наступних міркувань: по-перше, це відповідає усталеній правовій традиції цивільно-правового регулювання заповідальних розпоряджень; по-друге, відрізняється предмет заповідального відказу (обов'язок майнового характеру) і покладення (обов'язок немайнового характеру або навіть і майно-

вого, але для досягнення чітко визначеної суспільно-корисної мети); по-третє, персоніфікація вигодонабувача в заповіті при заповідальному відказі і невизначеність кола вигодонабувачів при покладенні; по-четверте, встановлення сервітуту в заповіті розглядається як конкретизація правила ч.2 ст.1238 ЦК (предмета заповідального відказу).

4. ЦК України не закріплює поняття заповідального відказу, а лише вказує на право заповідача на заповідальний відказ (ст.1237), а також визначає його предмет, яким може бути передання відказоодержувачеві у власність або за іншим речовим правом майнового права або речі, що входить або не входить до складу спадщини (ч.1 ст.1238). Виходячи з цього законодавчого визначення можна дійти висновку, що в правовідносинах по заповідальному відказу є два учасника: спадкоємець (боржник), який зобов'язаний передати відказоодержувачеві (кредитору) у власність або за іншим речовим правом майнове право або річ, що входить або не входить до складу спадщини, а отже йдеться про виникнення між ними зобов'язання, причому такого, що виникає із одностороннього розпорядження заповідача, який не приймає участі в зобов'язанні.

5. Законодавець не визначає правову природу ні заповіту, ні заповідальних розпоряджень, які він може містити. В доктрині заповіт однозначно розглядається як односторонній правочин. Вважаємо, що заповіт і заповідальне розпорядження співвідносяться як ціле і частина. Тому заповідальне розпорядження не може бути за конструкцією нічим іншим ніж також односторонній правочин. Специфіка виникнення зобов'язання з одностороннього правочину полягає в тому, що необхідні додаткові юридичні факти, тому зобов'язання з заповідального відказу виникає на підставі юридичного складу: а) головного одностороннього правочину – заповідального відказу, який визначає зміст прав і обов'язків набувача; б) юридичного факту: події – смерті спадкодавця або оголошення його померлим; в) допоміжного одностороннього правочину – прийняття спадщини спадкоємцем.

Список літератури: 1. Иоффе О.С. Избранные труды: В 4 т. Т III. Обязательственное право – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004.- 837 с.; 2. Фурса С.Я. в кн. Научно-практический комментарий к Гражданскому кодексу Украины: У 2 т.-2-е вид., перероб. і доп. /За ред. О.В. Дзери (кер. авт. кол.), Н.С. Кузнецової, В.В. Луця.-К.: Юрінком Інтер, 2006.-т.II.-1088 с.

Висновки експертів в справах про компенсацію моральної шкоди

Згідно зі ст.143 ЦПК України щодо з'ясування обставин, які мають значення для справи і потребують спеціальних знань в галузі, науки, мистецтва, техніки ремесла, суддя в порядку забезпечення доказів та під час підготовки справи або суд під час розгляду справи може призначити експертизу. Висновки експертів згідно зі ст.57 ЦПК України є одним із засобів доказування. Вважаємо, що питання про саму можливість і доцільність проведення експертизи в справах про компенсацію моральної (немайнової) шкоди є актуальним, а отримані докази за допомогою висновків експертів мають сприяти всебічному, повному й об'єктивному дослідженню обставин справи, постановленню законних і обґрунтованих судових рішень. Вивчення справ про компенсацію моральної (немайнової) шкоди показало, що суди не в повній мірі використовують можливості експертизи при вирішенні справ цієї категорії.

Слід відмітити, що розробки в теорії доказування і зокрема з питань окремих засобів доказування свідчать про наявність різних підходів щодо визначення як поняття та суті судової експертизи, так щодо поняття та висновки експерта.

Так, проф. А.Ф.Клейман висловив думку, що під експертизою розуміється сам процес дослідження фактичних обставин справи, які базуються на наукових методиках і розробках, на спеціальних пізнаннях, призначених в певному процесуальному порядку. [1, с.197] Більш ґрунтовне поняття експертизи сформульоване проф. М.Й.Штефаном, який зазначає, що це є дослідження на вимогу суду поданих ним об'єктів, яке проводиться експертами на базі спеціальних пізнань і на науковій основі з метою одержання даних про факти, що мають значення для правильного вирішення справи. Здійснюється воно у визначеному процесуальному порядку з дотриманням встановлених процесуальним законом правил. Це спосіб дослідження, виявлення і пізнання фактичних об-

ставин, тобто науковий, дослідницький шлях до висновків про фактичні обставини у справі наявність (відсутність) яких фіксується у висновках експертів. [2,с.270]

Вважаємо, що доцільніше підійти до визначення поняття судової експертизи через характеристику істотних ознак. По-перше, експертиза – це завжди дослідження наданих суду об'єктів, здійснюється завжди з дотриманням встановлених у процесуальному законі порядку.

Проведення експертизи в суді повинно здійснюватися з додержанням правил, передбачених статтями 143-150 ЦПК України.

Судам слід мати на увазі, що визначення способу проведення експертизи є компетенцією експерта.

Підставою для проведення експертизи при вирішенні цивільного спору в суді є ухвала судді (суду) про призначення експертизи, постановлена відповідно до ст.144 ЦПК України. Згідно зі ст.144 ЦПК України ухвала суду повинна бути складена як окремий документ з наведенням у ній мотивів прийнятого рішення про призначення експертизи та чітким викладенням питань, що стосуються предмета останньої. В ухвалі має бути зазначено, які подані учасниками судового розгляду питання і з яких мотивів відхилено.

У разі, коли провести експертне дослідження в судовому засіданні неможливо, суд, керуючись статтями 273 і 310 КПК, виносить ухвали про проведення експертизи і направляє її з необхідними матеріалами до судово-експертної установи для виконання в порядку, передбаченому ст. 198 КПК. При цьому, залежно від тривалості експертних досліджень і складності справи, суд може або оголосити перерву, або відкласти слухання справи, або продовжити судове слідство і досліджувати інші докази (п. 9 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 1997 р. №8 «Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах»).

Експертиза зазвичай призначається ухвалою судді після прийняття позовної заяви в порядку підготовки справи (ст.144 ЦПК України). Проте, в окремих справах позивачі разом з позовними заявами подають поряд з письмовими доказами висновки експертизи, проведеної без відома суду. Такі висновки складені не у відповідності зі ст.144, 147 ЦПК України, і тому не можуть вважатися висновками експертів, і на такий висновок не поширюються процесуальні правила, передбачені щодо судової експертизи. Висновок спеціаліста, складений не у відповідності зі ст.144, 147 ЦПК України, суд

може оцінювати як письмовий доказ у спорі між сторонами і в результаті всебічної перевірки дати оцінку як цьому висновку, так і поясненням спеціаліста, який його склав, а в разі виникнення сумнівів у достовірності таких висновків – призначити експертизу у встановленому порядку.

Як зазначається в юридичній літературі, аналогічно слід оцінювати подібні документи, подані суду адвокатами, що беруть участь у розгляді справи. Згідно зі ст.6 Закону України «Про адвокатуру» до професійних прав адвоката віднесено право отримувати письмові висновки фахівців з питань, що потребують спеціальних знань. Якщо адвокат здійснює це право шляхом звернення до суду з клопотанням про призначення експертизи і таке клопотання задовольняється в установленому порядку, то висновок експертизи може бути належним доказом у справі. У разі ж, коли фахівець зробить письмові висновки з питань, що потребують спеціальних знань, безпосередньо на запит адвоката, вони не можуть розцінюватись як висновок судової експертизи. Наведені в таких висновках дані суд може визнати достовірними в результаті їх перевірки судовому засіданні іншими доказами.

Експертиза може проводитись тільки експертами відповідних установ, або іншими спеціалістами, призначеними судом. Експертом може, бути призначена будь-яка особа, яка володіє необхідними знаннями для дачі висновку (ст.53 ЦПК України). Таким чином пред'являє до експертів вимогу про те, що вони мають володіти, не тільки спеціальними знаннями, а й бути спеціалістами високої кваліфікації, авторитетами в конкретній галузі науки, техніки, мистецтва, ремесла. Разом з тим, відповідно до Закону України від 25 лютого 1994 р. «Про судову експертизу» судово-експертна діяльність в Україні здійснюється, як правило, державними спеціалізованими установами та відомчими службами

Судово-експертна діяльність також може здійснюватись на підприємницьких засадах на підставі спеціального дозволу (ліцензії), а також громадянами за разовими договорами. Видача ліцензій та атестація судових експертів з числа працівників підприємницьких структур та громадян здійснюється Міністерством юстиції України або Міністерством охорони здоров'я України відповідно до їх повноважень.

У випадках, коли проведення експертизи доручається працівникові підприємницької структури, яка має ліцензію на здійснення судово-експертної діяльності, суд повинен перевірити, чи є у спеціаліста свідоцтво про присвоєння йому кваліфікації судового експерта за відповідною спеціальністю.

Проведення експертизи за разовими договорами може мати місце лише у випадках, коли провести її в іншому порядку неможливо. У договорі мають бути зазначені строки виконання експертизи, розмір винагороди експертові та порядок її виплати (п. 19 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 1997 р. №8 «Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах»).

Експертиза проводиться в зв'язку з необхідністю застосування спеціальних знань для одержання даних про факти, які необхідні для вирішення справи. Спеціальними знаннями, які необхідні для призначення експертизи в цивільному процесі, вважаються такі, що знаходяться за межами правових знань, загальновідомих узагальнень, які випливають з досвіду людей, тобто тих, якими володіє лише вузьке коло фахівців. [2,с.270]

Неприпустимим є призначення експертизи у випадках, коли з'ясування певних обставин не потребує спеціальних знань, а також порушення перед експертом правових питань, вирішення яких віднесено законом до компетенції суду (зокрема, щодо вини, недієздатності тощо) п.2 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 1997 р. №8 «Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах».

Причому потрібно мати на увазі, що акти чи інші документи, в тому числі відомчі, де зазначаються обставини, встановлені із застосуванням спеціальних знань (наприклад, про причини аварії, вартість ремонту), не можуть розглядатися як висновок експерта та бути підставою для відмови в призначенні експертизи, навіть якщо вони одержані на запит суду, слідчого або адвоката (п. 18 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 1997 р. №8 «Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах»).

Аналіз діючого законодавства з питань компенсації моральної (немайнової шкоди свідчить про те, що воно не містить прямих вказівок на необхідність обґрунтування за допомогою притягнення спеціалістів суміжних професій: психологів, медиків, фізіологів. Однак, як вже зазначалося в юридичній літературі, саме в Україні провадилися серйозні наукові дослідження в області психофізіології. Тобто, вже зараз наука і практика має конкретні відповіді на запитання про індивідуальну реакцію на стресові фактори різної якості. Вважаємо, що в кожному конкретному випадку є конкретна відповідь на запитання про ціну людських страждань. [4]

І дійсно, психологія – це наука, що вивчає процеси активного відображення людиною об'єктивної реальності в формі

відчуття, сприйняття, поняття, почуття та інших явищ психіки. Тому вважаємо, що в справах про компенсацію моральної (немайнової) шкоди має проводитись психологічна експертиза, що дозволить суду визначати адекватний розмір компенсації такої шкоди в залежності від характеру завданих потерпілому фізичних та моральних страждань. При цьому характер фізичних та моральних страждань буде оцінюватись не тільки врахуванням фактичних обставин, при яких було завдано моральну шкоду (об'єктивний критерій), а й індивідуальних особливостей потерпілого (суб'єктивний критерій).

Таким чином, третя ознака відображає мету проведення судової експертизи, що проводиться для одержання доказів – фактичних даних, що мають значення для правильного вирішення справи.

В юридичній літературі висловлена думка, що судова експертиза має призначатися тільки за умови, якщо з'ясувати певні обставини іншими засобами доказування неможливо. Інакше її проведення приводить до затягування розгляду справи по суті і збільшення судових витрат [3, с.13-14]. Категоричність цього твердження, є спірним, бо не базується на діючому цивільному процесуальному законодавстві України (статті 10, 60 та 212, 213 ЦПК України), і є нічим як одним з проявів процесуального спрощення, на недопущенні якого вказано в Постанові Пленуму Верховного Суду України від 21 грудня 1990 р. №9 із змінами, внесеними Постановою Пленуму від 25 грудня 1992 р. №13 «Про практику застосування судами процесуального законодавства при розгляді цивільних справ по першій інстанції». Рішення суду має ґрунтуватись на всебічному, повному й об'єктивному розгляді всіх обставин справи в їх сукупності, а суд при цьому має керуватись загальним правилом достатності доказів.

І останнє – судова експертиза завжди проводиться на науковій основі. При цьому має бути висвітлено те, що можливості експертизи завжди відображають ступінь розвитку сучасної науки. Прикладом експертизи, що базувалась на недостатньо обґрунтованих наукових методах, можливо навести медичну експертизу схожості, що призначалась судами в 20-30 роках в справах про встановлення батьківства. Судді за допомогою медика в судовому засіданні намагались встановити схожість між дитиною і відповідачем, особливо в тих випадках, коли двоє чи декілька осіб були в близьких стосунках з позивачкою, а остання не могла сказати про те щось певне. Більш того, деякі вчені зайнялись дослідженнями можливості наукової експертизи

схожості з метою посвідчення батьківства. [5,с.17] В результаті Пленум Верховного Суду України СРСР від 15 листопада 1939 року прийняв постанову «Про судову практику в справах про визнання батьківства та про стягнення коштів на утримання дітей», в якому вказав, що «експертиза схожості як доказ недостатньо науково обґрунтована і повинна бути виключена з практики судових органів» (п. 8).

В зв'язку з цим має бути обговорено питання й про достовірність висновку експертизи. Тому до кола питань, що підлягають з'ясуванню при перевірці та оцінці висновку експертизи, потрібно додати й ті, що стосуються наукової обґрунтованості висновку, правильності застосування конкретної методики (якою установою чи науковцем її розроблено, яким органом чи установою дозволено та рекомендовано її використання, джерело, де її опубліковано). [3,с.12]

Таким чином, під судовою експертизою слід розуміти завжди дослідження наданих суду об'єктів, що здійснюється в певному процесуальному порядку з дотриманням встановлених в процесуальному законі порядку, яке проводиться експертами відповідних установ або іншими спеціалістами, призначеними судом з метою одержання доказів-фактів даних, що мають значення для правильного вирішення справи та базується на науковій основі і відображає ступінь розвитку сучасної науки.

Список літератури: 1.Клейман А.Ф.Советский гражданский процесс.-М.: 1954.-С. 197.; 2.Штефан М.И. Цивільний процес.-К.: Ін Юре.-1997.-С.270.; 3.Гриненко А.Д., Шульженко О.О., Надгорний Г.М. Практика використання у цивільному судочинстві матеріалів судових експертиз // Вісник Верховного Суду України, 1997, №3.-С.14.; 4.Волочай Е. Моральный ущерб: здравый смысл или научный анализ? // Юридическая практика, № 23, декабря 1997 г.; 5.Леонтьев, Надежик. Экспертиза установления отцовства по сходству // Советская юстиция, 1937, №14.-С.17; Поляков. Экспертиза установления отцовства // Советская юстиция, 1927, №5.-С.25; №12.-С.17.

Ясинок М. М., суддя Білопільського районного суду Сумської області, канд. юрид. наук, доцент

Особливості доказування в справах окремого провадження

Процес доказування, як в теоретичному так і в практичному плані викликає складність і є одним із найдискусійніших питань в теорії цивільного процесуального права. Поєднання форми засобів доказування і їх змісту, способи відтво-

рення такого змісту, становлять собою філософсько-логічну категорію.

Штефан М.Й. в цій частині зазначає, що доказування – це процесуальна і розумова діяльність суб'єктів доказування, яка здійснюється в урегульованому цивільному процесуальному порядку і спрямована на з'ясування дійсних обставин справи, встановлення певних обставин шляхом ствердження юридичних фактів, зазначення доказів, а також подання, прийняття, збирання, витребування, дослідження доказів. При цьому вчений вказує, що докази і доказування є процесуальними засобами пізнання у цивільному судочинстві [1].

Відповідно до такого формулювання поняття доказування, його фундаментальною основою є процесуальна розумова діяльність суб'єктів доказування, яка здійснюється в урегульованому цивільному процесуальному порядку. Таким чином, доказування визначається з однієї сторони, як процедура, встановлена процесуальним законом, а з іншої, це є обов'язок заявників обґрунтовувати перед судом своє право на отримання позитивного рішення за допомогою доказів. Остання вимога є рушієм пізнання, а відповідно і доказування.

Фурса С.Я. і Цюра Т.В. під правом доказування розуміють певне суб'єктивне процесуальне право окремого суб'єкта – доказувати в суді певні юридичні обставини, що мають значення для правильного вирішення справи. При цьому автори розглядають доказування як діяльність, яка повинна мати свій процес [2, с.24]. Така думка є прийнятною і логічною, бо кожна діяльність не залежно чи то виготовлення автомобіля, чи приготування страв, має свій технологічний процес, який передбачає певну послідовність. Порушення технології як правило приводить до негативних наслідків. Така ситуація має місце і в судовій технології. Тому необхідно брати до уваги той аспект, що надання суду доказів, їх аналіз та в багатьох випадках послідовність дослідження, може вплинути на їх суб'єктивну оцінку суддею [3, с.103]. Таким чином судове доказування, як спеціальна діяльність заявників в справах окремого провадження, направлена на переконання суду в необхідності захисту їх інтересів, і не є самовиникаючою категорією. Такий процес виникає на підставі : а) процесуального та матеріального закону; б) здійснюється заявниками; в) контролюється судом.

Лазарев В.В. в зв'язку з цим зазначає, що доказування існує там і тоді, де і коли існує можливість і необхідність примінення права уповноваженою державою особою [4,

с.40]. Продовжуючи думку Лазарева В.В., Новицький В.А. вказує, що в демократичній державі об'єктивне право переходить в право діюче шляхом поєднання волі суб'єкта доказування та волі уповноваженого правопримінителя, закріпленої актом примінення права [5, с.263].

Таким чином, контроль за процесом доказування в цивільному процесі належить суду. Відсутність такого контролю робить судовий процес аморфним, коли дуже тяжко зрозуміти, яку мету переслідує заявник в такому процесі. Це призводить до пуганиці та відсутності чіткої позиції заявників.

Разом з тим, необхідно мати на увазі, що факти об'єктивної реальності не співпадають з інформацією, яку отримує суд з засобів доказування, бо ця інформація є суб'єктивним баченням тих чи інших дій, чи подій суб'єкта і пов'язується з їх логічним осмисленням і уявленням про ті чи інші речі навколишнього світу. Таке логічне осмислення є продуктом як природного, так і загальноосвітнього розвитку суб'єкта. Ось чому одні і ті ж дії, чи події різні суб'єкти сприймають по різному і видають інформацію в різних її об'ємах з різною точністю. Дані процеси об'єктивно переносяться і в процес судового доказування. Тому немає підстав пред'являти претензії свідку, звинувачуючи його у неправдивості, якщо його покази є не зовсім точними, і не відповідають поясненням заявника.

Процес доказування у справі є безперервним процесом, тому в практичній площині розділити його на окремі складові не можливо. В наукових цілях такий розподіл доказування на його складові елементи є умовним і використовується з метою їх вивчення. В зв'язку з цим В.В.Комаров досліджуючи процес доказування зазначав, що процес доказування є поетапним і складається із збирання, дослідження й оцінки доказів [6, с.186]. Ця думка на погляд автора є справедливою. Разом з тим під процесом доказування необхідно розуміти не лише процес збирання, дослідження і оцінки доказів, але і використання даних доказів при ухваленні судових рішень. Лише при такій умові процес доказування набуває замкнутого циклу.

В зв'язку з цим Решетнікова І.В. посилається на «стандарт доказування», який характеризується закінченням справи [7, с.168]. І хоча це англо-американський термін, але він підходить і до українського судочинства. Стандарт досягається тоді, коли суд встановив істину по справі. Разом з тим, аналіз доказів не може сприйматись судом з математи-

чною їх точністю, бо самі докази, наприклад пояснення заявників, покази свідків, не є абсолютно точним віддзеркаленням подій.

Для детального вивчення процесу доказування є думки ряду вчених про те, що необхідна окрема наука про доказування помимо існуючих «искусственных» правил процедури [8, с.48]. Ця точка зору Д.Вигморе близька і Решетніковій І.В., яка вказує, що дійсно доказування є різновидом процесу пізнання, тому в ньому об'єктивно віддзеркалюються закони логіки. Процедура ж розгляду справ в тому числі і дослідження доказів, повністю формується людиною [9, с: 6]. Якщо вникнути в суть даних думок, то дійсно вбачається відмінність доказування від правил судового процесу, тому що доказування є психологічною складовою людини, а судовий процес, це є придумана людиною технологія, через яку ми отримуємо реальні контури психологічної складової доказування. Вона поширюється не лише на заявників, але і суд та осіб, які беруть участь у справі. І в цій частині є всі підстави погодитись із Штефаном М. Й., який зазначає, що «виходячи з діалектичного розуміння пізнання, як процесу відбиття у свідомості людини об'єктивної реальності, зовнішнього світу природи і суспільства, пізнання у цивільному судочинстві – процес відбиття у свідомості суддів і осіб, які беруть участь у справі, обставин конкретної справи і доказів, що їх підтверджують та існують в об'єктивному світі».

Таким чином докази, це дії чи події, інформаційно закодовані у мозку людини і при наявності споживача відтворюються на межі вірогідності засобами доказування. Разом з тим доказування складається із окремих його доказів, які можуть інформаційно накладатися один на один, доповнювати один одного спростовувати інші докази чи групи доказів. Така турбулентність доказів вимагає від суду поставити докази в такий їх логічний ланцюжок, який би дав можливість відтворену інформацію проаналізувати в її послідовності і на підставі доказування створити процесуально-правовий продукт – судові рішення. В цьому і полягає активність суду. Виходячи з такого розуміння доказування можливо зробити висновок про те, що судові доказування, як процесуальна одиниця в справах окремого провадження, складається із чотирьох її складових, це: 1) доказування наявності дії чи події; 2) доказування наслідків дії чи події; 3) аналізу і оцінки отриманої інформації; 4) продукту доказування – судового рішення.

Література: 1. Штефан М.Й. Цивільне процесуальне право України, К., 2005. 2. Фурса С.Я., Цюра Т.В. Докази і доказування у цивільному процесі. К.: Вид. Фурса С.Я., 2005. – с.24. 3. Цюра Т.В. Сторони як основні «процесуальні противники» в процесі доказування по цивільних справах. // Право України. 2002. – № 3. – с.103. 4. Лазарев В.В. Применение советского права. Казань. Изд. Казанський університет. 1972. – с.40. 5. Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. М., 2002. – с.263. 6. Комаров В.В. Доказування та докази в цивільному процесі. Цивільне процесуальне право України / Підручник за ред. В.в. Комарова. Х.: Право, 1999. – с. 186. 7. Решетникова И.В., Ярков В.В. Гражданское право и гражданский процесс в современной России. Норма: Екатеринбург – Москва, 1999. – с.168. 8. Anderson T / Twining W/ AnalVgis of Evidence. Rostov – Toronto , London. 1991. s.48. 9. Решетникова И.В. Курс доказательственного права в российском гражданском судопроизводстве. М.: Норма, 2000. – с.6.

Кухарева Г.П., начальник відділу правового забезпечення та кадрової роботи головної управління бюджету та фінансів Харківської міської ради, здобувач кафедри цивільно-правових дисциплін навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ

Форми та види заповітів у римському праві

Головна мета тез – узагальнення вже існуючих точок зору науковців щодо форм та видів заповітів у римську добу. Методологічне завдання – урахування історичного розвитку римського приватного права для цивільного права України, адже ця стаття започатковує низку праць щодо форм і видів заповітів у сучасному законодавстві України, про що й інформуємо наукову спільноту.

Загальне визначення поняттю «форма акту» дав С. Муромцев у своїх лекціях з цивільного права давнього Риму. Юридичний акт (правочин) зводився до констатування волевиявлення у відпрацьованій та закріпленій формі, у якій цей акт відповідав своєму призначенню. Будь-яка помилка в дотриманні форми, призводила до визнання акту недійсним. З іншого боку, якщо акт здійснювався з дотриманням усіх установлених для нього формул, то він неодмінно вів до вже встановлених наслідків Римське приватне право пройшло довгий шлях відпрацьовання та закріплення певних форм заповітів – вони змінювалися у відповідності до потреб часу. Кожному історичному періоду (давньому цивільному праву, республіканському, імператорському) відповідали свої форми

та види заповіту. На відміну від сучасного спадкового законодавства, римське знало не тільки письмову, але й усну форму волевиявлення.

Римський юрист Гай відзначав, що найдавніше римське право визнавало два види заповітів, які здійснювались публічно в усній формі: перший вид, *testamentum calatiis comitiis* (на народних зборах) по куріях, під головуванням понтифікса; другий вид, *testamentum in procinctu* (перед фронтом армії), тобто перед тим же народом. В обох випадках заповідач звертався до зборів в усній формі, виголошуючи чітко визначені фрази.

Перший вид стародавнього заповіту – *comitiis calatis* здійснювався по куріях. У джерелах припускається, що відбувалося це 24 березня та 24 травня. Заповідач усно висловлював свою волю: призначав спадкоємця, розпоряджався про видачу спадкоємцем легатів, призначав опікуна дружині й неповнолітнім дітям і таке інше та звертався до народу з проханням, імовірно, так сформульованим: *ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote* – так я передаю майно, відказую, заповідаю, та ви, квірити, засвідчуйте це.

Другий вид стародавнього заповіту – тестамент (*testamentum in procinctu*) – здійснювався перед фронтом війська перед боєм. *Procinctus*, військовий стрій, являв собою природну заміну мирних *comitia calata*, коли вони неможливі. Інші вимоги до усної форми заповіту не змінювались.

Однак, обидва види заповітів, які здійснювались в усній формі, мали один спільний істотний недолік: вони відразу ставали гласними, що не завжди сприяло сімейній згоді. Крім того, *comitiis calatis* могли укладатися лише двічі на рік. А заповіт *testamentum in procinctu* не могли здійснити літні, хворі люди, які вже не перебували на військовій службі.

З розвитком норм стародавнього права була започаткована інша приватна форма заповіту (прообраз майбутньої письмової форми) – *testamentum per aes et libram* (заповіт через мідь та ваги). Видом цієї форми був заповіт, який отримав назву *testamentum per mancipationem* (заповіт у вигляді манципації). Здійснювався названий заповіт у присутності п'яти свідків та *libripens* (вагаря). Свідками не могли виступати особи, підпорядковані владі цього домовладки або його друга, який отримував *familia* (майно заповідача). Як акт, цей заповіт мав характер фіктивного продажу майна.

Письмова форма *mancipatio* отримала перевагу, оскільки зміст заповіту міг не оголошуватися і залишався невідомим

навіть свідкам та іншим учасникам. Така письмова форма називалась *tabulae testamenti* (документальний заповіт). Вона стала загальноприйнятною в класичний період, і претор у своєму едикті оголосив, що він надає право на володіння спадковим майном усім тим, хто пред'явить письмовий заповіт з передбаченою законом необхідною кількістю печаток. Такі заповіти дістали назву преторських і стали нормальними приватними заповітами пізнього римського права..

Але й усний заповіт не зник. Доки не вийшла з ужитку *mancipatio*, заповіт міг як і раніше здійснюватися у формі усної *nuncupatio* після фіктивного продажу спадку.

У праві посткласичного періоду прийнято розрізняти приватні та публічні заповіти. Вони згодом і були закріплені Уложенням Юстиніана. Спільної думки щодо сутності цих заповітів серед науковців не існує. Деякі автори вважають приватні та публічні заповіти різними видами, інші – різними формами:

Приватні заповіти, здійснювались без участі органів публічної влади. Вони склалися у присутності семи свідків. Якщо заповіт проголошувався усно, його йменували *nuncupatio*. При письмовому оформленні застосовувалося найменування *testamentum tripatrium*. Обидві форми заповіту вимагали присутності певної кількості свідків та їхню єдність у здійсненні заповідального акту. Розрізняються вони лише формою виявлення – усною та письмовою.

Залежно від фактичних обставин, за яких укладалися заповіти, їх поділяли на наступні види – звичайні та особливі.

Звичайний приватний заповіт здійснювався в усній або письмовій формі у присутності сьомих свідків. Свідків особливо запрошували до участі в укладенні та посвідченні заповіту саме в якості свідків (*testis rogati*); вони мали добровільно погодитися на цю участь (*testis voluntarii*) і бути здатними на цю участь у момент здійснення заповіту (*testis idonei*). Особа, послугами якої заповідач користувався для написання заповіту, могла бути і свідком.

Для посвідчення заповіту необхідно було дотримуватись *unitas actus*, тобто здійснити заповіт за один захід і в одному місці. Укладання заповіту повинно було доведено до кінця без перерв, дозволялися лише невеликі перерви за природними потребами заповідача або свідків. У разі значної перерви процедуру (укладання) повинні бути розпочати з початку.

З даних тез можна дійти наступних висновків.

1. В праві легально отримали закріплення категорії форми та види заповіту.. 2. Формальності, дотримання яких

вимагав римський заповіт були дещо надмірними. Однак вони були впроваджені з метою захисту прав й інтересів як заповідача, так і спадкоємців. 3. Однією з обов'язкових формальностей для всіх заповітів (окрім публічних) була присутність свідків. 4. Приватне законодавство давнього Риму надавало можливості для пошуку оптимального з точки зору права та процесу засобу закріплення останньої волі заповідача.

Перспективами подальших розвідок у даному напрямку автор бачить можливість використати надбання римського приватного права для рецепції в законодавство України. Зокрема виникає необхідність диференціювати форми та види заповітів, більш чітко визначити умови участі свідків у посвідченні заповітів.

Солонько М.Ф., адвокат, Черкаська обласна колегія адвокатів

Право на прийняття спадщини

Право на прийняття спадщини складається з складного складу правовідносин. По-перше це – події: строки для прийняття спадщини. По-друге це – дії щодо відмови від прийняття спадщини та її правові наслідки.

Строки для прийняття спадщини. Для прийняття спадщини встановлюється строк у шість місяців, який починається з часу відкриття спадщини. Якщо виникнення у особи права на спадкування залежить від неприйняття спадщини або відмови від її прийняття іншими спадкоємцями (наприклад у випадку підпризначення спадкоємця), строк для прийняття нею спадщини встановлюється у три місяці з моменту неприйняття іншими спадкоємцями спадщини або відмови від її прийняття. Якщо строк, що залишився, менший як три місяці, він продовжується до трьох місяців.

Щодо відказоодержувачів існує інше правило. Якщо протягом шести місяців з часу відкриття спадщини відказоодержувач не відмовився від заповідального відказу, вважається, що він його прийняв.

Наслідки спливу строку для прийняття спадщини. Якщо спадкоємець протягом шести місяців не подав заяву про прийняття спадщини, він вважається таким, що не прийняв її. За письмовою згодою спадкоємців, які прийняли спадщину, спадкоємець, який пропустив строк для прийняття спа-

дщини, може подати заяву про прийняття спадщини до нотаріальної контори за місцем відкриття спадщини. За позовом спадкоємця, який пропустив строк для прийняття спадщини з поважної причини, суд може визначити йому додатковий строк, достатній для подання ним заяви про прийняття спадщини. Як правило цей строк не перевищує трьох місяців з моменту обрання рішенням суду законної сили.

Право на відмову від прийняття спадщини. Оскільки прийняття спадку – це односторонній правочин спадкоємець за заповітом має право відмовитися від прийняття спадщини на користь іншого спадкоємця за заповітом або будь-кого із спадкоємців за законом незалежно від черги. В свою чергу спадкоємець має право відмовитися від частки у спадщині спадкоємця, який відмовився від спадщини на його користь. Якщо заповідач підпризначив спадкоємця, особа, на ім'я якої складений заповіт, може відмовитися від спадщини лише на користь особи, яка є підпризначеним спадкоємцем. Відмова від прийняття спадщини носить формальний характер (немотивований характер) та може бути визнана судом недійсною за загальними правилами недійсності правочинів. В деяких випадках, прямо передбаченими в законодавстві особи (неповнолітні, недієздатні і т.і.) не можуть відмовитися від прийняття спадку. На практиці склалася достатньо парадоксальна ситуація щодо відмови від прийняття спадщини, оскільки нотаріуси приймають «заяви про відказ від відмови на прийняття спадщини», тобто скільки раз спадкоємець може відмовлятися від прийняття спадщини, а потім відмовлятися від відмови законодавчо не врегульовано.

Правові наслідки відмови від прийняття спадщини. Якщо від прийняття спадщини відмовився один із спадкоємців за заповітом, частка у спадщині, яку він мав право прийняти, переходить до інших спадкоємців за заповітом і розподіляється між ними порівну. Якщо від прийняття спадщини відмовився один із спадкоємців за законом з тієї черги, яка має право на спадкування, частка у спадщині, яку він мав право прийняти, переходить до інших спадкоємців за законом тієї ж черги і розподіляється між ними порівну. Вказані правила не застосовуються, якщо спадкоємець відмовився від прийняття спадщини на користь іншого спадкоємця, а також коли заповідач підпризначив іншого спадкоємця. Якщо на спадкоємця за заповітом, який відмовився від прийняття спадщини, було покладено заповідальний відказ, обов'язок за заповідальним відказом переходить до інших спадкоємців за

заповітом (як звичайне речове право), які прийняли спадщину, і розподіляється між ними порівну. Відмова спадкоємця за заповітом від прийняття спадщини не позбавляє його права на спадкування за законом.

Перехід права на прийняття спадщини. Якщо спадкоємець за заповітом або за законом помер після відкриття спадщини і не встиг її прийняти, право на прийняття належної йому частки спадщини, крім права на прийняття обов'язкової частки у спадщині, переходить до його спадкоємців (спадкова трансмісія). Право на прийняття спадщини у цьому випадку здійснюється на загальних підставах протягом строку, що залишився на прийняття спадщини. Якщо строк, що залишився, менший як три місяці, він подовжується до трьох місяців.

Самойленко Г.В., доцент кафедри цивільного права Запорізького національного університету канд. юрид. наук, доцент

Теоретичні засади обмежень в цивільному праві

Питання меж та обмежень в цивільному праві завжди була актуальною, оскільки останні є критерієм міри дозволеної поведінки суб'єктів цивільних правовідносин.

Адже основний суб'єкт правовідносин – фізична особа, тобто людина існує не самотійно, відірвано від суспільства, а саме в ньому, що вимагає відповідної регламентації взаємовідносин з іншими суб'єктами.

У юридичній літературі набула достатньо широкого поширення думка про те, що система правового регулювання суспільних відносин є триадою, що включає наступні елементи: дозволи, заборони, позитивні зобов'язання. Тут існують досить строгі закономірні зв'язки. Щодо зазначених елементів, існують три різновиди регулятивних норм, що розрізняються за характером встановлених чи закріплених прав і обов'язків, – забороняючі, управомочуючі, зобов'язуючі.

Проте, окремі дослідники вважають, що цивільному праву властивий ще один вид – обмежуючі норми. Цілком є зрозумілим і логічно закономірним, що заборони і обмеження мають різну правову природу.

Основна відмінність між заборонами і обмеженнями полягає в тому, що обмеження за своїм змістом указують на юридичну неможливість певної поведінки, яка фактично є мож-

ливою, тоді як правова заборона є не тільки юридично, але і фактично неможливим варіантом поведінки.

Варто звернути увагу також на розрізнення таких понять, як «правові обмеження» і «обмеження права». Правові обмеження направлені на встановлення межі дозволеної поведінки суб'єктів. Правові обмеження позначають або обкреслюють сферу можливої поведінки, усередині якої суб'єкт може вільно реалізувати свою правоздатність за наявності відповідних юридичних фактів. Сюди варто віднести обмеження дієздатності, заборони і зобов'язання.

Обмеження права дозволяють в рамках власних меж суб'єктивного права враховувати і забезпечувати найбільш важливі права і законні інтереси інших осіб і суспільства в цілому. Межі права покликані охороняти свободу особи всередині позначених меж. Обмеження права встановлюються для усунення порушених життєво важливих прав і законних інтересів інших осіб, забезпечення оборони країни і безпеки держави.

Обмеження за своєю природою та призначенням дуже близьке до заборони, проте воно розраховане не на повне витіснення того або іншого суспільного відношення, а на утримання його в жорстко обмежуваних рамках. Тобто, обмеження права дозволяє залишити певні суспільні відносини в межах правового поля. Його не можна розглядати як правове явище, прирівняне до заборони. Обмежуючи права конкретного суб'єкта, не йдеться про мінімізацію, скорочення, зменшення його правомочності в односторонньому порядку і виключенні їх з правового простору. В даному випадку можна говорити про утруднення при здійсненні частини прав, що пов'язано з наданням можливості певної поведінки чи діяльності іншим суб'єктам.

Обмеження тісно пов'язані із заборонами, більш того, обмеження права може бути викликане певними заборонами. У даному випадку суб'єктивне право особи, передбачене ЦК чи відповідним договором об'єктивно існує, як існує і правоздатність особи. Проте, можливість саме певної поведінки, тобто суб'єктивне право набуває певних меж при обмеженні, а заборона, переслідуючи мету забезпечення можливості здійснення прав третьою особою, як правило, усуває особу від можливостей бажаної поведінки. Проте, беззаперечно, в певних суспільних відносинах, заборони і обмеження можуть співпадати. В результаті маємо обмеження через заборону у випадку, коли така заборона стосується частини правомоч-

ностей особи, що не виключає інших правомочностей, можливостей певної поведінки, в результаті чого маємо «обмеження» права як права суб'єктивного.

В порівнянні із заборонами обмеження права тонший юридичний інструмент, що дозволяє регулювати відносини і забезпечувати баланс інтересів власника і третіх осіб.

Зрозуміло, що обмеження як таке, не є самоціллю, а служить певній меті. Ця мета – забезпечення балансу інтересів управомоченої особи і протистоячих їй суб'єктів. Проте, ці інтереси повинні бути закріплені в конкретних суб'єктивних правах конкретних суб'єктів права.

Чітка фіксація об'єму і змісту обмежень права дозволяє встановити межі його обмежень. Відсутність визначеності в цих питаннях може привести до правопорушень з боку зобов'язаної особи або до неповного використання наданої правомочності. В даний час в юридичній науці потрібне вироблення єдиних підходів з питань суті і характеру допустимих обмежень права.

Міра обмежень права і свобод людини і громадянина повинна визначатися межами необхідної достатності для досягнення мети захисту основ конституційного ладу, моральності, здоров'я, прав і законних інтересів інших осіб, забезпечення оборони країни і безпеки держави.

Обмеження можна кваліфікувати залежно від цілей. Стаття 29 Загальної Декларації прав людини закріплює декілька виняткових цілей, заради яких кожна людина повинна піддаватися обмеженням при здійсненні своїх прав і свобод. До таких цілей відносяться: забезпечення належного визнання і пошани права і свобод інших; задоволення справедливих вимог моралі; задоволення громадського порядку; задоволення загального добробуту в демократичному суспільстві.

Таким чином, є цілком конкретне завдання – встановлення чітко регламентованого підстав, умов, механізму обмежень суб'єктивних цивільних прав, що має знайти своє закріплення на відповідному законному рівні для забезпечення відповідності обмежень права і свобод людини цілям обмежень.

Принцип здійснення майнових прав фізичних осіб відповідно до їх призначення

Формування принципів обмежень майнових прав фізичних осіб набуває наразі вкрай важливого значення. Адже у правовій державі такі обмеження лежать у правовій площині й мають бути позбавлені ідеологічного впливу, носять об'єктивний характер, встановлюються з огляду на існуючі суб'єктивні права осіб, яким віддається пріоритет. Як писав А.М.Васильєв, розгляд правопорядку як підсумкового ідеалу у правових принципах передбачає існування в їх змісті правових засобів, за допомогою яких можна досягти такого ідеалу¹. Отже, принципи у праві, незважаючи на існування в них, на перший погляд, деякої наукової абстракції чи ідеалізації, мають безпосередньо впливати на правове врегулювання і містити той арсенал правових засобів, який цьому може сприяти.

Принцип здійснення майнових прав фізичних осіб відповідно до їх призначення набуває великого значення в сучасному суспільстві. На підтвердження цього Н.І. Мірошникова висунула ідею існування принципу здійснення цивільних прав відповідно до їх призначення. Вона обґрунтувала, що існування цього принципу обумовлено самою метою права.² Це не випадково, адже сучасне право стосовно майнових прав фізичних осіб відображає з боку держави прагнення щодо їх дотримання й забезпечення розвитку. У вирішенні цього завдання велике значення мають обмеження майнових прав фізичних осіб, які у разі їх належної регламентації та виваженого підходу здатні сприяти додержанню прав цих осіб у правовій державі. Отже, існування принципу забезпечення обмеженнями здійснення майнових прав фізичних осіб відповідно до їх призначення в цьому контексті є цілком логічним.

Ще в кінці XIX ст. відомий філософ В.С.Соловйов писав про пріоритет необхідності перед некорисною та довільною

¹ Васильєв А.М. О правовых идеях-принципах// Советское государство и право. - 1975. - №3. - С. 13-14.

² Мірошникова Н.И. Механизм осуществления субъективных гражданских прав. - Ярославль: Ярославский государственный университет, 1989. - С. 59.

жорстокістю держави при встановленні правових приписів¹. Отже, довільне, не обґрунтоване самою природою суб'єктивного права, встановлення обмежень суперечить ідеям правової державі, де пріоритетним визнано розвиток прав фізичних осіб. Тому обмеження цих прав мають встановлюватись лише в необхідних випадках, коли здійснення особою права веде до зловживань ним, а використання права суперечить суспільним інтересам чи натикається на право інших осіб. Задля здійснення майнового права фізичною особою відповідно до його призначення, а саме – максимального задоволення приватного інтересу, що не суперечить суспільству й законним правам інших осіб й мають встановлюватись відповідні обмеження.

Концептуально вимога щодо здійснення суб'єктивних цивільних прав у відповідності з їх призначенням не є новою й висувалася ще В.П.Грибановим, який пов'язував це з досягненням меж здійснення суб'єктивного цивільного права, що стоять на заваді зловживанню цивільними правами². У той же час обмеження мають базуватись на відправній ідеї, що здійснення суб'єктивних цивільних прав має відбуватися у відповідності з їх призначенням.

Дія цього принципу має комплексний характер і заснована на тій відправній ідеї, що з одного боку, право особи може існувати доті, доки воно не обмежується. З іншого боку, обмеження можуть встановлюватись лише тоді, коли право особи вступає у суперечність із правами інших осіб та важливими інтересами суспільства. Звідсі випливає винятковість обмежень майнових прав фізичних осіб, що забезпечує здійснення прав фізичних осіб відповідно до їх призначення, тобто такого, що враховує приватний інтерес і у той же час не припускає суперечностей між правами та інтересами різних осіб. Отже, слід враховувати, що право особи, крім задоволення приватного інтересу має відповідати й суспільній меті.

Цей принцип відображає прагнення держави розвивати майнові права фізичних осіб та сприяти їх ефективному здійсненню в усіх випадках, коли це не вступає в суперечність з інтересами суспільства чи такими, що існують, правами інших осіб. Останні й зумовлюють встановлення відповідних обмежень. Втім, коли такі природні передумови відсутні, немає підстав для обмеження майнових прав фізичних

¹ Соловьев В.С. Сочинения. - М., 1994. - С. 522.

² Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. - М., 1992. - С. 37.

осіб. Ці права мають розвиватись та особа може їх здійснювати доки вони не стикаються з важливими інтересами суспільства чи такими, що існують, правами інших осіб. Тут вже з'являється ґрунт для відповідних обмежень, що не допускають суперечностей у здійсненні прав різних осіб та особи й суспільства.

Варто зауважити, що через обмеження майнових прав фізичних осіб може досягатися не лише охорона майнових, але в ряді випадків і особистих немайнових прав фізичних осіб. Так, заборона діяльності особи, що загрожує життю та здоров'ю фізичних осіб є обмеженням такої особи, оскільки ускладнює здійснення її права. Однак таке обмеження дозволяє досягти охорони та збереження не лише майнових прав оточення (сусідів, стан земельної ділянки яких не погіршується через забруднення), але й їх немайнових прав – права на здоров'я, життя, безпечне навколишнє середовище.

Необхідність формування принципу здійснення майнових прав фізичних осіб відповідно до їх призначення є вкрай важливою для обмежень майнових прав фізичних осіб. Інший підхід веде до можливості «вибіркової» охорони прав фізичних осіб, коли захищаються права одних осіб та ігноруються такі ж права інших. Останнє не йде на користь суспільству й людині. Тому принцип здійснення прав фізичних осіб відповідно до їх призначення відповідає загальносуспільним інтересам та охороні майнових прав фізичних осіб.

Правильною є висловлена в літературі позиція про те, що одним із принципів обмеження економічних прав громадян є принцип пріоритету прав і свобод особи¹. Дійсно, при встановленні обмежень не можна нехтувати правами фізичної особи та слід враховувати, що не права існують заради обмежень, а, навпаки, обмеження існують для належного існування прав осіб та права як такого в широкому розумінні.

Як слушно зауважує Д.І.Дедов, основні права та свободи належать кожному за природною та безумовною підставою (в силу факту народження), але незалежно від диктованих державою умов, не за розсудом, волею і рішенням влади². В.С.Нерсисянц також вказує на те, що властивий Конституції природно-правовий підхід означає, що природні права лю

¹ Дунаев Р.А. Ограничения экономических прав граждан в Российской Федерации. - М.: Книжный мир, 2005. - С. 33.

² Дедов Д.И. Соразмерность ограничения свободы предпринимательства. - М.: Юрист, 2002. - С. 19.

дини є первісною правовою засадою¹. Отже, дуже важливим для обмежень майнових прав фізичних осіб є врахування природного походження основних прав людини, що визначає їх призначення в сучасному суспільстві та втілюється у принципі здійснення майнових прав фізичних осіб відповідно до їх призначення.

Значущим щодо встановлення правових обмежень є застереження, вміщене у ст. 4 Міжнародного Пакту про економічні, соціальні та культурні права, згідно з яким обмеження таких прав є можливими настільки, наскільки це є сумісним з їх природою. Отже, неприродні обмеження майнових прав фізичних осіб, наприклад, заборона займатись підприємницькою діяльністю, виведення такої діяльності за межу закону, є неправовими з точки зору європейського законодавства. Вони є неприйнятними в умовах сучасної української держави, яка приєдналася до прогресивних міжнародних конвенцій про права людини.

Отже, врахування природного походження основних прав людини визначає необхідність при обмеженні цих прав враховувати їх призначення в сучасному суспільстві. Через це як з наукової точки зору, так і щодо законодавчого регулювання вбачається необхідним врахування принципу здійснення майнових прав фізичних осіб відповідно до їх призначення.

Зайцев О.А., доцент кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук, доцент

Посвідчення заповіту при свідках

У зв'язку з вступом в дію нового Цивільного кодексу України (надалі ЦК) виникнула проблема тлумачення статті 1253 ЦК – «Посвідчення заповіту при свідках». На наш погляд питання може полягати у наступному: по-перше, законодавець ввів нову форму посвідчення заповітів – свідками; по-друге, обтяжив вже існуючу форму заповіту, тобто свідки повинні бути присутні у випадках посвідчення заповіту нотаріусом, іншою посадовою чи службовою особою; по-третє, ввів колегіальну форму посвідчення заповіту – заповіт сумісно посвідчується нотаріусом (посадовою особою) і свідками. Практич-

¹ Нерсисянц В.С. Філософія права. - М.: Норма, 2000. - С. 136.

на сторона означеного завдання – привернути увагу науковців до проблеми, та розпочати збирати аргументи для її вирішення. Автору досить важко опиратися на позиції провідних вчених, у яких було б започатковано розв'язання даної конкретної проблеми, оскільки монографічну роботу з спадкового права після прийняття нового ЦК було опубліковано всього одну, яка належить С.Я. Фурси та Є.І. Фурси, але при аналізі норм ми використали загальні теоретичні здобутки Ч.Н.Азімова, О.А.Підопригори, О.А.Пушкіна, З.В.Ромовської, А.П.Сергеєва, М.М.Сибільова, Є.О.Суханова, Ю.К.Толстого, Є.О.Харитонова та багатьох інших.

Розуміючи, що п.3 ст.1247 ЦК, передбачає виключне коло осіб, які мають право посвідчувати заповіт, звернемо увагу наукової спільноти на наступне. За нашою думкою аналізуємо ст.ст. 207, 1247, 1253 ЦК і проект ЦК від 1995 року, все ж таки законодавець запропонував нову форму заповіту – заповіт посвідчений свідками, і ось аргументи що до мотивування цієї позиції.

По-перше, п.1 ст. 1253 ЦК вказує на бажання заповідача посвідчити свій заповіт свідками, тобто бажанню заповідача повинно протистояти суб'єктивне небажання, чи об'єктивна неможливість заповідача звернутися до нотаріальної контори чи посадової особи (наприклад, за надзвичайних обставинах, за межами населених пунктів) для посвідчення заповіту.

По-друге, п.2 ст. 1247 ЦК передбачає, що заповіт має бути особисто підписаний заповідачем. Підпис, це прізвище або ініціали власноручно зроблені заповідачем. На наш погляд застосування терміну «підпис» і «розпис» як раз і відрізняє грамотну особу від тієї, що не вміє писати. Тому слід вважати дійсними заповіти, які написані або підписані власноручно заповідачем у присутності двох свідків.

По-третє, ч.2 п. 2 ст. 1247 ЦК містить правило, за яким замість особи, яка не може особисто підписати заповіт, заповіт підписує інша особа, відповідно до ч. 4 ст. 207 ЦК. Це випадки, коли особа у зв'язку з хворобою, або фізичною вадою не може підписатися власноручно, за її дорученням текст правочину у її присутності підписує інша особа. Тобто треба розмежувати статус особи (мова йдеться про одну особу), яка підписує заповіт замість хворого або особи с фізичною вадою, яка не дає змогу підписати заповіт (травма, хворобливий стан, параліч), та статусом свідків (йдеться про мінімум двох осіб), які посвідчують заповіт.

По-четверте, якщо буквально тлумачити ч.2 ст. 1248 ЦК, то свідки посвідчують заповіт з нотаріусом, якщо заповідач «через фізичні вади не може сам прочитати заповіт», тобто свідки повинні бути присутніми у дуже обмеженому колі випадків – коли заповідач повністю або тимчасово втратив зір.

По-п'яте, це коло вимог, які ставляться до свідків:

Свідком може бути лише фізична особа з повною дієздатністю;

Свідком не може бути:

нотаріус або інша службова чи посадова особа, яка посвідчує заповіт;

спадкоємці за заповітом;

члени сім'ї та близькі родичі спадкоємців за заповітом;

особи, які через фізичні вади не можуть прочитати або підписати заповіт.

Ці вимоги вказують на необхідність більш детального аналізу статусу свідка в цивільному праві. Найбільш розроблений статус свідка в ст.ст. 68-71 КПК України. В публічному праві свідком може бути викликана кожна особа, про яку є дані, що їй відомі обставини, які відносяться до справи. Виняток складають особи, які не підлягають допиту як свідки (члени сімей, близькі родичі (ч.1 ст.63 Конституції України), захисники, адвокати та особи, які через свої психічні або фізичні вади нездатні правильно сприймати обставини, які мають значення для справи (ст. 69 КПК України)). Предметом показань свідка є відомості не тільки про обставини, які підлягають встановленню в кримінальній справі (ст.ст. 64, 23 КПК України), але й про його взаємостосунки з обвинуваченим, підозрюваним і потерпілим (ч. 2 ст.68, ч.1 ст. 167 КПК України). Людина стає свідком без її на те згоди і несе кримінальну відповідальність за відмову від дачі показань(ст. 179 КК України).

У цивільному праві таке трактування особи свідка не прийнятне, оскільки, по-перше, свідок повинен бути повністю дієздатним, по-друге, він сам вирішує, згоден він бути свідком чи ні, по-третє, обов'язки свідка виникають у момент укладання правочину і стосуються тільки аспектів правочину.

По-шосте, в п. 2 ст.886 року проекту ЦК України 1995 року, прямо закріплювалось існування форми заповіту, посвідченого свідками і вказувались вимоги до такого заповіту: складання заповіту власноручно заповідачем; кількість свідків – два; вимоги до свідків.

Як висновок тез можемо вказати – ми готові відстоювати зайняту точку зору, пов'язану з виникненням і існуванням нової форми заповіту – заповіту посвідченого свідками. Перспективами подальших розвідок у даному напрямку може бути відкрита наукова дискусія з означеної проблеми.

Селіванов М.В., доцент кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук, доцент

Веб-сайт – складений об'єкт авторського права

1. Здійснення підприємницької діяльності у сучасних умовах неможливо уявити без «віртуального офісу», «візитної картки» у мережі Інтернет, яка іменується веб-сайтом. Підприємці, державні установи та організації, навчальні заклади через веб-сайт інформують про свою діяльність, надають за його допомогою послуги, продають товари. Створені ними у мережі Інтернет нематеріальні об'єкти становлять самостійну цінність, яка потребує надійного захисту. Суть протиріччя, яке потребує вирішення, не відрізняється від класичної проблеми охорони об'єктів права інтелектуальної власності – створення об'єкту потребує значних зусиль та витрат, проте як зусиль та витрати на відтворення створеного об'єкту мізерні, та полягає у визначенні обсягу правової охорони визначеного об'єкту – веб-сайту.

2. З технічної сторони, веб-сайт або просто сайт (англ. website, від web – павутина и site – «місто») – це одна або сукупність веб-сторінок, які доступні у мережі Інтернет. Сторінки сайту об'єднані загальним кореневою адресою, темою, логічною структурою, оформленням. Сторінки сайту – це файли з текстом, котрий розмічений на мові HTML. Ці файли через мережу Інтернет завантажуються користувачем на комп'ютер, обробляються спеціальною програмою (браузером) та виводяться на засіб відображення (монітор, екран КПК, принтер або синтезатор речі). Мова HTML дозволяє форматувати текст, розрізняти у ньому функціональні елементи, створювати гіпертекстові посилання (переходи на інші сторінки), вставляти в сторінку зображення, звукозаписи та інші мультимедійні елементи. При цьому сторінки сайту можуть бути простими статичними наборами файлів або створюватись спеціальною комп'ютерною програмою

Комп'ютерна програма може забезпечити володільцю сайту можливість настроювання структури та відображення інформації на веб-сайті.

Створення сайту як цілісних інформаційних ресурсів є складений процес, до якого залучається труд різних спеціальностей.

3. Складений процес створення веб-сайту дозволяє висунути тезу про його авторсько-правову охорону як збірника творів.

Певний текст, зображення, які відтворені на сторінках сайту можуть бути об'єктом авторського права, а можуть не підпадати під авторсько-правову охорону. Повідомлення про новини дня або інші факти, що мають характер звичайної прес-інформації, акти органів державної влади та органів місцевого самоврядування (закони, укази, постанови, рішення тощо) не є об'єктами авторського права. Проте, чи не за-слуговус їх певний тематичний підбір, розташування, упорядкування надання правової охорони?

Веб-сайт як об'єкт правової охорони складається з тексту, певного дизайну, графічних та мультимедійних елементів та набуває самостійної правової охорони у зв'язку з підбором, розташуванням його скла двох частин у сукупності. Складений твір – веб-сайт повинен захищатись незалежно від того, чи є об'єктами авторського права його складові.

4. Підбір, розташування, упорядкування складових частин веб-сайту повинно мати творчий характер. При визначенні творчого характеру автора веб-сайту можливо застосування поділ мислення на продуктивне та репродуктивне. Відсутність вигаданого самим автором критеріїв підбора та розташування матеріалу не може розглядатись як продуктивне мислення та не дає підстав для виникнення авторського права.

Соболев О.В., завідуючий кафедрою цивільно-правових дисциплін навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук

Право на смерть. Ще раз об евтаназии

В последнее время, мировое сообщество все больше интересуется вопросом, касающийся эвтаназии, так называемой «хорошей смерти», и возможности ее применения. В связи с

этим, как в средствах массовой информации, так и в ученой среде, данная проблема находит как своих сторонников, так и противников. Научные баталии не утихают.

Закономерно в обществе возникает вопрос: так что же такое эвтаназия с социальной точки зрения – добро или зло, есть ли существенная необходимость «выпускать» эту проблему из «заперти» и вводить ее в плоскость норм права, или все же в Украине этого делать, вообще не следует?

Медицина, в современных условиях, уже достигла такого уровня в усовершенствовании специальной аппаратуры, что позволяет на протяжении достаточно длительного периода времени поддерживать жизнедеятельность человеческого организма в удовлетворительном состоянии. Но всегда ли для больного в этом есть необходимость, и, что самое главное, желает ли этого сам больной? Как показывает практика, эти люди уже фактически не могут выполнять никаких социальных, трудовых и иных функций присущих здоровому человеку. Такие люди переходят в состояние так называемое «человек-растение». Гуманно ли поступает с ними общество, продлевая их страдания на некоторый период?

Следует также принять во внимание, что в сегодняшнем мире глобальной индустриализации и урбанизации общества, все большем развитии вредных производств, наблюдается рост числа тяжелых заболеваний, которые в большинстве случаев являются неизлечимыми, что и служит для категории таких больных источником угнетенного морально-психологического и физического состояния. Они не могут жить в постоянных страданиях и обращаются к врачам за смертью.

В данном случае и возникает вопрос: как поступить врачу в этом случае, и что он должен делать с человеком заранее обреченным на муки? И самое главное, есть ли у него для этого достаточные правовые основания.

Следует учитывать и тот факт, что врачи справедливо отвергают применение эвтаназии даже для смертельно больных пациентов. Это связано, прежде всего, с тем, что, применяя эвтаназию для обреченных людей, они никогда не смогут разработать новые лекарства для борьбы с пока еще неизлечимыми недугами. Другим немаловажным фактором для врача является даваемая им Клятва Гипократа, смысла которой заключается в том, что медицинский работник не должен навредить своему пациенту ни словом, ни делом.

В свое время, запретив проведение активной эвтаназии, проект Гражданского кодекса Украины, косвенно, допускал применение эвтаназии пассивной, которая заключалась в не предоставлении медицинской помощи, если этого желало совершеннолетнее лицо, а также по его же требованию – прекращение предоставления медицинской помощи. Такая возможность применения пассивной эвтаназии была предусмотрена и в ч. 7 ст. 276 Право на предоставление медицинской помощи проекта Гражданского кодекса Украины. Данной нормой предусматривалось, что в соответствии с выводом врачебной экспертизы, по согласию с родителями, другими членами семьи, опекуном или попечителем, может быть прекращено предоставление медицинской помощи лицу, которое находится в бессознательном состоянии, если при данных условиях спасение его жизни или восстановление здоровья является невозможным.

Но, данная норма проекта ГК Украины не получила в дальнейшем своего развития. В настоящее время, в нашей стране, как активная, так и пассивная эвтаназия запрещена на законодательном уровне (ч.4 ст.281 ГК Украины). Следует ли из этого, что на данной проблеме необходимо поставить окончательное правовое табу?

В этом случае хотелось бы озвучить мнение профессора Красавчиковой Л.О., которая утверждает, что отсутствие должной правовой регламентации в этой сфере скорее говорит о недостаточном развитии гражданского законодательства применительно к указанной области общественных отношений, нежели о том, что подобное воздействие вообще не требуется и будет вполне достаточно ограничиться общими декларациями о том, что «каждый имеет право на жизнь», что право на жизнь – «неотъемлемое право каждого человека».

В заключении, необходимо отметить, что данная проблема тем более актуальна, что в связи с поэтапным вхождением Украины в Европейское сообщество, соответственно, в скором времени, возникнет вопрос о приведении отечественного законодательства в соответствие с требованиями Европейского Союза. И пойдет ли Украина по пути Голландии, где эвтаназия уже в течение довольно продолжительного времени легализована на законодательном уровне или же выберем иной путь, решать нам самим.

Литература: 1. Цивільний кодекс України: Офіційне видання – К.: Атака, 2004. – 416 с.; 2. Ромовська З. Особисті немайнові права фізичних осіб/Українське право, Число 1 (6), 1997 р. – 180 с., С.49.;3. Красавчикова Л.О. Перспективи і проблеми в регулюванні личних неимуществених відносин по новому ГК РФ / Цивілістическіє записки. Межвузовский сборник научных трудов. – М.: «Статут», 2001. – 397 с., С.55.

Жорнокуй Ю.М., завідувач кафедри правових основ підприємницької діяльності навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук

Проблеми визначення місця корпоративного конфлікту та конфлікту інтересів в акціонерних правовідносинах

Проблеми конфлікту інтересів та корпоративного конфлікту мають комплексний, міжгалузевий характер, стосуючись відносин у галузі цивільного, підприємницького, конституційного права, а також цивільного та господарського процесу. Доктрини конфлікту інтересів та корпоративного конфлікту практично не використовуються у законодавстві і практично відсутні у правовій літературі. Останнім часом з'явилась певна зацікавленість у з'ясуванні механізму та особливостей вирішення таких інтересів у справах українських [1; 2] та російських [3; 4; 5] вчених-юристів. Проте детального аналізу правової сутності та місця таких конфліктів у акціонерних правовідносинах проведено не було. У зв'язку із зазначеним постала проблема визначення місця «конфлікту інтересів» та «корпоративного конфлікту» в акціонерних правовідносинах. Зауважимо, що чинне законодавство не містить визначення зазначених категорій, що викликало ряд негативних аспектів, пов'язаних з прийняттям рішень судами (господарськими судами) в справах щодо діяльності акціонерних товариств та інших суб'єктів господарської діяльності [6].

Конфлікт інтересів завжди обумовлюється залежністю особи від інтересів, що протирічать інтересам захищеним правом. В першу чергу особа залежить від своїх особистих інтересів, особистої вигоди. Проте інтересами людини керують не лише її особисті інтереси, але й інтереси третіх осіб.

На нашу думку можливість виникнення конфліктуючих інтересів є безмежною. Проте контекстом розгляду поставленої проблематики є виконання певних функцій суб'єктів в акціонерних правовідносинах та специфіка виникнення відповідних конфліктних ситуацій, пов'язаних з вирішенням зацікавленостей певних осіб чи груп осіб. Враховуючи всю багатогранність та специфіку діяльності корпоративних утворень конфлікти інтересів можна розподілити певні гру

пи. Так, в залежності від кількості конфліктуючих сторін можна виділити суб'єктивні (особисті) або міжсуб'єктні (між-особистісні) конфлікти інтересів.

У випадку виникнення конфлікту інтересів учасникам акціонерних правовідносин та іншим особам може бути завдана шкода, їх права і інтереси можуть бути порушені. Правильне виявлення випадків конфліктів інтересів є важливим фактором сучасного і ефективного правового захисту [3, с. 6]. Одним із прикладів конфлікту інтересів можуть бути відносини представника і особи, чиї інтереси представляються, коли перший повинен діяти в інтересах другого. Відповідне регулювання, в акціонерних правовідносинах, повинно захистити інтереси особи, чиї інтереси представляються, при здійсненні діяльності наступних осіб:

- довірчий управляючий майном;
- компанія з управління активами корпоративного інвестиційного фонду.

Також конфлікт інтересів виникає у ситуації, коли одна особа одночасно зобов'язана переслідувати хоча і не власні, але різні конфліктуючі між собою інтереси (наприклад, діяльність інвестиційного банку, за умови що він надає фінансові або консультаційні послуги емітенту цінних паперів і одночасно набуває право власності на такі цінні папери).

Якщо у представника, при укладанні правочину, конфлікт інтересів пов'язаний безпосередньо з представництвом, то у сфері корпоративного управління конфлікт інтересів має більш широку базу: він виникає не лише в управляючої особи як представника, але й у інших осіб, які можуть впливати на формування інтересу особи, чиї інтереси представляються (тобто формування інтересу і прийняття рішення сутність одного й того ж). Вплив на прийняття рішення означає потенційну можливість укладання договору в інтересах третьої особи, і внесення не вигідних для компанії умов, що можуть завдати їй збитки. На законодавчому рівні необхідно чітко визначати коло осіб, які мають вплив на прийняття рішень. Таким чином, конфлікт інтересів має об'єктивний характер і не залежить від змісту дій і сутності доручення, особливо коли це стосується матеріальних або нематеріальних благ.

Корпоративний конфлікт – це різновид юридичних або юридизованих конфліктів у сфері господарювання, що виникає між учасниками корпоративних відносин (зазвичай безпосередніми, у певних випадках – за участі опосередкованих учасників), зачіпаючи і приватні, і публічні інтереси

[7, с. 15]. Розглядаючи корпоративні конфлікти ми ведемо мову про наявність протистояння між різними органами управління у корпоративному утворенні або учасниками таких утворень.

Основними групами корпоративних конфліктів є:

1) конфлікт між мажоритарними і міноритарними акціонерами (так названа практика greemail'a (корпоративного шантажу). Основою конфлікту є спонукання мажоритарних акціонерів до викупу акцій з метою одержання для себе матеріальної вигоди з можливим використанням, у разі відмови, загрози подання судового позову до товариства;

2) конфлікти між акціонерами і менеджментом. Основою конфлікту є боротьба за посаду керівника виконавчого органу, який чинить перешкоди у реалізації прав акціонерів (наприклад, не скликає загальні збори);

3) конфлікт між різними органами управління юридичної особи. Основою конфлікту є з'ясування повноважень (наприклад, втручання наглядової ради корпоративного інвестиційного фонду в оперативну роботу компанії з управління активами);

4) конфлікт між інвестором і власником у зв'язку із поглинанням ззовні. Основою конфлікту є боротьба за контроль над товариством (наприклад, одержання в управління акцій на час проведення загальних зборів).

Особлива увага суб'єктів корпоративних інвестиційних відносин повинна бути спрямована на недопущення і врегулювання корпоративних конфліктів. Здійснення ними підприємницької діяльності, успішне вирішення завдань і досягнення мети є можливими лише за наявності в ньому умов для попередження і врегулювання корпоративних конфліктів – конфліктів між органами управління товариства і його учасниками, а також між самими учасниками, якщо такий конфлікт стосується інтересів товариства. Попередження і врегулювання корпоративних конфліктів в товаристві загалом дозволяє забезпечити дотримання і охорону прав учасників та захистити майнові інтереси і ділову репутацію товариства.

Корпоративне управління є складним процесом пошуку порозуміння між учасниками корпоративних відносин. Говорячи про конфлікт інтересів, ми ведемо мову про особливу правову доктрину як про універсальну ідею, для якої не існують ні галузевих, ні державних кордонів [3, с. 6]. Проте якщо такого порозуміння досягти не вдається, це часто призводить до конфлікту інтересів, які у подальшому можуть перерости у

корпоративні конфлікти. Тобто причиною будь-якого корпоративного конфлікту є конфлікт інтересів. На нашу думку, ці категорії співвідносяться як загальне та спеціальне, оскільки «корпоративний конфлікт» є спеціальним поняттям до «конфлікту інтересів». «Конфлікт інтересів» соціальна категорія, що охоплює всі сфери людського життя, і може виникнути за зіткнення будь-яких протилежних інтересів особи. «Корпоративний конфлікт» має свою специфіку, що полягає у можливості виникнення конфлікту інтересів у корпоративних відносинах. Тобто сфери виникнення відповідних конфліктів відрізняються, тобто мова йде про різну сферу застосування (виникнення) самих конфліктів.

Конфлікт інтересів та корпоративний конфлікт займають одне із провідних місць в акціонерних правовідносинах, що може бути пояснено прагненням одних учасників акціонерних товариств отримати домінуюче становище над іншими учасниками відповідних відносин, тобто фактичною боротьбою за акціонерну власність.

Література: 1. Кравчук В.М. Корпоративне право. Науково-практичний коментар законодавства та судової практики. – К.: Істина, 2005.; 2. Самойленко В. Типологія корпоративних конфліктів // Юридична газета. – 2003.- № 11.; 3. Конфликт интересов / Дедов Д.И. – М.: Волтерс Клувер, 2004.; 4. Корпоративное право: учебник для юридических вузов / В.В. Гуцин, Ю.О. Порошкина, Е.Б. Сердюк. – М.: Эксмо, 2006.; 5. Корпоративное право: учебник / Макарова О.А.- М.: Волтерс Клувер, 2005.; 6. Рішення Конституційного Суду України від 01.12.2004 року № 18-рп/2004 у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень ч. 1 ст. 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охоронюваний законом інтерес) // Офіційний вісник України, 2004, № 50 (31.12.2004), ст. 3288.; 7. Вінник О.М. Теоретичні аспекти правового забезпечення реалізації публічних і приватних інтересів в господарських товариствах: автореф. дис... доктора юрид. наук 12.00.04.- К., 2004.

О.В. Полтавський, доцент кафедри правових основ підприємницької діяльності навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук

Деякі особливості довірчих відносин в договорах на оформлення представництва

Загальна особливість будь-якого договору на оформлення представництва полягає в особисто-довірчому (фідучіарному) характері відносин, що складаються між його сторонами.

Так, відносини, що виникають при укладанні та виконанні договору агентування (який є різновидом вищезазначених договорів), передбачають так званий «консенсуальний фидуціарний зв'язок» між принципалом і агентом, який погодився діяти в інтересах та під контролем принципала [1, с.3].

О.С. Іоффе вважав, що фидуціарний характер властивий лише тій угоді, сутність якої спирається на взаємну довіру її учасників [2, с.208]. Г.Ф. Шершеневич зазначав, що правовідносини, які мають фидуціарний характер засновані на взаємній довірі та на припущенні чесності і здатності у контрагентів [3, с.662]. Таким чином, спираючись на те, що договори на оформлення представництва є за своєю природою фидуціарними правочинами, можливо визначити, що основним та невід'ємним елементом, на якому базуються відносини за цими договорами, є елемент довіри. При цьому існування договору залежить рівною мірою від того, кому виявлено довіру; і того, хто цю довіру виявляє. Отже, представник (повірений) діє за дорученням (за довірою) іншої сторони (довірителя) і представляє його інтереси настільки, наскільки це залежить від обсягу наданих йому повноважень.

К обов'язкам особи, яка діє у якості представника в договорі на оформлення представництва, можливо віднести наступні обов'язки, які мають фидуціарний характер:

а) обов'язок діяти строго відповідно до повноважень, одержаних від довірителя. Це означає що представник зобов'язаний добросовісно слідувати всім даним йому довірителем вказівкам. Поняття «добросовісність» в даному випадку виступає антиподом поняттю «недобросовісності» учасників цивільних правовідносин і в даному випадку особу можна вважати добросовісною в тому разі, «...коли вона діє без наміру заподіяти шкоду іншій особі, а також не допускає легковажності (самовпевненості) і недбалості по відношенню до можливого завдання шкоди» [4, с. 91].

Загальний обов'язок представника діяти добросовісно за договором передбачений, зокрема нормами чинного цивільного законодавства, що регулюють договір доручення та договір комісії. Так, ч. 1 ст. 1004 Цивільного кодексу України (далі ЦК України) [5], передбачений обов'язок повіреного виконувати доручення відповідно до вказівок довірителя, а ч. 1 ст. 1014 ЦК України передбачений обов'язок комісіонера виконати доручення (здійснити правочин) на найвигідніших для комітента умовах відповідно до його вказівок, а за відсу-

тності в договорі таких вказівок – відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що звичайно ставляться.

б) обов'язок повіреного бути лояльним стосовно довірителя. Це значить, що представник зобов'язаний робити все можливе в інтересах довірителя і не ставити особисті інтереси вище своїх обов'язків стосовно останнього. Сутність цього обов'язку полягає в тому, що представник не повинен мати жодних комерційних інтересів, які б суперечили інтересам довірителя. У зв'язку з цим представник зобов'язаний наприклад, повідомляти довірителю про всі побічні доходи, що випливають з угод, укладених ним від імені довірителя з третіми особами, і вчасно переказувати йому усі отримані доходи.

в) представник зобов'язаний зберігати в таємниці інформацію про комерційну діяльність довірителя, яка носить конфіденційний характер. Довіритель в порядку та на умовах, передбаченому договором на оформлення представництва, зобов'язується надати представнику всю інформацію, що пов'язана з дорученням. При цьому представник повинен вважати повідомлені йому відомості конфіденційними і не допускати використання їм таких відомостей, придбаних як безпосередній або непрямий результат представництва, для своєї особистої вигоди, що може зокрема, призвести до збитку довірителя. Для захисту таких відомостей сторони можуть укласти окремий додатковий договір про захист комерційної інформації довірителя (договір про нерозголошення), як це передбачено, наприклад, ч. 2 ст.302 Господарського кодексу України [6], або включити обов'язок по її нерозголошенню і відповідальність за це окремими пунктами в основний договір. Цей обов'язок представника зберігається і після розірвання договору на оформлення представництва.

Фидуціарний характер договорів на оформлення представництва послідовно відображає і правовий режим їх припинення. Так, оскільки довіритель здебільшого позбавлений можливості постійно контролювати дії свого повіреного, але автоматично стає стороною вчинених їм правочинів, приймаючи на себе не тільки права що з них виникають, але і обов'язки, у взаємовідносинах сторін договорів на оформлення представництва має бути високий ступінь довіри. Довіра, що виходить від тієї із сторін, яка дала згоду на здійснення від її імені юридичних дій, припускає що зміна характеру взаємовідносин сторін може привести до припинення відносин в односторонньому порядку.

В той же час, припинення договору може спричинити втрата довіри до свого контрагента будь-якого з його учасників. Наприклад, довіритель і повірений в договорі доручення мають право відмовитися від договору у будь-який час. При цьому сторони позбавлені можливості відмовитись від права на односторонню відмову від цього договору своєю угодою, оскільки законом воно заздалегідь оголошене нікчемним (ч. 2 ст. 1008 ЦК України).

Отже, слід зазначити, що для договорів на оформлення представництва, як фідучіарних правочинів, також характерно те, що втрата їх довірчого характеру, як основного елементу на якому базуються відносини за цими договорами, може призвести до припинення цих відносин в односторонньому порядку.

Література: 1. Rosque T. Steffen. AgencV Partnership. – West Publishing Co, 1997. – 494 p.; 2. Иоффе О.С. Советское гражданское право. Общее учение об обязательствах: Курс лекций. – Л.: ЛГУ, 1958. – 511 с.; 3. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права, изд. 9-е. – М.: Издание Бр. Башмаковых, 1912. – 951 с.; 4. Емельянов В.И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданским правами. – М.: Лекс-Книга, 2002. – 160 с.; 5. Цивільний кодекс України // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.; 6. Господарський кодекс України // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 462.

Карчевський К.А., доцент кафедри правових основ підприємницької діяльності навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук

Поняття та ознаки підприємницької діяльності

Розглядаючи підприємницьку діяльність слід вказати, що як на саме її поняття, так і на сукупність властивих їй ознак вплинули два підходи (об'єктивний та суб'єктивний), за якими спочатку визначали поняття торгової діяльності. Відповідно до суб'єктивного підходу до підприємницької діяльності належить будь-яка діяльність, яка здійснюється спеціальними суб'єктами, а саме – підприємцями. Об'єктивний підхід ґрунтується на закріпленні у законі ознак, які властиві самій діяльності, як такій. При цьому склад таких ознак може бути різним. Наразі в Україні закріплений комплексний підхід, який полягає у поєднанні суб'єктивного та об'єктивного підходів. Перший підхід закріплюється у вказі

вці на те, що діяльність здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями), а другий – у вказівці на самостійність, ініціативність, систематичність, та ризиковий характер господарської діяльності.

Звернувшись до легального визначення підприємницької діяльності, яке закріплено в ст. 42 ГК України, можна виділити такі її ознаки: самостійність; ініціативність; систематичність; ризиковий характер. До ознак можна віднести і ознаки прибутковості та легальності. Деякі автори напроти вказують, що ознаки прибутковості немає, а є мета – одержання прибутку, яка є самостійним елементом поняття підприємницької діяльності (А.А.Попов). Інші автори вказують, що легальність не відноситься до ознак підприємництва, оскільки торкається не власно діяльності, а її суб'єктів. Можна відмітити і те, що деякі автори виходять за межі легального визначення підприємництва та вказують на такі ознаки, які в законі прямо не виділяються (соціальний характер, відповідальний характер) (Н.О.Саніахметова).

Практичне значення ознак полягає у тому, що вони дозволяють вирішувати питання про віднесення до підприємницької певної діяльності з застосуванням до неї відповідних юридичних норм. Також ознаки дозволяють відмежовувати від підприємництва інші види суспільної діяльності, які мають з ним певні спільні риси, але повністю не співпадають (трудова діяльність, виконання окремого договору).

Самостійність підприємницької діяльності характеризується як можливість певних осіб виступати суб'єктами відповідних правовідносин. Таким чином підприємницькою діяльністю мають право займатися фізичні особи-підприємці та юридичні особи. Вказані суб'єкти мають відповідну господарську (підприємницьку) правоздатність. Таким чином, самостійність підприємницької діяльності буде полягати і у можливості підприємців на власний розсуд визначати зміст своєї діяльності.

Ініціативність підприємницької діяльності полягає у тому, що суб'єкти господарювання вступають до відповідних правовідносин чи припиняють їх за своїм бажанням. За ознакою ініціативності підприємницька діяльність відрізняється від некомерційного господарювання. Останнє, дійсно, здійснюється відповідно до вимог закону (діяльність державних установ).

Систематичність підприємницької діяльності може бути визначена як неодноразовість вчинення дій, спрямованих на

досягнення мети підприємництва, їх постійний та професійний характер. Можна відзначити, що саме ця ознака потребує чіткого нормативного закріплення. Це пояснюється тим, що виходячи з нормативно закріпленого критерію «систематичності» можна бути вирішувати питання про те, чи займається особа підприємництвом чи ні. Важливість цього питання полягає у тому, що у першому випадку особа повинна набути спеціального правового статусу а до її діяльності будуть застосовуватись норми цивільного та спеціального законодавства. В останньому випадку необхідності у набутті спеціального статусу не буде, а відносини будуть регулюватися загальними нормами цивільного права.

Бачиться слушною позиція про те, що ознака «систематичність» може не застосовуватись відносно юридичних осіб, оскільки їх правовий статус і так є спеціальним і виникає він з моменту державної реєстрації. Однак можна стверджувати, що ця ознака повинна застосовуватись і відносно останніх. Це може бути пояснено тим, що кримінальне законодавство встановлює відповідальність за фіктивне підприємництво – тобто створення суб'єкту підприємництва без мети заняття підприємництвом. На фіктивний характер діяльності поряд з іншими обставинами може вказувати і не систематичність діяльності вже зареєстрованого суб'єкту (у тому числі юридичної особи). Говорячи про ознаку «систематичність», слід вказати і те, що він не буде застосовуватись до тієї підприємницької діяльності, для здійснення якої потрібно отримання спеціального дозволу (ліцензії). Це можна пояснити тим, що ліцензія на право заняття певною діяльністю видається лише тим особам, які отримали набули спеціального статусу, зареєструвавшись як підприємці.

Торкаючись змісту ознаки «систематичність» слід зазначити, що наразі єдиного чіткого критерію підприємницької систематичності законодавство не встановлює. У даному випадку за аналогією може застосовуватись кількісний критерій, який закріплено у Декреті Кабінету Міністрів України від 17 березня 1993 р. «Про податок на промисел». Виходячи зі змісту ст. 1 цього Декрету систематичною можна вважати діяльність, якщо відповідні дії (зокрема купівля-продаж виробленої чи придбаної продукції, надання послуг, виконання робіт) здійснюються більш ніж чотири рази за календарний рік. Треба зазначити, що вказаний кількісний критерій не можна розглядати як повністю прийнятний. Це пов'язано з великим строком, протягом якого і звичайна особа може учинити від-

повідні дії за плату. Застосування тільки кількісного критерію може не враховувати якісну характеристику вчинених дій (зокрема отриманий особою прибуток). Таким чином, при визначенні підприємницької систематичності повинні застосовуватися і якісні критерії, які полягатимуть у отриманні особою певного доходу.

З урахуванням зазначеного вище, підприємницька систематичність може бути віднесена і до оціночних понять, які повинні визначатися в судовому порядку. При цьому можна використовувати і категорію «промислу». Заняття діяльністю у вигляді промислу буде означати те, що особа діє не тільки неодноразово і постійно (професійно), а і отримує при цьому дохід, за рахунок якого вона здатна забезпечити себе та своїх близьких.

Ризиковий характер підприємницької діяльності характеризується тим, що підприємець самостійно відповідає за наслідками дій, що вчиняються ним під час зайняття підприємницькою діяльністю. Ризик пов'язується з можливим пошкодженням або знищенням майна, неотриманням прибутку та понесенням майнових збитків, погіршенням ділової репутації тощо. При цьому, враховуючи те, що можливість настання таких наслідків у сфері господарювання є підвищеною, законодавство може передбачати підвищені вимоги щодо відповідальності підприємців, зокрема коли відступає від принципу обов'язкового встановлення вини.

Прибутковість підприємницької діяльності (мета діяльності – отримання прибутку) означає наявність в діях особи спеціальної мети – одержання прибутку. При вчиненні окремих дій ця мета може і не переслідуватись (благодійні дії, дії при початку входження на ринок певного товару, антиконкурентні дії тощо). Однак це не буде впливати на загальну оцінку такої діяльності саме як підприємницької діяльності.

Треба враховувати, що прагнення до перевищення отриманих доходів над понесеними видатками (тобто к отриманню прибутку) є характерною ознакою діяльності кожного суб'єкту господарювання. Тому воно не може використовуватись для розмежування підприємництва та некомерційної господарської діяльності. Таким чином прибутковість при підприємстві полягатиме не тільки у прагненні отримати прибуток, а і у можливості наступного розподілу отриманого прибутку між засновниками підприємницької юридичної особи (дивися положення ст. 84, 85 ЦК України) чи повного його привласнення фізичною особою-підприємцем.

Забезпечення захисту майнових інтересів фізичних осіб – вкладників фінансових установ

Стимулюючим фактором інтенсивного розвитку ринку фінансових послуг в Україні є зростаюча довіра у ставленні населення до фінансових установ і розгляд останніх в якості інструментів збереження, накопичення і примноження вільних грошових коштів. Протягом останніх трьох років серед більшості фінансових закладів, діяльність яких урегульована Законом України «Про фінансові послуги і державне регулювання ринку фінансових послуг» від 12.07.2002, найбільшим попитом користуються в якості джерел вкладів вільних капіталів у приватних вкладників – комерційні банки і кредитні спілки. В свою чергу значно зростає і конкуренція серед даних фінансових установ. Діяльність вказаних фінансових установ врегульована спеціальними Законами України «Про банки і банківську діяльність» від 12.07.2001, «Про кредитні спілки» від 20.12. 2001.

Проводячи порівняльну характеристику в процесі проведення вибору між вказаними інститутами слід керуватися, мабуть, найбільш важливим пріоритетом для вкладника – показником забезпечення надійності захисту його майнових інтересів. Найчастіше на практиці клієнти віддають перевагу іншим пріоритетам – прибутковості вкладів, у зв'язку з чим спостерігається значний зріст членів кредитних спілок.

Необхідно відмітити вузьку спеціалізацію кредитних спілок, які в силу обмежень, передбачених ліцензійними умовами надання фінансових послуг, розміщують кошти лише в національній грошовій одиниці – гривні. Враховуючи те, що на сьогоднішній день розміри ставок по депозитних **вкладах** в доларах США в комерційних банках в середньому становлять 11% річних, в євро – до 9% річних, в гривні – до 17% річних, стає очевидно, що компенсацію втрат від інфляційних процесів і додаткову прибутковість на сьогоднішній день можуть надати в основному вклади у гривні. Відсоткова політика кредитних спілок в середньому становить 17-40% річних. Виходячи з темпів інфляції, громадянам не вигідно розміщувати кошти на депозитних рахунках в банках, чим і по-

яснюється вибір кредитних спілок. На початок 2008 року кредитним спілкам свої кошти довірили більше 80 тисяч українців, а загальна кількість членів спілок перевищила 2,2 млн. осіб. У ситуації, яка склалася, враховуючи ймовірність проявлення ознак «фінансового романтизму» з боку потенційних вкладників, розглянемо систему пропонованих гарантій зазначених фінансових установ.

Кредитні спілки часто асоціюють з «фінансовими пірамідами». Станом на 1 січня 2008 року в Єдиному державному реєстрі фінансових установ було зареєстровано 798 кредитних спілок, в структурі яких діяло 1138 відокремлених підрозділів. (Для порівняння – кількість комерційних банків на цей же період становила 174 установ). На думку директора департаменту Державної комісії по регулюванню ринків фінансових послуг на початок 2008 року, «пірамідальних» кредитних спілок нараховується не більше 1% від їх загального складу (тобто не більше 8). Однак існування подібних структур свідчить про законодавчу неурегульованість сфери надання послуг кредитними спілками. Основні контрольні функції з метою підвищення прозорості і недопущення порушень в діяльності фінансових установ покладається на Державну комісію по регулюванню ринків фінансових послуг. При проведенні перевірки діяльності кредитних спілок у жовтні 2007 року з 105 кредитних спілок, які були перевірені, 10 спілок було виключено з єдиного державного реєстру кредитних спілок, 17 спілок не отримало ліцензію на здійснення операцій по залученню вкладів на депозитні рахунки. За оцінкою Національної асоціації кредитних спілок України (НАКСУ) приблизно 20% кредитних спілок мають негативні показники.

Забезпечення інтересів вкладників комерційних банків передбачено системою гарантування вкладів фізичних осіб у відповідності з Законом України «Про Фонд гарантування вкладів фізичних осіб» від 20.09.2001. На сьогоднішній день розмір гарантованої суми компенсації вкладнику (фізичній особі) у випадку банкрутства комерційного банку складає обмежену суму – 50 тисяч гривень. В позитивному напрямку змінюється ситуація з забезпеченням гарантій і в кредитних спілках. За рішенням НАКСУ з 2008 року створений аналог гарантійного фонду – стабілізаційний фонд, учасниками якого є члени НАКСУ, який передбачає розмір гарантованої виплати до 25 тисяч гривень. Враховуючи, що середній розмір

вкладу члена кредитної спілки складає 17 тисяч гривень, можна констатувати їх надійну захищеність.

На відміну від комерційних банків, кредитні спілки є неприбутковими установами кооперативної організаційно-правової форми. Їх сфера діяльності – надання кредитно-ощадних послуг. Можливість вкладення грошових коштів в кредитну спілку з'являється лише після вступу в її члени, після внесення пайових і вступних внесків (розмір останніх в середньому складає від 20 до 50 гр.). Після внесення внесків вкладник набуває статус не клієнта фінансової установи, як це мало б місце у відносинах з банками, а члена кредитної спілки.

Суттєво відрізняється ємкість капіталу зазначених фінансових установ. На відміну від комерційних банків, які володіють законодавчо закріпленим розміром статутного капіталу, розмір якого повинен складати суму не менше 10 млн. євро, для кредитних спілок законодавчо встановлені вимоги до подібного фонду відсутні. В кредитних спілках, на відміну від інших фінансових установ, практично єдиним джерелом формування грошових ресурсів є депозитні вклади членів спілки, при цьому депозити, як правило, розміщуються на нетривалій термін – до одного року. В той час як комерційні банки здійснюють десятки операцій по залученню грошових коштів і отриманню доходів.

Мотивуючи вибір фінансової установи на основі керівництва виключно розмірами прибутковості по внескам, ризик вкладників суттєво зростає. Завищення відсоткової ставки може свідчити не лише про проведення конкурентної політики, пов'язаної з демпінгом відсоткових ставок інших фінансових установ, а швидше про критичну нестачу активів в конкретній фінансовій установі, можливих шахрайства. Безумовною гарантією повернення внеску і відсотків вкладника є економічно обумовлені відсоткові ставки. Однак треба підкреслити, що високі відсоткові ставки не завжди означають безкоштовний сир, за яким слідує мишоловка. На відміну від комерційних банків у кредитних спілках значно менші витрати на утримання апарату, на заробітну плату персоналу, відкриття нових підрозділів, рекламу. Крім цього кредитні спілки пропонують більш високі відсоткові ставки по кредитним угодам, а отже, можуть дозволити собі передбачати високі відсоткові ставки по депозитним внескам, вони проводять більш ретельніший відбір членів (вимоги про наявність поручителя, застави та ін.), у зв'язку з чим у кредитних спілках досить низький рівень простроченої заборгованості.

ності по кредитах. Однак, якщо прибутковість набагато вища середньостатистичних відсоткових ставок, то підстави для хвилювання, все ж таки є. Наприклад, КС «Алчевський», який недавно припинив своє існування, пропонував своїм вкладникам 30% річних. Розмір заборгованості перед членами спілки становить 60 млн. грн. Аналогічна ситуація з КС «Східно-український» (збитки вкладників – 8.5 млн. грн.) та з КС «Баушпаркассе» (збитки біля 2-х млн. грн.).

До основних ризиків для вкладників кредитних спілок слід віднести: 1) ризик відкликання ліцензії на надання фінансових послуг; 2) ризик шахрайських дій з боку засновників кредитної спілки; 3) ризик банкрутства кредитної спілки; 4) неможливість проведення виплат з інших підстав.

Здійснюючи вибір кредитної спілки необхідно враховувати велику кількість факторів, серед яких особливе значення має наступна інформація: термін діяльності кредитної спілки на фінансовому ринку, наявність чинної ліцензії на надання фінансових послуг, входження спілки в члени НАКСУ, розмір її активів, розмір резервного капіталу, позиція, яку вона займає в рейтингу кредитних спілок, кількість і розміщення філіалів, умови вступу в членство спілки, прибутковість членів кредитної спілки, інформація відносно засновників кредитної спілки і деяка інша, яка надає можливість отримати найбільш повну інформацію відносно її діяльності і зменшити ризики.

Однією з основних ознак фінансової піраміди, не беручи до уваги високі відсоткові ставки, є інформаційна закритість кредитної спілки і короткий термін діяльності. У зв'язку з наявністю цієї проблеми і з метою забезпечення захисту майнових інтересів вкладників, досить доречним стає розробка і застосування НАКСУ програми «Відкрита кредитна спілка», за допомогою якої потенційні члени кредитної спілки зможуть отримати доступ до достовірної інформації. Ідентичні програми вже отримали розповсюдження у сфері діяльності деяких фінансових установ, наприклад, страхових компаній. Одночасно треба закріпити необхідність реєстрації і регулярного відновлення необхідної і достовірної інформації відносно кредитної спілки як одну з умов отримання ліцензії на надання послуг кредитними спілками. Подібні нововведення викликають необхідність внесення змін в діюче законодавство: Закони України «Про фінансові послуги і державне регулювання ринку фінансових послуг», «Про кредитні спілки», ліцензійні умови.

Література: 1. Закон України «Про фінансові послуги і державне регулювання ринку фінансових послуг» від 12.07.2002; 2. Закон України «Про банки і банківську діяльність» від 12.07.2001.; 3. Закон України «Про кредитні спілки» від 20.12. 2001.; 4. Закон України «Про Фонд гарантування вкладів фізичних осіб» від 20.09.2001

Жидкова О.С., доцент кафедри цивільно-го права та процесу Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка

Захист права на недоторканність ділової репутації Європейським судом з прав людини

На конституційному рівні закріплено правило про те, що кожний має право після використання всіх національних засобів правового захисту звернутися за захистом прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ або до міжнародних організацій, членом чи учасником яких є Україна (ч. 4 ст. 55 Конституції України). Таким чином, судовий захист прав людини в Україні не обмежується національною системою судів, він включає також і міжнародні судові органи, зокрема Європейський суд з прав людини, який було засновано в 1959 р., відповідно до Європейської конвенції з прав людини 1950 р., з метою розгляду скарг на порушення Договірними державами (зараз їх 44), передбачених Конвенцією прав і свобод.

Аналіз судової практики цього суду свідчить про те, що єдиний закон для Європейського суду – Конвенція, яка була ратифікована в Україні 11.09.1997 р. і 1, 4, 7 протоколи до неї, 6 протокол було ратифіковано 04.04.2000 р.

В Україні спільним проєктом Міністерства юстиції України й Організації з безпеки та співробітництва в Європі (ОБСЄ) восени 2001 р. було створено три «експериментальних»суди щодо використання положень Конвенції в українській судовій практиці. Крім того, Міністерство юстиції України впродовж 2002 р. провело сім регіональних семінарів-тренінгів з навчання суддів щодо застосування ст. 10 Конвенції [4, с. 25, 26].

В юридичній джерелах відзначається, що правильне застосування статті 10 Конвенції є найбільш важливим у справах про захист честі, гідності й ділової репутації, де позивачами виступають посадові або публічні особи, а відповідачами – засоби масової інформації, журналісти [2, с. 108].

Яскравим прикладом при розгляді таких спорів є справа «Лінгес проти Австрії», яка була розглянута Європейським

судом з прав людини 08.07.1986 р. У своєму рішенні Суд дійшов висновку, що «... межі допустимої критики є широкими, коли вона стосується власне політика, а не приватної особи. На відміну від останньої, перший неминуче і свідомо відкривається для прискіпливого аналізу кожного свого слова і вчинку як з боку журналістів, так і громадського загалу і, як наслідок, повинен виявляти до цього більше терпимості» [6, с. 320]. Водночас, при розгляді цієї справи Судом було висловлено декілька міркувань, які носять загальний характер, однак набули сили правового прецеденту.

З урахуванням цього підходу Європейського Суду, при розгляді справ за ст. 10 Конвенції Судова колегія в цивільних справах Миколаївського обласного суду розглянула цивільну справу за касаційною скаргою Остапенка Миколи Григоровича на рішення Новобузького районного суду Миколаївської області від 21.07.2000 р. за позовом Ключник Людмили Василівни до Остапенка Миколи Григоровича про захист честі, гідності, ділової репутації та відшкодування моральної (немайнової) шкоди. Суть справи зводиться до того, що позивачка працює заступником голови Новобузької районної державного адміністрації. В лютому 2000 р. прокуратурою вказаного району проводилась перевірка з питань дотримання вимог чинного законодавства України щодо рішень, прийнятих конкурсною комісією, членом якої вона є, про надання згоди претендентам на виділення земельних ділянок для ведення фермерського господарства та розширення їх земель. У процесі згаданої перевірки вона була ознайомена з листом М.Г. Остапенка від 02.02.2000 р. на ім'я Президента України, в якому відповідач звинуватив її в тому, що вона, використовуючи посадове становище та являючись членом конкурсної комісії, сфальсифікувала рішення районної ради, аби не надати йому земельну ділянку для ведення фермерського господарства. Далі позивачка зазначала, що за результатами перевірки Новобузькою прокуратури фактів зловживання нею службовим становищем, фальсифікації документів не виявлено. Поширення саме таких відомостей, на думку позивачки, принижує її честь, гідність як людини, та ділову репутацію як державного службовця. Розглядаючи цю справу, Миколаївський обласний суд дійшов висновку, що касаційна скарга підлягає частковому задоволенню з наступних підстав, а саме: рішення суду не відповідає дійсним обставинам справи, положенням Конституції України, Конвенції про захист прав людини і основних свобод та рішенням Європейського Суду з прав людини, що є джерелом права в Україні. Так

ст. 34 Конституції України гарантує кожному право на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань. Статтею 10 Європейської Конвенції з прав людини передбачено, що кожна людина має право на свободу виявлення поглядів. Це право включає свободу дотримання своїх поглядів, одержувати і поширювати інформацію та ідеї без втручання держави і незалежно від кордонів. Вирішуючи справу «Лінгес проти Австрії» (1986 р.), Європейський суд з прав людини вказав, що «межі допустимої критики є ширшими, коли вона стосується власне політика, а не приватної особи. На відміну від останнього, перший неминує та свідомо виставляє себе, свої слова та вчинки на суворий суд журналістів, так і широкої громадськості.» Суд не звернув уваги на вказані правові норми, а також роз'яснення Постанови Пленуму Верховного суду України та обставини справи, в мотивувальній частині рішення не навів переконливих мотивів, як це передбачено ст. 203 ЦПК України, того, що відомості, викладені відповідачем в листі на ім'я Президента України, палять честь, гідність, ділову репутацію позивачки, а не є висловлюванням критичних поглядів на її дії як посадової особи та державного службовця [4, с. 150–153].

Таким чином, правові прецеденти, вироблені Європейським судом з прав людини, відіграють важливу роль для правильного вирішення справ щодо захисту честі, гідності й ділової репутації. Однак, при цьому слід враховувати, що під прецедентами, що застосовуються судом, необхідно розуміти не самі розгляди справи, а ті основоположні принципи в тлумаченні й застосуванні норм Конвенції, які були вироблені при розгляді справ і викладені в судових рішеннях. Проте навряд чи можна стверджувати, що суд завдяки прецеденту створює право, але Конвенція йому цього права не дає. Тобто суд не підміняє собою законодавця в особі держави – учасника Конвенції [1, с. 162].

Враховуючи це, можна зробити висновок, що діяльність Європейського суду встановлює певні стандарти правосуддя в галузі захисту прав і основних свобод людини, конкретизує й розвиває положення міжнародних нормативних актів, у першу чергу Конвенції, що дозволяє правильно тлумачити їх зміст і сприяє вірному застосуванню на практиці.

Використання міжнародно-правового елемента не тільки вдосконалює механізм захисту прав людини, впливає на всі його складові, але й сприяє розширенню й посиленню гарантії прав [3, с. 126].

У квітні 2006 року вступив у силу Закон України «Про виконання рішень і застосування практики Європейського

Суду з прав людини»^[5], який установлює процедуру виконання рішень Європейського суду з прав людини. Прийняття цього закону надало зацікавленій особі право на звернення до суду з позовом до держави України або до державного органу за захистом порушеного права на недоторканність ділової репутації, обґрунтувавши свої вимоги нормами Конвенції в трактуванні Європейського суду, що дозволить зробити більш ефективним захист досліджуваного права.

Проведене дослідження показало, що в результаті ратифікації Україною Конвенції, фізичні й юридичні особи отримали можливість звертатися до Європейського суду з прав людини за захистом порушеного права на недоторканність ділової репутації та внаслідок вступу в силу Закону України «Про виконання рішень і застосування практики Європейського Суду з прав людини», суди отримали право при розгляді справ застосовувати Конвенцію й практику Європейського суду як джерело права (ст. 17).

Список літератури: 1. Буроменський М. Звернення до Європейського суду з прав людини: практика Суду і особливості українського законодавства. – Харків, 2000. – 165 с.; 2. Луспенник Д. Застосування статті 10 Конвенції про захист прав і основних свобод людини при розгляді судами справ про захист честі, гідності і ділової репутації // Вісник Академії правових наук України. – 2002. – № 4 (31). – С. 106–111.; 3. Орзих М. Судебная власть в механизме защиты прав человека: доктрина и практика // Юридический вестник. – 2001. – № 4. – С. 116–128.; 4. Паліюк В.П. Застосування судами законодавства України Конвенції про захист прав людини та основних свобод. – К.: Фенікс, 2004. – 264 с.; 5. Про виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23.02.2006 р. № 3477-IV // Голос України. – 2006. – № 62 (3812), 5 квітня.; 6. Справа Лінгентс проти Австрії // Практика Європейського Суду з прав людини. Рішення. Коментарі. – 1999. – № 1. – С. 304–325.

Мамницький В.Ю., доцент кафедри цивільного процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, доцент, канд. юрид. наук

Про деякі аспекти вдосконалення цивільного процесуального законодавства

На сучасному етапі розвитку суспільства та побудови правової держави в Україні продовжується формування судової системи та зміцнення судової влади. Під час проходження зазначених суспільних процесів велике значення має вдосконалення цивільного процесуального законодавства, оскільки забезпечення належного рівня його розвитку є одні-

сю із гарантій належного функціонування судової влади в сфері здійснення правосуддя з цивільних справ.

Прийняття нового Цивільного процесуального кодексу України є, без сумніву, суттєвим кроком по вдосконаленню вітчизняного цивільного процесуального законодавства та приведення його до європейських стандартів здійснення правосуддя. Хоча новий ЦПК України ще не пройшов апробації судовою практикою, на нашу думку, деякі його положення потребують вдосконалення, а саме.

1. У новому ЦПК не знайшли закріплення такі найважливіші принципи цивільного судочинства, як принцип здійснення правосуддя тільки судом та принцип незалежності суддів і підкорення їх тільки закону. Ці принципи є конституційними. Крім того, вони знайшли своє закріплення у Законі «Про судоустрій». А також в деяких міжнародно-правових документах. Уявляється, що доцільно було б закріпити їх у ЦПК, оскільки вони є юридичним вираженням таких суттєвих характеристик судової влади, як виключність та незалежність.

2. У ч. 3 ст. 46 ЦПК передбачено: якщо особа, яка має цивільну процесуальну дієздатність і в інтересах якої подана заява особою, якій за законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб, не підтримує заявлені вимоги, суд залишає заяву без розгляду. У передбаченому процесуальній формі випадку особа, в інтересах якої порушено процесуальну діяльність, не підтримуючи зави відповідно уповноваженого суб'єкта, розпорядилась своїм правом на судовий захист прав, свобод чи інтересів на підставі принципу диспозитивності. Вбачається, що така розпорядчя дія право уповноваженої особи повинна прирівнюватись до відмови від позову, а тому і процесуальні наслідки таких розпорядчих дій повинні бути тотожними. На наш погляд, процесуальним наслідком розпорядчої особи, зазначеної у ч. 3 ст. 46 ЦПК повинно бути закриття провадження у справі, а не залишення заяви без розгляду.

3. Стаття 33 ЦПК передбачає, що у разі відсутності згоди позивача на заміну неналежного відповідача, суд залучає особу, яка є належним відповідачем як співвідповідача. Дане положення закону, на нашу думку, не відповідає загальним засадам співучасті, оскільки інтереси співучасників не протирічать один одному. Уявляється, що в законі повинно бути зазначено, що при заміні неналежного відповідача може бути залучена інша особа як другий відповідач, а не як співвід-

відач, оскільки неналежний відповідач не має відповідати за позовом, в той час, коли обов'язок відповідати за позовом у співвідповідачів існує одночасно. Крім того, доцільно було б передбачити також можливість заміни неналежного позивача, оскільки це сприятиме захисту прав, свобод чи інтересів особи, яка може бути належним позивачем, у справі, провадження у якій вже відкрито.

4. Стаття 184 ЦПК передбачає можливість допиту в судовому засіданні сторін, третіх осіб, їх представників як свідків. Доцільність існування цієї правової норми викликає сумнів з наступних підстав. Сторони, треті особи, їх представники віднесені законом до осіб, які беруть участь у справі, і критерієм віднесення їх до такої групи суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин є наявність у них юридичної заінтересованості у справі. Свідки є іншими учасниками цивільного процесу (особами, які сприяють здійсненню правосуддя) і критерієм віднесення їх до такої групи суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин є відсутність у них юридичної заінтересованості.

За загальним правилом цивільного судочинства процесуальне сумісництво не допускається, крім випадків пред'явлення зустрічного позову. Кожний суб'єкт цивільних процесуальних правовідносин займає певне, притаманне тільки йому процесуальне становище, обумовлює комплекс його прав та обов'язків. Сторони, треті особи, їх представники є особами, які беруть участь у справі, які наділені законом правом давати пояснення, у тому числі і відносно тих фактів, які їм особисто відомі по справі. При цьому законодавством не передбачена кримінальна відповідальність за відмову від дачі пояснень або за дачу завідомо неправдивих пояснень. Свідків закон відносить до інших учасників цивільного процесу, які за загальним правилом попереджаються про кримінальну відповідальність за відмову від дачі показань та за дачу завідомо неправдивих показань.

На наш погляд, про допиті сторін, третіх осіб, їх представників як свідків буде мати необґрунтоване процесуальне сумісництво, що є явищем небажаним і таким, яке протирічить загальним правилам цивільного судочинства та теоретичним засадам цивільного процесуального права.

5. Підлягає вдосконаленню і ст. 361 ЦПК, яка передбачає підстави перегляду у зв'язку з нововиявленими обставинами рішень, ухвал, а також судових наказів.

Однією з підстав такого перегляду є встановлені вироком суду, що набрав законної сили, завідомо неправдиві показання свідків, завідомо неправильний висновок експерта, завідомо неправильний переклад, фальшивість документів або речових доказів. Доцільно було б зазначити в ст. 361 ЦПК, що не тільки вирок суду, що набрав законної сили, з зазначених злочинів може встановлювати наявність підстав для перегляду у зв'язку з нововиявленими обставинами судових актів, а й постанови слідчих органів, які винесені у відповідності до закону, якщо кримінальна справа, з підстав, вказаних у законі, не може закінчитись постановленням вироку. Це передбачено п. 6 Постанови Пленуму Верховного суду України № 1 від 27.-2.81 р. «Про практику перегляду судами у зв'язку з нововиявленими обставинами рішень, ухвал і постанов, що набрали законної сили». Але, на наш погляд, для того, щоб Жане положення могло бути застосоване, воно повинно міститись у цивільному процесуальному законодавстві.

6. Виникають деякі зауваження і відносно структури ЦПК. Так, ст. 212 ЦПК, яка знаходиться у гл. 7 розд. III «Судове рішення», закріпила загальне правило оцінки доказів. Вважаємо, що правова норма повинна міститись у гл. 5 розд. I «Судові докази».

Це лише деякі недоліки, які на нашу думку, мають місце в новому ЦПК. Проте, як вже зазначалось, життєздатність та рівень нового ЦПК буде перевірено під час апробації його судовою практикою.

Баранкова В.В., доцент кафедри цивільного процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, канд. юрид. наук

Правосуддя і нотаріат

Згідно ст. 3 Конституції України права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Обов'язок держави по захисту прав громадян зводиться не тільки до відновлення чи визнання порушених або оскаржених прав, але і до недопущення їх порушення чи оспорювання, що становить завдання нотаріату.

Нотаріальна діяльність має превентивний (попереджувальний) характер, захищаючи права і законні інтереси громадян від можливих порушень у майбутньому, надаючи нотаріальним документам безспірний характер. Угода, засвідчена в нотаріальному порядку, гарантує набувача прав від усяких несподіванок, є правомірною і стійкою. Превентивна роль нотаріату проявляється при здійсненні нотаріальних дій, при відмові в їх здійсненні, при роз'ясненні сторонам наслідків вчинених дій.

Таким чином, інституту нотаріату в правовій державі приділяється одна з ключових ролей не тільки в наданні правової допомоги громадянам, юридичним особам і в забезпеченні їхньої правової безпеки, але й у запобіганні спорів між учасниками договірних відносин. Участь нотаріуса при розробці умов угоди перед її практичним виконанням дозволяє уникнути виникнення спорів про право між сторонами по укладеній і нотаріально засвідченій угоді, а також робить їх відносини більш стабільними і передбачуваними, особливо в умовах ринку. Участь нотаріуса дозволяє забезпечити кожен зі сторін угоди правовим захистом уже на стадії оформлення права і договору, у той час як судовий захист може знадобитися пізніше, на стадії спору.

Судова і нотаріальна діяльність володіють низкою загальних рис, наявність яких дозволяє говорити про існування своєрідної логічної й ефективної системи по захисту прав і законних інтересів учасників цивільного обігу, в межах якої ніякої конкуренції чи заміни однієї ланки іншою не відбувається. Більш того, наявність інституту нотаріату сприяє значному зниженню навантаження на судову систему.

Для правосуддя і для нотаріату існує загальна мета – забезпечення захисту прав громадян і юридичних осіб. І суддя, і нотаріус діють від імені держави, реалізують владні повноваження. Присутність нотаріуса в цивільно-правових відносинах як представника державної влади полягає в тім, що він покликаний, по-перше, реалізувати державну функцію по охороні і захисту прав, не допускаючи їхнього порушення, і, по-друге, надати цивільно-правовим відносинам законний, стабільний, безконфліктний і передбачуваний характер. І суддя, і нотаріус при здійсненні своїх функцій в однаковій мірі повинні бути незалежні і від держави, і від учасників процесу. Цей факт, у свою чергу, обумовлює такі принципи діяльності судді і нотаріуса, як об'єктивність, неупередже-

ність, підкорення тільки закону і неприпустимість втручання в їх професійну діяльність.

Судова реформа спрямована на забезпечення розгляду всіх справ, віднесених до судової юрисдикції. Рішення цієї задачі, зокрема, може здійснюватися шляхом розвитку такої несудової юрисдикції, як нотаріат, і більш повного використання його позитивного потенціалу у сфері цивільних правовідносин.

Взаємодія нотаріату із судовою системою виявляється в наступних аспектах.

По-перше, за допомогою здійснення нотаріальної діяльності виключається необхідність звернення в суд і порушення цивільного процесу, а саме:

— шляхом забезпечення законності, з'ясування дійсного волевиявлення сторін; унаслідок чого угоді надається безконфліктний характер і виключається в майбутньому виникнення спору про право, що випливає з такої угоди;

— шляхом безпосереднього захисту цивільних прав за допомогою вчинення виконавчого напису, посвідчення несплати чеків, вчинення протестів векселів і ін.

По-друге, нотаріальна форма забезпечує доказову силу правам, фактам і документам, що полегшує при необхідності в наступному процес розгляду і вирішення цивільних справ у суді, встановлення фактів, що входять у предмет доказування по даній справі.

Нотаріат значно полегшує встановлення обставин справи в судовій процедурі, оскільки юридична чинність виданих нотаріусом документів надзвичайно висока. І хоча закон не дає переваг жодним доказам, проте нотаріальні документи мають визначені особливості. Вони об'єктивно викликають довіру в суду, оскільки видані незалежною, безсторонньою компетентною особою, не зацікавленою у результаті спору, якщо можна заперечувати показання одних свідків за допомогою показань інших, то більшість нотаріально оформлених документів можна оспорювати тільки шляхом пред'явлення відповідного позову, наприклад, про визнання недійсного заповіту; свідоцтва, договору і т.п.

Таким чином, в основу характеристики нотаріату як інституту превентивного правосуддя покладене розуміння нотаріату як органа, покликаного не здійснювати судові функції, а сприяти досягненню задач правосуддя і запобігати виникненню судових спорів за допомогою попередження порушення цивільних прав і інтересів, забезпечення їхньої належної реалізації, що можна назвати превентивним захистом.

Третейська угода і право на звернення до третейського суду

Третейське судочинство є різновидом альтернативної юрисдикції. Суттєвою ознакою третейського судочинства є наявність договору про передачу спору на розгляд третейського суду.

Головною передумовою для можливості передачі справи на розгляд третейського суду, таким чином, є наявність третейської угоди. Третейська угода може називатися по-різному: третейська угода, третейський запис, третейський договір, третейське застереження тощо. Третейська угода є договором між сторонами, згідно з яким сторони домовляються передати спір на розгляд третейського суду. Ця угода не є цивільно-правовим правочином, а є цивільно-процесуальною угодою, оскільки правовими наслідками укладання такої угоди є процесуальні наслідки у вигляді виникнення компетенції третейського суду щодо розгляду спору. Ця угода не передбачає виникнення матеріально-правових наслідків. Зміст третейського договору не регулюється нормами матеріального права, але такий договір має певні правові ознаки, притаманні цивільно-правовим договорам. Так, третейський договір є договором консенсуальним, тобто відповідні права та обов'язки сторін за договором виникають з моменту укладення договору.

Третейська угода обов'язково повинна бути укладена у письмовій формі. Видами третейської угоди є: третейське застереження в договорі (контракті), окрема письмова угода, також третейська угода може впливати із змісту письмових документів, якими обмінюються сторони (факси, телеграми, листування тощо).

Третейська угода може бути укладена як в простій письмовій формі, так і в нотаріальній формі. Це може бути як тоді, коли третейська угода є застереженням у нотаріально посвідченому договорі (контракті), так і тоді, коли третейська угода укладається у вигляді окремого письмового документу.

Третейська угода може бути укладена як до виникнення спору, так і після його виникнення, але до постановлення рішення по спору компетентним судом.

До письмової форми третейської угоди прирівнюється обмін листами, повідомленнями по телестайпу, телеграфу або з використанням засобів електронного чи іншого зв'язку, що забезпечує фіксацію такої угоди, направлення відзиву на позов, в якому одна із сторін підтверджує наявність угоди, а інша сторона проти цього не заперечує.

Посилання у договорі, контракті на документ, який містить умову про третейський розгляд спору, є третейською угодою за умови, що договір укладений у письмовій формі і це посилання є таким, що робить третейську угоду частиною договору. Це, наприклад, може бути тоді, коли сторони є господарюючими суб'єктами, між якими існує багато договорів, один з яких містить третейське застереження, а інші, не визначаючи третейське застереження прямо, посилаються на третейське застереження цього договору, поширюючи компетенцію третейського суду і на розгляд спорів, що виникають з інших договорів. Інша ситуація – сторони укладають між собою третейський договір у вигляді окремої угоди без посилання на конкретний спір («базовий третейський договір»), а потім, укладаючи між собою цивільно-правові (господарські) договори, посилаються у цих договорах на третейський договір, встановлюючи компетенцію третейського суду щодо розгляду спору і т. ін.

Згідно з законом (частина 7 статті 12 Закону України «Про третейські суди»), недійсність окремих положень договору, контракту, що містить третейське застереження, не тягне за собою недійсність такого третейського застереження. Це означає, що третейське застереження має відносно самостійний характер порівняно із змістом договору (контракту), тобто стосовно форми та змісту третейської угоди закон встановлює свої власні вимоги. Третейське застереження є «договором в договорі». Крім всього іншого, це означає і те, що третейський суд має право розглянути позов про недійсність договору, з якого випливає його власна компетенція, якщо сторона не ставить при цьому питання про недійсність договору в частині третейського застереження, оспорюючи компетенцію третейського суду.

Третейська угода встановлює як базову компетенцію третейського суду, так і набір відповідних процесуальних процедур, пов'язаних із розглядом справи третейським судом. Хоча Закон України «Про третейські суди» не зазначає про це прямо, третейська угода може змінюватися вже після початку передачі справи до третейського суду і розгляду справи

третейським судом. Ці зміни можуть торкатися питань щодо участі у розгляді справи третіх осіб, забезпечення позову тощо. Безумовно, що всі ці зміни до третейської угоди повинні укладатися лише за взаємної згоди сторін, як і сама третейська угода.

Сутність третейської угоди є тим чинником, який дозволяє визначити природу третейського суду та третейської процедури.

Бігун В.А., доцент кафедри цивільного процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, канд. юрид. наук

Щодо уніфікації процесуального законодавства

В теперішній час процесуальні норми закріплені у різних галузевих процесуальних кодексах (цивільному -, господарському процесуальному, кодексі адміністративного судочинства тощо), яким, як правило, відповідають адекватні форми судочинства. Ці кодекси в багатьох випадках однаково регулюють більшість загальних положень, інститути доказового права, судових витрат, процесуальних строків, правове становище окремих учасників процесу, заходи процесуального примусу, фіксування судового процесу, процесуальні питання, пов'язані з виконанням судових рішень тощо і тому багато процесуальних норм повністю співпадають за своїм змістом. Й, навпаки, в окремих випадках існують безпідставні та невиправдані розбіжності і колізії, наприклад, у вирішенні питань відводів, апеляційного та касаційного оскарження та ін.

За три роки існування нових процесуальних кодексів (ЦПК, КАС) можна зробити висновок, що реформування судочинства в Україні шляхом створення нових судових підсистем (адміністративних судів) й прийняття названих кодексів – не є достатньо ефективним та концептуально доцільним заходом. Навряд чи можна погодитися і з авторами Програми діяльності Кабінету Міністрів України від 16.01.2008 р., які, зокрема, пропонують реорганізувати господарські суди у спеціалізовані суди з розгляду комерційних справ й відповідно прийняти Кодекс комерційного судочинства України.

Можна з упевненістю стверджувати, що зараз немає жодних об'єктивних перешкод для використання існуючої цивільної процесуальної форми для захисту будь-яких порушених, невизнаних або оспорюваних суб'єктивних прав чи ін-

тересів фізичних та юридичних осіб, в тому числі тих, які сьогодні захищаються господарськими та адміністративними судами. Уявляється, що існуюча цивільна процесуальна форма є універсальною і цілком дозволяє за її допомогою ефективно здійснювати розгляд не тільки цивільних, а також господарських і адміністративних справ.

Слід зазначити, що Концепцією вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, затвердженої Указом Президента України від 10 травня 2006 р., також пропонується поширити цивільну процесуальну форму на господарське судочинство, або іншими словами об'єднати цивільну та господарську форми судочинства.

Враховуючи те, що між різними процесуальними нормами і порядками спільних ріс набагато більше, ніж розбіжностей та колізій, варто погодитись з вченими, які стверджують про доцільність та необхідність прийняття єдиного процесуального кодексу, який би об'єднував процедуру цивільного, господарського й адміністративного судочинства в межах існуючої цивільної процесуальної форми і який би передбачав особливості провадження в окремих категоріях цивільних, господарських та адміністративних справ. Таким єдиним кодексом міг би бути новий Кодекс цивільного судочинства України. В основу такого кодексу має бути покладена єдність поняття «цивільних прав та обов'язків» як загального об'єкта судового захисту.

Ідею реформування процесуального законодавства, зокрема, шляхом його уніфікації, розділяє й суддівський корпус. Так, у Заяві УІІ (позачергового) з'їзду суддів України «Про концептуальні засади подальшого здійснення судової реформи в Україні» від 07.12.2007 р. було звернуто увагу на необхідність реформування процесуального законодавства з метою істотного зменшення навантаження на суди, підвищення оперативності та якості правосуддя, зокрема, шляхом спрощення судових процедур, вилучення із підвідомчості судів окремих категорій справ; уніфікації загальних процедур розгляду різних категорій справ (насамперед, процедур розгляду цивільних, адміністративних і господарських справ).

Уніфікація процесуального законодавства дозволить в повній мірі реалізувати конституційний принцип спеціалізації судової системи, яка (спеціалізація) може проявлятися в двох формах: це – виділення судових підсистем зі спеціальною

юрисдикцією та спеціалізація суддів у рамках єдиної судової системи шляхом створення спеціалізованих палат та колегій.

Отже, необхідно адаптувати національне процесуальне законодавство до європейського, що надасть можливість набагато повніше, якісніше оперативніше і, що особливо важливо, системно врегулювати питання захисту прав, свобод чи інтересів фізичних та юридичних осіб.

Шутенко О.В., доцент кафедри цивільного процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, канд. юрид. наук

Права, свободи та інтереси як об'єкт судового захисту

Дослідження проблеми об'єкту судової діяльності треба починати з визначення змісту, структури і обсягу цього об'єкту. Судова діяльність нерозривно пов'язана із здійсненням правосуддя, яке являється одночасно і формою її здійснення і функцією, оскільки визначається завданням, покладеним Конституцією. Правосуддя можна визначити як діяльність держави (в особі органу судової влади), яка відбувається у процесуальній формі і направлена на розгляд і вирішення справ (конкретних життєвих ситуацій) у випадках, коли самі суб'єкти цих справ цього зробити не можуть і звертаються з відповідною вимогою до суду.

Цивільне судочинство охоплює сукупність справ, для яких загальним є їх цивільний (на відміну від кримінального) характер, а особливим їх матеріально-правова й процесуальна природа, що впливає як із змісту матеріально-правового спору, так і з характеру інтересу осіб, які звертаються до суду.

Як і будь-яка діяльність, цивільне судочинство має мету, що визначає зміст діяльності. Відповідно до ст. 1 ЦПК 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. Таким чином, визначення змісту об'єкту судової діяльності лежить у площині з'ясування понять прав, свобод та інтересів. В цьому контексті важливим є положення частини 2 ст. 124 Конституції

України, в якому зазначено, що юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають в державі.

Розуміння правовідносин, як відносин, зв'язків, що утворилися між суб'єктами на підставі норми права виявляє невідповідність вказаних положень Конституції і ЦПК, оскільки, найчастіше, норма права закріплює певні права та обов'язки суб'єктів, а в ст. 1 ЦПК йдеться про можливість захисту не тільки прав, а також і свобод та інтересів. Ліквідувати зазначену розбіжність можна лише з'ясувавши співвідношення таких понять як право, свобода, інтерес.

Нормативістський підхід до визначення права віддзеркалює лише волю держави на встановлення тих чи інших правил не вказуючи на сутнісний момент самого явища. Для усунення неповноти такого підходу його прибічникам доводиться будувати конструкцію суб'єктивного права і вводити категорію юридичного інтересу, який лежить в основі суб'єктивного права та в ряді випадків «виступає наружу» якості «законного інтересу», який потребує юридичного захисту. Розмежування права на об'єктивне і суб'єктивне має сенс лише тоді, коли ми дотримуємося абсолютизації держави, як суб'єкта, що встановлює право. Складність у поясненні схеми: об'єктивне право – суб'єктивне право – правоздатність – юридичний факт ґрунтується на фікції щодо повної рівності прав громадян і проявляється у твердженні: варто оголосити об'єктивні права суб'єктивними, як необхідно буде визнати, що вони можуть бути нерівними в різних людей. Нерівність прав і нерівність можливостей – це природно існуюча дійсність, витoki якої криються в унікальності кожної особистості, ігнорувати яку в жодному разі не можна. Тому мета права не урівнювати, а сприяти, не заважати розвитку особистості. Вирішення цієї проблеми знаходиться поза межами позитивного права.

Традиційно нормативістське визначення права, як системи загальнообов'язкових формально визначених норм, які відображають міру свободи людини, прийнятих чи санкціонованих державою, що охороняються державою є завузьким, оскільки законодавець не може і не повинен врегулювати всі можливі варіанти поведінки. Тому, наприклад, в ЦК міститься правило, яке передбачає настання юридичних наслідків і в тих випадках, коли відносини не врегульовані правом, тобто відсутня конкретна норма, яка б закріплювала відповідні правила поведінки. Такий підхід є дуже вірним і виправданим, оскільки виходить з антропологічного розуміння права.

Правила поведінки (які містяться у нормах права санкціонованих державою) є не що інше як визначення цієї поведінки для людей, які, презюмується, цього невзможі зробити самостійно, адже свобода має місце там, де люди можуть використовувати власні знання для досягнення власних цілей. Таким чином, законодавчі правила є обмеженнями природної поведінки і їх доцільність оцінюється лише виходячи з інших правил, цінність яких не викликає сумнівів. На мою думку, такою мірою виступає цінність людської особистості, яка може повно проявитися лише за умов миру, свободи й справедливості.

Гусаров К.В., доцент кафедри цивільного процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, канд. юрид. наук

Реалізація принципу диспозитивності цивільного судочинства у касаційному провадженні

Диспозитивні засади цивільного судочинства передбачають можливість заінтересованих осіб приєднатись до касаційної скарги. Таке право належить особам, які брали участь у справі за умови подання скарги особою, на стороні якої вони виступали. Можливість приєднатись до касаційної скарги законодавець надав також особам, які не брали участь у справі, якщо суд вирішив питання про їх права і обов'язки. Такі особи не були суб'єктами цивільних процесуальних правовідносин в судах попередніх інстанцій, але суд у рішенні прямо чи посередньо вирішує питання про їх права та обов'язки по відношенню до інших суб'єктів. Процесуальним засобом приєднання до касаційної скарги є заява заінтересованої в цьому особи. Строк її подання складає десять днів з дня одержання копії касаційної скарги.

Цивільне процесуальне законодавство не передбачає форми та змісту вказаної заяви. У зв'язку з цим можна зробити висновок про те, що заява про приєднання до касаційної скарги повинна подаватись до суду касаційної інстанції у письмовій формі. Сам факт приєднання до касаційної скарги свідчить по згоду заінтересованої особи із змістом та вимогами касаційної скарги. Тому, на нашу думку, заява не обов'язково повинна містити її правове обґрунтування. В той

же час зазначена заява в повній мірі повинна свідчити про згоду заінтересованої особи із вимогами касаційної скарги та не повинна містити будь-яких додаткових клопотань, вимог чи правових обґрунтувань касаційної скарги. Заява про приєднання до касаційної скарги, таким чином, повинна містити тільки відомості щодо згоди відповідної особи з вимогами касаційної скарги та приєднання до них.

Слід відмітити і те, що цивільне процесуальне законодавство не передбачає механізму приєднання до касаційної скарги осіб, які не брали участь у справі, якщо суд вирішив питання про їх права і обов'язки. Обумовлюється це тим, що коло таких осіб неможливо встановити при надісланні копій касаційної скарги. За таких обставин реалізація зазначеними особами права касаційного оскарження можлива при застосуванні положень ст.348 ЦПК.

Частина 3 ст.329 ЦПК звільняє особу від сплати судового збору при поданні нею заяви про приєднання касаційної скарги. Вважаємо, що таке положення законодавства відповідає принципу гуманізму цивільного судочинства. Звільнення в даному випадку від сплати судового збору доцільно ще й тому, що особа, яка подає зазначену заяву, не порушує питання про відкриття касаційного провадження, а лише приєднується до вимог касаційної скарги, не доповнюючи її будь-якими власними клопотаннями.

Стаття 330 ЦПК передбачає, що реалізація заінтересованою особою зазначених у вказаній нормі диспозитивних прав має певні особливості та деякі обмеження. Так, право доповнити чи змінити касаційну скаргу особа вправі не на будь-якому етапі касаційного провадження, а виключно у строк, наданий законодавством для касаційного оскарження судового рішення.

Зазначена норма закріплює право особи відкликати касаційну скаргу чи відмовитись від неї. Різниця між зазначеними діями заінтересованої особи проявляється у наступних положеннях: 1) відкликати касаційну скаргу особа вправі до початку розгляду справи в суді касаційної інстанції, а відмовитись від скарги – на будь-якому етапі касаційного провадження аж до його закінчення; 2) при відкликанні касаційної скарги суддя виносить ухвалу про її повернення (що не перешкоджає звернутись із касаційною скаргою вдруге за умови дотримання строків касаційного оскарження або поновлення цих строків), а при відмові від касаційної скарги суддя, який готує справу до розгляду, виносить ухвалу про за-

криття касаційного провадження (що виключає повторне оскарження рішень (ухвал) особою, яка відмовилась від касаційної скарги).

Цивільне процесуальне законодавство не містить відповіді на те, які процесуальні дії повинні виконувати особи, які приєдналися до касаційної скарги, у разі відкликання особою касаційної скарги чи у разі відмови від неї. Аналіз ч.ч. 4 та 5 ст.330 ЦПК дає підстави стверджувати, що при вчиненні особою, що подала касаційну скаргу, зазначених дій позиція осіб, що приєдналися до касаційної скарги, не має значення. Законодавство чітко передбачає, що при відкликанні касаційної скарги остання повертається, а при відмови від неї касаційне провадження закривається. При цьому, як зазначалось, воля на продовження розгляду справи з боку осіб, що приєдналися до касаційної скарги, для суду не має значення. У зв'язку з цим доцільно доповнити ЦПК положенням, яке б гарантувало вищевказаним особам реалізацію права на касаційне оскарження в повній мірі незалежно від того, що сама особа, яка подала касаційну скаргу, відкликала її чи відмовилась від неї.

Рожнов О.В., доцент кафедри цивільного процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, канд. юрид. наук

Правова природа заходів процесуального примусу

1. Розробка проблематики цивільної процесуальної відповідальності почалася приблизно з 1970-1980 роках. До перших науковців які займалися вказаною проблемою слід віднести Н.О. Чечину, В.В. Бутнева, М.Й. Штефана та інших. Досліджуючи проблеми юридичної відповідальності усі автори погоджувалися з тим, що вид відповідальності доцільно виділяти на підставі галузевих критеріїв та розглядати цивільну процесуальну відповідальність як одну з різновидностей юридичної відповідальності.

Існуюча тенденція у правовій літературі знайшла відображення в нормах ЦПК, при цьому, слушно відмітити, що глава «Заходи процесуального примусу» у проекті ЦПК, який вносився на перше читання мала назву «Заходи процесуальної відповідальності».

В деякій мірі спробу вирішення питання цивільної процесуальної відповідальності можна знайти у постанові Міжпарламентської асамблеї держав – учасників СНД від 16 червня 2003 р. №21-6, якою затверджений перепрацьований варіант концепції та структури Модельного кодексу цивільного судочинства для держав – учасників СНД. У ньому пропонується закріпити у Цивільних Процесуальних Кодексах спеціальну главу «Підстави та заходи процесуальної відповідальності», яка повинна містити поняття та склад процесуального правопорушення, підстави та заходи відповідальності, порядок розгляду заяв про застосування заходів відповідальності.

Актуальність проблеми заходів процесуального примусу підтверджується і п.6 розділу 4 Концепції вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів в якому зазначається, що відповідальність учасників процесу за недобросовісне користування процесуальними правами та за невиконання процесуальних обов'язків необхідно посилити (наприклад, за навмисне зволікання процесу). Формами відповідальності можуть бути не лише існуючі заходи процесуального примусу, а й застосування судом стягнень за невиконання вимог суду, покладання на учасників процесу відшкодування судових витрат у підвищеному розмірі.

2. Правовій теорії під правовий примусом розуміють конкретні засоби впливу, які пов'язані з обмеженням в тій чи іншій формі свободи особи. Як і правовий примус, цивільний процесуальний примус, пов'язаний з обмеженням в тій чи іншій формі свободи особи. При цьому слід відмітити, що примус в цивільному судочинстві має місце не тільки в тих випадках коли той чи інший засіб впливу направлений на обмеження передбачених законом прав та свобод, але і в тих випадках коли самим законом обмежується можливість вибору поведінки. Тобто примус в цивільному судочинстві може мати різну ступінь вираженості.

Правовий примус проявляється у різних формах юридичної відповідальності: кримінальній, адміністративній, дисциплінарній і майновій, а також у застосуванні уповноваженими державними органами та посадовими особами інших заходів примусового впливу щодо осіб, які добровільно не виконують вимоги правових норм. Таким чином, правовий примус – складне явище, яке об'єднує заходи юридичної відповідальності та заходи захисту (відновлення) правопорядку.

3. Правовий примус, який застосовуються в цивільному процесуальному судочинстві можна умовно розділити на два поняття: родове – «примус у цивільному судочинстві» та видове – «процесуальний примус». Усю сферу примусу в цивільному судочинстві можна структурувати наступним чином: заходи юридичної відповідальності; заходи захисту (відновлення) правопорядку; превентивні заходи; процесуальні тяжкості. При цьому говорячи про юридичну відповідальність у цивільному судочинстві, як різновид правового примусу, слід відмітити, що підстави для застосування такого заходу примусу виникають у рамках цивільного процесу, але його реалізація потребує нового провадження з у сьома його стадіями. Цивільний процесуальний примус – це сукупність передбачених ЦПК заходів примусового впливу, які покликані забезпечити виконання обов'язків учасниками процесу та належне виконання завдань цивільного судочинства. Процесуальний примус є широке поняття яке включає різні за ступеню обмеження свободи особи заходи, але разом з тим слід виходити з того, що специфічність цивільного судочинства полягає в обмеженому характері процесуального примусу. Процесуальний примус повинен бути по-перше найбільш ефективним в механізмі правового регулювання, тобто бути оптимальним за результатами свого правового впливу. По-друге, загальна направленість примусу повинна визначатися завданнями, які стоять перед судочинством (ст.1 ЦПК). До сфери цивільного процесуального примусу входять: заходи захисту (відновлення) правопорядку; превентивні заходи; процесуальні тяжкості. Загальною, найбільш суттєвою специфічною формою такого процесуального примусу, як заходи захисту є скасування або зміна незаконного або необґрунтованого судового рішення, яка застосовується до суду який його постановив. Превентивні заходи слід розглядати як заходи процесуального примусу, які застосовуються для припинення протиправних дій або для запобігання їх негативних наслідків, їх система закріплена в статті 91 ЦПК. Вони не переслідують ціль покарання правопорушника, хоча й застосовуються у зв'язку з правопорушенням. Термін процесуальні тяжкості вдало підкреслює дійсні підстави негативних наслідків для сторін. Особливість даного заходу примусу полягає в тому, що він покладається на особу тому, що вона здійснила належне їй право без додержання вимог закону і тим самим «за своєю волею» поставила себе в невідгідне положення. До процесуальних тяжкостей відносяться такі, як відмова у відкритті

провадження, залишення позовної заяви без руху, повернення заяви, залишення заяви без розгляду, закриття провадження у справі, позбавлення права та деякі інші негативні процесуальні наслідки.

4. Таким чином, вперше закріпивши на законодавчому рівні, як сам термін – заходи процесуального примусу, його зміст та систему заходів процесуального примусу (ст.ст.90,91 ЦПК) законодавець на наш погляд звузив арсенал засобів процесуального примусу тільки до тих, які містять в собі елемент психічного або фізичного примусу. Все це ставить під сумнів необхідність виділення в окрему главу заходів процесуального примусу оскільки в такому вигляді вони не «тягнуть» на окремий інститут цивільного процесуального права. Глава 9 має назву «Заходи процесуального примусу», а по суті в ній закріплені тільки превентивні заходи, які в свою чергу виступають тільки одним з різновидів заходів процесуального примусу.

5. Основними ознаками заходів процесуального примусу, які передбачені діючому ЦПК, є: 1) це різновид правового примусу; 2) їх застосування можливе тільки в рамках цивільного процесу; 3) суб'єктом застосування заходів процесуального примусу виступає суд; 4) допускається застосування тільки тих примусових заходів, які визначені законом; 5) застосування заходів примусу допускається тільки до суб'єктів вказаних в законі; 6) примус застосовується на підставі процесуального акта-ухвали; 7) застосування заходів примусу здійснюється на підставі та в порядку, вказаному законом; 8) державно-владний характер відносин, які складаються та розвиваються при застосуванні заходів процесуального примусу, 9) процесуальний примус може проявлятися у фізичному або психологічному впливі на певного учасника судочинства.

*Світлична Г.О., доцент кафедри цивільного процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого
канд. юрид. наук.*

Система справ окремого провадження та їх класифікація

1. Цивільний процесуальний кодекс України, якій набрала чинності з 1 січня 2005 р., значною мірою розширив перелік справ окремого провадження(ст. 234 ЦПК). Виділення в с

темі цивільного судочинства, поряд з позовним та наказним, окремого провадження обумовлено тим, що до цивільної юрисдикції згідно з ст.15 ЦПК віднесено розгляд та вирішення різних за своєю матеріально-правовою природою цивільних справ. Матеріально-правова природа цивільної справи, що підлягає розгляду у суді, визначається характером заявлених до розгляду у суді вимог. Виходячи з наданого у законі визначення окремого провадження, систему справ цього виду провадження складають цивільні справи, спільною ознакою яких є відсутність спору про право. Виникнення спору про право, якій вирішується в порядку позовного провадження, призводить до того, що суд згідно з ч. 6 ст. 235 ЦПК залишає заяву без розгляду і роз'яснює заінтересованим особам, що вони мають право подати до суду позов на загальних підставах. Отже, саме відсутність спору про право обумовлює матеріально-правову природу справ окремого провадження та пов'язані з цим певні особливості об'єкту, засобів та способів судового захисту, суб'єктного складу учасників процесу, предмету судової діяльності та процесуальний порядок розгляду та вирішення цих справ.

На підставі зазначеного можна дійти висновку, що окреме провадження у цивільному судочинстві слід розглядати як встановлений законом порядок розгляду та вирішення судом першої інстанції певної сукупності цивільних справ, які характеризуються відносно єдиною матеріально-правовою природою заявлених до розгляду вимог, що обумовлює спеціальні засоби та способи судового захисту, а також особливості суб'єктного складу учасників процесу та судової процедури.

Перелік справ, що розглядається за правилами окремого провадження, наведено у ч.2 ст.234 ЦПК. Крім того, відповідно до ч. 3 ст.234 ЦПК в порядку окремого провадження розглядаються також справи про надання права на шлюб, про розірвання шлюбу за заявою подружжя, яке має дітей, про поновлення шлюбу після його розірвання, про встановлення режиму окремого проживання за заявою подружжя та інші справи у випадках, встановлених законом. Уявляється, що цей законодавчий припис можна розуміти у двох аспектах. По-перше, випадки розгляду справ за правилами окремого провадження можуть бути передбачені в інших законах. По-друге, перелік справ окремого провадження може бути розширений шляхом внесення відповідних змін у ЦПК.

Втім, науковцями висловлена думка, згідно з якою визначення юрисдикції суду щодо розгляду справ окремого прова-

дження має здійснюватись на підставі положень ст.124 Конституції, де закріплено принцип необмеженої судової юрисдикції, тобто поширення юрисдикції судів на всі правовідносини, які виникають у державі. Такі твердження є, як найменші, дискусійними. Згідно з Концепцією вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду України відповідно до європейських стандартів, затвердженою Указом Президента України від 10 травня 2006 р. цивільне судочинство слід розглядати як послугу держави щодо вирішення приватноправових спорів сторонам, які самостійно не можуть їх урегулювати. В юридичній літературі у зв'язку з цим також звертається увага на те, що із змісту ст.ст. 15, 17 ЦПК випливає, що суди розглядають, передусім, справи зі спорів про право. справи, де відсутній спор про право, законодавець вилучає із судової юрисдикції чи встановлює спрощений порядок їх розгляду, тобто відсутність спору про право між сторонами унеможливає звернення до суду. Крім, зрозуміло, випадків, коли це передбачено безпосередньо законом. Отже, при визначенні необмеженості судової юрисдикції, зосередження робиться саме на спірні правовідносини, розв'язання спорів про право та інших правових питань стосовно взаємних прав та обов'язків суб'єктів, що випливають з цих відносин.

Зазначене дає підстави вважати закріплений у ЦПК перелік справ окремого провадження умовно відкритим, тобто інші, крім перелічених у ст.234 ЦПК, справи можуть розглядатися в окремому провадженні, якщо це передбачено законом. Водночас, в контексті забезпечення реалізації принципу доступності до правосуддя та необмеженості судової юрисдикції, доцільно б було закріпити, що в окремому провадженні при відсутності спору про право можуть розглядатися будь-які вимоги щодо захисту прав та інтересів осіб, якщо в законі не встановлено іншого порядку їх розгляду.

2. Згідно з ч.1 ст.234 ЦПК окреме провадження – це вид незовного цивільного судочинства, в порядку якого розглядаються цивільні справи про підтвердження наявності або відсутності юридичних фактів, що мають значення для охорони прав та інтересів особи або створення умов здійснення нею особистих немайнових чи майнових прав або підтвердження наявності чи відсутності неоспорюваних прав.

Наведене визначення окремого провадження дозволяє зробити висновок, що об'єктом судового захисту в окремому провадженні є як законні інтереси, так й неоспорювані

суб'єктивні права фізичних, юридичних осіб або держави. Способами захисту прав та інтересів в окремому провадженні є підтвердження наявності або відсутності юридичних фактів, що мають значення для охорони прав та інтересів особи або створення умов здійснення нею особистих немайнових чи майнових прав або підтвердження наявності чи відсутності неоспорюваних прав. Отже, передусім критеріями класифікації справ окремого провадження є об'єкт та спосіб судового захисту.

За зазначеними критеріями справи окремого провадження можна класифікувати наступним чином.

За об'єктом судового захисту є підстави виділити дві групи справ окремого провадження :

а) справи, де об'єктом захисту є законні інтереси, які неопосередковані суб'єктивним правом;

б) справи, де об'єктом захисту є неоспорювані суб'єктивні права

За способом судового захисту неоспорюваних прав та законних інтересів справи окремого провадження можна поділити на справи, де:

1) способом захисту є зміна правового статусу фізичної особи;

2) способом захисту є підтвердження наявності або відсутності юридичних фактів, що мають значення для охорони прав та інтересів особи або створення умов здійснення нею особистих немайнових чи майнових прав;

3) способом захисту є підтвердження наявності чи відсутності неоспорюваних суб'єктивних прав фізичних, юридичних осіб або держави;

4) способом захисту є примус до здійснення певних дій, що забезпечують охорону прав та інтересів осіб.

Класифікація справ окремого провадження може здійснюватися її за іншими критеріями. Так, з урахуванням особливостей процесуального порядку розгляду справ можна здійснити їх поділ на справи, які розглядаються судом у складі одного судді і двох народних засідателів(п.п. 1,3,4,9,10 ч.2 ст.234 ЦПК) або одноособово суддею(всі інші справи); на справи, які розглядаються у відкритому або закритому судовому засіданні тощо.

Проблеми інституту підсудності цивільних справ

Інститут підсудності цивільних справ дозволяє розмежувати компетенцію загальних судів по розгляду та вирішенню конкретних справ. Від правильного визначення підсудності залежить швидкість реагування суду на конкретний правовий конфлікт, тому зацікавлені особи, що звертаються до суду, мають чітко дотримуватися правил подання заяв (правил підсудності). Якщо суд встановить, що справа не підсудна цьому суду, заява повертається позивачеві (заявникові) для подання до належного суду. При цьому суд не уповноважений роз'яснювати заявникові – який суд має бути ним обраний. Відповідно затягується в часі судовий захист порушених прав чи охоронюваних законом інтересів.

До набрання чинності новим Цивільним процесуальним кодексом України (далі – ЦПК) актуальним було питання визначення родової підсудності справ. В юридичній літературі до тепер можна зустріти згадку даного виду підсудності. Правила родової підсудності дозволяли визначити якому суду належало розглядати справу по першій інстанції. Необхідність у цьому була викликана особливими правилами подання заяв у певних категоріях цивільних справ. Здебільшого мова йшла про справи, що виникали з адміністративно-правових відносин, окремі з яких мали розглядатися по першій інстанції не місцевим судом, а апеляційною чи касаційною інстанцією. Після набрання чинності ЦПК 2004 року справи, пов'язані з адміністративно-правовими відносинами, стали розглядатися за правилами КАС, тому на цій підставі говорити про існування родової підсудності недоречно.

Слід також звернути увагу, що за ст.107 ЦПК усі справи, що підлягають вирішенню в порядку цивільного судочинства, розглядаються районними, районними у містах, міськими та міськрайонними судами, тобто місцевими судами без жодного виключення з даного правила.

Важливе практичне значення має територіальна підсудність, яка дозволяє визначити конкретний місцевий суд, що безпосередньо має розглядати цивільну справу. За загальним правилом визначається кілька видів територіальної підсуд-

ності: загальна, альтернативна, виключна, договірна, за зв'язком справ та підсудність справ про спори між громадянами України, якщо обидві сторони проживають за її межами. Уявлення про територіальну підсудність є сталими та досить рідко стають предметом дискусії. Однак окремі положення законодавства, що стосуються підсудності цивільних справ, є на наш погляд недосконалими.

Так, ст.110 ЦПК встановлюються правила альтернативної підсудності (підсудності за вибором позивача). В ч.1 цієї статті передбачається, що позови про стягнення аліментів, визнання батьківства, позови, що виникають з трудових правовідносин, можуть пред'являтися також за місцем проживання позивача. Тобто законодавець має на увазі, що ці позови можуть також пред'являтися за загальним правилом за місцем проживання (знаходження) відповідача, але не враховує, що особі, яка не має відповідної юридичної підготовки розібратися з такою правовою конструкцією досить складно. Тому було б доречно передбачити в цій частині, що такі позови можуть пред'являтися як за місцем знаходження відповідача, так і за місцем проживання позивача.

В ч.6 ст.110 ЦПК зазначено, що позови про відшкодування шкоди, завданої майну фізичних або юридичних осіб, можуть пред'являтися також за місцем завдання шкоди. В даному випадку складно простежити законодавчу логіку. Це положення стосується скоріш за все рухомого майна, оскільки всі позови з приводу нерухомого майна подаються за правилами виключної підсудності (за місцем знаходження майна або його основної частини). В останньому випадку підсудність справ є обґрунтованою, зважаючи, що за такими справами суд досить часто проводить огляд доказів за їх місцезнаходженням, викликає свідків, які проживають на території, де знаходиться нерухоме майно тощо. Рухоме ж майно, якому завдана шкода, має властивість переміщуватися і майже ніколи не полишається власником за місцем завдання шкоди, навіть у разі виникнення шкоди в результаті ДТП. Тим більше не доцільно подавати такі позови за місцем завдання шкоди майну, яке має незначні розміри (мобільний телефон, годинник, ювелірні прикраси тощо). Видається, що такі справи мають бути підсудні лише судам за місцезнаходженням відповідача, що дасть змогу уникнути пред'явлення безпідставних позовів.

Не до кінця зрозумілим є питання сутності договірної підсудності. Згідно ст.112 ЦПК сторони мають право письмово

визначити територіальну підсудність справи, крім справ, для яких встановлена виключна підсудність. Ця норма передбачає диспозитивність в діях сторін, яка дозволяє їм обрати найбільш прийнятний суд для розгляду своєї справи, крім випадків, коли закон категорично зазначає до якої судової інстанції має бути поданий позов (виключна підсудність). Але постає питання – чи можна змінити домовленістю сторін загальну територіальну підсудність, зважаючи, що ст.109 ЦПК має також імперативний характер. Вбачається, що дана підсудність не може бути змінена так само, як і виключна підсудність, оскільки домовитися сторони можуть тільки в тому випадку, коли закон надає певну альтернативу у виборі суду, зокрема щодо справ, передбачених ст.110 ЦПК. Тобто договірна підсудність прямо пов'язана з альтернативною. В іншому випадку сторони будуть обирати ті суди, які на їх думку будуть більш доляльно розглядати їх справу. Крім того, будь-яке законодавче закріплення правил підсудності втрачає сенс. Тому було б доцільно передбачити в ст.112 ЦПК, що сторони не можуть змінювати виключну та загальну територіальну підсудність.

Піхурець О.В., старший викладач кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук

Створення спеціалізованого патентного суду України

В останній час спостерігається різке зростання кількості справ у сфері охорони та захисту прав на результати творчої (інтелектуальної) діяльності, які безперечно потребують кваліфікованого судового розгляду. Міжнародна судова практика свідчить, що наявність у судовій системі певної держави спеціалізованого суду для вирішення спорів у сфері прав інтелектуальної власності (особливо відносно тих об'єктів, діє реєстраційний порядок виникнення виключного права) дійсно забезпечує високу ефективність судочинства.

Створення спеціалізованих судів, перш за все, направлено на звільнення судів загальної юрисдикції від розгляду спорів, які потребують спеціальної компетенції, та відповідних знаків у тій чи іншій сфері у суддів. Нажаль суди загальної юрисдикції

кції мають незначні можливості ефективно, та інколи і об'єктивно вирішити спори щодо прав на об'єкти інтелектуальної власності. Це пов'язано з великою завантаженістю суддів і відсутністю у суддів спеціальної підготовки у сфері права інтелектуальної власності.

В свою чергу, Конституція України в положеннях ст. 55 гарантує кожній особі право на належний судовий захист своїх прав і законних інтересів, а також право на оскарження в суді рішень органів державної влади. Далі ст. 125 Конституції України передбачає створення в Україні спеціалізованих судів, судьями яких можуть бути особи, які мають фахову підготовку з питань юрисдикції цих судів. Закон України від 07.02.02 № 3018-ПІ «Про судоустрій України» передбачає утворення в системі судів загальної юрисдикції загальних судів та спеціалізованих судів окремих судових юрисдикцій. При цьому спеціалізованими судами є господарські, адміністративні та інші суди, визначені як спеціалізовані (п. 1, 2 ст. 19). Важливим кроком у цьому напрямку є створення колегії суддів Вищого господарського суду України з розглядом справ, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності та адміністративного суду. Це призвело до того, що схожі за своєю суттю спори, пов'язані із захистом прав інтелектуальної власності, можуть розглядатися не тільки загальними та господарськими судами, а і адміністративними. Таке становище навряд чи зможе забезпечити правильне застосування норм права у сфері захисту прав і охоронюваних законом інтересів учасників процесуальних відносин. Крім того, Указом Президента України від 27.04.01 р. №285/2001 «Про заходи щодо охорони інтелектуальної власності в Україні» надано доручення Кабінету Міністрів України вивчити питання щодо створення спеціалізованого Патентного суду.

Серед форм захисту права найбільш досконалою є судова форма як демократична, універсальна, історично сформована, детально регламентована нормами цивільного процесуального права, що забезпечує у повній мірі принцип рівності сторін та незалежність органу, який розглядає справу, від відомчих інтересів. Лише за таких умов можна говорити про правомірність рішень, винесених судом, і про забезпечення цивільних прав сторін, які беруть участь у процесі. Саме у такому суді мають розглядатись такі складні спори, якими є спори про кваліфікацію об'єктів права інтелектуальної власності (спори, пов'язані з відмовою у видачі патенту чи свідоцтва та про визнання їх недійсним), спори про визнання чи

порушення прав на об'єкти інтелектуальної власності та інші спори, вирішення яких потребує спеціальних знань.

Отже, можна зазначити, що поступово склалися всі об'єктивні причини для створення в Україні спеціалізованого суду з питань захисту права інтелектуальної власності – Патентного суду, в якому мають розглядатись всі спори, що виникають у сфері права інтелектуальної власності. Діяльність якого повинна бути спрямована на звільнення судів загальної юрисдикцій, адміністративного і господарського суду від розгляду спорів, які потребують спеціальної компетенції у цій галузі права. Підготовку кваліфікованих кадрів потрібно спрямувати на освіту, як юридичну, так і технічну чи іншу. Для цього потрібна комплексна програма навчання, підготовки та підвищення кваліфікації суддів щодо набуття необхідних фахових знань у тій чи іншій сфері права інтелектуальної власності.

Кириченко Т.С., доцент кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук

Проблемні питання фактичних шлюбних відносин

Поняття «громадський шлюб» не є синонімом «фактичного шлюбу», оскільки розуміється як поняття незареєстрованого шлюбу. Поняття «громадський шлюб, навпаки означає оформлений в органах державної влади, проте без участі церкви.

Ще в дореволюційні часи (до 1917 р.) обов'язковою умовою законності шлюбу вважалася наявність церковного благословення, закон захищав тільки сімейні відносини, які освічені церквою.

Після виданого 20 лютого 1919 р. Декрету Раднаркому України законним став визнаватися шлюб, укладений в органах державної влади, а шлюб, укладений за церковним обрядом, не створював правових наслідків. Оскільки до революції визнавалися лише церковні шлюби, а громадські не допускалися, то й після 1917 року люди за звичкою вживали термін «громадський шлюб», тобто «фактичний шлюб».

Сьогодні, відносини між чоловіком та жінкою можна назвати фактичним шлюбом, коли пара проживає на одній території, веде спільне господарство, не реєструє свої відносини в органах державної влади. Такі відносини потребують

відповідного правового регулювання, у зв'язку з чим виникає багато невіршених питань.

Проблемні питання фактичних сімейних відносин не вирішив Сімейний кодекс України, прийнятий 10 січня 2002 року, з'явилося нове поняття «жінка та чоловік, які перебувають у шлюбі між собою». Питання про можливість одночасного перебування у фактичному шлюбі з однією особою та зареєстрованому у неприпиненому шлюбі з іншою залишилося не вирішеним, тобто принцип одношлюбності досить часто порушується.

Особи, які погоджуються на фактичний шлюб не можуть захистити свої права та обов'язки у юридичному розумінні, оскільки вони перебувають під захистом відповідно до п.2 ст. 21 СК у зареєстрованому шлюбі. Крім того, у разі потреби ви не зможете підтвердити свої фактичні шлюбні відносини показаннями свідків та доказами. Оскільки зазначені докази не мають доказової сили.

Що стосується особистих немайнових відносин, то і у зареєстрованому та у незареєстрованому шлюбі у чоловіка та жінки рівні права та обов'язки: вони вільні у виборі професії, знань, совісті, релігії тощо, теж стосується виховання неповнолітніх дітей, але право змінити своє прізвище на прізвище іншого учасника сімейних відносин виникає лише у зв'язку з реєстрацією шлюбу.

Ще однією проблемою фактичних шлюбних відносин є визнання походження дитини, коли батько не бажає визнати своє батьківство. Тобто, якщо дитина народилася у зареєстрованому шлюбі, батьком записується чоловік, а матір'ю – дружина. Що стосується незареєстрованого шлюбу, то у даному випадку батьківство встановлюється через суд.

Існують проблеми і майнового характеру. Так, за загальним правилом: майно осіб, які знаходиться у зареєстрованому шлюбі є їхньою спільною сумісною власністю, що ж стосується фактичного шлюбу, то відповідно до ст. 74 СКУ, яка вказує, що жінка й чоловік проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою, майно. Набуте ними за час спільного проживання, належить їм на праві спільної сумісної власності, якщо інше не встановлено письмовим договором між ними. Труднощі виникають при розпаді фактичного шлюбу через відсутність можливостей визнання моменту, з якого, власне виникає фактичний шлюб, а також, коли ще існує і зареєстрований шлюб окрім фактичного. Особи, які спочатку жили у фактичному шлюбі, а потім зареєстрували

його у зв'язку з народженням дитини, відповідно до п.1 ч.1 ст. 57 СКУ, майно, яке було набуто ними за час спільного проживання, але до реєстрації шлюбу, не є спільним майном подружжя.

Спірною є ситуація, коли майно, придбане фактичними подружжям оформлюється на когось одного з подружжя. На практиці єдиним вирішенням такого питання є договірний спосіб упорядкування фактичних відносин. І є майже єдиним способом захисту прав та інтересів його учасників.

Існують також відмінності зареєстрованого шлюбу від фактичного у сфері укладання договорів. Так, договір, укладений одним із учасників фактичних шлюбних відносин в інтересах сім'ї з третьою особою, не створює обов'язків для іншого учасника, якщо у договорі не вказано інше. У разі укладення одним із фактичного подружжя стосовно спільного майна договір, який потребує оформлення у нотаріуса або підлягає державній реєстрації, згода іншого не вимагається. При зареєстрованому шлюбі така згода не тільки вимагається, а й має бути належним чином оформлена (нотаріально).

Існують також проблеми при спадкуванні. Так, у разі смерті одного з фактичного подружжя, другий може сподіватися на розмір спадщини тільки якщо на його користь був залишений заповіт, або він знаходився на утриманні. Але з прийняттям нового Цивільного кодексу України становище таких осіб дещо змінилося, так з появою ст. 1264 ЦК, осіб, які проживали зі спадкодавцем однією сім'єю не менш ніж п'ять років до часу відкриття спадщини, віднесено до четвертої черги спадкування за законом.

Що стосується аліментних майнових прав на утримання, то вони не залежать від того, в якому шлюбі ви перебуваєте. Чинне законодавство передбачає можливість отримання аліментів і у зареєстрованому шлюбі – ст. 75 СКУ та у фактичних шлюбних відносинах – ст.76, 91 СКУ.

Переваги є у зареєстрованому шлюбі стосовно матеріальної підтримки чоловіка та дружини, так у разі фактичного шлюбу є вимоги: відносини між жінкою та чоловіком мають тривалий характер, є умова – на аліменти має притой з учасників фактичних відносин, який став непрацездатним під час спільного проживання, або з нею проживає їх дитина, що стосується законних чоловіка і дружини, то вони мають матеріально підтримувати один одного незалежно від будь яких обставин.

Хотілось би зазначити що спірних питань значно більше, ніж було окреслено вище, вирішення багатьох з них потребує окремого наукового дослідження. Виходячи з проведеного аналізу можна сказати, що відносини, які випливають з шлюбу, який зареєстровано, є стабільними стосовно охорони прав та інтересів подружжя та їх дітей.

Що стосується легалізації фактичних шлюбних відносин, то здається це неможливим, бо надання фактичному подружжю таких самих прав, як і зареєстрованому – означає дискримінацію шлюбу. Також це може призвести до скасування принципу моногамності шлюбу, втрати юридичних критеріїв для розмежування шлюбів, що відповідають вимогам держави, і тих, що набувають її правового захисту без реєстрації.

Література: Бондаренко М.О., Савченко Л.А. Цивільне та сімейне право: Загальна частина (конспект лекцій). – Ірпінь, 2001. – С.23. 2) Злотник І Юридичні особливості фактичних шлюбних відносин //юридичний журнал. № 18 (28) 2004. с. 36-38. 3) Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України /За ред. Ю.С. Червоного. – К., 2003. – С.50. 4) Пацурківський Ю.П. Цивільне та сімейне право України. – Чурнівці, 2003 рік. – С.145. 5)Сімейне право України /Т.О. Ариванюк, І.А. Бірюков, В.С. Гопанчук; Під ред. В.С. Гопанчук. – К., 2002. – С. 68. 6) Цивільне та сімейне право України / Е.М. Бондарів В.В. Васильякно. – Д., 2003 рік. С. 345.

Бортнік О.Г., викладач кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук

Зловживання правом, пов'язаним із повідомленням учасників цивільного процесу

Цивільний процесуальний кодекс, надаючи сторонам та іншим особам, які беруть участь у справі, широкий комплекс засобів процесуального захисту, майже не передбачає відповідальності за їх зловживання. Відповідно до ст. 27 ЦПК України особи, які беруть участь у справі зобов'язані добросовісно користуватися своїми процесуальними правами.

Найбільш розповсюдженим зловживанням, що пов'язані із викликами та повідомленнями, є недобросовісне посилення особи на своє незнання щодо судового процесу, в якому ця особа умисно не взяла участь. Таке клопотання може бути заявлено як в першій інстанції, так і при оскарженні судового рішення. Судова практика свідчить, що недобросовісна особа може вибрати декілька способів поведінки: відмова від

прийняття судової повістки, введення суду в оману щодо свого дійсного місця проживання, посилення на невиконання уповноваженими особами про вручення судової повістки.

Затягуванню розгляду цивільних справ сприяють і самі суди. З певних об'єктивних чи суб'єктивних причин судові повістки не надсилаються рекомендованими листами із повідомленнями чи через кур'єра. Правила ст. 76 ЦПК щодо вручення судових повісток відповідним житлово-експлуатаційним організаціям або виконавчому органу місцевого самоврядування майже не виконуються. Недотримання порядку повідомлення осіб про судовий процес створює «сприятливу ґрунт» для зловживання заінтересованими особами своїми процесуальними правами, пов'язаними із явкою до суду.

Попередження зловживанню процесуальними правами, як невиконання обов'язку добросовісного використання прав, є одним із основних завдань, які необхідно поставити перед наукою цивільного процесуального права.

Заходи процесуального примусу відповідно до статті 90 ЦПК України передбачають можливість застосування попередження за порушення порядку під час судового засідання або невиконання учасниками цивільного процесу та іншими особами, присутніми в судовому засіданні, розпоряджень головуєчого.

Разом із тим, в нормах інших галузей права передбачено відповідальність осіб, які беруть участь у справі, за невиконання певних цивільних процесуальних обов'язків.

Відповідно до статті 185-3 кодексу України про адміністративні правопорушення передбачені штрафи за неповагу до суду, що виразилась у злісному ухиленні від явки в суду свідка, потерпілого, позивача, відповідача або в невідповідності зазначених осіб та інших громадян розпорядженню головуєчого чи в порушенні порядку під час судового засідання, а так само вчинення будь-ким дій, які свідчать про явну неповагу до суду або встановлених у суді правил.

Можливість притягнення сторін цивільного процесу до адміністративної відповідальності, зокрема, за злісне ухилення від явки до суду суперечить засадам диспозитивності цивільного процесуального права. Втім, це має важливу превентивну роль та може попередити зловживання з боку сторін з правом бути присутніми на судовому засіданні та затягнути судовий процес.

Разом із тим, цивільне процесуальне законодавство передбачає інші негативні, але вже суто процесуальні наслідки за неявку сторін до суду. Так, відповідно до ст. 207 ЦПК суд залишає заяву без розгляду, якщо належним чином повідомлений позивач повторно не з'явився в судове засідання без поважних причин або повторно не повідомив про причини своєї неявки. Неявка без поважних причин відповідача відповідно до ст. 224 ЦПК, у свою чергу, тягне за собою призначення судом заочного розгляду справи.

Таким чином, можна стверджувати, що встановлення відповідальності за зловживання правами, пов'язаними із повідомленням осіб про судовий розгляд, є єдиним засобом протидії цьому, але, з іншої сторони, суперечить засадам диспозитивності цивільного процесу. У зв'язку із цим, керуватись при вирішенні цієї проблеми публічними інтересами у відправленні правосуддя та встановлювати адміністративну відповідальність за неявку сторін до суду є оптимальним. Для вирішення зазначеної проблеми необхідно посилити суто процесуальні заходи.

Апанасюк М.П., доцент кафедри цивільно-правових дисциплін навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук

Особливості правового врегулювання недоторканості житла

1. Згідно пануючої в теорії цивільного права точки зору, яка знайшла своє практичне втілення в чинному цивільному законодавстві України (ст. 311 ЦК), цивільне право на недоторканність житла прийнято розглядати в якості одного із особистих немайнових благ фізичних осіб. У відповідності до даної нематеріальної концепції праву на недоторканність житла властиві всі ознаки, що й переважній більшості інших особистих немайнових прав фізичних осіб. Зокрема, це такі його ознаки як: нематеріальний позаекономічний характер, невідчужуваність та невід'ємність від фізичної особи, абсолютність захисту. Віднесення даного права до особистих немайнових прав фізичних осіб видається цілком обґрунтова-

ним з огляду на об'єктивний нематеріальний зміст відносин з недоторканності житла, що повсякденно мають місце на практиці.

2. На відміну від інших природжених немайнових благ право на недоторканність житла не завжди належить будь-якій фізичній особі від народження, а може набуватися нею в результаті реалізації своє цивільної право-дієздатності; шляхом набуття суб'єктивного речового права на житло. Відтак, тільки за умови наявності в особи суб'єктивного речового права на житло вона набуває суб'єктивне немайнове право на його недоторканність. У зв'язку з тим є слушною думка відносно того, що право на недоторканність житла не носить самостійного характеру, оскільки воно є залежним (або похідним) від наявності в особи суб'єктивного речового права на житло. Спроби розглядати право на недоторканність житла у відриві від речового права на житло, або виводити його зміст зі змісту останнього, не мають сенсу, оскільки для того немає об'єктивного практичного підґрунтя.

3. Об'єктом даного права виступає таке немайнове благо як недоторканність житла під якою в науці цивільного права розуміється «автономное решение управомоченным вопросом о режиме в своем жилище, правилах приема и поведения гостей»¹. Видається, що більш влучно буде під недоторканністю житла як благом розуміти забезпечену законом можливість вільного панування фізичної особи у своєму житлі (ст. 379 ЦК) або тимчасовому місці перебування, захищену від будь-якого посягання з боку кого-небудь. Не дивлячись на те, ЦК України спеціально не врегульовує відносин з недоторканності місця тимчасового перебування фізичної особи вважаємо, що відповідні положення цивільного законодавства щодо недоторканності житла мають за аналогією поширюватися й на цей вид цивільних відносин.

4. Суб'єктами права на недоторканність житла, окрім власника або наймача житла, визнаються також члени їх сім'ї у яких дане право виникає в силу визнання за ними законом (ст. 405 ЦК) сервітутного права на проживання в даному житлі. Разом вмісті взятих даних осіб можна розглядати в якості «господарів житла». Обов'язковими умовами визнання членами сім'ї права на недоторканність житла є умови про

¹ Малеина М.Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. – 2-е изд., испр. и доп. – М.: МЗ Пресс, 2001. – С.189.

спільне проживання в одному житловому помешканні (житлі) та спільне ведення господарства, разом з власником житла або його наймачем.

5. Змістом даного суб'єктивного права визнається можливість фізичної особи вільно на власний розсуд визначати правовий режим у своєму житлі або місці тимчасового перебування, правила прийому і поводження гостей, відхиляти будь-які спроби вторгнення в житло в супереч її бажанню, крім випадків прямо передбачених у законі, а також вимагати від інших осіб звільнення житла.

Особливістю реалізації даного права є те, що воно не може однаково здійснюватись уповноваженою особою у декількох місцях проживання одночасно. Якщо в особі є два або більше житлових помешкання, то позитивний зміст (повноваження на власні дії) свого права на недоторканність житла фізична особа може здійснювати лише в тому житлі в якому вона фактично перебуває.

Варто також відмітити, що перебування фізичної особи поза межами свого житла не позбавляє її суб'єктивного права на недоторканність житла. В цьому разі, зацікавлена особа, в разі проникнення до її житла сторонніх осіб і незаконного перебування в ньому, може вимагати звільнення ними житла.

Сакара Н.Ю., асистент кафедри цивільного процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, канд. юрид. наук

Здійснення правосуддя виключно судом в контексті статі 6 про захист прав людини та основоположних свобод

1. Здійснення правосуддя виключно судом інтерпретується як принцип судочинства. Його закріплено у ст. 124 Конституції України, ст. 5 Закону України «Про судоустрій України», а також на рівні галузевого законодавства. Вказаний принцип впливає з діючих засад поділу державної влади України на три види – законодавчу, виконавчу та судову, які мають виконувати лише притаманні їм функції й урівноважувати одна одну. Відповідно до нього правосуддя в Україні здійснюється виключно судами. Делегування функцій судів,

а також їх привласнення іншими органами чи посадовими особами не допускається.

2. Пункт 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод закріплює право кожного на справедливий і публічний судовий розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення. До принципу здійснення правосуддя виключно судом безпосереднє відношення мають наступні положення Конвенції:

- спір має розглядатися судом;
- він повинен бути встановленим законом;
- суд повинен відповідати вимогам незалежності та безсторонності.

3. Під «судом» у практиці Європейського суду з прав людини розуміється будь-який юрисдикційний орган, що вирішує питання, віднесені до його компетенції на підставі норм права, відповідно до встановленої процедури. Відповідно до ч. 3 ст. 124 Конституції України судочинство здійснюється Конституційним судом та судами загальної юрисдикції. Система судів загальної юрисдикції в Україні будується за принципами територіальності і спеціалізації (ч. 1 ст. 125 Конституції України). Частина 2 ст. 18 Закону України «Про судоустрій України» закріплює, що систему судів загальної юрисдикції складають місцеві суди, апеляційні суди, Апеляційний суд України, вищі спеціалізовані суди, Верховний суд України.

4. Суд має бути встановленим законом. Вказана фраза, виходячи з практики Європейського суду з прав людини, поширюється не лише на правову основу самого існування «суду». Так, наприклад, у справі Коем та інші проти Бельгії Суд дійшов висновку, що національний суд не мав юрисдикції судити деяких заявників, керуючись практикою, яка не мала регулювання законом, і, таким чином, не міг вважатися судом, «встановленим законом». В іншій справі Сокурєнко і Стригун проти України Суд зазначив, що згідно зі статтею 11118 ГПК Верховний Суд, скасувавши постанову Вищого господарського суду, міг або повернути справу на новий розгляд до нижчого суду, або ж припинити провадження у справі. Натомість він залишив у силі постанову апеляційного суду, і такі дії не були передбачені ГПК. Крім того, не було жодної іншої правової норми, яка б надавала повноваження

Верховному Суду ухвалювати такого роду рішення. Загальні положення Конституції України не могли слугувати достатньою правовою підставою для такої специфічної компетенції, яка не надавалась відповідним законодавством. На думку Європейського суду, перевищивши свої повноваження, які були чітко викладені у ГПК, Верховний Суд не може вважатися «судом, встановленим законом» у значенні пункту 1 статті 6 Конвенції. У справі Посохов проти Росії Європейський суд з прав людини зазначив, що вираз «створений на підставі закону» стосується не лише до регламентації самого існування суду в силу закону, але й до законності складу суду

Таким чином, враховуючи практику Європейського суду з прав людини, суд буде вважатися встановленим законом лише за умови, що він утворений безпосередньо на підставі закону, діє в межах своєї предметної, функціональної та територіальної юрисдикції у законному складі суду й вирішує справу на підставі діючих норм права.

5. З практики Європейського суду з прав людини випливає, що при визначенні того, чи відповідає суд вимозі незалежності слід враховувати спосіб призначення членів суду, строк перебування їх на посаді, існування гарантій від зовнішнього впливу та наявність у суду зовнішніх ознак незалежності. Вказана вимога, на наш погляд, відображається на рівні національного законодавства у змісті міжгалузевого принципу незалежності суддів та підкорення їх лише закону, який закріплений ст. 126 Конституції України, ст. 14 Закону України «Про судоустрій України», ст.ст. 11-13 Закону України «Про статус суддів», а також галузевим законодавством.

Стосовно вимоги безсторонності Європейський суд виділив два аспекти. По-перше, орган, який розглядає справу, повинен бути безстороннім суб'єктивно, тобто жоден його член не повинен мати будь-якої особистої зацікавленості або упередженості. Вважається, що суддя є неупередженим, якщо немає доказів, які б свідчили про протилежне. По-друге, такий орган повинен також бути безстороннім з об'єктивного погляду, тобто він повинен надати достатні гарантії, які б виключали будь-які законні сумніви стосовно цього. Так, наприклад, у справі Бушемі проти Італії стосовно об'єктивної безсторонності було зазначено, що представники судової влади мають виявляти щонайбільшу стриманість при виконанні ними службових обов'язків для того, щоб гарантувати репутацію безстороннього судочинства. Почуття стриманості має підказати їм не робити заяв у пресі навіть у відповідь на

провокації. Той факт, що голова суду публічно вжив такі вислови, які натякали на негативну оцінку самого заявника, ще до того, як суд під його головуванням мав винести рішення у справі; дійсно, не видається сумісним з вимогами про безсторонність суду, закріпленими в пункті 1 статті 6 Конвенції

6. На підставі наведеного, здійснення правосуддя виключно судом означає реалізацію судової влади та відтворення процес розгляду та вирішення справ виключно судами, створеними на підставі закону, що діють у законному складі суду з додержанням вимог предметної, функціональної та територіальної юрисдикції, відповідають вимогам незалежності та безсторонності й застосовують норми чинного законодавства України. Делегування функцій судів, а також їх привласнення іншими органами чи посадовими особами не допускається.

*Жушман М. В., асистент кафедри цивільного процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого
канд. юрид. наук*

Деякі питання юрисдикції адміністративних судів по розгляду виборчих спорів

1. Виділення та організаційне оформлення адміністративного судочинства поставило перед правниками ряд завдань теоретичного та практичного характеру. На сучасному етапі державотворення важливо правильно та чітко визначити завдання та суть адміністративної юстиції, оскільки дані питання є визначальними для формування сучасної моделі адміністративного судочинства. Запровадження адміністративного судочинства як окремої юрисдикційної діяльності спеціалізованих судів є не просто елементом вдосконалення судової системи України та засобом розвантаження загальних та господарських судів, а реалізацію об'єктивної потреби існуванні спеціального судового механізму вирішення правих спорів в сфері публічно-правових відносин.

Як відомо, до набрання чинності Кодексом адміністративного судочинства, справи, які виникають з публічно-правих відносин розглядалися загальними судами за правилами розділу III-Б Цивільного процесуального кодексу України (1963 р.). При цьому традиційно адміністративну юстицію розглядали як спосіб захисту прав та інтересів приватних

осіб у відносинах з суб'єктами владних повноважень. При цьому справи цього виду провадження розглядались в якості справ безспірного провадження. Прийняття Кодексу адміністративного судочинства України (далі - КАС) поставило перед правниками коло питань, які потребують вирішення.

Так, п.1 ч.1. ст. 3 КАС справою адміністративної юрисдикції є переданий на вирішення адміністративного суду публічно – правовий спір, у якому хоча б однією зі сторін є орган виконавчої влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова чи службова особа або інший суб'єкт, який здійснює владні управлінські функції на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень. В розвиток цього положення ч.2 ст. 4 КАС визначена юрисдикція адміністративних судів яка поширюється на всі публічно – правові спори, крім спорів, для яких встановлений інший порядок судового вирішення. Очевидно, що значення даного терміну не охоплює цілу низку справ, які відповідно до норм КАС віднесені до юрисдикції адміністративних судів – справи, що виникають з виборчих правовідносин.

2. На сьогоднішній день актуальним залишається питання про критерії відмежування судових юрисдикцій. Так, загально прийнятим вважалось відмежування не деліктних юрисдикцій за наявністю спору про право, характером спірних правовідносин та суб'єктним складом (ст. 24 ЦПК України 1963 р., ст.1 ГПК України). З прийняттям нових цивільного процесуального кодексу та Кодексу адміністративного судочинства України в якості такого критерію можна виділити характер спірних правовідносин. Відповідно до ч.1 ст. 15 ЦПК України суди розглядають в порядку цивільного судочинства справи про захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів. Що виникають із цивільних, житлових, земельних, сімейних, трудових відносин, а також інших правовідносин, крім випадків, коли розгляд таких справ проводиться за правилами іншого судочинства.

Відповідно до ст. 12 ГПК України господарським судам підвідомчі справи у спорах, що виникають при укладанні, зміні, розірванні і виконанні господарських договорів та з інших підстав; справи про банкрутство; справи за заявами органів Антимонопольного комітету України, Розрахункової палати з питань, віднесених законодавчими актами до їх компетенції.

Як зазначалось, відповідно до ст. 4 КАС юрисдикція адміністративних судів яка поширюється на всі публічно – правові спори, крім спорів, для яких встановлений інший поряд-

док судового вирішення. Таким чином, категорія «публічно – правовий спір» вказує на дві основні ознаки справ віднесених до адміністративної юрисдикції. По-перше, це характер справи – спір, що відмежовує адміністративну юрисдикцію від конституційної, кримінальної та провадження у справах про адміністративні правопорушення, які також належать до публічної юрисдикції. По-друге, це характер спору – публічний, який вказує на присутність публічно – правового інтересу в спірних правовідносинах, що відрізняє адміністративну юрисдикцію від цивільної або господарської.

Враховуючи викладене, вважаємо, що наявність суб'єктного критерію розмежування судових юрисдикцій також не можна заперечувати, проте він не має такого визначального характеру як у справах, які віднесені до господарської юрисдикції. Пункт 1 ч.1. ст. 3 КАС визначаючи поняття адміністративної справи вказує на наявність суб'єктного критерію. Так, справою адміністративної юрисдикції є переданий на вирішення адміністративного суду публічно – правовий спір, у якому хоча б однією зі сторін є орган виконавчої влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова або службова особа або інший суб'єкт який здійснює управлінські функції на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень. Таким чином, однією із сторін в адміністративній справі обов'язково повинен бути суб'єкт владних повноважень в значенні п.7 ч.1. ст. 3 КАС. Разом з тим ч.1 ст. 50 КАС визначає, що сторонами в адміністративному процесі є позивач та відповідач. Позивачем в адміністративній справі можуть бути громадяни України, іноземці чи особа без громадянства, підприємства, установи, організації (юридичні особи). Суб'єкти владних повноважень (ч.2 ст.50 КАС). Відповідно до ч.3 ст. 50 КАС відповідачем в адміністративній справі є суб'єкт владних повноважень, якщо інше не встановлено цим Кодексом. Пункт 9 ч.1 ст. 3 передбачає можливість звернення вимоги позивача тільки до суб'єкта владних повноважень, а й до інших осіб.

Наприклад розглянемо суб'єктний склад справ, які виникають при проведенні процедури виборів народних депутатів України. відповідно до ч.1 ст. 175 КАС України Претенденти можуть оскаржувати дії чи бездіяльність кандидатів, їхніх довіреноносців, осіб, партії (блоку), місцевої організації партії (блоку місцевих організацій партій), їхніх посадових осіб та уповноважених осіб, ініціативних груп референдуму, інших суб'єктів ініціювання референдуму, офіційних спостерігачів від суб'єкта

виборчого процесу, що порушують законодавство про вибори чи референдум, мають кандидат, партія (блок), місцева організація партії (блок місцевих організацій партій), які є суб'єктами відповідного виборчого процесу, ініціативна група референдуму, інші суб'єкти ініціювання референдуму. Згідно ст. 103 Закону України «Про вибори народних депутатів України» (від 7 липня 2005 року N 2777-IV) в якості суб'єктів, які мають право на подання скарги, що стосується процесу виборів депутатів визначені: кандидат у депутати, партія (блок) – суб'єкт виборчого процесу в особі її керівника (керівників блоку), представника партії (блоку) у Центральній виборчій комісії, уповноваженої особи партії (блоку) чи іншої особи, уповноваженої рішенням центрального керівного органу партії (керівного органу блоку), офіційний спостерігач від партії (блоку), виборча комісія, яка здійснює повноваження щодо організації підготовки та проведення виборів депутатів, у особі її голови чи уповноваженого рішенням виборчої комісії члена виборчої комісії, виборець, виборчі права або охоронювані законом інтереси щодо участі у виборчому процесі якого, у тому числі на участь у роботі виборчої комісії чи на здійснення спостереження, порушено рішенням, дією чи бездіяльністю суб'єкта оскарження. Таким чином, наведений приклад дає можливість зробити висновок, що сторонами по даній категорії справ, можуть бути особи жодна з яких не є суб'єктом владних повноважень. В даному випадку, кандидат в депутати (позивач) та кандидат в депутати (відповідач).

Враховуючи наведене, можна дійти висновку, що при віднесенні окремих категорій справ до юрисдикції адміністративного суду застосовується виключно предметний критерій.

Єфременко В.В., асистент кафедри цивільного процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Деякі питання виконання судових рішень про стягнення аліментів на дітей

Згідно ст. 1 Закону України «Про виконавче провадження» від 21 квітня 1999 р. (далі – Закон) виконавче провадження як завершальна стадія судового провадження визначено як сукупність дій органів і посадових осіб, спрямованих

на примусове виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб), які здійснюються на підставах, у спосіб та в межах повноважень, визначених цим Законом, іншими нормативно-правовими актами, виданими відповідно до цього Закону підлягають примусовому виконанню.

Виконавче провадження характеризується, перш за все, колом суб'єктів. Так, при розгляді справ про стягнення аліментів на дітей за певних обставин (наприклад, коли таку вимогу заявлено одночасно із вимогою про позбавлення батьківських прав або відібрання дитини без позбавлення батьківських прав) особою, яка бере участь у справі, може бути прокурор. В той же час у ЦПК відсутня норма, яка б надавала прокурору право отримати виконавчий лист в суді. Таким чином складається ситуація, за якої суди практично видають виконавчі листи без достатніх правових підстав.

Згідно зі ст. 18 Закону державний виконавець відкриває виконавче провадження на підставі виконавчого документу за заявою стягувача або його представника про примусове виконання, за заявою прокурора у випадках представництва інтересів громадянина або держави в суді та в інших передбачених законом випадках. Відповідно до п. 3 ст. 13 Закону прокурори не можуть бути представниками у виконавчому провадженні, крім випадків, коли вони діють як законні представники або як уповноважені особи органу, що є стороною виконавчого провадження. Проте, згідно ст. 10 Закону прокурор не віднесений до осіб, які є учасниками виконавчого провадження, та відповідно до ст. 383 ЦПК він не є особою, яка має право звертатися до суду зі скаргою на рішення, дії чи бездіяльність державних виконавців.

У науковій літературі, аналізуючи підстави участі прокурора у виконавчому провадженні, процесуалісти наголошують на можливості прокурора брати участь у виконавчому провадженні лише в одній формі – ініціюванні його, за умови, що він брав участь у такій справі в суді. Видається, що здійснені прокурорами представницької функції у виконавчому провадженні має ґрунтуватись на положенні ч. 2 ст. 45 ЦПК з урахуванням легального визначення виконавчого провадження стадії цивільного судочинства. Проте, з метою зняття невизначеності у процесуальному статусі прокурора у виконавчому провадженні та припинення дискусій щодо цього питання, жаним було б внесення змін до законодавства.

Останнім часом є актуальними питання процедури повноваження судових рішень і видачі виконавчих документів.

випадках проживання сторін на територіях різних держав, особливо по аліментних справах. Ця проблема знайшла своє вирішення із прийняттям Закону України від 20 липня 2006р. «Про приєднання України до Конвенції про стягнення аліментів за кордоном», відповідно до якого зазначена Конвенція, укладена у м. Нью-Йорк 20 червня 1956 року, набула чинності для України. Таким чином, Україна взяла на себе зобов'язання виконувати на своїй території рішення щодо стягнення аліментів судів 61 держав, що приєдналися до цієї Конвенції, та отримала можливість виконання рішень відповідних вітчизняних судів на територіях цих держав. Наказом Міністерства юстиції України від 29 грудня 2006 р. № 121/5 (zareєстрованим в Міністерстві юстиції України 29.12.2006 р. за № 1390/13264) затверджено Інструкцію про виконання в Україні Конвенції про стягнення аліментів за кордоном, якою застосування цієї Конвенції впорядковується.

Суттєвою рисою зазначеного міжнародного нормативно-правового акту є те, що ним встановлюється не тільки порядок виконання постановлених рішень судів про стягнення аліментів, які набули законної сили, але й процедура звернення до органу, повноважного розглядати вказані категорії справ. Питання про стягнення аліментів за кордонами України порушується фізичною особою на своє утримання або на користь іншої особи, а також юридичною особою, що має право порушувати питання про стягнення аліментів на дитину або іншу особу в установлених законодавством випадках, або належним чином уповноваженим представником відповідної особи. Заява оформлюється відповідно до п. 8 Інструкції та надсилається через територіальне управління юстиції до Міністерства юстиції України, яке, своєю чергою, надсилає заяву повноважному органу іноземної держави протягом місяця від дня її надходження та письмово повідомляє позивача про хід та результати розгляду заяви. У разі, коли відсутнє рішення суду України про стягнення аліментів з відповідача, який проживає за кордоном, або згідно із законодавством іншої держави вирішення питання здійснюється за місцем проживання відповідача, або коли потребує вирішення питання про зміну розміру аліментів, до компетентних органів такої держави надсилаються документи, необхідні для розгляду справи по суті.

Звернення про визнання і виконання рішення суду України про стягнення аліментів на території іншої держави подається позивачем або уповноваженою на це особою пись-

мово в довільній формі. клопотання про визнання і виконання рішення про стягнення аліментів надсилається визначеному органу відповідної держави протягом місяця від дня його надходження. Про хід та результати розгляду цього клопотання Міністерство юстиції України письмово повідомляє позивача.

Питання про стягнення аліментів або про визнання і виконання рішення про стягнення аліментів на користь особи, що проживає за кордоном, в Україні вирішується з урахуванням ЦПК України та Закону України «Про міжнародне приватне право». У разі, якщо у відносинах між Україною та відповідною державою діє міжнародний договір, що містить спеціальні норми міжнародного приватного права (колізійні норми) або процесуальні норми, застосовуються норми такого міжнародного договору. Виконання рішень судів на території України здійснюється відповідно до законодавства України. Згідно ч. 2 ст. 393 ЦПК Інструкцією визначено повноважні органи державної влади, які можуть звернутись з відповідним клопотанням до суду – територіальні відділення Міністерства юстиції України. Проте, крім загальних підстав та порядку визнання та виконання рішень іноземних судів, визначених у розділі VIII ЦПК, абз. 2 п. 30 Інструкції передбачає, що після набрання законної сили судовим рішенням України, що задовольняє таку заяву (клопотання), територіальне управління юстиції на підставі доручення позивача одержує виконавчий лист і звертається до компетентного органу Державної виконавчої служби з метою забезпечення стягнення коштів та їх надіслання заявнику на підставі рішення суду України про стягнення аліментів або ухвали суду України про надання дозволу на примусове виконання іноземного рішення.

Таким чином, Міністерство юстиції фактично бере участь у розгляді таких категорій справ, отримує виконавчий лист, передає його до органів Державної виконавчої служби. Однак, по-перше, законодавство не передбачає право державних органів отримувати виконавчі листи. По-друге, Закон не містить жодних застережень щодо можливості компетентних державних органів бути учасниками виконавчого провадження. Натомість, відповідно до ст. 8 Закону, контроль за своєчасністю, правильністю, повнотою виконання рішень державним виконавцем здійснюють начальник органу державної виконавчої служби, якому безпосередньо підпорядкований державний виконавець, та керівник вищестоящого

органу. Тобто механізм контролю за діями державного виконавця у цьому випадку здійснюватиметься у межах відомства, без можливості звернення до суду. Таким чином, в обох зазначених прикладах у законодавстві наявні прогалини, які мають бути усунені законодавцем.

Шадура Д.М., асистент кафедри цивільного процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Окремі питання розмежування цивільної і адміністративної судових юрисдикцій

Історично цивільна юрисдикція була первинною до господарської і адміністративної видів судової юрисдикції, всі судові процеси вийшли так би мовити з колиски цивільного процесу. У зв'язку з цим цілком обґрунтовано частиною 2 ст. 19 Закону України «Про судоустрій України» господарські і адміністративні суди визначені як спеціалізовані.

Поряд зі спеціалізованими у системі судів загальної юрисдикції діють загальні суди, юрисдикція яких при доктринальному тлумаченні статей 15 ЦПК, 12 ГПК і 17 КАС є відносно визначеною у порівнянні з господарською і адміністративною судовими юрисдикціями, спосіб визначення яких носить абсолютний характер. У наслідок такого підходу діє правило, за яким у порядку цивільного судочинства розглядаються будь-які справи, якщо їх розгляд не віднесено до інших видів судочинства (ч. 1 ст. 15 ЦПК). Це повністю узгоджується зі сталою в науці концепцією про універсальний характер цивільної процесуальної форми, яка в принципі може бути використана для захисту будь-яких суб'єктивних прав чи охоронюваних законом інтересів [1, с. 57].

Одним з ключових питань інституту судової юрисдикції є визначення критеріїв, за якими здійснюється розмежування юрисдикції різних ланок судової системи між собою. Сталим у науці цивільного процесуального права є підхід, за яким серед загальних критеріїв визначення судової юрисдикції виділяють предметний (характер спірних матеріальних правовідносин) і суб'єктний (суб'єктний склад цих правовідносин) критерії.

Юрисдикція адміністративних судів виділена з цивільної та господарської юрисдикції одночасно за предметною (пуб-

лічно-правові спори) та суб'єктною ознаками (органи і особи, що здійснюють владні управлінські функції). Разом з тим слід враховувати, що у адміністративному судочинстві предметний та суб'єктний критерії, на відміну від цивільної і господарської юрисдикції, є не самостійними, взаємодоповнюючими, а випливають один з одного. Так, відповідно до пункту 1 ст. 3 КАС під публічно-правовим спором розуміється спір, у якому хоча б однією зі сторін є орган виконавчої влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова чи службова особа або інший суб'єкт, який здійснює владні управлінські функції на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень. Таким чином, з наведеного визначення видно, що поняття «публічно-правовий спір» не має власного так би мовити матеріального визначення і визначається через суб'єктну ознаку (органи і особи, що здійснюють владні управлінські функції). Відсутність такого визначення повністю узгоджується з позицією тих науковців, які констатують неможливість чіткого розмежування приватного і публічного права, визначення критеріїв приватних і публічних інтересів [2, с. 10]. Як зазначається у юридичній літературі «публічне» та «приватне» у правовому регулюванні інколи мають інтегрований характер й утворюють певну єдність правового регулювання, саме тому визначення юрисдикції адміністративних судів шляхом віднесення до неї публічних правових спорів, з одного боку, призводить до конкуренції юрисдикцій, а з іншого – до розділу юрисдикції чи подвійної юрисдикції одних і тих же спорів [3, с. 7].

На сьогоднішній день слід констатувати, що практично будь-яка приватноправова галузь права містить «вкраплення» публічно-правових норм і окремих правових інститутів. Наприклад, аліментні зобов'язання у сімейному праві, інститут дисциплінарної відповідальності – у трудовому, інститут відводу земельних ділянок та їх вилучення у земельному законодавстві, встановлення тарифів за договорами про надання комунальних послуг, надання дозволів на перебудову жилих приміщень – у житловому тощо. Варто погодитися, що у цих та інших подібних ситуаціях суб'єкт владних повноважень вступає у правовідносини, які не мають ознак підлеглості чи підпорядкування, притаманних для адміністративних правовідносин.

Таким чином, ключем до розв'язання проблеми визначення адміністративної юрисдикції, як вбачається, є поняття «владні управлінські функції» суб'єкта владних повноваже-

У тих правовідносинах, де суб'єкт публічного права здійснює такі функції – слід визнати наявність адміністративної юрисдикції на вирішення спору, і навпаки, де таких функцій суб'єкт публічного права не здійснює – слід констатувати наявність цивільних правовідносин (у широкому розумінні).

Так, по суті не є публічно-правовим спір за участю суб'єкта владних повноважень, публічного права, з одного боку, та суб'єкта приватного права – з іншого, коли управлінські дії суб'єкта владних повноважень спрямовані на створення, зміну або припинення її цивільних прав. У такому випадку є спір про право (цивільне), а тому справа не підлягає розгляду в порядку адміністративного судочинства [4, с. 15]. Така позиція крім того узгоджується з практикою Європейського суду з прав людини, яким неодноразово підкреслювалося, що цивільні права повинні визначатися не у вузько технічному значенні згідно з галузевою структурою права, а виходячи з матеріального змісту права (наприклад, справа *T. P. and K. M. v. United Kingdom*, 2001 р.; справа *Rolf Gustafson v. Sweden*, 1997 р.). У зв'язку з цим не достатньо обґрунтованою бачиться пропозиція Вищого адміністративного суду України, наприклад, позови щодо оскарження рішень, дій і бездіяльності кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури та кваліфікаційних комісій нотаріату розглядати за правилами адміністративного судочинства. Такий підхід, на наш погляд, суперечить ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, якою справи, пов'язані з правом особи займатися вільною професією (лікарська, адвокатська, нотаріальна, експертно-бухгалтерська тощо), розглядаються як спори про цивільні права і обов'язки (справи *H. v. Belgium*, 1987 р., *Diennet v. France*, 1995 р.; *Gautrin and Others v. France*, 1998 р.; *Thlimmenos v. Greece*, 2000 р. тощо).

Згідно з практикою Європейського суду практично будь-яке майнове і немайнове право особи, може розглядатися як аспект його приватних (цивільних) прав, крім суто публічних спорів, віднесених до виключної прерогативи держави, а саме щодо: 1) сплати податків (крім податкових санкцій); 2) питань прийняття, проходження і звільнення з державної служби (крім питань соціального і пенсійного забезпечення держслужбовців); 3) виборчих прав громадян; 4) в'їзду чи виїзду з країни, а також процедури екстрадиції іноземців.

Таким чином, при доктринальному підході вирішення питання про співвідношення цивільної і адміністративної судової

юрисдикції бачиться з урахуванням концепції пріоритету цивільної юрисдикції та практики тлумачення Європейським судом з прав людини поняття спору про цивільні права і обов'язки.

Використані джерела: 1. Чечот Д. М. Суб'єктивне право и форми его защиты / Д. М. Чечот. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1968. – 72 с.; 2. Шадура Д. Размежевание компетенции / Дмитрий Шадура // Юрид. практика. – 2007. – № 7. – С.1, 10; 3. Комаров В. В. Цивільний процесуальний кодекс та Кодекс адміністративного судочинства України: проблема єдності та відмінностей / В. В. Комаров // Актуальні проблеми застосування Цивільного процесуального кодексу України та Кодексу адміністративного судочинства України: тези доп. та наук. повідомл. учасн. міжнар. наук.-практ. конф., 25-26 січ. 2007 р., Харків / М-во освіти і науки України, Нац. юрид. акад. України. – Х.: Нац. юрид. акад. України, 2007. – С. 3-9; 4. Постанова від 27.03.2007 р. / Судова палата в адміністративних справах Верховного Суду України // Вісн. Верхов. Суду України. – 2007. – № 6. – С. 15-16.

Курафеева І.В., асистент кафедри цивільного процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Інвестиційні механізми будівництва житла

Закон України «Про інвестиційну діяльність» містить вичерпний перелік способів інвестування в нерухомість (ст.4). Фінансування будівництва метою якого є отримання квартири у власність здійснюється лише через участь громадян у Фондах фінансування будівництва (далі – ФФБ), інститутах спільного інвестування, недержавних пенсійних фондах, через випуск безпроцентних (цільових) облігацій (далі – облігації). Вважаємо, що саме такий підхід законодавця до вирішення початкової проблеми недостатньо виважений, адже соціальне буття постійно потребує закріплення нових механізмів інвестування коштів у нерухомість.

Масового використання знайшли тільки два інструмента фінансування нерухомості: ФФБ та купівля-продаж облігацій. Ці два механізми інвестування мають низку недоліків, наявність яких значно посилюють ризики незавершеного будівництва, прострочення виконання зобов'язання забудовником та в решт не отримання громадянами житла у власність. Результати дослідження цих недоліків, виявлення причин та умов їх виникнення буде враховано у моделюванні більш захищеної від ризиків форми інвестування будівництва, якою може бути договір про пайову участь у будівництві житла. Розглянемо ці два механізми інвестування.

Випуск (емісія) облігацій. Це дуже зручний для будівельних компаній (далі – емітент) спосіб залучення коштів на бу-

дівництво житла. Емітент має право випускати облігації, які згодом зобов'язується погасити інвесторам визначеною кількістю квадратних метрів житлової площі. За своїм змістом облігації не можуть містити інформації стосовно розташування квартири, її адреси, плана-схеми розміщення кімнат, їх площі та іншої важливої для інвестора інформації, що стосуються не тільки житла, а прав, обов'язків та відповідальності емітента. Саме тому на практиці відносини між емітентом та інвестором опосередковуються інвестиційним договором, або договором бронювання квартири. За своєю правовою сутністю ці договори не мають свого законодавчого закріплення, тобто є не поійменованими, і, на перший погляд, не гарантують захисту інвестора від зловживань з боку емітента.

Оскільки облігації є борговими цінними паперами, що посвідчують відносини позики і передбачають зобов'язання емітента надати відповідний товар (у даному випадку – житло) або послугу у визначений строк згідно із зобов'язанням. Власник облігацій є кредитором емітента і його інтереси мають гарантуватись насамперед майном останнього. Згідно з ч. 3 ст. 8 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» емітент у випадку свого банкрутства реально зможе покрити лише третину взятих на себе зобов'язань. Тому вбачається, що треба запровадити не право, а обов'язок емітента розміщувати облігації, які були б додатково забезпечені гарантією. При цьому можна було б захистити інвестора від дефолту позичальника, поклавши обов'язок на боржника застрахувати ризик невиконання свого обов'язку.

Обов'язок емітента мати земельну ділянку, на якій буде розташовано об'єкт житлового будівництва, на праві власності або оренди закріплено в Положення «Про порядок здійснення емісії облігацій підприємств та їх обігу». Такі важливі вимоги до забудовника повинні міститися не в підзаконному нормативно-правовому акті, а закріплюватись на рівні закону.

Фонди фінансування будівництва. ФФБ не є юридичною особою – ст. 11 Закону України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» (далі – Закон). За своєю правовою сутністю ФФБ слід розглядати як єдиний майновий комплекс, що складається з коштів, переданих управителю ФФБ в управління, які використані чи будуть використані управителем у майбутньому на умовах Правил фонду та договорів про участь у ФФБ. Закон не встановлює будь-яких обмежень щодо кількості об'єктів будівництва, що можуть фінансу-

ватися в рамках кожного ФФБ. Перерахування коштів з одного об'єкта будівництва на інший, тягне за собою ризик використання коштів довірительів не за призначенням.

Змінами до Закону від 15.12.2005р скасовано обов'язок забудовника страхувати ризики порушення термінів будівництва та завдання моральної і матеріальної шкоди третім особам внаслідок неякісного виконання будівельно-монтажних робіт. Зараз на забудовника покладається обов'язок укласти зі страховиком, визначеним управителем, лише договір обов'язкового страхування будівельно-монтажних робіт на весь час спорудження об'єкта будівництва та на гарантійний термін від ризиків його пошкодження або знищення внаслідок техногенних аварій та природних явищ.

На сьогодні навіть зі страхуванням будівельно-монтажних робіт виникають певні труднощі. Так, п. 38 ст. 7 Законом України «Про страхування» страхування будівельно-монтажних робіт забудовником передбачається в якості обов'язкового. Однак цією ж ст. 7 згаданого Закону зазначається, що для здійснення обов'язкового страхування Кабінет Міністрів України встановлює порядок та правила його проведення, форми типового договору, особливі умови ліцензування обов'язкового страхування, розміри страхових сум та максимальні розміри страхових тарифів або методику актуарних розрахунків. Досі Кабінетом Міністрів України не встановлений порядок та правила проведення страхування будівельно-монтажних робіт забудовником. Отже, обов'язкове страхування будівельно-монтажних робіт не здійснюється.

Легально існуючі інструменти фінансування в нерухомість не дають повної гарантії інвесторам на отримання житла але гарантовано збільшують його вартість не тільки на початку, але і впродовж усього процесу інвестування. Це відбувається за рахунок залучення у, і без того складний процес, посередників в особі андеррайтера, банку, іншої фінансової установи. В свою чергу посередник отримує лише прибутки як з будівельної компанії (плату за посередництво), так і від інвесторів в якості винагороди (плата за оформлення змін об'єкта інвестування, оформлення уступки права вимоги, відсотки від суми коштів, що повертаються довірителью). Проте на думку автора покращити надійність та прозорість відносин на ринку житлового будівництва можна не обмежуючи перелік інструментів залучення коштів у будівництво житла. Це можливо за рахунок зведення всіх договірних форм, що застосовувались у будівництві житла (інвестицій

ний договір, договір про спільну діяльність, договір уступки права вимоги, договір купівлі-продажу, договір підряду та ін.) до однієї єдиної форми – договору про пайову участь в будівництві житла.

Юхно М.Т., здобувач кафедри цивільного права та процесу ХНУВС

Проблемні питання випуску іпотечних облігацій

Ключові слова: іпотечні облігації, заставна, Державна іпотечна установа

На сьогоднішній день законодавство України щодо іпотечних цінних паперів складається в основному із Законів України «Про іпотечні облігації», «Про іпотечне кредитування та операції з консолідованим іпотечним боргом», а також опосередковано із Законів України «Про іпотеку» та «Про цінні папери та фондову біржу».

Так на Закон України «Про іпотечні облігації», що набув чинності у 2006 році, покладалися великі і не безпідставні сподівання, оскільки завдяки цьому закону та системі норм і правил, що закладені в ньому, відкривалися нові перспективи для розвитку фінансового сектору України, зокрема його іпотечного сегменту. Передбачалося, що закон надасть поштовх ефективному рефінансуванню іпотечних кредиторів, в першу чергу банків, та забезпечить їх «довгими коштами» незалежними від впливу вартості депозитів. Крім того, іпотечні облігації виглядали привабливішими в порівнянні із акціями та облігаціями більшості українських емітентів. Такі іпотечні облігації вважалися ліквідними і надійними фінансовими інструментами для більшості інституційних інвесторів та в першу чергу для починаючих розвиватися недержавних пенсійних фондів.

З метою підтримки розвитку системи іпотечного кредитування державою було створено іпотечну установу другого рівня – Державну іпотечну установу, основною діяльністю якої є надання довгострокових гривневих кредитів банкам під забезпечення довгостроковими житловими іпотеками. При цьому, джерелом надання таких кредитів повинні були стати кошти залучені від випуску іпотечних облігацій. Проте на сьогодні жодного випуску іпотечних облігацій Державною іпотечною установою так і не здійснено. Натомість Державна іпотечна установа доволі повільно залучає кошти за рахунок

випуску корпоративних облігацій, ретельно копіюючи в проспекті емісії таких облігацій механізми забезпечення випуску передбачені Законом України «Про іпотечні облігації» для іпотечних облігацій. Таким чином облігації цієї установи мають забезпечення правом вимоги за іпотечним боргом та додаткове забезпечення у формі державної гарантії і тому розглядаються Національним банком у якості прийнятних забезпечення кредитів рефінансування.

За весь час дії закону Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку в січні 2007 р. зареєстровано лише один випуск іпотечних облігацій на суму 50 млн. гривень, емітентом цих іпотечних облігацій виступає ВАТ «Укргазбанк». Виходячи з інформації, що надана на офіційному сайті Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку, зазначені облігації повністю розміщені.

Можна констатувати, що сподівання на новий фінансовий інструмент, який стане цікавим для широкого кола інституційних інвесторів, не виправдалися. Поспіхом написаний та прийнятий закон має багато недоліків та містить доволі складну в реалізацію систему норм і прав здійснення емісії іпотечних облігацій. Спробуємо зупинитися на деяких з них.

Так Законом України «Про іпотечні облігації» передбачено (частина четверта статті 20), що для розрахунку іпотечного покриття іпотечних облігацій і коефіцієнту іпотечного покриття не враховуються іпотечні та інші активи визначені як «субстандартні» або «безнадійні». Проте, відповідно до Положення про порядок формування та використання резерву для відшкодування можливих втрат за кредитними операціями банків, затверджене постановою Правління Національного банку від 6 липня 2000 р. № 279, між категоріями «субстандартні» та «безнадійні» є категорія «сумнівні», а тому ризик невиконання зобов'язання боржником саме за «сумнівними» іпотечними та іншими активами є вищим, ніж за «субстандартними». Поряд з цим, заборона щодо неврахування категорії «сумнівні» у розрахунку іпотечного покриття іпотечних облігацій і коефіцієнту іпотечного покриття у Законі відсутня. Таким чином розрахований у відповідності до Закону коефіцієнт з одного боку відповідатиме вимогам цього Закону, а з іншого може призвести до невиконання емітентом своїх зобов'язань за іпотечними облігаціями.

Закон містить лише загальні норми щодо функцій управителя. На законодавчому рівні не встановлені ліцензійні вимоги діяльності з управління іпотечним покриттям, вимоги

до статутного і власного капіталу управителя, інших вимог та показників, що обмежують ризик діяльності управителя. Разом з цим, при здійсненні управителем контролю за станом іпотечного покриття, веденням реєстру іпотечного покриття та додержанням умов заміни іпотечних активів у складі іпотечного покриття управитель (банк або небанківська фінансова установа) отримує доступ до інформації емітента іпотечних облігацій, яким може також виступати банк або небанківська установа. Можливість такого доступу до конфіденційної інформації або банківської таємниці є одним із факторів, що стримують розвиток випуску іпотечних облігацій. Здійснення вищезазначених функцій управителя через аудитора вирішить цю проблему.

Не узгоджується між собою періоди сплати відсотків за іпотечними кредитами (які в більшості випадків є щомісячними) та процентними платежами за облігаціями (які в більшості випадків є кварталними), тому потребує уточнення принцип збалансованості іпотечного покриття (частина третьої статті 13 Закону). Так доходність іпотечного покриття повинна перевищувати розміри періодичних платежів емітента у розрахунок сплати процентів за іпотечними облігаціями у кожному процентному періоді.

Крім того, однією з передумов запровадження механізму рефінансування іпотечних кредиторів є запровадження обігу заставних, які являються універсальним інструментом для технологічного забезпечення уступки права вимоги за іпотечним кредитом.

Табала О.М., директор департаменту моніторингу та стратегії розвитку фондового ринку Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку м. Київ

Законодавче регулювання розкриття інформації емітентами цінних паперів України

Особливості приватизаційного процесу в Україні створили передумови розвитку корпоративного сектору економіки. На думку фахівців три чверті промислового потенціалу вітчизняної економіки складають саме товариства з акціонерною формою власності. За статистичними даними¹ в Україні за-

¹ на 01.04.2008р.

реєстровано як юридичні особи 31857 акціонерних товариств, з них відкритих – 10 364, закритих – 21 493.

Поступове накопичення та перерозподіл капіталу створили багато проблемних питань, пов'язаних з корпоративним управлінням в акціонерних товариствах. В Україні за останні сім років відбувається нелегкий процес концентрації капіталу, формування потужного прошарку мажоритарних акціонерів. Як приклад можна навести показник зменшення власників іменних цінних паперів з майже 18 млн. громадян України у 2000 році до близько 12 млн. громадян у 2007 році. Тому важливим питанням був й залишається механізм доступу акціонерів до інформації про фінансово-господарську діяльність акціонерного товариства та розкриття емітентом такої інформації відповідно до вимог законодавства України.

У цьому контексті, слід зазначити, що законодавча база складається з Цивільного кодексу України, Законів України «Про господарські товариства», «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні», «Про цінні папери та фондовий ринок».

Однак, базовим законодавчим актом з питань розкриття інформації емітентами цінних паперів є Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок». З набранням ним (законом) чинності у травні 2006 року дійсно відбулись революційні зміни в підходах, навіть у психології розуміння необхідності розкриття інформації на фондовому ринку.

Між тим, існують думки щодо невідповідності окремих положень Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» (далі-Закон), зокрема, статті 40, нормам Цивільного кодексу України.

Якщо провести порівняльний аналіз норм статті 152 Цивільного кодексу України зі статтею 40 Закону слід врахувати, що:

норми частини 5 статті 152 Цивільного кодексу України встановлюють, що акціонерне товариство, яке проводить відкриту підписку на акції, зобов'язане щорічно публікувати для загального відома річний звіт, бухгалтерський баланс, відомості про прибутки і збитки, а також іншу інформацію, передбачену законом. Отже, норми частини п'ятої статті 152 Цивільного кодексу України встановлюють мінімальні обов'язкові вимоги щодо обсягу публікації для будь-якого акціонерного товариства, яке проводить відкриту підписку на акції. Ця норма лише для однієї категорії емітентів – акціонерних товариств, які проводять відкриту підписку на акції.

Законодавством визначено, що емітентами можуть бути й інші юридичні особи (товариство з обмеженою відповідальністю, міські ради, Автономна республіка Крим тощо). Слід враховувати, що емітентами, в тому числі акціонерними товариствами, які проводять відкриту підписку на акції, можуть розміщуватись й інші цінні папери, крім акцій.

Крім того, норми частини п'ятої статті 152 Цивільного кодексу України спрямовані на врегулювання виключно питання публікування акціонерним товариством, яке проводить відкриту підписку на акції, один раз на рік річного звіту, бухгалтерського балансу, відомості про прибутки і збитки та не встановлюють обов'язку подання їх до Комісії.

Норми статті 40 Закону встановлюють вимоги до емітентів цінних паперів, незалежно від того яким чином було розміщено їх цінні папери.

Так, на емітентів відповідно до цієї статті покладено обов'язок оприлюднювати в загальнодоступній інформаційній базі даних Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку про ринок цінних паперів; друкованих виданнях Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України або Комісії та подавати до Комісії регулярну (річну та квартальну) інформацію відповідно до вимог, встановлених в статті 40 Закону.

Крім того, норми частини 6 статті 40 Закону, з урахуванням положень пункту 15 частини 2 статті 7 та пункту 13 статті 8 Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні», надають право Державній комісії з цінних паперів та фондового ринку встановлювати додаткові вимоги до розкриття регулярної інформації про емітента та вживати заходів щодо її розкриття.

За таким принципом побудований механізм, який міститься у Положенні про розкриття інформації емітентами цінних паперів, затверджений рішенням Комісії від 19.12.2007 року №1591, зареєстрований в Міністерстві юстиції України 5 лютого 2007 р. за №97/13364. Зазначений нормативно-правовий акт передбачає вимоги щодо розкриття інформації визначені законодавством та надає емітенту право розкривати будь-яку іншу суттєву для прийняття рішень інформацію.

З огляду на вищезазначене, протиріччя між положеннями статті 152 Цивільного кодексу України та статтею 40 Закону відсутні. Отже:

- норми частини п'ятої статті 152 Цивільного кодексу України спрямовані на врегулювання виключно питання пу-

блікації акціонерним товариством, яке проводить відкриту підписку на акції один раз на рік річного звіту, бухгалтерського балансу, відомостей про прибутки і збитки та не встановлює обов'язку подання їх до Комісії;

- стаття 40 Закону регулює відносини щодо подання та оприлюднення регулярної інформації всіма емітентами цінних паперів.

Розуміючи важливість впливу інформації на прийняття майбутніми інвесторами або акціонерами інвестиційних рішень з купівлі-продажу цінних паперів українських емітентів, необхідно здійснювати правову роботу з усунення розбіжностей думок, поглядів у питаннях застосування норм законодавства України.

*Блідченко В.І., директор Департаменту
правового аналізу та забезпечення Державної іпотечної установи*

Перспективи розвитку вторинного ринку іпотечно-го кредитування

Прошло майже чотири роки з моменту прийняття базових законів з питань іпотеки та іпотечного кредитування. За цей проміжок часу вдалося створити та закласти підґрунтя для подальшого розвитку цілісної системи іпотечного кредитування – системи, яка передбачає не тільки кредитування під забезпечення виконання зобов'язань нерухомим майном, але й забезпечує наступне рефінансування первинного кредитора. Причому, враховуючи міжнародний досвід розвитку ринку іпотеки, у нас створено дворівневу модель системи іпотечного кредитування – до першого рівня належать банки та небанківські кредитно-фінансові установи – первинні кредитори, а до другого – фінансові установи, основним видом діяльності яких є здійснення рефінансування первинних кредиторів.

Одним з найвагоміших досягнень протягом цього часу в розвитку системи іпотечного кредитування можна вважати створення та започаткування повноцінної роботи Державної іпотечної установи – оператора вторинного ринку іпотечного кредитування.

Державна іпотечна установа створена Кабінетом Міністрів України у якості державної небанківської фінансової іпо-

течної установи другого рівня. Основною метою діяльності ДІУ визначено сприяння подальшому розвитку ринку іпотечного кредитування в Україні, зокрема шляхом рефінансування іпотечних кредиторів (банків і небанківських фінансових установ, які провадять діяльність з надання забезпечених іпотекою кредитів) за рахунок коштів, отриманих від розміщення цінних паперів, та запровадження ефективних механізмів підвищення рівня їх ліквідності. Необхідно зазначити, що повноцінну статутну діяльність Державна іпотечна установа розпочала лише наприкінці 2005 року, коли було здійснено запозичення 1 млрд. грн. шляхом емісії облігацій, зобов'язання за якими забезпечені державною гарантією. Саме з цього моменту Установа почала здійснювати масштабне рефінансування первинних іпотечних кредиторів. На даний час Установою залучено до системи рефінансування іпотечних кредитів більше сімдесяти комерційних банків, а обсяг рефінансування (кредитно – інвестиційний портфель) Установи на кінець 2007 року склав понад 1,11 млрд. грн. Більше того, спостерігається постійне нарощування темпів рефінансування та, у зв'язку з цим, поступове входження Установи до вітчизняних лідерів іпотечного кредитування – якщо частка ДІУ в загальному портфелі іпотечних кредитів, наданих у національній валюті, станом на 01.01.2007 року становила 2,37%, то вже на 01.01.2008 року частка ДІУ збільшилась до 11,83%.

Крім досить вагомих економічних досягнень, Установою також здійснено впровадження правових методологічних документів з питань іпотечного кредитування. У першу чергу це «Стандарти надання, рефінансування та обслуговування іпотечних житлових кредитів» – багатоскладовий документ, який включає в себе взаємопов'язані правила, положення і форми документів.

Стандарти надання, рефінансування та обслуговування іпотечних житлових кредитів:

- встановлюють уніфіковані та прозорі вимоги до учасників ринку іпотечного житлового кредитування,
- впроваджують надійні та прозорі процедури надання, обслуговування та рефінансування іпотечних житлових кредитів,
- запроваджують систему рефінансування первинних кредиторів через Державну іпотечну установу.

Крім Стандартів Установою розроблено та використовується на практиці ціла низка типових форм договорів, таких як генеральний договір про рефінансування та обслугову-

вання іпотечних кредитів, договір обслуговування іпотечних кредитів, кредитний та іпотечний договори, договір поруки. Але найбільшої уваги заслуговує договір відступлення права вимоги. За своєю суттю це так-званий «договір репо» – тобто договір відступлення права вимоги від первинного кредитора до ДІУ та зворотній договір відступлення права вимоги від ДІУ до первинного кредитора посидані у один документ.

Причому, враховуючи норми частини третьої статті 24 Закону України «Про іпотеку» договір відступлення права вимоги нотаріально засвідчується та підлягає державній реєстрації. І якщо стосовно нотаріального засвідчення не виникає жодних сумнівів, то щодо державної реєстрації існує декілька позицій. Зі свого боку Установа вимагає здійснення державної реєстрації як відомостей щодо обтяження нерухомого майна іпотекою (щодо зміни іпотекодержателя) так і здійснення державної реєстрації самого договору відступлення права вимоги у державному реєстрі правочинів. Така позиція ґрунтується на вимогах статті 182 Цивільного кодексу України, відповідно до якої право власності та інші речові права на нерухомі речі, обмеження цих прав, їх виникнення, перехід і припинення підлягають державній реєстрації.

Ще однією особливістю розробленого Установою договору відступлення права вимоги можна вважати попереднє визначення умов та порядку зворотного відступлення права вимоги від Установи до первинного кредитора. Якщо зазвичай договори «репо» визначають та чітко фіксують дату та вартість зворотного продажу певного активу, то договір розроблений Установою не містить таких реквізитів. Точніше, реквізити договору Установи не чітко фіксують дату та суму зворотного продажу, а містять перелік певних умов, настання яких призводить до зворотного відступлення. Стосовно ж вартості зворотного відступлення, то договір Установи знову ж таки містить певну формулу, яка дає можливість у будь-який час визначити вартість зворотного відступлення. Такі особливості договору відступлення права вимоги обґрунтовуються концептуальними принципами роботи Установи, які полягають у наступному:

- Установа не має права безпосередньо здійснювати іпотечне кредитування позичальників (іпотекодавців), а також здійснювати не забезпечене іпотечними активами рефінансування іпотечних кредиторів;

- Установа має право придбавати чи отримувати у заставу тільки ті іпотечні активи, що відповідають вимогам до іпотечних кредитів, затверджених наглядовою радою.

- Обов'язковою умовою придбання або отримання у заставу іпотечних активів є зобов'язання іпотечного кредитора щодо заміни або зворотного викупу окремих іпотечних активів, які перестали відповідати затвердженим вимогам до іпотечних кредитів або за якими позичальники (іпотекодавці) порушили свої зобов'язання.

Необхідно також зазначити, що відступлення права вимоги за іпотечними кредитами здійснюється без додаткової оплати (премії або маржі), за балансом заборгованості позичальника за іпотечним кредитом. Цей факт особливо важливий для класифікації цього договору саме як договору відступлення права вимоги, а не договору факторингу.

Водночас, незважаючи на значні досягнення у своїй діяльності, нажаль існують певні фактори, які суттєво стримують розвиток Державної іпотечної установи та вторинного ринку іпотечного кредитування у цілому. До таких факторів можна віднести і недосконалість правового регулювання прав відносин іпотеки, не відпрацьованість особливостей обігу заставних, відсутність суцільної державної реєстрації нерухомого майна та прав на нього тощо. Значно на діяльність Установи, нажаль, впливає політична нестабільність та невизначеність державних пріоритетів у сфері іпотечного кредитування та рефінансування.

Проте, вже зараз можна стверджувати, що доцільність існування дворівневої системи іпотечного кредитування та необхідність подальшого рефінансування Установою первинних іпотечних кредиторів доведена її успішною роботою та позитивними фінансовими результатами.

Селега В.І., заступник директора Департаменту правового аналізу та забезпечення Державної іпотечної установи

Удосконалення механізму рефінансування. Проблеми обігу заставних

В умовах стрімкого розвитку ринку фінансових послуг, надзвичайно гостро постає питання використання цивільно-правових інститутів, які б могли забезпечити захист майно-

вих прав учасників цивільно-правових відносин та сприяти подальшому зростанню економіки.

Одним із таких інститутів є іпотека.

В іпотечних відносинах, особливе місце займає питання оформлення іпотеки заставною. Поки-що можна стверджувати, що вона має суто теоретичне значення, оскільки на фінансовому ринку України цей фінансовий інструмент не набув широкого розповсюдження.

Спираючись на власний досвід роботи у сфері фінансових послуг, слід зазначити, що деякі банки (іпотекодержателі) щойно почали декларувати в іпотечних договорах при їх оформленні можливість випуску заставних. При цьому практичний досвід їх випуску та обігу не апробований.

Такий стан справ свідчить про недостатньо глибоке розуміння правової природи заставної та існування правових прогалин і колізій у нормативному регулюванні їх обігу.

Тому на даний час дуже важливо надати ринку повноцінні теоретичні визначення та поняття у сфері заставної, що дозволить впровадити ефективні механізми регулювання іпотечних відносин.

Доцільність обігу заставної полягає в спрощенні та здешевленні рефінансування іпотекодержателя. Тобто цей фінансовий інструмент дозволяє більш оперативно управляти іпотечним активом та отримувати необхідні фінансові ресурси шляхом продажу заставної або передачі її у заставу для забезпечення виконання зобов'язань. В кінцевому результаті це один із механізмів формування більш мобільного другого рівня ринку іпотечного кредитування.

Основною нормативно-правовою базою в питанні випуску та обігу заставної є Закон України «Про іпотеку» (далі – Закон) та рішення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку № 363 від 4 вересня 2003 р., яким затверджено положення «Про стандартну (типову) форму бланка заставної».

Зазначені документи визначають заставну як цінний папір, що посвідчує безумовне право його власника на отримання від боржника виконання за основним зобов'язанням (за умови, якщо воно підлягає виконанню у грошовій формі), а у випадку його невиконання – право звернути стягнення на предмет іпотеки.

При більш детальному аналізі вище зазначених нормативно-правових актів, зокрема, можна виділити наступні проблеми.

1. Відповідно до Положення про вимоги до стандартної (типової) форми бланка заставної, затвердженого Рішенням

Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 4 вересня 2003 року N 363, одним з обов'язкових реквізитів заставної є Реквізит «Державна реєстрація, обтяження нерухомого майна іпотекою» (п. 8.3.10 Положення), що повинен містити реєстраційний номер, дату та місце державної реєстрації обтяження нерухомого майна іпотекою (цей реквізит заповнюється реєстратором).

Реєстраторами Державного реєстру іпотек є: державні нотаріальні контори, державні нотаріальні архіви, приватні нотаріуси, які уклали відповідні договори з адміністратором і мають повний доступ до Державного реєстру іпотек через комп'ютерну мережу (Тимчасовий порядок державної реєстрації іпотек, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 31 березня 2004 р. N 410).

Однак, на практиці застосування зазначених вище положень нормативних актів можуть виникати труднощі, з огляду на те, що Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України у переліку нотаріальних дій, що вчиняються нотаріусами (п.2 Глави I «Загальні положення») не передбачає таких дій як:

- заповнення реквізитів заставної щодо державної реєстрації іпотеки;
- оформлення нотаріусом додаткового листа до заставної, який разом із заставною згідно закону мають бути прошиті та скріплені печаткою нотаріуса.

З огляду на викладене вище, та з метою вдосконалення порядку передачі заставної, доцільно було б внести відповідні зміни до Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України.

2) Згідно зі статтею 21 Закону залежно від предмета іпотеки (нерухоме майно, об'єкт незавершеного будівництва) заставна повинна мати візуальні відмінності, встановлені Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку». Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку в Положенні визначила, що для бланків заставних, забезпечених нерухомим майном (додаток 1 до Положення), застосовується фарба блакитного кольору, для бланків заставних, забезпечених об'єктом незавершеного будівництва (додаток 2), застосовується фарба рожевого кольору. Однак, при цьому законодавством не врахована можливість або необхідність зміни кольору заставної у разі введення об'єкту незавершеного будівництва в експлуатацію.

3) Незважаючи на те, що Положення передбачає встановлення більш чіткого змісту передавального напису – індосаменту, поки що існує норма, яка може повністю заблокувати рефінансування іпотечних кредиторів з використанням заставних, а саме: «Передавальний напис підписується зазначеним у заставній першим іпотекодержателем, а якщо цей напис не перший, – власником заставної, зазначеним у попередньому індосаменті, і засвідчується його печаткою (для індосантів – юридичних осіб)».

Тобто, у разі другої (та наступних) передачі заставної індосамент має бути підписаний власником заставної та попереднім її власником.

Існують й інші проблемні питання випуску та обігу заставних, пов'язані, наприклад, з недостатньою урегульованістю питань їх обліку у банках та небанківських фінансових установах, зберіганням та обліком іпотечних договорів, на підставі яких випускалася заставна, після її випуску тощо. Проте, тенденції розвитку фінансового сектору України дозволяють сподіватися, що найближчим часом іпотечний ринок займе одне з найважливіших місць серед фінансових механізмів економічного стимулювання і стабільного розвитку економіки країни, а іпотечні правовідносини знайдуть своє вираження в ефективному та активному обігу заставних.

Алямкін В. В., здобувач НДІ ІІІІ Академії правових наук України

До характеристики поняття договору поставки

Ознаки договору поставки зазначено в цивільному та господарському законодавстві. Наявність двох не співпадаючих текстуально легальних понять договору поставки – наслідок різних підходів до нього доктрин цивільного права і господарського права. Такий підхід відображає дуалізм приватного права і використання для регулювання певних відносин договору. Але це не означає, що слід розвивати концепцію особливого договірної механізму. У той же час якщо цього не робити то виникає слушне запитання про теоретичне та практичне значення договорів не цивільного характеру.

В зв'язку з наведеним вважаємо за доцільне виявити ліфікуючі ознаки поняття договору поставки, що надають йому особливого місця у системі договорів типу купівлі-продажу.

продажу, зокрема оптової купівлі-продажу. На наш погляд його характеризуються наступні ознаки:

1) особливий суб'єктний склад – особи, що здійснюють господарську (підприємницьку) діяльність. Ю.В.Романець вбачає головну особливість поставки у її підприємницькій спрямованості і йменує його підприємницькою купівлею-продажем на тій підставі, що обидві сторони є підприємці, які діють з підприємницькою метою. Таке категоричне твердження не має законодавчого підґрунтя і не підтверджується принципами свободи договору. Зокрема, ст. 506 ЦК РФ допускає можливість бути покупцем за цим договором не підприємців;

2) предмет договору – товари і продукція спеціально виробляються або придбаються у іншого товаровиробника з метою наступної поставки. Тож предметом поставки можуть бути тільки нові речі, що не використовувалися. Проте не виключено що ними можуть бути вже використані предмети, наприклад брут металів, зола тощо;

3) відносини з поставки мають коопераційний характер і є тривалими, а неодноразовими актами (господарськими операціями). Вони розраховані на довготривалі договірні зв'язки між їх сторонами. Тут не враховані ознаки підприємницького договору що призвело до змішування загальної категорії підприємницького договору і його різновиду (загальне і спеціальне). Нам більше імпонує розгорнута характеристика підприємницького договору, що здійснена Р. Б. Шишкою та В. М. Левковим. До ознак підприємницького договору вони відносять: особливий суб'єктний склад – підприємці, чи по крайній мірі одна сторона-підприємець; мета договору – реалізація підприємницького товару; особливо врегульовано порядок їх укладення; форма – письмова, чи максимально наближена до письмової; проходять бухгалтерську обробку; наслідки невиконання чи неналежного виконання встановлюються наперед; механізм ціноутворення зумовлено ринковою кон'юнктурою. Очевидно, що автори виділили найбільш суттєві ознаки, навіть якщо вони пересікаються в деякій частині із ознаками договору поставки як прояв співвідношення спеціального і особливого (загальне – категорія договорів);

4) неспівпадання моменту укладення договору та його виконання, що як зазначається, відповідає історичному досвіду регулювання відносин з поставки і його доктрині;

5) мета набуття права власності на товари за договором поставки – використання придбаних за договором поставки товарів і особливо продукції виробничо-технічного призна-

чення з підприємницькою або іншою не зв'язаною з особистим, домашнім, сімейним чи іншим споживанням метою. Разом з тим вказується комплексна ознака: цільова спрямованість і функції. При тому загальна економічна спрямованість розуміється формування у сфері товарообігу економічно обґрунтованих договірних відносин, що відповідають потребам і можливостям його учасників і надають кожному можливість досягнути вигоди;

6) поєднання договірного і державного регулювання відносин з поставок, що зумовляє потребу більшої деталізації цих відносин у поточному законодавстві і підзаконних актах. Тут слід мати на увазі що доктрина цивільного права виділяє три відмінних за метою і способами впливу на урегульовані відносини блоки договірних засобів: 1) засоби регламентатори – норми договірного права і договори; 2) засоби стимулювання і забезпечення належного виконання договірних зобов'язань (санкції, засоби стимулювання); 3) засоби-форми реалізації норм договірного права (регулятивні, охоронні правовідносини). Ми вважаємо за доцільне їх доповнити ще типовими і зразковими договорами;

7) розрахунки у безготівковій формі як засіб протистояння бартеризації та дотримання розрахункової дисципліни у розрахунковій сфері;

8) імплементацію в себе міжнародно-правових стандартів у регулюванні договорів взагалі і договорів купівлі-продажу зокрема. Наразі договір поставки повинен відображати умови Правил ІНКОТЕРМС, особливо стосовно визначення місця передачі товару у власність покупця, витрат і ризиків, місця доставки товару до місця призначення, визначення місця їх переходу тощо.

Цей договір в умовах ринкової економіки не втрачає своєї економічної і соціальної цінності, що визнали такі відомі зарубіжні знавці цивільного і торгового права. Він є переважною практикою правовою конструкцією. Ми вважаємо, що договір поставки має право на існування в нашому національному праві але як договірна форма кооперації виробників і виробників із оптовими торговцями. На сьогодні така договірна кооперація набула достатньої нормативної бази національного і міжнародного рівня: Угода про загальні умови механізм підтримки розвитку кооперації підприємств і газет держав-учасниць СНД від 23 грудня 1993р., Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність», Закон України «Про інвестиційну діяльність» та ряд інших.

Тож слід констатувати що і в умовах ринкової економіки договір поставки – реальна і виправдана правова форма довготривалого співробітництва, кооперації суміжників, налагодження дієвої системи постачання товарами народного споживання, визначення і закріплення обов'язків у взаємодіючому правовому зв'язку, своєрідною програмою діяльності його сторін. До речі, цю властивість договору відмітив ще К.Маркс і написав: «Це юридичне відношення, формою якого є договір, – все рівно, закріплений він законом чи ні, – є волюве відношення, в якому відображається економічний зміст». На підставі наведеного можна встановити, що договір поставки детермінований розподілом праці і необхідністю товарообміну між окремими товаровласниками з метою забезпечення споживача конкурентноздатною, якісною продукцією, а в кінцевому результаті – товарами народного споживання.

*Канішева К.М., викладач кафедри цивільно-правових дисциплін ННІПЕС
ХНУВС, магістр права*

Цивільно-правові аспекти профілактики домашнього насильства за законодавством Німеччини та України

Світовою громадськістю насильство визнано одним із ключових моментів, які ставлять людину в залежне становище, наносять величезну моральну шкоду суспільству і є перешкодою на шляху подолання нерівності і дотримання прав людини. Безумовно, проблема насильства в родині є досить гострою для України, як і для багатьох інших країн світу. Ця проблема небезпечна й тим, що від неї страждають діти, які страждають не лише від насильства по відношенню до дитини, а й спостерігаючи за насильством у своїй сім'ї, а у майбутньому - переносять цей негативний досвід у власне життя.

Тому насильство в сім'ї є суспільною проблемою і потребує вирішення на рівні держави. Адже саме від фізичного та духовного здоров'я сім'ї залежать стабільність і розвиток держави.[1]

Цими проблемами в Німеччині займалися такі вчені як К. Буссман, М. Фроммель, Д. Шваб, М. Рупп, Г.Мошак, У.Мюллер, М. Шреттле, Р. Льобман та К. Герберс. На жаль, в Україні вирішення цього питання не має достатнього теорети-

чного та практичного висвітлення, що підтверджує актуальність даної теми.

В зв'язку з цим, необхідно звернути увагу на досвід зарубіжних країн. Розглянемо, як ці питання вирішуються за законодавством Німеччини. Цивільне законодавство, що використовується в Німеччині у профілактиці домашнього насильства, характеризується новизною, відносною самостійністю та здатністю служити альтернативою кримінальному переслідуванню [2]. Основу цивільного законодавства антинасильницького спрямування становлять Закон про цивільно-правовий захист від насильства; оновлений §1361«В» Німецького цивільного уложення (далі - НЦУ), що передбачає надання будинку подружжю для роздільного проживання; узгоджений з Законом про захист від насильства §14 Закону про партнерське співжиття [3] (щодо виселення з будинку одностатевих партнерів); § 1666 НЦУ – нова редакція щодо судових заходів у разі загрози фізичному, психічному, духовному здоров'ю дитини чи її майну; нова редакція § 1631 НЦУ (листопад 2000 р.), яким встановлено право дитини на виховання без насильства, тобто недопустимість тілесних покарань, психічних травм та іншого, що посягає на гідність дитини. Закон доведено до відома населення ФРН цільовою урядовою кампанією під лозунгом «Більше поваги до дітей». К. Буссманн зазначає, то під впливом нововведень спостерігався позитивний розвиток [4]. Основним цивільно-правовим засобом боротьби з домашнім насильством є надання потерпілому права видворення обвинуваченого із спільного житла, заборона зустрічатися, наближатися чи (та) контактувати з потерпілим. Цей засіб функціонує одночасно із заходами поліції щодо прискороного тимчасового виселення зі спільного житла, виражаючи сутність Закону про цивільно-правовий захист від насильства [5] (далі – Закон). Закон набрав чинності 1 січня 2002 р. на території ФРН разом з оновленими законами про поліцію земель. Він створив кращі правові можливості для захисту від домашнього насильства шляхом застосування судових та поліцейських заходів до осіб, які вчинили насильницькі дії чи погрожували ними, та започаткував юридичне визначене регулювання деяких видів сталкінгу - переслідувань, застосовуваних обвинуваченим особисто або за допомогою інших осіб, організацію «випадкових» зустрічей тощо. Закон передбачає, що суд своєю постановою може на певний час заборонити обвинуваченому: заходити в спільну квартиру; наближатися до будинку на певну від-

стань; з'являтися та знаходитися в певних місцях населеного пункту (на робочому місці жінки, в дитячому садочку, де знаходиться їх дитина, школі, де навчаються діти тощо); вступати з потерпілою в словесний контакт на вулиці, по телефону та ін. Законом спрощені умови, при яких жінці надається (на певний час) для одноособового проживання спільна чи сімейна квартира. Надання права користуватися спільною квартирою тільки потерпілій надається за її заявою, якщо вона перебуває в фактичних чи юридичне оформлених шлюбних відносинах з насильником, а також тоді, коли потерпіла не вказана в договорі найму квартири. Поліцейські заходи здійснюються тоді, якщо особа опинилась в небезпеці.

Мета Закону – захист окремих громадян і внесення вкладу в створення суспільного клімату, в якому б унеможлилювалося насильство в будь-якій формі, особливо проти жінок та дітей, була досягнута, безпека та умови цивільно-правового захисту поліпшилися. Разом з тим виражена думка про обмеженість можливостей приватноправових засобів. Вони не застосовувалися тоді, коли злочини згідно з німецьким законодавством визнавалися «суспільне небезпечними». М. Фроммель наводить труднощі виконання рішень судів щодо цивільно-правового захисту та не погоджується з виконанням заходів переважно поліцією; судові виконавці цю роботу могли б виконувати краще; в критичних конфліктних ситуаціях цивільне законодавство не надає необхідного захисту (затримання, арешт), а застосування кримінального законодавства поліцією можливе не раніше ніж для попередження загрози. Профілактичні можливості цивільного законодавства обмежуються здатністю застосування тільки до соціально адаптованих обвинувачених, які мають що втрачати. Іншим поліція може тільки погрожувати, однак погрози неефективні, а жертви з причини незахищеності (хоч як свідки) неохоче складають заяви до органів влади про вчинені злочини чи такі, що готуються [6]. Важливо враховувати те, що застосування деяких норм цивільного законодавства [7] може провокувати конфлікти. Закон від 1 січня 1900 р. «Про сім'ю» стимулював розпад сім'ї.

Запровадження нового федерального цивільного законодавства здійснювалося за допомогою спеціальних програм, супроводжувалося науковими дослідженнями. Рамкові умови для поліцейських і суддів щодо захисту від домашнього насильства (Програма Міністерства сім'ї, чоловіків похилого віку, жінок та молоді) містять переліки та вказівки щодо поліцейських і судо-

вих засобів захисту, створення для потерпілих вільної від насильства обстановки для планування подальших дій [10]. В них конкретизуються та деталізуються шляхи застосування цивільно-правових засобів. До особливостей здійснюваного в Берліні плану дій боротьби з домашнім насильством [11] належать його показовість для всієї Німеччини, ретельність, детальність опрацювання, деталізація місцевим законодавством та науковий супровід Оснабрюкського університету [12]. Центр боротьби з домашнім насильством [13] в Берліні допомагає потерпілим консультаціями, наданням зразків заяв або підготовкою та супроводом їх проходження в різних інстанціях, здійснює пропагандистську роботу [14]. В Берліні програма ТОА (діє також на всій території ФРН) враховує місцеві умови та специфіку, викладені в Основних напрямках реалізації програми ТОА щодо домашнього насильства [15]. Однією з особливостей шести створених у Нижній Саксонії «активних консультацій» є те, що вони починають діяти після одержання повідомлення поліції про застосування домашнього насильства: пропонують потерпілим допомогу в плануванні подальших кроків та співробітництва з різними установами, інформують про варіанти дій і можливості Закону про захист від насильства, підтримують звернення в суд. Консультації стали ланкою в ланцюзі «поліція – консультація-суд». Спеціальне вивчення досвіду роботи «активних консультацій» показало їх раціональність та необхідність. У них одержали підтримку ті, які з власної ініціативи по допомогу в консультації не зверталися. «Активні консультації» наданням інформації про різноманітні можливості виходу з сімейної кризи і реальною допомогою набагато зменшували відчуття безвихідності та безсилля. В деяких землях ФРН наслідки запровадження цивільно-правового захисту вивчалися з допомогою спеціальних науково-дослідницьких програм. Звіти про них М. Рупп, Р. Льобман та К. Герберс [16] (про аналіз реального впливу Закону на якість захисту від домашнього насильства шляхом поглибленого опитування, експертних оцінок та аналізу документів, співбесід з зацікавленими особами, що стали жертвами домашнього насильства) [17] однозначно підтвердили позитивний висновок щодо поліпшення ситуації після введення змін до законодавства. Згідно з результатами дослідження У. Мюллера та М. Шреттле [18] позитивно оцінювалася також робота поліції з проявами домашнього насильства.

Уряд ФРН планує вдосконалювати подальшу боротьбу з домашнім насильством проти жінок у рамках програм «Профілактика», «Співробітництво між державними інституціями

та недержавними пропозиціями допомоги», «Загальнофедеральна мережа пропозицій допомоги», «Сенсибілізація», «Міжнародне співробітництво» та ін. Ключовою приватною профілактичною структурою в ФРН є Німецький форум попередження злочинності (DFK), створений в 2001 р. Він поєднує діяльність суб'єктів приватного та публічного права, бере участь у розробленні та реалізації суспільної загальнонаціональної стратегії боротьби зі злочинністю, видає журнал «Форум попередження злочинності». DFK є своєрідної біржею профілактичних ідей приватного та публічного спрямування, поширення їх серед усіх бажаючих електронними листами.

Розглянуті аспекти проблеми цивільно-правових засобів профілактики домашнього насильства (умови створення, правова природа спеціальних норм цивільного законодавства, деталі запровадження та оцінка ефективності дії) заслуговують на увагу та подальше вивчення, зокрема з точки зору особливостей застосування в інших країнах. Використання німецької моделі на території України не було предметом відповідних досліджень. Однак відомі випадки запозичення іноземного досвіду дають підстави припустити, що в Україні також (як в її сусідів-членів ЄС) існують труднощі сприйняття іноземних правових явищ. Для їх подолання та розвитку єдиного, не строкатого європейського правового поля в ЄС виконуються декілька програм, спрямованих на подолання мовних, термінологічних та пов'язаних з ними [19] інших перешкод [20]. Що стосується України, то наша держава вважається правовою державою і у своїй Конституції декларує, що «людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються ... найвищою соціальною цінністю». Таке формулювання означає, що Україна гарантує всі базові права людини, а відповідно – і право на сім'ю та всі права сім'ї як основної спільноти, яку люди творять на рівні безпосередніх міжособових відносин. 17 липня 1997 р. Верховна Рада України ратифікувала також «Конвенцію про захист прав людини та основних свобод», прийняту в Римі 1950-го року, у якій право на сім'ю відображено у статті 8 «Право на повагу до приватного та сімейного життя» та у статті 12 «Право на шлюб». Права сім'ї та осіб, які її собою творять, викладені в «Сімейному Кодексі України». Крім того, прямо чи непрямо стосуються сім'ї такі програми, як «Концепція державної сімейної політики» (23.03.1999), «Українська родина» (14.03.2001), та «Репродуктивне здоров'я нації» на період до 2015 року» (27.12.2006), яка стала

продовженням національної програми «Репродуктивне здоров'я 2001-2005».

Всі ці документи визнають «людину, її життя та здоров'я найвищими цінностями держави» (згідно з Конституції України (ст. 3), а сім'ю - «основою», «найважливішою складовою чи «первинним та основним осередком суспільства». Сімейний Кодекс України визначає право на сім'ю (ст. 4), гарантує державну охорону сім'ї, регламентує права та взаємовідносини членів сім'ї та гарантує їхні майнові права [21].

Важливим кроком на шляху побудови демократичного громадянського правового суспільства, у якому найвищою соціальною цінністю визнаються людина, її життя і здоров'я, честь, гідність, недоторканість, в українському законодавстві можна вважати прийняття 15 листопада 2001 року Верховною Радою України Закону України «Про попередження насильства в сім'ї», що свідчить про визнання державою цієї проблеми, винесення її з розряду приватної проблеми родини на державний рівень.

Законом України визначено основні поняття у сфері попередження насильства в сім'ї, форми насильства (фізичне, психологічне, сексуальне та економічне), а також органи та установи, на які покладається здійснення заходів з попередження насильства в сім'ї. Відповідно до Закону здійснення заходів з попередження насильства в сім'ї покладається на спеціально уповноважений орган виконавчої влади з питань попередження насильства в сім'ї, службу дільничних інспекторів міліції та кримінальну міліцію у справах неповнолітніх, органи опіки та піклування, спеціалізовані установи для жертв насильства в сім'ї. Координація діяльності цих органів та установ Указом Президента України покладено на Державний комітет у справах сім'ї та молоді (на сьогодні - Міністерство України у справах сім'ї, дітей та молоді).

З метою забезпечення механізму практичної реалізації Закону України «Про попередження насильства в сім'ї» на сьогодні прийнято ряд нормативно-правових актів. Зокрема, постановою Кабінету Міністрів України від 26 квітня 2003 року № 616 затверджено Порядок розгляду заяв та повідомлень про вчинення насильства в сім'ї або реальну його загрозу. Відповідно до зазначеного Порядку управління (відділи) у справах сім'ї та молоді приймають і розглядають заяви та повідомлення про вчинення насильства в сім'ї або реальну загрозу його вчинення, в межах компетенції надають допомогу постраждалим від насильства в сім'ї та членам сім'ї,

стосовно яких існує реальна загроза його вчинення. У разі потреби направляють постраждалих до спеціалізованих установ для жертв насильства в сім'ї.

Оскільки система здійснення заходів з попередження насильства в сім'ї передбачає також притягнення до відповідальності осіб, винних у вчиненні насильства в сім'ї, 15 травня 2003 року було прийнято Закон України «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо встановлення відповідальності за вчинення насильства в сім'ї або невиконання захисного припису», який набрав чинності у червні 2003 року. Таким чином, все вищевикладене вказує, на те що, подолання такого негативного явища як насильство в родині можливе лише за умови об'єднання зусиль і державних органів та установ, і громадських організацій, і кожного громадянина. Адже сім'я - це саме те місце, яке має бути світлим затишком, острівцем безпеки і комфорту у нашому досить бурхливому світі.

Список літератури: [1] Олександра Ляковська. Про попередження насильства в сім'ї // www.familvimes.com.ua/ua/article/societv/familv/; [2] Frommel M. Instrumente der gegenwärtigen Antidiskriminierungspolitik - mehr Kontrolle durch Stärkung ziviler Opferrechte//www.kik-sh.uni-kiel.de; [3] Закон про зареєстроване партнерство (Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz - LPartG) Bundesgesetzblatt Jahrgang 2001 Teil I Nr. 9, ausgegeben zu Bonn am 22. Februar 2001 - регулює відносини співжиття зареєстрованого одностатевого подружжя; [4] Bussmann, K., Studie zu den Auswirkungen des Gesetzes zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung und der begleitenden Kampagne «Mehr Recht vor Kindern». Elternstudie, Halle u. a. 2002a. Bussmann, K., Das Recht auf gewaltfreie Erziehung aus juristischer und empirischer Sicht, in: Familie - Partnerschaft - Recht, 2002b, 7, S. 289-293. Bussmann, K., Kriminalprävention durch Business Ethics, Ursachen von Wirtschaftskriminalität und die besondere Bedeutung von Werten, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Unternehmensethik, 2004, 5, S. 35-54.; [5] Gesetz zur Verbesserung des zivilgerichtlichen Schutzes bei Gewalttaten und Nachstellungen sowie zur Erleichterung der Überlassung der Ehewohnung bei Trennung vom 11. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3513). GewSchG - назва закону першими буквами; «Gewaltschutzgesetz» - скорочена назва, перекладається як Закон про захист від насильства; «Gesetz zur Verbesserung des zivilgerichtlichen Schutzes bei Gewalttaten und Nachstellungen sowie zur Erleichterung der Überlassung der Ehewohnung bei Trennung» - повна назва Закону, перекладається як «Закон про поліпшення цивільно-правового захисту від насильницьких злочинів та переслідувань, а також про спрощення передання подружнього житла при відділенні»; [6] В статті «Насильство - це не доля, або при яких умовах функціонує цивільно-правовий захист від домашнього насильства?» (Frommel M.-Gewalt ist kein Schicksal - unter welchen Bedingungen funktioniert ein zivilrechtlicher Rechtsschutz gegen häusliche Gewalt? // WWW.KIK-SH.UNI-KIEL.DE); [7] До основних нормативних актів, які регулюють відносини у сфері сім'ї та впливають на них, Д. Шwab відносить (крім Німецького цивільного уложення) вісім законів: Закон про рівні права чоловіки та жінки (від 18 червня 1957 р.). Закон про нове регулювання шлюбів (від 4 травня 1998 р.) та деякі інші (див.: Schwab D. Familienrecht.-11.Auflage.-Verlag C.H. Beck München.-2001.-S.-4-5; [8] Передбачили попередження зловживання шлюбом та ушивоненням (23 листопада 1933 р.), «захист

німецької крові» та «німецької честі» від євреїв, циган, хворих окремими хворобами (15 вересня 1935 р., так званий Нюрнберзький закон про расу); запроваджували припинення шлюбу, якщо дружина не могла чи не хотіла народити, навіть тоді, коли у неї в сім'ї вже раніше були діти. \$ [9] Закон «Про сім'ю» попри те, що окупаційні влади наприкінці Другої світової війни вилучили з нього націонал-соціалістську несправедливість, в оновленому вигляді «тимчасово» більше 50 років діяв в Німеччині - до 4 травня 1998 р., а в Австрії продовжує функціонувати// Ehegesetz aus Wikipedia, der freien Enzyklopädie/www. wikipedia.de; [10] Rahmenbedingungen für polizeiliche/gerichtliche Schutzmaßnahmen bei häuslicher Gewalt// www.bmfsfj.de; [11] Berliner Aktionsplan zur Bekämpfung von häuslicher Gewalt// www.big-interventionszentrale.de/; [12] www.wibig.uni-osnabrueck.de; [13] www.big-interventionszentrale.de/mitteilungen/0612_bodVshop.htm; [14] Die Ergebnisse des BIG-Projektes im Einzelnen//www.wibig.uni-osnabrueck.de; [15] Richtlinie zum Täter-Opfer-Ausgleich in Fällen häuslicher Gewalt Stand 17.09.2002 // www.wibig.uni-osnabrueck.de; [16] Rupp. M., Rechtstatsächlich Untersuchung zum Gewaltschutzgesetz, Berlin 2005. Löbmann R. und Herbers K. Das Modellprojekt «Beratungs- und Interventionsstellen (BISS) für Opfer häuslicher Gewalt» Niedersachsen, Hannover 2004; [17] Löbmann, R. und Herbers K. Das Modellprojekt «Beratungs- und Interventionsstellen (BISS), für Opfer häuslicher Gewalt» Niedersachsen, Hannover 2004; Löbmann, R. und K. Herbers, Neue Wege gegen häusliche Gewalt: Pro-aktive Beratungsstellen in Niedersachsen und ihre Zusammenarbeit mit Polizei und Justiz, Baden- Baden 2005a; Löbmann, R. und K. Herders, Mit BISS gegen häusliche Gewalt. Evaluation des Modellprojektes «Beratungs-und Interventionsstellen (BISS) für Opfer häuslicher Gewalt» in Niedersachsen, Hannover 2005b.; [18] Müller U. und Schröttle M. Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland. Eine repräsentative Untersuchung zu Gewalt gegen Frauen in Deutschland, Berlin 2004a. Müller U. und Schröttle M.- Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland. Eine repräsentative Untersuchung zu Gewalt gegen Frauen in Deutschland. Zusammenfassung zentraler Studienergebnisse, Berlin 2004b.; [19] Merk B. Die Bedeutung der deutschen Rechtswissenschaft für die Gestaltung Europas - Bologna Anfang und Ende?//www.stmf.bayern.de; [20] Г. Мошак. Цивільно-правові аспекти практики домашнього насильства у ФРН // ВІСНИК АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ № 2 (49).- Харків 2007.- С.157-167; [21] Петро Гусак. ПРАВА ЛЮДИНИ В СІМ'Ї В КОНТЕКСТІ УКРАЇНСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА//Доповідь на II Всеукраїнській Конференції «Сімейна політика в Україні та ЄС», Київ, 5-6 травня 2007. www.ucu.edu.ua/doc/2007/humanrights.doc; [22] Олександра Ляковська. Про поширення насильства в сім'ї// www.familVtimes.com.ua/ua/article/societVfamilV.

Степаненко Т.В., викладач кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ

Процесуальні особливості судового розгляду справи за позовом про захист невизначеного кола осіб

Потрібно зауважити, що укладення договору про оплату надання юридичних послуг у письмовій формі не знаходить масового застосування на практиці. Як правило, має місце усна форма договору. Проте можливість укладення заз-

ного договору в усній формі, на нашу думку, за деякими винятками (наприклад, юридична консультація), не може позитивно позначитися на реалізації сторонами прав і обов'язків у досліджуваних правовідносинах. Це обумовлено наступними практичними причинами.

По-перше, усна форма названого договору, як слушно зазначає А.В. Тихомиров, не дозволяє визначити межі послуги, її фактичні межі, особливо момент завершення. Кожна окрема послуга, в ряді інших, у цьому випадку не відокремлюється від суміжних послуг, що дає підставу всю їх сукупність розглядати як триваючу послугу. Звідси, відповідальність за зобов'язаннями у цьому випадку поширюється на весь ланцюг паралельно чи послідовно наданих послуг. У той же час на практиці така відповідальність може виникнути (виникає) лише з однієї з них [1]. По-друге, усна форма договору не дозволяє визначити ступінь правомірності «фізичної шкоди» при наданні юридичної послуги, яка містить можливість (а в більшості випадків, особливо в хірургічній практиці, неминучість) заподіяння такої шкоди послугоотримувачу, тим самим послугодавець згодом повинний обґрунтувати правомірність своїх дій посиленнями не на умови договору, а на фактичний результат його дій [1]. По-третє, усна форма договору не дозволяє зафіксувати факт надання клієнту необхідної інформації про конкретні медичні послуги: характер юридичних дій, їх обсяг тощо.

Таким чином, письмова форма договору про оплатне надання юридичних послуг більшою мірою забезпечує захист прав і законних інтересів сторін у порівнянні з усною формою. Вимога про письмову форму договору про оплатне надання юридичних послуг, на нашу думку, повинна безпосередньо впливати з ЦК і лише в деяких випадках, може допускатися усна форма названого договору. І хоча і існує серед медиків думка, що паперова діяльність може призупинити медичну, що доведеться робити безліч підписів, заповнювати масу паперів, у тому числі в обставинах, що вимагають негайних заходів юридичної допомоги, що ймовірних несподіванок при наданні юридичної допомоги передбачити в договорі все одно неможливо, що клієнт не в змозі осягти інформацію в тому обсязі, у якому її необхідно йому надати у зв'язку з наданням юридичної допомоги, ми вважаємо, що це трохи нігілістичний погляд на сутність юридичних категорій і, в першу чергу, на реалізацію та захист суб'єктивних прав сторін у досліджуваних правовідносинах.

Забезпечення права дитини на належне батьківське виховання

1. **Обов'язкам батьків щодо виховання дитини кореспондує право дитини на належне батьківське виховання.** Таке право дитини встановлюється ст. 152 СК України. Проте слід зазначити, що зміст статті 152 СК України дещо суперечить її назві. Назва статті «Забезпечення права дитини на належне батьківське виховання» передбачає, що стаття містить правові гарантії права дитини на належне батьківське виховання. Вказане право є особистим немайновим правом дитини. Проте, коментована стаття правові гарантії належного виконання батьками своїх обов'язків щодо виховання встановлює тільки у частині 1. Крім того, ці гарантії мають публічно-правовий, а не приватноправовий характер. Всі інші частини коментованої статті містять вказівку на «батьківські обов'язки», «права та інтереси дитини», які включають в себе як немайнові, так і майнові права та обов'язки батьків та дітей. Отже, фактично ст. 152 СК встановлює гарантії не тільки немайнових, але й майнових прав дитини. Крім того, зі змісту ч. 3 та 4 випливає, що дитина має право звернутися до державних органів та громадських організацій за захистом будь-яких своїх сімейних прав та інтересів у разі порушення їх не тільки батьками, а й іншими учасниками сімейних відносин.

2. **Поняття належного виховання дати досить важко.** З юридичної точки зору, належним вихованням є дотримання батьками всіх тих вимог, які пред'являє закон до процесу виховання дитини. Тобто, належно виховуючи дитину, батьки виконують всі обов'язки щодо виховання, а також дотримуються всіх заборон, які встановлені законодавством.

3. Як відомо, доктрина розглядає суб'єктивне право як єдність трьох правомочностей: права на власні дії, права на чужі дії, право на захист в разі порушення, невиконання або оспорювання. Але право дитини на належне батьківське виховання є виключенням з цього правила. Оскільки виховання – це процес впливу на особу, яку виховують, то право дитини на належне батьківське виховання, як правило, не

включає в себе можливість вчинення дитиною певних юридично значимих дій. Дитина у процесі її виховання вчиняє фактичні дії щодо сприйняття або неприйняття виховних дій своїх батьків – вона слухає, запам'ятовує, в неї виробляються певні навички, звички тощо. Вказані процеси не підлягають правовому регулюванню і отже не можуть розглядатися як здійснення дитиною права на належне батьківське виховання. Тому, слід зауважити, що право дитини на належне батьківське виховання не має класичної триєдиної структури і складається з двох правомочностей: права на чужі дії та права на захист.

4. У контексті статті 152 СК України право дитини на належне батьківське виховання включає: 1) право дитини вимагати від батьків здійснення їх обов'язків щодо виховання належним чином, а також вимагати утримуватися від тих дій щодо виховання, які суперечать чинному законодавству; 2) право дитини на самозахист шляхом протидії неналежному виконанню батьками своїх обов'язків щодо неї; 3) право дитини звернутися за захистом своїх прав та інтересів до органу опіки та піклування, інших органів державної влади, органів місцевого самоврядування та громадських організацій, або безпосередньо до суду, якщо вона досягла чотирнадцяти років.

5. Правом на належне виховання дитина наділяється з моменту народження. Однак у зв'язку з малоліттям вона не усвідомлює свого права, а тому і не може його здійснювати самостійно. До досягнення дитиною чотирнадцяти років захист інтересів дітей здійснюється їх представниками, якими здебільшого є батьки. Але сама природа права дитини на належне виховання виключає представництво інтересів дитини батьками у правовідносинах щодо належного виховання дитини. В цих випадках захист прав та інтересів дітей на себе бере держава, від імені якої виступають різні державні органи.

6. В Україні створена розгалужена система державного контролю, що забезпечує право дитини на належне батьківське виховання шляхом попередження, виявлення та припинення правопорушень, які чиняться батьками у сфері сімейного виховання. Державні органи мають право притягати батьків до кримінальної або адміністративної відповідальності, клопотатися перед відповідними органами про притягнення батьків до певного виду відповідальності, а орган опіки та піклування та прокурор мають право на звернення до суду з позовом про позбавлення батьківських прав (ст. 165 СК України).

7. Право дитини протидіяти неналежному виконанню батьками своїх обов'язків щодо неї є елементом права дитини на належне батьківське виховання, але правовий механізм його здійснення встановити досить важко. Це обумовлено тим, що неналежне виконання батьками своїх батьківських обов'язків є порушенням прав дитини. Дитина може захистити свої права у юрисдикційному порядку, який передбачений у частинах 3 та 4 коментованої статті або шляхом самозахисту. Хоча у деяких нормах Сімейного кодексу передбачається право певних осіб на самозахист, глава 2 СК України серед способів захисту сімейних прав та інтересів не передбачає такої форми їх захисту як самозахист, тому, відповідно до ст. 8 СК України відносини, що виникають при здійсненні особою свого права на самозахист мають регулюватися нормами ЦК України.

Але дитина через свої дещо обмежені фізичні та розумові властивості, недостатність життєвого досвіду та неможливість адекватно відтворювати дійсність не може знайти таких способів самозахисту, які були б відповідними у взаємовідносинах з батьками, оскільки на боці батьків як дорослих осіб діє право сили. Тому дитині реалізувати право протидіяти неналежному виконанню батьками своїх обов'язків щодо неї досить важко.

Одним з засобів, який сприяє здійсненню права дитини на належне батьківське виховання є її право вільно висловлювати свої думки, яке передбачене ст. 13 Конвенції про права дитини, а також ст. 172 СК України. Відповідно до вказаної статті дитина має право на те, щоб бути вислуханою батьками з питань, що стосуються її особисто. Саме висловлена дитиною думка може вплинути на поведінку батьків при виконанні ними своїх батьківських обов'язків щодо неї.

8. Більш ефективною формою захисту прав дитини є звернення її за захистом своїх прав та інтересів до органу опіки та піклування, інших органів державної влади, органів місцевого самоврядування та громадських організацій, або безпосередньо до суду. Право дитини на звернення до органу опіки та піклування, інших органів державної влади, органів місцевого самоврядування та громадських організацій за захистом своїх прав та інтересів не обмежується її віком. Таке право має дитина, яка може висловити свою думку і усвідомлює свої інтереси. Це може бути як дитина, яка досягла 14 років, так і малолітня.

Дитина має право звернутися за захистом своїх прав посередньо до суду, якщо вона досягла чотирнадцяти років. Засобом такого захисту є позов.

Відповідно до п. 8 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 1 листопада 1996 року № 9 «Про застосування інституту України при здійсненні правосуддя» суд не має відмовити особі в прийнятті позовної заяви чи скарги з тієї підстави, що її вимоги можуть бути розглянуті в збаченому законом досудовому порядку. Отже, у неповнолітньої особи немає потреби звертатися за захистом своїх інтересів спочатку до відповідних державних органів (органу опіки та піклування тощо), а потім до суду. Крім звернення за захистом до органу опіки та піклування не звільняє особу права на звернення до суду (ст. 19 СК). Так не позбавляє особу права на звернення до суду звернення за захистом до інших державних органів, органів місцевого самоврядування та громадських організацій.

Література: 1. Жюрлис А. Недействительность брака по советскому семейному праву. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук – Вильнюс, 1964. 2. Шевченко Я.Н. Совершенствование законодательства о семье (Теоретические проблемы соотношения гражданского и семейного законодательства). – К.: Наукова думка, 1986. 3. Рабец М.А. Проблемы дальнейшего совершенствования общесоюзного и республиканского законодательства о недействительности брака / В кн.: Материалы всесоюзной практической конференции «Проблемы советского семейного права» (19 – 21 октября 1979 г.). – М., 1980. 4. Данилин В.И. Ответственность по советскому семейному праву / Учебное пособие. – Уфа: Издание Башкирского гос. ун-та, 1980. 5. Зражевский В.И. Ответственность по советскому государственному праву // Правоведение. – 1980. – № 3. 6. Красавчиков О.А. Ответственность, меры защиты и санкции в советском гражданском праве / В кн.: Категории науки гражданского права. Избранные труды. Т. 2. – М.: Статут, 2005.

*Літвінова О.В., науковий співробітник
науково-дослідної лабораторії з проблем
профілактики та розслідування злочинів
навчально-наукового інституту підготовки
фахівців для підрозділів слідства
і дізнання Харківського національного
університету внутрішніх справ*

До питання про порядок укладення договору страхування

Порядок укладення договору страхування, як і будь-якого іншого договору, підпорядковується загальним вимогам та принципам, встановленим розділом II Цивільного Кодексу

України (далі – ЦК). Але незважаючи на певну визначеність цього питання у ЦК, серед науковців з питання про порядок укладення договору страхування немає єдиної позиції.

Стаття 638 ЦК визначає, що договір вважається укладеним у разі дотримання двох необхідних умов: по-перше, сторонами повинно бути досягнуто згоди за всіма істотними умовами договору; і, по-друге, досягнута сторонами згода за своєю формою повинна відповідати вимогам, що висуваються до такого роду договорів.

Частина 2 ст. 638 ЦК встановлює загальний для всіх договорів порядок їх укладення: договір укладається шляхом пропозиції (оферти) однієї сторони укласти договір і прийняття пропозиції (акцепту) другою стороною.

Стаття 18 Закону України «Про страхування» (далі – Закон «Про страхування») містить положення, згідно з яким договір страхування укладається на підставі письмової заяви або іншим чином вираженого наміру страхувальника укласти договір страхування.

Загальний порядок укладення договорів страхування полягає у наступному. Страхувальник звертається до страховика із заявою про укладення договору страхування. Після вивчення заяви на страхування страховик оформлює договір страхування. І якщо з організаційно-технічної точки зору в порядку укладення договорів страхування не існує проблем, то юридична природа дій кожної із сторін та документів, що ними оформлюються на цій стадії, є предметом досить живої наукової дискусії. [1]

Проаналізувавши практику укладення договорів страхування, що існує в Україні, точки зору різних науковців з цього питання, спробуємо з'ясувати, яка із сторін майбутнього договору страхування виступає з офертою, яка – з акцептом, та в чому це проявляється. Думки науковців відрізняються в першу чергу відносно юридичної кваліфікації заяви страхувальника на страхування.

Одна з позицій науковців при визначенні правового статусу заяви страхувальника полягає в тому, що заява страхувальника є ні що інше, як оферта. Така точка зору міститься у працях таких науковців, як Г.Ф. Шершеневич, В.І. Серебровський, В.А. Рахмілович та ін. [2, с.354; 3, с.408; 4, с.154].

Прихильники цієї точки зору зазначали, що подача страхувальником заяви – є ні що інше, як вираз його волі на укладення договору страхування. Прийняття страховиком заяви та оформлення договору свідчить про акцепт пропози-

ції страхувальника. Договір страхування в такому випадку буде укладений, коли страховик у відповідь на заяву страхувальника видасть останньому страховий поліс (або іншим чином оформить договір страхування).

Заяву на страхування вважають офертою і деякі українські науковці, зокрема Є.М. Білоусов [5, с.12], О.В. Гринюк [6, с.9].

Позиція інших авторів полягає в тому, що заява страхувальника - це виклик оферти від страховика. Офертою ж у такому випадку буде оформлений страховиком на підставі заяви страхувальника договір страхування. І вже прийняття такого договору страхувальником буде свідчити про акцепт та укладення договору. Прихильниками цієї точки зору є М.І. Брагинський, В.С. Бєлих, І.В. Кривошеев та ін. [7, с.595.; 8, с.138].

Аналіз особливостей оферти та акцепту не дає нам змоги погодитися з тими науковцями, які вважають, що подача заяви страхувальником страховикові є ні що інше, як оферта. Оферта, як ми вже зазначали, повинна містити усі істотні умови майбутнього договору.

Зазначимо, що ст. 982 ЦК як істотні умови договору страхування називає такі: предмет договору страхування, страховий випадок, розмір грошової суми, в межах якої страховик зобов'язаний провести виплату у разі настання страхового випадку (страхова сума), розмір страхового платежу і строки його сплати, строк договору та інші умови, визначені актами цивільного законодавства.

Отже, страхувальник для подання страховикові оферти на укладення договору страхування повинен визначити у заяві всі зазначені умови. Але такі, наприклад, істотні умови, як страховий випадок та розмір страхового платежу, страхувальник може визначити лише разом із страховиком. Ми цілком згодні з С.В. Дедіковим, який стверджує, що страхувальник, не будучи фахівцем у страхуванні, не зможе самостійно сформулювати більшість істотних умов договору страхування [1].

До того ж, слід враховувати, що відповідно до Закону «Про страхування» договори страхування укладаються на підставі правил страхування, які розроблені страховиком та зареєстровані Державною комісією з регулювання ринків фінансових послуг. Такі умови договору, як, наприклад, страховий тариф (на підставі якого формується страховий платіж), порядок визначення страхової суми, страхові випадки тощо, визначаються у правилах страхування.

Заява на страхування подається за формою, визначеною страховиком. У більшості випадків заява на страхування, що

використовується в українській страховій практиці, уявляє собою документ, що містить розділи, які заповнюються як страхувальником, так і страховиком. У випадках, коли заява заповнюється лише страхувальником, такі умови, як, наприклад, страховий тариф, взагалі не заповнюються, а зазначаються безпосередньо у договорі. Зазначене, на нашу думку, також підтверджує, що заява на страхування не може виступати офертою, адже двостороння оферта законодавством не передбачена.

Оферта повинна бути безвідкличною та виражати намір особи, яка її висуває, бути зв'язаною умовами договору, укладення якого пропонується.

Більшість заяв на страхування (форми яких згідно із Законом «Про страхування» розробляються страховиком) містять інформацію про те, що подання заяви на страхування не зобов'язує страхувальника та страховика укласти договір страхування.

Таким чином, заява на страхування, на нашу думку, не містить основних рис, властивих оферті.

Заява на страхування, що подається страховику, в першу чергу має інформативне значення. Вона містить інформацію, необхідну страховику для визначення істотних умов договору. Як ми вже зазначали, М.І. Брагінський вважає, що заява страхувальника є пропозицією страховикові зробити оферту оформлений страховиком договір страхування (поліс) є офертою, а прийняття полісу – акцептом.

Погоджуючись у цілому з такою точкою зору, все ж хотіли б зазначити наступне. Згідно з ч. 4 ст. 18 Закону «Про страхування», договір страхування набуває чинності з моменту сплати страхового платежу. Виходячи з цього, вважаємо, оформлення договору страхування страховиком є за своєю юридичною природою офертою, а акцептом виступає сплата страхового платежу в терміни, які зазначені в договорі.

Згідно зі ст. 641 ЦК, пропозицію укласти договір можна зробити кожна із сторін майбутнього договору.

Статті 3 та 627 ЦК, які закріплюють і розкривають зміст принципу свободи договору, надають право будь-якому учаснику цивільних правовідносин виступати з ініціативою укладення договору. Страхові відносини не повинні бути винятком. До того ж слід враховувати, що у сучасному житті страховики зацікавлені в отриманні прибутку у вигляді страхового платежу, так і особи, на яких покладається ризик падкової втрати чи пошкодження майна, також зацікавлені

у страхуванні. Тобто кожна із сторін майбутнього договору страхування може виступити з пропозицією укласти договір.

Виходячи з вищевикладеного, вважаємо, що ст. 18 Закону «Про страхування» містить положення, які не відповідають чинному цивільному законодавству та існуючій практиці укладення договорів страхування. Зазначена стаття встановлює, що ініціатива на укладення договору страхування виходить від страхувальника, у той час як така пропозиція страхувальника на укладення договору не містить основних ознак, притаманних оферті. Враховуючи зазначене, вважаємо, що ст. 18 Закону «Про страхування» повинна бути приведена у відповідність до положень ЦК і вимог сучасного економічного життя.

Література: 1. Дедиков С.В. Заключение договора страхования. // Юридическая и правовая работа в страховании. – 2005.–№ 1. – Режим доступа: http://www.reqlament.net/ins/urist/2005/1/statVa_1.htm; 2. Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. II: Товар. Торговые сделки.–М., 2003. –543 с.; 3. Серебровский В.И. Очерки советского страхового права. Избранные труды по наследственному и страховому праву. М. Статут, 2003. – 557 с.; 4. Абрамов В.Ю. Страхование. Очерки / М.: Анкил, 2004. – 184 с.; 5. Белоусов Є.М. Договір страхування господарських ризиків. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. спец. 12.00.04 / Національна юридична академія ім. Я. Мудрого. – Х., 1997. – 16 с.; 6. Гринюк О.В. Цивільно-правові аспекти майнового страхування в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.03 / Київ. нац. ун-т ім. Т.Шевченка. – К., 2004. – 20 с.; 7. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. – М.: Статут, 2002. – 700 с.; 8. Бельх В.С., Кривошеев И.В. Страхование право: Краткий учебный курс. – М.: «НОРМА», 2002. – 205 с.

Рябченко Ю.Ю., викладач кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ

Застосування наказного провадження при вирішенні справ про захист прав споживачів

Згідно ст. 3 Конституції України (далі – Конституція), права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Згідно ст. 42 Конституції України [1], держава захищає права споживачів. Згідно п. 22 ст. 1 Закону України «Про захист прав споживачів»[2] (далі – Закон), споживачем є фізична особа, що придбаває, замовляє, використовує продукцію для задоволення особистих потреб. Таким чином, усі ми на протязі

всього нашого життя є споживачами тих чи інших товарів чи послуг, а це зумовлює велику кількість правочинів, що заключаються з метою задоволення наших особистих потреб. Відповідно, зростає також кількість випадків правопорушень, безпосередньо пов'язаних із даними правочинами.

Таким чином, створення ефективного та швидкого механізму захисту прав споживачів на сьогодні є важливим напрямком у виконанні державою своїх обов'язків перед людиною і реалізації конституційних положень.

Застосування в усіх без винятку випадках усіх формальностей позовного процесу досить часто затягує судочинство, відкладає на потім захист вже порушених прав і законних інтересів [3, с.125]. Наказне провадження – це спрощена форма захисту прав і інтересів кредитора, чії вимоги до боржника зазначені на беззаперечних документах [4, с. 297]. Як вже зазначалося вище, у сфері задоволення особистих потреб скоюється багато правопорушень. Крім того, вимоги споживачів про захист своїх прав як правило супроводжується майновими вимогами на порівняно невелику суму. Саме зазначені причини обумовлюють особливу актуальність теми застосування наказного провадження для захисту прав споживачів.

Чи може взагалі наказне провадження бути застосовано для вирішення справ про захист прав споживачів? Згідно ст. 96 Цивільного процесуального кодексу України [5] (далі ЦПК), судовий наказ може бути видано, зокрема, якщо заявлено вимогу, яка ґрунтується на правочині, вчиненому в письмовій формі. Крім того, ч.2 передбачає випадок, коли судовий наказ може бути видано і в інших випадках, передбачених законом. Але слід відмітити, що чинне законодавство не передбачає таких випадків стосовно захисту прав споживачів. Таким чином, ми можемо ґрунтуватись тільки першому правилі. Крім того, слід враховувати також те, що наказне провадження не передбачає дослідження таких фактів доказування, як показання свідків, висновків експертів, речових доказів, пояснень сторін та третіх осіб. Слід кож мати на увазі, що у разі, коли із заяви і поданих документів вбачається спір про право, суддя відмовляє у прийнятті заяви про видачу судового наказу (п.2 ч.1 ст. 100 ЦПК). Вчені у науці наголошують на тому, що у даному випадку поняття «спір про право» не слід розуміти буквально. Спір про право між заявником та боржником у будь-якому випадку буде існувати, оскільки є звернення до суду. Справа є безспірною.

тому розумінні, що докази правомірності вимоги є безспірними і достатніми для вирішення справи [6 с. 57, 7 с. 391].

Якщо ми проаналізуємо позови про захист прав споживачів на предмет відповідності зазначеним вимогам, то побачимо, що переважна частина їх не може бути розглянута у наказному провадженні. Це пов'язано з тим, що, по одних позовах необхідно застосовувати такі засоби доказування, як показання свідків та висновки експерта, що не досліджуються у наказному провадженні; по інших позовах необхідно доводити негативні факти, що часто неможливо без участі відповідача у справі, крім того, часто навіть позитивні факти можна довести тільки за умови участі відповідача; за певними вимогами законодавством боржнику додатково надається можливість бути звільненим від відповідальності за неналежне виконання зобов'язання навіть не оспорюючи вимогу по суті.

Таким чином, вважаємо, що з усіх можливих позовів у захист прав споживачів слід більш детально зупинитись щодо можливості їх розгляду у наказному провадженні на наступних вимогах: 1) про визнання несправедливою умови договору; 2) про витребування грошових коштів з кредитора на підставі подання заяви на відкликання згоди на укладення споживчого кредиту; 3) позови, спрямовані на обмін товару належної якості, що витікають з договорів купівлі-продажу, укладених поза торговельним чи офісним приміщенням; 4) вимога про стягнення з продавця коштів, одержаних за договором купівлі-продажу внаслідок його розірвання; 5) вимога про стягнення з продавця грошової суми внаслідок відмови від договору; 6) вимоги про передачу неналежної кількості, якості, асортименту товару, повернення сплаченої суми у зв'язку з наведеними обставинами за договором купівлі-продажу; 7) вимоги, що виникають з неналежного виконання договорів про надання комунальних послуг. Такі позови ґрунтуються на правочинах, вчинених у письмовій формі. Вони не потребують для доказування інших засобів доказування, ніж письмові докази, у фактичний склад таких вимог не входять негативні факти тощо. Втім, у судовій практиці можуть виникнути складнощі із прийняттям таких заяв про видачу судового наказу на тій підставі, що із них ніби-то вбачається наявність спору про право. Це пов'язано із тим, що на теперішній час суди є досить завантаженими і судді намагатимуться використовувати будь-яку можливість, щоб не прийняти заяву, навіть за формальними підставами, за рахунок невдалого формулювання ЦПК. Можуть бути також інші причини, які зумовляватимуть нецільове застосування

норми п.2 ч.1 ст.100 ЦПК. Втім, по таких вимогах фактично склад у повному обсязі може бути встановлений тільки на підставі письмових доказів, що подаються заявником. Оскільки для суду достатньо наявних доказів, він і видає судовий наказ без розгляду справи по суті. Докази даних вимог є достатніми, отже, вони є безспірними, тому безспірними є і самі такі вимоги [7, с.391]. Таким чином ми можемо зробити висновок, що для зазначених вимог відсутні такі підстави неприйняття, як наявність спору про право, а це значить, що вони можуть бути предметом розгляду у порядку наказного провадження.

Зважаючи на велику завантаженість судів справами, для забезпечення однакового реагування на такі заяви, доцільно доповнити ст. 22. Закону ч.3 такого змісту: «Вимоги споживачів про визнання недійсною умови договору, а також про вимоги про вимоги грошових коштів з кредитора на підставі поданої заяви на відкликання згоди на укладення споживчого кредиту можуть бути розглянуті у порядку наказного провадження.»

Література: Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. № 30. – Ст. 141 (зі змінами); Про захист прав споживачів: Закон України 12.05.1991р. № 1023-XII // ВВР. – 1991. – № 30. – Ст. 379 (із змінами); Сисоєв Д. Наказне провадження в цивільному процесі Республіки Білорусь // Право України, 2007. №8, с. 125-127; Васильєв С.В. Цивільний процес: навч.-посіб. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2007. – 480с.; Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004р. // ВВР. 1963. – № 30. – Ст. 464 (із змінами); Щербак С. Сутність судового наказу // Підприємство, господарство і право. – 2005. – №6. – с. 56-59; Гражданский процесс: учеб. Отв. ред проф. В.В. Ярков. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – 720 с.

*Нестеренко П.В., старший викладач
кафедри економічної теорії та права
Харківського гуманітарного університету
ту «Народна Українська Академія»*

Проблеми визначення цивільно-правового статусу приватних вищих навчальних закладів

На сьогоднішній день досить гострим залишається питання визначення правового статусу вищих навчальних закладів приватної форми власності (далі – ВНЗ), і особливо – питання віднесення приватних ВНЗ до підприємницьких, непідприємницьких юридичних осіб, прибуткових чи неприбуткових організацій. Українське законодавство використовує у різних законодавчих актах схожі терміни «підприємницькі», «неприбуткові» юридичні особи та «суб'єкти некомерційного господарювання».

Загальне поняття неприбуткової організації в чинному законодавстві взагалі відсутнє, хоча в Законі України «Про оподаткування прибутку підприємств» і закріплений приблизний їх перелік. Однак, з погляду Господарського кодексу України коло неприбуткових організацій, які є суб'єктами некомерційного господарювання дещо ширше аніж у вказаному законі [4, с. 219-220]. У більшості країн неприбутковим організаціям дозволено підприємницьку діяльність для підтримки своєї основної діяльності, але за двох умов: прибуток організації не розподіляється і спрямовується на основну діяльність (критерій «основної мети»), і критерій «спрямування доходу». Згідно з останнім організація буде мати статус неприбуткової організації, і відповідно мати податкові пільги, поки дохід від підприємницької діяльності спрямовується на суспільно корисні цілі.

Аналогічні критерії використовуються законодавцем для розмежування підприємницьких і непідприємницьких юридичних осіб. Але, навіть керуючись вказаними критеріями не можна чітко вирізнити підприємницькі та непідприємницькі організації, і відповідно лише організаційно-правова форма буде вказувати на цивільно-правовий статус конкретної юридичної особи.

В літературі є пропозиції ототожнювати поняття підприємницька та прибуткова організація, та відповідно – непідприємницька і неприбуткова [7, с. 32]. Можна погодитися з цією точкою зору, оскільки основною метою непідприємницьких юридичних осіб є приватно корисна або суспільно корисна мета, а не мета отримання прибутку, отже вони потребують певної податкової підтримки з боку держави.

Таким чином, якщо розглядати установи державні та приватні, то слід зазначити, що хоча ці юридичні особи і відносяться до різних видів – юридичні особи публічного права та юридичні особи приватного права, оскільки вони є непідприємницькими і переслідують одні й ті ж цілі, повинні мати однаковий правовий статус, а саме статус неприбуткової організації.

Але на практиці виникає інша ситуація. Зокрема, приватні ВНЗ здебільше створюються у формі приватних установ. При цьому на практиці виникає питання який вони мають статус. Закон України «Про оподаткування прибутку підприємств» передбачив широке коло юридичних осіб, що мають статус неприбуткових організацій. Так у п.п. 1 п. 11 ст. 7 перелічені в якості неприбуткових: ...б) благодійні фонди і благодійні організації, в тому числі громадські організації створені з метою провадження екологічної, оздоровчої, аматорської спортивної, культурної, освітньої та наукової діяльності, а також творчі спі-

лки та політичні партії, громадські організації інвалідів та їх місцеві осередки, науково-дослідні установи та вищі навчальні заклади III-IV рівнів акредитації, внесені до Державного реєстру наукових установ, яким надається підтримка держави, заповідники, музеї-заповідники. До вказаного реєстру включаються юридичні особи незалежно від форми власності, тобто державні (комунальні), так і приватні ВНЗ. Наукові установи ВНЗ включаються до вказаного реєстру наказом Міністерства освіти та науки України. У податковій інспекції ВНЗ, які включені до Реєстру обліковуються за відповідним кодом неприбутковості. Після закінчення строку дії Свідоцтва про державну реєстрацію у вказаному Реєстрі за заявою приватного ВНЗ районна податкова інспекція за місцем його знаходження присвоює ВНЗ код підприємницької організації.

На відміну від приватних, державні ВНЗ як бюджетні установи мають завжди статус неприбуткової організації, хоча мета діяльності у обох суб'єктів однакова. На підставі викладеного можна зробити висновок, про необхідність закріплення рівного правового положення приватних та державних установ, і зокрема ВНЗ, як непідприємницьких та неприбуткових організацій.

Список літератури: 1. Спасибо-Фатеева І. Деякі розсуди про юридичні особи їхні організаційно-правові форми //Право України 2007. № 2. 2. Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 436-IV //ВВР України. 2003. № 18/22. С. 144. 3. Гражданское право. Учебник. Часть 1. Изд. 3-е перераб. и доп. /Под ред. А. Сергеева, Ю.К.Толстого. М., 1999. 4. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України /За заг. ред. В.К. Мамутова. К., 2004. 5. Корпорации и учреждения /Сборн. ст. /Отв. ред. М.А.Рожкова. М., 2007. 6. Комментарий к Гражданскому кодексу РФ, части первой /Под ред. О.Н. Садикова. М., 1997. 7. Бельх В.С. Субъекты предпринимательской деятельности: понятие и виды //Правовое положение субъектов предпринимательской деятельности: Сб. науч. трудов. Екатеринбург, 2002.

Вакулович Е.В., доцент кафедри цивільно-правових дисциплін навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук

Права та обов'язки орендаря при укладенні договору оренди на новий строк

Стаття 777 ЦК України передбачає, що наймач, який належно виконує свої обов'язки за договором найму, після спливу строку договору має переважне право перед іншими

на укладення договору оренди на новий строк. Але для реалізації цього права необхідним є додержання певних умов. А саме, якщо орендарем належно виконувалися всі умови договору оренди. Враховуючи зміст ст.610 ЦК України можна стверджувати, що неналежним виконанням договору є невиконання будь-якого обов'язку, покладеного на орендаря відповідно до договору. У разі порушення умов договору орендар втрачає переважне право на укладення договору на новий строк.

Зазначена норма встановлена з урахуванням інтересу орендаря до майна, яке ним використовується, і є особливо актуальною для випадків укладення договорів оренди будівлі або іншої капітальної споруди, оскільки укладення зазначених договорів на один рік і більше підлягає нотаріальному посвідченню. Отже, з метою уникнення додаткових витрат ці договори в більшості випадків укладаються на строк менше одного року з подальшим переукладенням.

Орендар, якщо він бажає скористатись своїм переважним правом на укладення договору оренди, відповідно до ч.1 ст.777 ЦК України, повинен повідомити орендодавця про намір в подальшому орендувати приміщення до спливу строку договору у строк, встановлений договором, а якщо він не встановлений договором – у розумний строк. Отже, в разі нестримання від орендаря повідомлення у визначений строк, орендодавець вправі шукати нового орендаря та брати перед ним зобов'язання передати приміщення після закінчення договору з попереднім орендарем.

Можливе виникнення ускладнень, коли терміни такого повідомлення договором не передбачається. Тоді його слід здійснити у розумний строк, визначення якого не надається. Але у ст.777 ЦК України зазначено, що повідомлення про намір продовжувати оренду має бути отримане орендодавцем до закінчення строку договору. Таким чином, у сторін повинен бути час для досягнення згоди щодо подальшої оренди, тому в даному випадку під розумним строком можна вважати строк, необхідний для укладення нового договору оренди. Слід зауважити, що повідомлення бажано здійснювати в письмовій формі на випадок виникнення необхідності надання доказів про виявлення бажання реалізувати переважне право на укладення договору.

При укладенні нового договору оренди орендодавець не зобов'язаний укладати його на попередніх умовах. А у разі недосягнення згоди за новими запропонованими умовами

договору, якщо орендар відмовиться від зазначених умов, він втрачає своє переважне право на оренду приміщення.

Після втрати орендарем переважного права на укладення договору на новий строк він може впевнитись в тому, що наступним орендарем орендодавець уклав договір на тих самих умовах, що були запропоновані йому. Якщо орендодавець укладе новий договір на кращих умовах, ніж були запропоновані попередньому орендодавцю, останній зможе вимагати в судовому порядку укладення договору оренди саме з ним, оскільки за рівних умов він мав би переважне право на укладення договору. Тому попередній орендар повинен бути зацікавлений в тому, щоб у нього були документи, які б засвідчували умови, запропоновані орендодавцем. Крім того, в разі судового спору орендар повинен довести те, що орендодавець уклав договір з іншою особою. До звернення до суду мало можливостей отримати письмові докази такого факту. Отримати зазначені відомості найбільш гарантовано після звернення до суду, оскільки йому надано право вимагати документи, необхідні для розгляду справи.

Слід зауважити, що переважне право орендаря буде діяти лише в тому випадку, якщо орендодавець буде мати бажання здавати в оренду своє майно.

Мороз О.В., доцент кафедри цивільно-правових дисциплін навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук

Співвідношення імперативності та диспозитивності норм цивільного права

В даний час виникає значна кількість цивільних правовідносин, в яких їх учасники виходять за межі чинних актів цивільного законодавства та договорів, визначених Цивільним кодексом України (далі – ЦК України) [1].

Тому з метою усунення певних прогалин законодавець визначив критерії імперативності та диспозитивності норм цивільного права. Даний підхід було зафіксовано у ст.6 ЦК України.

Хоча дану проблему досліджували у своїх працях ряд вчених (Сібільов М.М. [2, с.158-163], Луць А.В. [3, с.1-17], Бра

гінський М.І., Вітрянський В.В. [4] та інші), але, внаслідок своєї значущості, вона є актуальною й досі та потребує подальшого дослідження.

Як передбачено ч. 3 ст. 6 ЦК України, сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд. Сторони в договорі не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства випливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами.

Учасники цивільних правовідносин самостійно приймають рішення про укладення договору, обирають контрагента, визначають умови договору, крім випадків коли це не обмежується актами цивільного законодавства відповідно до абз.2 ч.3 ст. 6 ЦК України.

Диспозитивні норми в найбільшій мірі відповідають суті галузі цивільного права, але в цивільному законодавстві, і, зокрема, положеннях, що стосуються договору, є і чимало імперативних норм.

Оскільки імперативні норми визначаються як категоричні, суворо обов'язкові нормативні приписи, які безпосередньо визначають поведінку суб'єктів суспільних відносин, позбавляючи їх самостійно визначати для себе певні права і обов'язки [5, с.289] М.М. Сібільов вважає, що слід виходити з того, що стосовно договірних відносин в сфері приватного права імперативні норми можуть бути двох видів, а саме: абсолютно-імперативні і відносно імперативні [2, с.162].

За загальним правилом, сторони можуть відступити від імперативних приписів цивільного законодавства та врегулювати свої відносини на власний розсуд. Однак із даного правила є декілька виключень. Першим виключенням є вказівка в акті цивільного законодавства на неможливість відступлення від його положень. Другим виключенням є те, що обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства випливає з їх змісту, хоча і пряма вказівка в акті цивільного законодавства на неможливість відступлення від його положень відсутня. Зі змісту випливає обов'язковість його конкретного положення через визнання ним нікчемного характеру такого відступу [2, с.161]. Так, відповідно до ч.3 ст. 586 ЦК України правочин, яким обмежується право заставодавця заповідати заставлене майно, є нікчемним. Ще одним прикладом такого виключення є положення, які за-

кріплені у ч. 3 ст. 614 ЦК України, відповідно до якої правчин, яким скасовується чи обмежується відповідальність умисне порушення зобов'язання, є нікчемним. Як приклад можна також навести положення, закріплені у ч. 6 ст. 633 ЦК України, ч. 2 ст. 661 ЦК України, ч. 4 ст. 698 ЦК України, абз. 2 ч. 1 ст. 739 ЦК України, абз. 2 ч. 2 ст. 780 ЦК України, абз. 2 ч. 2 ст. 787 ЦК України, ч. 2 ст. 867 ЦК України, ч. 2 ст. 1008 ЦК України, абз. 2 ч. 2 ст. 1060 ЦК України, ч. 4 ст. 1112 ЦК України, ч. 2 ст. 1122 ЦК України, ст. 1136 ЦК України, абз. 2 ч. 1 ст. 1137 ЦК України, абз. 2 ч. 1 ст. 1139 ЦК України, абз. 2 ч. 1 ст. 1142 ЦК України та ін. Третім викладенням є те, що обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства випливає із суті відносин між сторонами.

Г.Мейну належить відомий вислів: «Рух сучасних суспільств досі було рухом від статуту до договору» [6, с.32]. Напевно, він мав на увазі, що прогресивний розвиток права полягає в неухильному розширенні сфери договірних відносин, в основу яких покладено принцип свободи договору, оскільки без цього принципу не може бути і договору. А.С. Піголкин та М.С. Студенікіна, аналізуючи тенденції в розвитку правового регулювання, відзначають, що «все більше поширення отримує диспозитивна форма регулювання, яка надає можливість сторонам... самим визначати шляхи досягнення поставлених цілей, встановлювати права та обов'язки через договір, угоду, замість жорсткого імперативу, що не залишає можливості вибору варіантів [7, с.19].

На відміну від диспозитивних норм імперативні не мають зовнішнього виразу. Сам спосіб викладення норми, і, зокрема, відсутність посилення на можливість передбачити у договорі інше, повинен свідчити про її безумовну обов'язковість для контрагентів. Імперативні норми носять абсолютно обов'язковий характер і, зокрема, конкурують з керівним принципом цивільного права – свободою договорів [4, с.71].

Аналізуючи ст. 627 ЦК України стосовно свободи договору, відповідно до якої сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору, видно, що з неї випливає пріоритет закону по відношенню до норм, які закріплюють та виражають принцип свободи договору. Отже, імперативні норми є своєрідним встановленням публічних засад в цивільному праві.

Імперативні норми обмежують свободу волевиявлення учасників цивільних правовідносин, що полягає у тому, що сторони можуть обрати тільки якусь певну модель договору.

зобов'язані включити всі умови, які законодавець визнав обов'язковими для даного договору, або не включати умови, які законодавець заборонив. Також обмеженням є те, що закон забороняє певним категоріям суб'єктів укладати договори.

Такі обмеження встановлені в актах цивільного законодавства з метою захисту правопорядку, інтересів третіх осіб та «більш слабкої» сторони у договорі.

Зміст договору складають два види умов, а саме умови, які визначаються на розсуд сторін та умови, обов'язковість яких передбачена актами цивільного законодавства. Останні необхідно розглядати через призму ст. 6 ЦК України стосовно можливості у договорі відступати від імперативних положень актів цивільного законодавства та їх співвідношення.

Виходячи із вищевказаного, є дві моделі правового регулювання договірних відносин. Перша полягає в тому, що сторони можуть самостійно визначати умови договору, тобто можуть укласти договір, зміст якого складають лише ініціативні умови. Дана модель можлива у тих випадках, коли відсутні виключення, розглянуті вище, у яких неможливо відступити від імперативних приписів цивільного законодавства та врегулювати свої відносини на власний розсуд, а також, коли у актах цивільного законодавства відсутні обов'язкові умови договору, який укладають сторони. Друга модель використовується у випадках, коли сторони за своїм бажанням регулюють договірні відносини на підставі імперативних приписів цивільного законодавства, якими регулюється той чи інший вид договору, при відсутності прямих застережень щодо заборони відступу від їх вимог. Дана модель застосовується також у випадку, коли сторони не можуть відступити від актів цивільного законодавства внаслідок застереження, яке міститься у такому акті.

Істотні умови договору можуть визначатися імперативними приписами актів цивільного законодавства. Тобто договір не вважається укладеним, якщо сторони відступають у договорі від цих приписів та не врегулюють свої відносини відповідно до цих приписів.

Так, наприклад, істотні умови договору оренди державного та комунального майна визначено у ч. 1 ст. 10 Закону України «Про оренду державного та комунального майна»[8].

При недосягненні сторонами згоди щодо будь-якої з зазначених умов договір не можна вважати укладеним, оскільки відповідно до ч. 1 ст. 638 ЦК України договір є укладене-

ним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору.

Отже, співвідношення імперативності та диспозитивності норм цивільного права має важливе значення для виникнення, зміни та припинення цивільних правовідносин.

Список літератури: 1. Цивільний кодекс України // Офіційний вісник України. 2003. № 11. Ст. 461. 2. Сібільов М.М. Акти цивільного законодавства і договір // Методологія приватного права: Зб. наук. праць (за матеріалами наук.-теорет. конф., м. Київ, 30 травня 2003 р.) / редкол. О.Д.Крупчан (голова) та ін. К., 2003. 3. Луць А.В. Свобода договору в цивільному праві: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. К., 2001. 4. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М., 1997. 5. Загальна теорія держави і права: Підручник / За ред. М.В. Цвіка, В.Д. Ткаченка, О.В. Петришина. Х., 2002. 6. Мозолин В.П., Фарнсворт Е.А. Договорное право США и СССР. М., 1988. 7. Российское законодательство: проблемы и перспективы / Под ред. Л.А. Окунькова. М., 1995. 8. Закон України «Про оренду державного та комунального майна» від 10 квітня 1992 року № 2269-XII // Відомості Верховної Ради України. 1992. № 30 (28.07.92). Ст. 416.

Дідук А.Г., викладач кафедри цивільно-правових дисциплін навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ

Проблемні питання щодо охорони конфіденційної інформації: комерційної таємниці та ноу-хау в Україні

1. Як відомо, під охороною права розуміють систему заходів, спрямованих на забезпечення прав та інтересів правомочної особи. Проблем не виникає, коли це стосується типових об'єктів цивільного права та права інтелектуальної власності, оскільки за власником закріплюється право власності на річ (володіння, користування та розпорядження), а за особою, яка створила результат інтелектуальної, творчої діяльності, право на легальну монополію здійснення дій щодо використання та розпорядження результатами творчості (наприклад, патент на винахід).

2. Що ж стосується нетипового об'єкта цивільного права – інформації, а також конфіденційної інформації (зокрема комерційної таємниці і ноу-хау), то умови їх охороноздатності законодавством належно не врегульовані, про що свідчить судова практика України. Виходячи із нематеріального характеру інформації, конфіденційної інформації (комерційної

таємниці, ноу-хау) нею не можна володіти, користуватися і розпоряджатися як матеріальною реччю, на відміну від матеріального носія, на якому вона знаходиться. Відповідно Закон України «Про інформацію» заснований на помилковій концепції про «право власності на інформацію» як про «право на річ» (ст. 38). Також правомоччя виключних прав (використання та розпорядження) не застосовні до конфіденційної інформації (комерційної таємниці, ноу-хау) в їх класичному розумінні. Тому віднесення всієї комерційної таємниці до об'єктів права інтелектуальної власності також є помилковим. Тим більше, що легальна монополія на таку інформацію не встановлена.

3. Чинний Цивільний кодекс України (далі ЦК України) закріпив норму щодо охорони комерційної таємниці органами державної влади, що проявляється в недопущенні недобросовісного комерційного використання такої інформації та її розголошення. Виключення становлять тільки випадки, коли таке розголошення необхідно для забезпечення захисту населення або коли не вжито заходів щодо її охорони від недобросовісного комерційного використання (ст. 507).

4. Відповідно особа, яка законним чином контролює комерційну таємницю (це ж стосується і ноу-хау) повинна вжити необхідні заходи щодо охорони її конфіденційності (ст. 505 ЦК України). Такі заходи повинні бути направлені на збереження комерційної таємниці (або ноу-хау) в секреті.

5. Більшість авторів (І.А. Бачило, В.М. Лопатін, Ф.Г. Панкратов, О.П. Сергєєв, В.А. Северін та ін.) умовно виділяють три групи заходів по збереженню секретності комерційної таємниці (також ноу-хау): 1) технічні; 2) організаційні; 3) юридичні.

До технічних відносяться заходи, пов'язані з використанням різноманітних технічних засобів, які перешкоджають несанкціонованому доступу до інформації. Сюди відносяться: кодування повідомлень, які передаються по каналах електронного або факсимільного зв'язку; встановлення різноманітних пристроїв, що перешкоджають зняттю інформації в процесі її проходження по каналах зв'язку; використання апаратів для знищення документів і ряд інших.

До організаційних можна віднести заходи по обмеженню доступу до конфіденційної інформації (комерційної таємниці, ноу-хау) працівників, які мають справу з даним видом інформації. Ці заходи можуть бути зв'язані з введенням пропускового режиму на підприємствах; з обмеженням доступу осіб

до інформації конфіденційного характеру (комерційної таємниці, ноу-хау) та інші.

До юридичних заходів відносяться такі способи охорони конфіденційної інформації, які передбачають використання певного комплексу правових засобів, наданих законом і підзаконними актами особам, які законно контролюють таку інформацію. До них слід віднести розробку і прийняття локальних нормативних (корпоративних) актів: Перелік відомостей, які складають комерційну таємницю, Положення про конфіденційну інформацію, комерційну таємницю підприємства та інші. Крім того, організацією розробляється ряд документів для регулювання трудових відносин з працівниками з приводу охорони конфіденційної інформації (комерційної таємниці, ноу-хау), яка була надана йому для виконання трудових функцій.

Такі заходи носять троякий характер: 1) посадові особи і працівники, які мають справу з конфіденційною інформацією (комерційною таємницею, ноу-хау) зобов'язані зберігати її в секреті; особи, які отримали доступ до неї повинні бути попереджені, що така інформація є комерційною таємницею або ноу-хау, і зобов'язані зберігати її в секреті (не розголошувати третім особам), а також нести відповідальність за недотримання конфіденційності. Найчастіше така відповідальність передбачається в трудовому договорі або укладається окремий договір (про нерозголошення комерційної таємниці або ноу-хау) з працівником; 2) особа, яка законно контролює конфіденційну інформацію (комерційну таємницю, ноу-хау) повинна передбачити в контракті зі своїми контрагентами, яким надається доступ до неї, обов'язок утримуватись від розголошення її третім особам і передбачити відповідальність за порушення цієї таємниці. Одним із способів фіксації обов'язку щодо збереження конфіденційності є проставлення на відповідних документах грифу «конфіденційно» або «комерційна таємниця»; 3) особа, яка законно контролює конфіденційну інформацію (комерційну таємницю, ноу-хау) повинна прийняти необхідні заходи по недопущенню несанкціонованого доступу третіх осіб до неї, зокрема, що перешкоджають промислового шпionaжу (контроль за недопущенням установки підслуховуючих пристроїв і т.д.). Недотримання цих умов може бути перешкодою для захисту «законного інтересу» особи, яка законно контролює конфіденційну інформацію (комерційну таємницю, ноу-хау). Можна сказати, що

ця умова є обов'язковою для доказування в суді при виникненні спору.

Слід відмітити, що умова, яка підтверджує дотримання критеріїв віднесення інформації до комерційної таємниці висувається і в законодавстві більшості закордонних країн. Наприклад, в США (аналогічні критерії для торгових секретів) суди при розгляді спорів про порушення комерційної таємниці вимагають, щоб позивач довів, що ним застосовувались заходи щодо охорони конфіденційності інформації.

Вимога щодо охорони конфіденційності інформації взаємопов'язана і з іншими критеріями охороноздатності, оскільки якщо інформація не зберігається в секреті, то вона може бути доступна необмеженому колу осіб. Таким чином, зразу порушується умова незагальновідомості і нелегкодоступності, в результаті чого втрачається її комерційна цінність, а як наслідок і режим «конфіденційності».

6. Відповідно особа, яка законно контролює комерційну таємницю або ноу-хау повинна здійснювати фактичні дії, направлені, з одного боку, на створення «режиму недоступності» до інформації, яку вони вважають конфіденційною а, з іншого боку, направлені на створення «режиму доступності» до неї. Підставою створення даного режиму, умовно назовемо його, режим «недоступності-доступності» до конфіденційної інформації (комерційної таємниці, ноу-хау) є ст. ст. 28, 29, 30 Закону України «Про інформацію». Необхідно підкреслити, що ні держава, ні його органи влади чи управління не створюють режиму охорони інформації, яка належить фізичній або юридичній особі, а саме останні, якщо вони хочуть її захистити повинні самостійно створити режим обмеженого доступу до інформації, тобто встановити: умови і порядок її описання, наприклад, ноу-хау (а), «отримання»(б), «використання»(в), «розповсюдження»(г), «зберігання»(д); її «обігу»(е), як між працівниками одного підприємства (е-1), так і за його межами (е-2).

Однак аналіз практики свідчить про те, що ні фізичні, ні юридичні особи, їх посадові особи, як правило, не мають достатнього досвіду по відношенню до підстав і порядку описання інформації, яка і є охороноздатною, тобто підпадає під режим обмеженого доступу. А це може бути тільки інформація, яка є секретною в тому розумінні, що вона в цілому (а) чи в певній формі та сукупності її складових (б) є: (1) невідомою та (2) не є легкодоступною для осіб, які звичайно мають справу з даним видом інформації (ст.505 ЦК України). Саме

у зв'язку з цим вона має комерційну цінність і тільки тому може бути предметом захисту в суді.

Тобто об'єктивно притаманні комерційній таємниці (конфіденційній інформації) ознаки – невідомість та нелегкодоступність є тими ознаками, кожна з яких є необхідною, а разом взяті, – достатніми для інформації різного змісту: технічного, в тому числі, ноу-хау, організаційного, комерційного, виробничого та іншого характеру, за виключенням тих, які у відповідності до закону не можуть бути віднесені до комерційної таємниці. Тому як фізичним особам, суб'єктам підприємницької діяльності, так і юридичним особам, які мають намір охороняти відповідну інформацію будь-якого змісту, як конфіденційну, повинні враховувати відповідні вимоги ст.505 ЦК України.

7. Таким чином, право доступу до комерційної таємниці і ноу-хау засновано на принципі конфіденційності. Наприклад, комерційна таємниця, ноу-хау існує до того часу, поки відомості про них залишаються конфіденційними (недоступними іншим особам). Тому можна сказати, що охороняється не сама комерційна таємниця чи ноу-хау, а «законний інтерес» («охоронюваний законом інтерес») особи, яка законно її контролює. Відповідно мова йде не про «право на» конфіденційну інформацію (комерційну таємницю або ноу-хау), а про встановлення «доступу» (або «права доступу») до відповідної інформації, з наступним захистом «охоронюваного законом інтересу» особи, яка законно її контролює. При цьому режим «комерційної таємниці» або «ноу-хау» існує до того часу, поки дотримується її секретність (конфіденційність). Охорона може бути і в тих випадках, коли дані про них передані (надано доступ), наприклад, за договором іншій особі на основі конфіденційності. В такому разі сфера дії комерційної таємниці або ноу-хау звужується за рахунок осіб, яким вона правомірно належить.

Таким чином, комерційна таємниця (або ноу-хау) як об'єкт, можна сказати взагалі не охороняється, оскільки їй не надається абсолютна охорона, незалежно від зовнішніх обставин. Замість цього здійснюється «захист» інтересів суб'єктів в зв'язку з відповідними об'єктами. Але цей «захист» надається уже в зв'язку не стільки з внутрішніми властивостями самих об'єктів, скільки з урахуванням зовнішніх обставин, в яких ці об'єкти функціонують.

Непідприємницька організація як професійних зберігач транспортних засобів

1. Цивільний кодекс України до професійних зберігачів відносить осіб, які здійснюють зберігання на засадах підприємницької діяльності (ч. 2 ст. 936 ЦК України). ЦК УРСР 1963 року професійними зберігачами називав організації, для яких зберігання було їх єдиною або основною статутною діяльністю. Очевидно розробники ЦК України також мали на увазі саме таке положення. Однак невдало сформульована законодавцем норма поглиблює неоднозначність вирішення питання про можливість застосування ч. 2 ст. 950 ЦК України щодо підвищеної відповідальності професійного зберігача до договору зберігання транспортних засобів. Професійним зберігачем слід вважати особу, для якої зберігання є єдиною або однією з основних цілей її діяльності.

2. У контексті ч. 2 ст. 936 ЦК України професійний зберігач ототожнюється виключно з суб'єктом підприємницької діяльності. Однак, незрозуміло, як бути із непідприємницькою організацією, для якої зберігання може бути або її основним видом діяльності, або поряд зі своєю основною діяльністю така організація здійснює і підприємницьку діяльність із зберігання, яка в цілому не суперечить меті її створення, більш того – сприяє її досягненню. Відповідна можливість впливає із загальних норм, закріплених у ст. 86 ЦК України. З чого слідує, що зберігання майна в якості певної діяльності повинно служити досягненню мети, заради якої така організація була створена, і відповідати цій меті.

Як зазначено в ст. 24 Закону України «Про об'єднання громадян», з метою виконання статутних завдань і цілей зареєстровані об'єднання громадян можуть здійснювати необхідну господарську та іншу комерційну діяльність шляхом створення госпрозрахункових установ і організацій із статусом юридичної особи, заснування підприємств у порядку, встановленому законодавством. У даному випадку мова саме й йде про здійснення некомерційною організацією підприємницької діяльності у певному обсязі, обумовленому метою

створення об'єднання. Зазначене в повній мірі підтверджується і тим фактом, що на практиці оплатне зберігання транспортних засобів може здійснюватися різними об'єднаннями, спілками, та організаціями, які називають себе неприбутковими, а отже, і непідприємницькими. Зокрема в Україні зареєстрована і діє Всеукраїнська спілка автомобілістів, яка об'єднує численні регіональні організації, що здійснюють підприємницьку діяльність по зберіганню транспортних засобів.

3. Власне, якщо непідприємницька організація здійснює підприємницьку діяльність, то й на будь-які відносини, що виникають у сфері такого здійснення, повинні розповсюджуватися положення норм про підприємницьку діяльність. Відповідно норми про професійного зберігача можуть розповсюджуватися і на непідприємницьку організацію, яка здійснює у певному обсязі зберігання на засадах підприємницької діяльності. Особливістю зберігання транспортних засобів у такій організації є те, що покладавцем за даним договором завжди буде її член, а будь-які відносини, що виникають у зв'язку зі зберіганням транспортних засобів, повинні регулюватися нормами ст. 977 ЦК України та Правилами зберігання транспортних засобів на автостоянках.

Загородній С.А., старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін на вчально – наукового інституту права економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ канд. юрид. наук

Особливості укладення договору про професійну підготовку у вищому навчальному закладі

Загальними нормами цивільного права встановлюється правило у відповідності з яким договір вважається укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з істотних умов договору (ч. 1 ст. 638 ЦК України)[1].

Укладення цивільно-правового договору проходить найменш дві стадії (оферту і акцепт). Офертою є пропозиція укласти договір адресована одній чи кільком особам яка вказує на істотні умови договору. Відповідь про

йняття пропозиції (акцепт) є згодою особи укласти договір на запропонованих умовах.

На основі наукового тлумачення норм чинного законодавства та аналізу сучасних досліджень вчених-цивілістів нами виділяються істотні умови договору про професійну підготовку у вищому навчальному закладі як підвид його обов'язкових умов. До них належать умови про предмет, строк та ціну договору. Умова про місце виконання договору вважається неістотною але обов'язковою умовою на підставі положень Типового договору «Про навчання, підготовку, перепідготовку, підвищення кваліфікації або про надання додаткових освітніх послуг навчальними закладами»[2]. Необхідність визначення умови про місце виконання договору має практичну значущість з точки зору забезпечення якості професійної підготовки. Особливо актуальним є встановлення такого місця в договорі, коли виконавцем виступає ВНЗ до внутрішньої структури якого входять територіально відокремлені структурні підрозділи (філії).

Прикладом неістотної умови договору про професійну підготовку у ВНЗ, яка встановлюється за ініціативою виконавця, можна назвати умову про форму розрахунків між сторонами.

Враховуючи вимоги Закону «Про вищу освіту» [3] та вказаного Типового договору договір про професійну підготовку у ВНЗ має вчинятися у письмовій формі.

Спираючись на виділення серед умов договору обов'язкових умов для укладення розглядуваного договору сторони повинні досягти згоди щодо умов про предмет, ціну, строк та місце виконання договору. ВНЗ пропонує укласти договір тільки тим особам, які успішно склали вступні випробування та пройшли конкурсний відбір в разі його проведення.

На підставі положень чинного законодавства про умови прийому до ВНЗ, пропозиція про укладення договору обмежується у часі певною календарною датою (граничним терміном), тобто оферта має строковий характер. Вступники або інші особи, як потенційні замовники, мають проявити зустрічне волевиявлення (акцепт) на укладення договору до встановленої дати. Пропуск ними строку для відповіді за загальним правилом позбавляє їх права на укладення договору про професійну підготовку у ВНЗ.

За способом вироблення умов договору розглядуваний договір підпадає під ознаки договору приєднання. Абітурієнти не беруть участі у виробленні умов договору та досягненні з

їх приводу компромісу з ВНЗ. Умови договору закріплюються у заздалегідь заготовлених ВНЗ формулярах і пропонуються абітурієнтам або іншим особам для прийняття. Особи, яких влаштувають запропоновані умови, приймають їх в цілому та укладають договір шляхом його підписання.

Виходячи з того, що умови договору диктуються ВНЗ, ми поділяємо точку зору Брагинського М.І. про можливість позначення подібних договорів словосполученням «продиктований договір»[4].

Підсумовуючи вищенаведене, можна зробити висновок, що договір про професійну підготовку у ВНЗ укладається у визначений період часу шляхом підписання сторонами заздалегідь підготовленого виконавцем формуляру договору, якому зазначені обов'язкові істотні умови про предмет, строки та ціну та обов'язкова неістотна умова про місце виконання договору.

Використана література: 1. Цивільний кодекс України: Офіц. видання. – К.: В давничий Дім «Ін Юре», 2007. – 480с.; 2. Наказ МОН України від 11 березня 2002 №183 «Про затвердження Типового договору про навчання, підготовку, перепідготовку, підвищення кваліфікації або про надання додаткових освітніх послуг навчальними закладами»// офіційний вісник України. – 2002. – №15. – Ст. 831; 3. Закон України 17 січня 2002 р. №2984-III «Про вищу освіту»// Відомості Верховної Ради. – 2002. – №20. – Ст. 134. 4. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. – М.: Статут, 1997. – 682 с.

Бараннік Н.М., викладач кафедри цивільно-правових дисциплін навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ

Інститут позовної давності у сімейному праві України

Одним із важливіших правових інститутів є інститут позовної давності. У цивільному законодавстві визначено, строк, у межах якого особа може звернутися до суду з вимогою про захист свого порушеного цивільного права або інтересу іменується позовною давністю (стаття 256 ЦК України).

У сімейному праві інститут позовної давності був запроваджений з прийняттям у 1969 році Кодексу про шлюб і сім'ю Української РСР, який набрав чинності з 1 січня 1970 року і діяв до 2004 року – року набрання чинності Сімейного кодексу України.

У Кодексі про шлюб та сім'ю Української РСР інституту позовної давності була присвячена глава 3 «Позовна давність, яка відносилася до розділу I «Загальні положення» та містила три статті з 9 по 11 включно. У нині чинному Сімейному кодексі України позовній давності присвячена одна стаття 20, яка має назву «Застосування позовної давності до вимог, що випливають із сімейних відносин» і структурно відноситься до глави 2 «Здійснення сімейних прав та виконання сімейних обов'язків. Захист сімейних прав та інтересів.» розділу I «Загальні положення».

Можна констатувати: правовий інститут позовної давності у сімейному законодавстві існує.

Звернемо увагу на принципи його застосування. У частині 2 статті 20 Сімейного кодексу України зазначається, що позовна давність за сімейним законодавством застосовується судом відповідно до ЦК України, якщо інше не передбачено Сімейним кодексом України.

Частина 1 тієї ж статті містить імперативний припис: «До вимог, що випливають із сімейних відносин, позовна давність не застосовується, крім випадків,, передбачених частиною другою статті 72, частиною другою статті 129, частиною третьою статті 138, частиною третьою статті 139 цього Кодексу».

У кожному конкретно визначеному випадку, на який законодавець вважав за необхідне розповсюдити застосування правил щодо обчислення позовної давності, зазначається і конкретний строк, який застосовується тільки до вимог даного виду. Так, у частині 2 статті 72 СК України передбачається строк позовної давності у три роки до вимоги про поділ майна, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, заявленої після розірвання шлюбу. Позовна давність обчислюється від дня, коли один із співвласників дізнається або міг дізнатися про порушення свого права власності.

Аналізуючи норми ЦК України та СК України вбачаємо колізію, суть якої полягає у наступному: сімейне законодавство на відміну від цивільного «...регулює сімейні особисті немайнові та майнові відносини...»(стаття 2 СК України).

Вважається за доцільне звернути ще раз увагу, на особливість цих особистих немайнових та майнових відносин. Законодавець підкреслює у статті 2 СК України, що відносини ці сімейні..., а це значить, що майнові відносини регулюються тільки у зв'язку з особистими, особливого роду відносинами – сімейними. Таким чином, в основі правового регулювання у сімейному та цивільному законодавстві лежать про-

тилежні підстави, оскільки цивільне законодавство регулює зовсім інший рід відносин «особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників (частина 1 статті 1 ЦК України).

Майнові відносини у сімейному праві є похідними від сімейних відносин в широкому їх розумінні, але при цьому не слід не враховувати те, що кожна фізична особа має цивільно-правовий статус, а відтак може бути суб'єктом цивільно-правових відносин.

На наш погляд, неможливо встановити ту межу за якою сімейні майнові відносини для кожної конкретно визначеної особи переходили б у сферу цивільно-правового регулювання і, навпаки. Неможливо також передбачити у законодавстві чіткого положення з даного приводу. Проблематикою даного питання займалися такі вчені як Н.М. Єршова, Є.М. Ворожейкін, В.Рясенцев, Я.М. Шевченко. Єршова Н.М. зазначає, що якщо в окремих випадках в сімейно-правовому регулюванні допускається застосування норм цивільного права, це свідчить про наявність об'єктивних підстав для цивільно-правового регулювання суспільних відносин [7. с.9], а при обчисленні строків позовної давності у випадках, коли відбувається поділ майна подружжя «речь идет уже о вспомогательном, субсидиарном применении гражданского законодательства к семейным отношениям» [7. с.10].

В.Рясенцев констатує двоякий характер існування позовної давності у сімейному праві [10. с.61].

Є.Ворожейкін підкреслює чужерідність інституту позовної давності, його положень сімейному праву [9. с.86].

В розвиток вищенаведеного слід додати, що інститут спільної сумісної власності подружжя досить складний, оскільки у ньому, як і інституті позовної давності, закладені одночасно і цивільно-правові і сімейно-правові засади.

Складність його полягає ще й у тому, що він охоплює різні за своїм характером та правовим режимом об'єкти права власності (житловий будинок, квартира, автомобіль, комп'ютер тощо), які є однаково соціально важливими значимими для кожного із співвласників в прямому сенсі опосередковано, наприклад, для дітей (як учасників сімейних відносин), оскільки вони хоч і не є співвласниками, а членами сім'ї і користувалися певними речами для задоволення потреб у своєму розвитку.

Інститут позовної давності у сімейному праві стосується в першу чергу саме таких сімейних майнових відносин, які пов'язані з спільною сумісною власністю подружжя. Наведене слідує з положень СК України. Його правова природа нерозривно пов'язана з правовою природою права власності і інших прав, які він покликаний захищати, оскільки саме в період позовної давності може бути здійснений примусовий захист порушених прав та інтересів. Якщо природа власності сімейно-правова, то всі ті моменти, які пов'язані з створенням та існуванням такого виду власності як спільна сумісна власність подружжя, є обов'язковими і при застосуванні інституту позовної давності, так як в противному разі неможливо захищати право особи без врахування правовідношення, в якому вона існує, які соціальні та моральні інтереси уособлює. У цивільному праві пріоритетним є інтерес особи як такої, а у сімейному праві, повинен братися до уваги інтерес особи, але у безпосередньому зв'язку з існуванням сім'ї і породжених нею особисто-правових зв'язків, а також права власності, яке виникло у зв'язку з цим.

Зв'язок інституту спільної сумісної власності подружжя з інститутом спільної сумісної власності у цивільному праві є формальним. У цивільному праві була розроблена така конструкція у випадку наявності двох і більше суб'єктів права власності на один об'єкт. Механізм розподілу та взаємозв'язку прав та обов'язків права власності, які виникають на основі майнових відносин у цивільному праві, фактично був перенесений та застосований у сімейному праві. При цьому не було враховано, що особисті сімейні відносини впливають на зміст права спільної сумісної власності, оскільки майнові відносини тут існують не самі по собі, з автономними, незалежними один від одного суб'єктами правовідносин, а тільки у зв'язку з наявністю шлюбного правовідношення і особливих суб'єктів – подружжя. З цього приводу В.Маслов відмічає, що «имущественные отношения в совместной собственности не только не отделимы от лично-правовой связи ее участников, но и во многом зависят от последних» [12. с.145].

Шлюб слугує підставою для виникнення особисто-правового зв'язку між подружжям, а також визначає зміст та соціальне призначення суб'єктивних прав та обов'язків у правовідношенні спільної сумісної власності подружжя та специфічні особливості суб'єктивних прав як міри можливої поведінки (у зв'язку з нормативними, правосуб'єктними та юридико-фактичними підставами, що існують у сімейному праві).

В наслідок цього, ці нормативні, правосуб'єктні та юридико-фактичні підстави, що породжують сімейно-правовий інститут спільної сумісної власності подружжя, обов'язкові повинні враховуватися при конструюванні у об'єктивному праві механізму дії позовної давності.

Існують, встановлені у СК України, строки позовної давності в один рік. Такий однорічний строк позовної давності встановлений:

- до вимоги про визнання батьківства у разі спору з цього приводу між чоловіком матері дитини та особою, яка вважає себе батьком дитини. Обчислення строку починається від дня коли особа дізналася або могла дізнатися про своє батьківство (частина 2 статті 219);

- до вимоги матері про внесення змін до актового запису про народження дитини в частині виключення запису про чоловіка, як батька дитини внаслідок подання іншою особою заяви про батьківство відносно цієї дитини. Обчислення строку позовної давності починається від дня реєстрації дитини (частина 3 статті 138);

- до вимоги про визнання материнства. Обчислення строку позовної давності у цьому випадку починається від дня, коли особа дізналася або могла дізнатися, що є матір'ю дитини (частина 3 статті 139).

З наведеного слідує, що перебіг позовної давності у сімейному праві починається:

1) від дня, визначеного у відповідній статті СК України. Має місце у разі оспорування матір'ю батьківства свого чоловіка (стаття 138);

2) якщо такий день невизначено у законі, то від дня, коли особа дізналася або могла дізнатися про порушення свого права. Має місце у випадках, передбачених у частині 2 статті 72; частині 2 статті 129; частині 3 статті 139 СК України.

Невизначеність моменту, з якого особа дізналася або могла дізнатися про порушення свого суб'єктивного права власності у правовідношенні спільної сумісної власності подружжя, яке розлучене, визвана перш за все складністю дії інституту позовної давності у сімейних відносинах, які в основі своїй є суто особистими та довготривалими і досить важко чітко визначити їх початок та припинення. Сприяє цьому і те, що інститут позовної давності до 1970 року сімейному законодавству на практиці застосування був невідомий.

КпЩС УРСР разом з введенням в правове поле інституту позовної давності обмежився лише формулюванням поняття

відліку початку перебігу позовної давності, яке містилося у загальній нормі – з дня, коли особа дізналася або повинна була дізнатися про порушення свого права (до 1980 року – стаття 10, з 1980 року – стаття 11 КпШС УРСР).

З набранням чинності СК України визначення моменту перебігу позовної давності не стало більш чітким. Так, зміст норми статті 72 СК України ставить ще більше питань з цього приводу, оскільки теоретично і ще більш практично відтягується момент заявлення вимоги про поділ майна: «до вимоги про поділ майна, заявленої після розірвання шлюбу, застосовується позовна давність у три роки». Як слідує з положень статті 114 СК України шлюб припиняється у разі його розірвання:

– державним органом реєстрації актів цивільного стану – у день реєстрації розірвання шлюбу;

– судом – у день набрання чинності рішення суду про розірвання шлюбу.

Таким чином, вимога про поділ майна може бути заявлена у будь який момент після розірвання шлюбу, а позовна давність обчислюється виходячи із правил загальної норми. На практиці досить важко встановити чи фактично має місце припинення сімейних правовідносин, підкреслимо сімейних, як особливих, адже досить часто вони фактично і не припиняються. А визнання материнства або батьківства це дуже серйозна та делікатна тема у сімейному праві і застосування позовної давності до вимог з цього приводу, на наш погляд, є несумісним з інститутом материнства та батьківства, тим більш, що право на материнство та право на батьківство є особистими немайновими правами.

Вбачається, що застосування загального строку позовної давності для захисту цивільних прав, як це передбачено у цивільному праві, неможливо здійснити у сімейному праві.

Незважаючи на встановлення строку позовної давності у нормативному акті, зокрема у СК України, законодавець передбачив можливість його збільшення за домовленістю сторін, укладеній у письмовій формі (стаття 259 ЦК України). Однак, завважимо, що зазначене положення не надає сторонам права змінювати порядок обчислення позовної давності.

Загальновідомо, що вплив встановленого законом строку до пред'явлення позову припиняє право особи на захист порушеного права. Це правило впливає із положень статті 267 ЦК України і дає нам характеристику поняття позовної давності як матеріального інституту.

Таким чином, сплив позовної давності, про застосування якої заявлено стороною у спорі, є підставою для відмови у позові і тому право на позов у матеріальному аспекті, за загальним правилом, припиняється закінченням строку позовної давності. З цього приводу І.Новицький вірно зазначив, що позовною давністю погашається не право на пред'явлення позову, тобто звернення до суду, а право на позов у розумінні одержання судового захисту [10, с.139]. Право на позов крім матеріального має ще й процесуальний аспект. В процесуальному аспекті право на позов не припиняється закінченням строку позовної давності, оскільки позовна давність – це інститут матеріального, а не процесуального права.

Якщо ж суд визнає поважними причини пропущення позовної давності, порушене право підлягає захисту (частина 5 статті 267 ЦК України).

Підсумовуючи, зазначимо головне:

1. Інститут спільної сумісної власності подружжя за своєю природою є сімейно-правовим. Він тісно пов'язаний з сім'єю як цілісною, органічною структурною одиницею суспільства і слугує інтересам сім'ї.

2. При застосуванні інституту позовної давності у сімейному праві слід виходити з того, що сімейні майнові відносини, які є предметом регулювання у сімейному праві мають іншу правову природу і підстави виникнення та розвитку, чим суттєво відрізняються від цивільних майнових відносин – предмету регулювання у цивільному праві.

3. Невизначеність чіткого моменту початку перебігу позовної давності ускладнює порядок її обчислення. Недоцільним, необґрунтованим, незваженим є перенесення норм цивільного права про позовну давність у сімейне право, оскільки інститут позовної давності без урахування основних принципів сімейного права не тільки не створює певних зручностей, переваг, а навпаки, він може слугувати підставою для неабияких життєвих ускладнень.

Список використаної літератури: 1. Кодекс про шлюб та сім'ю Української РСР. Сімейний кодекс України.; 3. Цивільний кодекс Української РСР.; 4. Цивільний кодекс України.; 5. Указ Президії Верховної Ради УРСР від 01.09.1980 р. – ВВР УРСР, 1980. – № 38. – С. 754.; 6. Комментарий к Кодексу о браке и семье РСФСР. – М., 1982.; 7. Ершова Н.М. Вопросы семьи в гражданском праве. – М., 1977.; 8. Ершова Н.М. Имущественные правоотношения в семье. – М., 1979.; 9. Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. – М., 1972.; 10. Рясенцев В. Семейные правоотношения. – В кн.: Советское семейное право. М., 1982.; 11. Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность. – М., 1954.; 12. Маслов В.Ф. Основные проблемы права личной собственности в период строительства коммунизма в СССР. – М., 1968.

Процесуальні права спеціаліста як суб'єкта цивільного судочинства

1. Як процесуальний суб'єкт спеціаліст наділений рядом прав і обов'язків.

Перелік процесуальних прав спеціаліста закріплений частиною п'ятою статті 54 ЦПК України, однак він не є вичерпним, оскільки інші норми ЦПК передбачають права спеціаліста, які не згадуються в названому переліку.

Відповідно до частини п'ятої статті 54 ЦПК України спеціаліст має право знати мету свого виклику до суду; відмовитися від участі у цивільному процесі, якщо він не володіє відповідними знаннями та навичками; з дозволу суду задавати питання особам, які беруть участь у справі, та свідкам; звергати увагу суду на характерні обставини чи особливості доказів; на оплату виконаної роботи та на компенсацію витрат, пов'язаних з викликом до суду.

Повноваження спеціаліста звергати увагу суду на характерні обставини чи особливості доказів процесуальний закон відносить одночасно і до прав і до обов'язків спеціаліста (частина третя і п'ята статті 54 ЦПК України), що наряд чи можна назвати юридично коректним.

2. Порядок реалізації права на оплату виконаної роботи та на компенсацію витрат, пов'язаних з викликом до суду, визначений статтею 86 ЦПК України.

Слід зауважити, що даною статтею передбачений різний порядок виплати сум, належних спеціалісту. Так, витрати, пов'язані із переїздом спеціалістів до іншого населеного пункту і найманням ними житла, відповідно до частини першої статті 86 несе сторона, яка заявила клопотання про залучення спеціаліста. В той час як добові, компенсація за втрачений заробіток чи відрив від звичайних занять, а також оплата послуг спеціаліста сплачується стороною, не на користь якої ухвалене судове рішення (частина третя статті 86 ЦПК України). З аналізу названої норми можемо зробити висновок, що транспортні витрати і витрати на найом житла повинні сплачуватися безпосередньо спеціалісту стороною, яка клопотала про його залучення, ймовірно ще до його приїзду до населеного пункту, в якому від-

бувається судове засідання. Або ж за домовленістю із спеціалістом сторони слід відшкодувати суму, витрачену ним із власних коштів, після його приїзду.

Виплати добових, компенсації за втрачений заробіток чи відрив від звичайних занять, а також оплати своїх послуг спеціалісту доведеться чекати до ухвалення судового рішення, після чого названі витрати сплачуються стороною не на користь якої ухвалене рішення. Така позиція законодавця викликає певні зауваження.

По-перше, фактично частину судових витрат, пов'язаних із виконанням своїх процесуальних обов'язків, несе сам спеціаліст, що суперечить самій суті судових витрат, оскільки їх повинні нести сторони та інші особи, які зацікавлені у результаті розгляду справи; про що неодноразово зазначалось у роботах науковців [2, с. 209; 3, с. 7], а не особа, яка не має юридичної заінтересованості у справі.

По-друге, отримати зазначені кошти від сторони, яка програла справу, одразу після ухвалення судового рішення спеціаліст зможе лише за наявності на це її згоди, тобто лише в тому разі, якщо сторона виконає вимоги частини третьої статті 86 ЦПК України добровільно.

Думається, такий підхід законодавця щодо розподілу витрат, пов'язаних із залученням спеціаліста, є неправильним через те що спеціаліст змушений нести частину судових витрат і сподіватися на їх компенсацію після набрання рішенням законної сили, що може затягнутися на досить довгий період часу, оскільки не слід виключати ймовірності апеляційного провадження. Крім того, враховуючи особливості виконавчого провадження, зокрема черговості задоволення вимог стягувачів, визначеної статтею 44 закону України «Про виконавче провадження», спеціаліст взагалі може не отримати належні йому кошти. Видається безпідставним розподілити витрати, пов'язані із залученням спеціалістів, на дві групи за порядком виплати – на ті, що несе сторона, за клопотанням якої залучено спеціаліста; і на ті, що сплачуються стороною не на користь якої ухвалено судове рішення. Покладення всіх витрат, пов'язаних із залученням спеціаліста, на сторону-ініціатора значно спростить порядок отримання спеціалістом належних йому коштів. Слід зобов'язати сторону, клопотанням якої залучено спеціаліста, оплатити не лише його переїзд до іншого населеного пункту і наймання житла, а й виплатити йому добові, компенсувати втрачений заробіток або відрив від звичайних занять, а також оплатити

слуги безпосередньо після виконання спеціалістом свого завдання. Після чого надати судові документи, що підтверджують розмір витрат сторони, за клопотанням якої залучено спеціаліста, для розподілу судових витрат в загальному порядку, встановленому статтями 88, 89 ЦПК України.

Проблема оплати витрат, пов'язаних із залученням спеціаліста, виникає також у випадку його залучення за ініціативою суду. Видається необхідним поширити порядок компенсації за рахунок держави витрат, пов'язаних із залученням спеціаліста за ініціативою суду, на цивільні справи (як позовного так і окремого провадження) шляхом внесення відповідних змін до Постанови Кабінету Міністрів України від 27.04.2006 року №590.

Окремої уваги заслуговує норма, що встановлює порядок «компенсації» витрат на оплату послуг спеціаліста (останнє речення частини третьої статті 86 ЦПК). Серйозним недоліком є відсутність згадки про розмір оплати послуг спеціаліста. В статті, де йдеться про витрати, пов'язані із залученням спеціаліста, обов'язково слід вказати, що розмір оплати послуг спеціаліста визначається судом з урахуванням думки спеціаліста за погодженням з особою, за клопотанням якої залучено спеціаліста.

Не входить до переліку, передбаченого частиною п'ятою статті 54 ЦПК України, право спеціаліста на роз'яснення йому прав і обов'язків. Відповідно до статті 172 ЦПК України головуючий роз'яснює спеціалісту його права та обов'язки під час підготовчої частини судового засідання до початку розгляду справи по суті. Думається, було б доцільним закріпити обов'язок суду роз'яснювати спеціалістові його процесуальні права і обов'язки також під час вчинення окремої процесуальної дії поза судовим засіданням.

Література: Штефан М. Й. Цивільний процес. Підруч. для юрид. спеціальностей вищих закладів освіти. – К.: Ін Юре, 2001. – С. 209.; Бородин М., Кройтор В. Судебные и арбитражные расходы. – Харьков: АО «Бизнес Информ», 1997. – 124 с.; Штефан М. Й. Цивільний процес: Підручник для студ. юрид. спеціальностей вищих закладів освіти. – Вид. 2-ге, перероб. та доп. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2001. – 696 с.

Деякі питання взаємозв'язку права на місце проживання фізичної особи та права на недоторканність житла фізичної особи

Під житлом, перш за все, розуміють приміщення для проживання фізичної особи. Указане визначення дає нам загальне уявлення про житло та його фактичне призначення і вказує на існування тісного взаємозв'язку між правом на недоторканність житла та правом на місце проживання. Про що наголошується і у літературі [1, 161], зокрема, вказується, що право на недоторканність житла є суміжним з правом на місце проживання (ст. 310 ЦК України). Це спонукає нас до з'ясування питання взаємозв'язку означених особистих немайнових прав. Крім того, вчинення багатьох юридичних дій, які безпосередньо стосуються обмеження права на недоторканність житла здійснюється залежно від місця проживання особи (наприклад, такі процесуальні дії як обшук, виймка тощо).

Праву на місце проживання фізичної особи приділяли увагу у своїх дослідженнях такі цивілісти, як Н. Давидова, С. Чорнооченко тощо. Деякі вчені розглядають його як комплексне особисте немайнове право [2].

Донедавна чи не найбільше проблем з реалізацією цього права мали радянські громадяни. З проблемами визначення місця проживання зіткнулися і цивілісти, які розглядали питання цивільної правосуб'єктності, оскільки право обирати місце проживання розглядалось як один з елементів, що входять у зміст правоздатності громадян [3, 97; 4, 79-80].

У радянській юридичній літературі відстоювалися і інші точки зору, автори яких стверджували, що право на місце проживання в цілому не має цивільно-правового характеру [5, 74].

У літературі усі нормативно-правові документи, що містять легальне визначення місця проживання, поділяють на дві групи [6, 38].

До першої групи, відноситься визначення закріплене у ст. 3 Закону України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» від 11 грудня 2003 р. [7]. У контексті цього нормативного акту під місцем проживання розуміється село, селище чи місто у межах адміністративно-

територіальної одиниці. До такого висновку дійшов і Конституційний Суд України [8].

До другої групи відносяться нормативно-правові акти, що містять більш конкретизовані визначення місця проживання. Це такі, як ЦК України та Закон України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців» [9].

Отже, по-перше, законодавчо врегульовано місце проживання фізичної особи. Однак, у нормативно-правових актах не існує єдиного підходу до розуміння цього поняття. Більш того норми законодавчих актів містять протилежні визначення.

Для недопущення різних дефініцій одного поняття у законодавстві необхідно усунути подібну колізію шляхом єдиного підходу до його визначення. На нашу думку, доречніше використовувати поняття, яке закріплено ст. 29 ЦК України. Оскільки, така відносна деталізація місця проживання зможе вирішити багато практичних питань. Зокрема, місце знаходження боржника, відповідача, спадкоємця тощо. Разом з тим, з місцем перебування закон пов'язує виникнення та реалізацію цілої низки особистих немайнових прав. Це такі як: право на життя, право на охорону здоров'я, право на особисте життя та його таємницю, право на особисту недоторканність, право на сім'ю, право на недоторканність житла тощо. Якщо під місцем перебування ми будемо розуміти адміністративно-територіальну одиницю то це суттєво ускладнить реалізацію зазначених прав.

По-друге, право на місце проживання у розумінні ст. 29 ЦК України закріплює юридичну можливість значно розширити дію права на недоторканність житла. Оскільки, таким чином закріплюється, що особа може проживати як постійно, так і переважно чи тимчасово не лише у квартирі, а й, наприклад, у гуртожитку, готелі, де теж мати особисте життя, а відповідно у неї виникає і право на недоторканність цього житла. Тут, доречно, як приклад, навести рішення Європейського суду з прав людини у справі Баклі проти Великобританії. Суд дійшов висновку, що заборона проживання на земельній ділянці, яка перебуває у власності у критій повоці є втручанням у її особисте життя та порушенням недоторканності житла, закріплених ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. [10].

По-третє, право на місце проживання тісно пов'язано з правом на недоторканність житла. Перш за все, зазначимо, що демократичні процеси, які відбулися у нашому законодавстві стосовно місця проживання особи та інституту ре-

естрації дають можливість особі значно розширити зміст права на місце проживання. Так, за рішенням Європейського суду з прав людини у справі «Прокопович (Prokhorovich) проти Російської Федерації» суд визнав житлом місце фактичного проживання заявника, а не місце прописки [11].

Р. Стефанчук, до змісту права на місце проживання відносить наступні повноваження: володіння місцем проживання, тобто можливість особи мати одно чи декілька місць проживання; використовувати своє місце проживання, тобто це гарантована законом можливість набувати цивільних прав та виконувати покладені на особу цивільні обов'язки за місцем проживання, якщо інше не передбачено законом чи домовленістю між сторонами; вільно обирати та змінювати місце проживання, тобто передбачена можливість вільно обирати країну, населений пункт, в якому буде розташоване місце проживання, а також безпосереднє місце проживання [11, 423-424].

З чого випливає, що особа може мати одно чи декілька місць проживання одночасно, за якими вона набуває цивільних прав та обов'язків, при цьому у будь-який час вона може вільно (на власний розсуд) обрати чи змінити країну, населений пункт чи безпосередньо місце проживання. У цьому випадку право на недоторканність житла розповсюджується на всі місця проживання особи (а не на одне з них, наприклад, постійне), при тому воно не «перевозиться» з одного місця проживання до іншого, а виникає одночасно з правом на місце проживання.

По-четверте, право на недоторканність житла та право на місце проживання виникають у особи одночасно. Вони спрямовані на охорону особистого життя. Без права на місце проживання не може виникнути право на недоторканність житла. Разом з тим, було б неправильно розглядати право на недоторканність житла як похідне право від права на місце проживання. Їх зв'язок скоріше можна охарактеризувати як взаємодоповнюючий. Як відомо, особисте життя скоріше регулюється нормами моралі ніж права. Право ж виключаючи пряме втручання в сферу особистого життя, надає особі можливість мати приватну сферу, зміст якої визначається кожним індивідуально, і створює перепони для свавільного втручання в неї сторонніх осіб.

Таким чином, може йтися тільки про правове регулювання суспільних відносин, що склалися з приводу надання особі права на особисте життя, забезпечення його таємниці і недоторканності

[12, 315]. Отже, право на недоторканність житла і право на місце проживання покликані забезпечити особі надання певної автономії в сфері особистого життя від суспільства.

Література: 1. 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.; 2. Там же.; 3. Советское гражданское право / Отв. ред. В.А. Ресенцев. – М.: Юрид. Лит. – 1975. – 558 с.; 4. Советское гражданское право / Под ред. О.А. Красавчикова. – М.: Высшая шк., 1969. – Т. 2. – 527 с.; 5. Советское гражданское право: Учебник. Т. 2 / Иоффе О.С., Мусин В.А., Поссе Е.А. и др. – Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1971. – 520 с.; 6. Н.О. Давидова Правовий аспект поняття «місце проживання» // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2006. – № 10 (60). – С. –36-42.; 7. Закон України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» від 11 грудня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 15. – Ст. 232.; 8. Справа за конституційним поданням 45 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень п. 2 ст. 2 Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду». – Офіційний вісник України. – 2000. – № 40. – Ст. 1709.; 9. Закон України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців» від 15 травня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 31-32. – Ст. 263. 10. <http://www.echr.ru/documents/doc/2463418/2463418.htm>; 11. Там же.; 12. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2 ч. / За заг. ред. Я.М. Шевченко. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. – Ч. 1. – 692 с.; 13. В.І. Бобрик Охорона особистого життя і реформування цивільного права // Держава і право: Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. Випуск 12. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2001. – 568 с.

Д'ячкова Н.А., викладач кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук

До питання про правовий статус усиновлювача

1. У частині 1 статті 211 СК встановлено, що усиновлювачем може бути повнолітня дієздатна особа. Тобто, першим юридичним фактом для реалізації права на усиновлення є досягнення усиновлювачем 18-річного віку. Оскільки закон не передбачає ніяких винятків з цього правила, можна зробити висновок, що ані неповнолітні емансиповані особи, ані неповнолітні особи, які вступили до шлюбу до 18 років, не можуть усиновлювати дітей. Повна цивільна дієздатність, що визнається за такими неповнолітніми (ч.2 ст. 34, ст. 35 ЦК України), не є юридичним фактом при усиновленні і не викликає права бути усиновлювачем.

2. Сімейне законодавство України не встановлює граничного віку повнолітньої особи, раніше якого неможливо стати усиновлювачем, як це зроблено у деяких зарубіжних країнах. Наприклад, у Німеччині та Англії усиновлювачем може бути особа, яка досягла 25 років, у Франції – 35 років, у Швейцарії

– 40 років. Різниця у віці між усиновлювачем та усиновленим повинна складати: у Франції – 15 років, у Німеччині та Швейцарії – 18 років [1, С. 193].

Згідно ч. 2 ст. 211 СК встановлюється вікова різниця між усиновлювачем та дитиною не менш, ніж 15 років. Таке правило ґрунтується на та тому, що, якщо дитина не буде сприймати усиновлювача як свого вихователя, в усиновителі через його молодість не буде достатнього авторитету, і, відповідно, основної мети усиновлення – забезпечення дитині сімейного виховання – не буде досягнуто.

Однак, як слушно відзначається у літературі, встановлення у законодавстві подібного правила є не досить вдалим. Така різниця у віці зазвичай існує при біологічному походженні дитини від батьків, але при усиновленні, коли дитина та інші особи знають про те, що усиновлювачі не є її батьками, встановлення імперативної вимоги щодо вікової різниці втрачає сенс і лише призводить до необґрунтованого звуження кола осіб, які можуть бути усиновлювачами [2, С. 291]. Дитину можуть забажати усиновити, наприклад, її брат (сестра) або вітчим (мачуха). У подібних випадках, як правило, вже склалися родинні відносини з дитиною, і саме бажання усиновити дитину свідчить про прив'язаність, наприклад, вітчима (мачухи) до дитини, і імперативна вимога щодо 15-річної різниці у віці видається недоцільною [3, С. 63, 64].

У разі усиновлення повнолітньої особи різниця у віці може бути меншою, ніж вісімнадцять років.

3. Виходячи з того, що виховання у повній сім'ї найбільшою мірою відповідає інтересам дитини, у ч. 4 ст. 211 СК закріплене правило, що особи, які не перебувають у шлюбі між собою, не можуть усиновити одну і ту ж дитину. Безумовно, у більшості випадків дотримання цієї вимоги є доцільним. Крім того, якщо дитина має лише матір або лише батька, вона не може бути усиновлена чоловіком (жінкою), яким її мати (батько) не перебуває у шлюбі.

Між тим, якщо особи, які бажають усиновити одну й ту ж дитину, проживають однією сім'єю, суд може постановити рішення про усиновлення ними дитини. Встановлений виняток стосується двох ситуацій. Так, у практиці відомі випадки усиновлення дитини особами, які не пов'язані шлюбними відносинами, наприклад, при усиновленні дитини, мати якої померла під час пологів, бабусею та дядьком, які з моменту народження дитини фактично спільно її виховували [4, С. 90].

Однак, найбільше суперечок викликає можливість усиновлення дитини чоловіком та жінкою, які проживають однією сім'єю і не перебувають у шлюбі між собою. Як відзначається, «фактичне подружжя» також складають повну сім'ю у соціологічному розумінні і можуть забезпечити дитині таке ж виховання, як і особи, які перебувають у зареєстрованому шлюбі [5, С. 294; 6, С. 348]. Але не слід забувати, що такий союз може розпастися в будь-яку мить, що може нанести дитині ще одну травму [7, С. 200]. Однак на практиці усиновлювачами зазвичай стають подружжя, які позбавлені можливості мати власних дітей. При цьому розірвання в подальшому шлюбу між ними або визнання його недійсним не впливає на юридичну силу факту усиновлення. Більш того, усиновлення дитини особами, які не перебувають у шлюбі, може викликати в майбутньому додаткові страждання для дитини через двозначність та невизначеність його становища [8, С. 441].

У зв'язку з цим слушною видається позиція тих авторів, які вважають, що при вирішенні цього питання суд повинен з'ясувати всі обставини справи, вирішивши, насамперед, головне – наскільки таке усиновлення відповідатиме інтересам дитини.

Закон забороняє усиновлювати одну дитину особам однієї статі, навіть якщо вони є родичами (братами, сестрами).

4. Якщо дитина має лише матір або лише батька, які у зв'язку з усиновленням втрачають правовий зв'язок з нею, усиновлювачем дитини може бути один чоловік або одна жінка. Тобто закон не виключає можливості усиновлення дитини одним чоловіком чи однією жінкою, якщо мати (батько) у зв'язку з усиновленням втрачають правовий зв'язок з дитиною. Однак, за ч. 2 ст. 213 СК переважне право на усиновлення мають особи, які перебувають у шлюбі, оскільки найвищим інтересом дитини є забезпечення їй сімейного виховання (ст. 1 СК).

Вочевидь таке правило ґрунтується на тезі, що, проживаючи з самотнім усиновителем, дитина опиняється у «неповноцінній» сім'ї. Але на практиці досить часто буває, що саме самотні особи, зокрема жінки, приділяють більше уваги дитині, вбачаючи у ній сенс життя, позбавлення від самотності. І тому подружжя отримують перевагу на усиновлення дитини лише у випадку відсутності осіб, встановлених частиною 1 ст. 213 СК, тобто при інших рівних умовах.

5. Окрім вимог, встановлених статтею 211 СК України до кандидатів в усиновлювачі, у ст. 212 СК з метою посилення гарантій

дотримання законних прав та інтересів усиновлених встановлено перелік осіб, які не можуть бути усиновлювачами.

Так, не можуть бути усиновлювачами особи, які визнані недієздатними або обмежені у дієздатності (пп. 1, 2 ч. 1 ст. 212 СК).

Підставою для визнання фізичної особи недієздатною є її хронічний, стійкий психічний розлад, внаслідок чого вона не здатна усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними (ст. 39 ЦК України). Зрозуміло, що така особа не може виховувати дитину належним чином.

Щодо осіб, дієздатність яких обмежена у судовому порядку, то перешкодою для усиновлення є не саме обмеження її дієздатності, внаслідок чого особа позбавляється права самостійно розпоряджатися своїм майном, а наслідки такого обмеження: не маючи можливості розпоряджатися своїми майновими правами без згоди піклувальника, особа не зможе ефективно виконувати й обов'язки по утриманню дитини (хоча при наявності у неї власних дітей, ці останні вона виконує під контролем піклувальника). Крім того, підстави для обмеження дієздатності свідчать і про особисті якості людини, і це вже саме по собі говорить про неприпустимість усиновлення обмежено дієздатною особою.

Разом з тим, у випадку поновлення у дієздатності у судовому порядку названі особи набувають право бути усиновлювачами.

З тих же міркувань встановлена заборона бути усиновлювачами особами, які перебувають на обліку або на лікуванні у психоневрологічному чи наркологічному диспансері або зловживають спиртними напоями чи наркотичними засобами (пп. 5, 6 ч. 1 ст. 212 СК). Очевидно, що передача дітей на виховання таким особам суперечила б інтересам дітей.

Виключаються з кола потенційних усиновлювачів і особи, які в минулому допустили серйозні порушення своїх обов'язків по вихованню дітей. Так, не можуть бути усиновлювачами особи, які позбавлені батьківських прав, якщо ці права не були поновлені (п. 3 ч. 1 ст. 212 СК). Зрозуміло, що особа, яка припустилася серйозних порушень своїх батьківських прав та обов'язків щодо рідної дитини, не зможе належним чином забезпечувати нормальні умови існування для дитини усиновленої. У зв'язку з цим слушною видається пропозиція щодо заборони бути усиновлювачами особам, які були позбавлені батьківських прав, незалежно від того, поновлені вони у цих правах чи ні на момент подачі заяви про усиновлення [7, С. 201].

Аналогічна заборона встановлена і для осіб, які були усиновлювачами іншої дитини, але усиновлення було скасовано або визнано недійсним з їхньої вини (п. 4 ч. 1 ст. 212 СК).

Не можуть бути усиновлювачами особи, які не мають постійного місця проживання та постійного заробітку (доходу) (п. 7 ч. 1 ст. 212 СК). Подібна вимога зумовлюється необхідністю забезпечення дитині належних умов життя. Якщо особа не має власного помешкання або іншого постійного місця проживання, усиновлення нею дитини може погіршити умови проживання дитини, а також порушити її житлові права, а відсутність постійного стабільного заробітку (доходу) може призвести до порушення права дитини на одержання належного утримання від усиновлювача.

Усиновлювачами не можуть бути особи, які в силу стану здоров'я не мають можливості виконувати обов'язки по вихованню дитини, забезпечити стабільні та гармонійні умови життя. Перелік захворювань, який перешкоджає особі бути усиновлювачем, встановлюється Міністерством охорони здоров'я України. З метою виявлення можливих захворювань у осіб, які бажають усиновити дітей, ними надається медичний висновок про стан здоров'я, який вказує на відсутність протипоказань для виконання обов'язків по вихованню та утриманню дитини. Однак, подібна заборона не повинна бути імперативною. Слушною видається пропозиція О.М. Нечаєвої щодо допустимості винятків з цього правила, наприклад, у випадку дозволу бути усиновлювачем смертельно хворому вітчиму дитини, який змалку замінив їй батька, якщо наявність сімейних відносин між ними не викликає сумніву [2, С. 280-281]. Ще більшого значення введення подібної можливості може набувати при усиновленні повнолітньої особи, адже кандидат в усиновлювачі зазвичай буде людиною похилого віку і вірогідність наявності захворювань, які перешкоджають бути усиновлювачем, значно збільшується.

В юридичній літературі висловлювалася слухна пропозиція про необхідність врахування так званих «умовних перешкод», які можуть враховуватися в окремих випадках: у залежності від кандидатури усиновлювача, обставин, при яких провадиться усиновлення тощо. Такими перешкодами, на думку З.І. Вороніної, можуть бути: звільнення особи з роботи за здійснення аморального проступку особою, яка виконує виховальні функції; притягнення особи до кримінальної відповідальності за втягнення неповнолітніх в злочинну діяльність і т.п. злочини; випадки, коли діти кандидата в усинов-

лювачі (рідні чи прийняті на виховання) перебувають на обліку в інспекції у справах неповнолітніх. У той же час, за умови не повинні відігравати ролі, якщо, наприклад, рідний син кандидата в усиновлювачі перебуває на обліку в інспекції у справах неповнолітніх і одночасно в психіатричній диспансері через патологічні відхилення у психіці (клептоманія), а результати корекції поведінки дитини не приносять бажаного результату, і в інших подібних випадках [6, С. 46-47].

Частина 2 статті 212 СК розширює коло осіб, які не можуть бути усиновлювачами, встановлюючи правило, що не можуть бути усиновлювачами інші особи, інтереси яких суперечать інтересам дитини. Такими особами можуть бути визнані колишні опікуни (піклувальники), які були усунуті від виконання обов'язків опікуна (піклувальника) унаслідок неналежного виконання ними обов'язків по вихованню; особи, засудженні за ухилення від сплати аліментів на дітях; особи, у яких діти були відібрані без позбавлення батьківських прав тощо.

7. Виходячи з інтересів дітей – громадян України закон встановлює пріоритети усиновлювачів, дотримуючись у цьому питанні вимог Конвенції про права дитини, у п. «б» ст. 2 якої сказано, що усиновлення в іншій країні повинно розглядатися у якості альтернативного і допускатися лише у випадку, якщо дитині не можуть бути забезпечені в її країні належний догляд та виховання¹. Такий висновок ґрунтується на тому, що при переселенні дитини в країну усиновлювача вона може стикнутися зі значними адаптаційними труднощами: здоланням мовного та культурного бар'єру тощо.

Проте такий висновок піддавався критиці в юридичній літературі. Так, М.В. Антокольська відзначає, що, по-перше, усиновленні немовляти адаптаційних проблем не виникає. Друге, наскільки усиновлення в іншу країну відповідає інтересам дитини, залежить насамперед від особи усиновлювача, умов, які можуть забезпечити дитини, та інших подібних факторів [5, С. 295]. Очевидно, що при вирішенні подібних питань суд повинен виходити з найвищих інтересів дитини.

8. Якщо бажання усиновити одну дитину висловили кілька разів декілька громадян України, перевагу на усиновлення

¹ Слід зауважити, що названа норма Конвенції про права дитини говорить про усиновлення дитини в іншу країну, а не про усиновлення іноземними громадянами. Якщо ж іноземні громадяни постійно проживають на території України, вони не піддаються дискримінації.

отримують, перш за все, особи, в сім'ї яких виховується дитина (фактичні вихователі). Така перевага є зрозумілою, адже зміна сім'ї, умов життя, оточення навряд чи відповідає інтересам дитини.

9. До кола осіб, які мають переважне право на усиновлення дитини, законодавець відносить і чоловіка (дружину) матері (батька) дитини, яка усиновлюється.

Переважне перед іншими право на усиновлення дитини мають її родичі. Таке право зумовлено тим, що родичі, як правило, знають особливості особистості дитини, між ними й дитиною існує взаєморозуміння та спільність устоїв. Крім того, дитина не виривається із звичного оточення, не передається в нову сім'ю, що іноді може негативно вплинути на неї.

10. Виходячи із загального правила щодо заборони роз'єднання при усиновленні рідних братів та сестер (див. коментар до ст. 210 СК), переважне право на усиновлення мають особи, які усиновлюють кількох дітей, які є братами (сестрами). Така перевага пояснюється тим, що у результаті такого усиновлення діти залишаються проживати в одній сім'ї і між ними будуть збережені родинні зв'язки.

Список використаної літератури: 1. Рузакова О.А. Семейное право: Учебно-практическое пособие для вузов. – М.: Издательство «Экзамен», издательство «Право и закон», 2003; 2. Нечаева А.М. Семейное право. Курс лекций. – М.: Юристъ, 1999; 3. Воронина З.И. Правовые формы воспитания детей, оставшихся без попечения родителей // Дис. ... канд. юрид. наук – С-Пб., 1993; 4. Кузнецова И.М. Охрана интересов детей при усыновлении. // Законодательство о браке и семье и практика его применения. – М., 1989; 5. Антокольская М.В. Семейное право. – М., 1999; 6. Научно-практический комментарий Семейного кодекса Украины / Под ред. Ю.С. Червоного. – К.: Истина, 2003; 7.. Семейне право України: Підручник / Л.М. Баранова, В.І. Борисова, І.В. Жилінкова та ін.; За заг. ред. В.І. Борисової та І.В. Жилінкової. – К.: Юрінком Інтер, 2004; 8. Пчелинцева Л.М. Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации. – М.: Издательская группа НОРМА – ИНФРА*М, 1999.

*Котенко С.О., старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін
ННШЕС ХНУВС*

Предмет доказування по цивільним справам про розірвання угоди довічного утримання

Розділ III чинного цивільного Кодексу України відносить правовідносини що до довічного утримання до договірних зобов'язань. Так, згідно до ст. 744 ЦК України: «За договором довічного утримання (догляду) одна сторона (відчужувач) пе-

редає другій стороні (набувачеві) у власність житловий будинок, квартиру або їх частину, інше нерухоме майно або рухоме майно, яке має значну цінність, взамін чого набувач зобов'язується забезпечувати відчужувача утриманням та (або) доглядом довічно».

Сторонами в договорі є відчужувач та набувач, які можуть бути як фізичними дієздатними особами так і юридичні особи (ч.2ст.746 ЦК України). Що до кількості набувачів, то згідно до ч.3 ст.746 ЦК України їх може бути декілька та їх обов'язок перед відчужувачем є солідарним.

Юридичними фактами, які складають предмет доказування по цій категорії справ є: передача відчужувачем у власність набувачеві свого рухомого та нерухомого майна, та факт забезпечення набувачем відчужувача утриманням та (або) доглядом довічно.

Проф. Брагинський М.І відзначав, що договір визначає волю сторін, а правовий акт-волю видавчого його органу. Договір безпосередньо розраховано на регулювання поведінки його сторін – для тих, хто не є сторонами, він може надати права, але не обов'язки [1, с.9]. Крім того, коли йде мова про зміст договору у якості правовідношення, мають на увазі права та обов'язки контрагентів [2, с.238]. Таким чином, за договором довічного утримання права та обов'язки по виконанню умов договору виникають тільки між сторонами цього договору. Не випадково згідно ч.1 ст.752 ЦК України: «У разі неможливості подальшого виконання фізичною особою обов'язків набувача за договором довічного утримання (догляду) з підстав, що мають істотне значення, обов'язки набувача можуть бути передані за згодою відчужувача члену сім'ї набувача або іншій особі за їхньою згодою».

Тобто, за умовами договору повинна бути передбачена така можливість.

Згідно п.1 ч.1 ст.755 ЦК України: «Договір довічного утримання (догляду) може бути розірваний за рішенням суду: «на вимогу відчужувача або третьої особи, на користь якої він був укладений, у разі невиконання або неналежного виконання набувачем своїх обов'язків, незалежно від його вини». Оскільки, договір довічного утримання укладається між двома сторонами, які особисто зобов'язуються виконувати умови угоди, будь яка зміна умов угоди, згідно чинного законодавства вимагає згоди іншої сторони.

Як свідчить судова практика, набувачі перекладають обов'язки по утриманню відчужувача на членів своєї родини,

надаючи фінансове забезпечення такого утримання, без згоди відчужувача, посилаючись на те, що за умовами договору вони зобов'язані забезпечувати його виконання, а не повинні особисто його виконувати. Оскільки це договірні відносини, можливість такого засобу виконання договірних зобов'язань повинна передбачатися умовами договору. А саме, у тексті договору повинно міститися посилання на те, що: «Набувач зобов'язується надавати належний догляд відчужувачу особисто, чи надаючи фінансовому допомогу в забезпечення такого догляду через дієздатних третіх осіб». Така редакція договору довічного утримання скоротить кількість цивільних справ про розірвання договорів довічного утримання у судах, попередить зловживання з боку відчужувачів з укладення такого роду договорів.

Наведене формулювання умов договору має суттєве значення як для сторін, які його укладають, так і для нотаріусів які складають текст умов договору довічного утримання, а також, це полегшить розв'язання цієї категорії справ у судах.

Література: 1. Брагинский М.И, Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения.-М.:Издательство «Статут», 1998 г. 2. Там же.

Колісник О.В., молодший науковий співробітник НДЦ державного будівництва та місцевого самоврядування АПРН України, здобувач кафедри цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету внутрішніх справ

Проблеми доцільності та ефективності здійснення цивільного судочинства за участю народних засідателів

З ухваленням Конституції України 1996 р. відбулося поновлення інституту народних засідателів, а 18 березня 2004 р. з прийняттям нового ЦПК України [4] участь народних засідателів при здійсненні правосуддя в цивільних справах була закріплена на рівні галузевого законодавства, однак кількість справ, у розгляді яких вони беруть участь, зменшилася до 5-ти категорій. Аналізуючи сутність цих справ, можемо зробити такий висновок, що участь представників громадськості зумовлена особливим становищем, у якому перебуває людина, відносно якої розглядається справа, у справах такого роду зачіпаються первинні, основні права людини на не-

доторканість, на повагу честі, гідності, на свободу та незалежність, як, наприклад, у випадку усиновлення, коли вирішується доля людини, її майбутнє, зачіпається право на вільний розвиток її особистості.

Як зазначає В. І. Тертишніков, законодавець реанімував інститут народних засідателів з метою громадського контролю за розглядом у суді справ, пов'язаних з вельми важливими для осіб правами перш за все особистого характеру [3, с. 25]. На нашу думку, така позиція може бути поширена на більшість справ, що вирішуються в порядку цивільного судочинства, і тому не охоплює виключно справи окремого провадження, у розгляді яких беруть участь народні засідателі.

Зокрема, коли у матеріалах справи про визнання фізичної особи безвісно відсутньою чи оголошення її померлою наявні підтверджені певними доказами обставини, що загрожували смертю фізичній особі, яка пропала безвісти, або обставини, що дають підставу припускати її загибель від певного нещасного випадку, суддя на підставі закону може одноособово прийняти рішення, не залучаючи до розгляду народних засідателів.

Крім того, слід звернути увагу, що справи про надання особі психіатричної допомоги у примусовому порядку стосуються обмеження прав особи на свободу та недоторканість, проте, як видається, немає потреби вирішувати їх за участю народних засідателів, оскільки відповідно до ч. 2 ст. 280 ЦПК до заяви про психіатричний огляд або надання амбулаторної психіатричної допомоги у примусовому порядку додається висновок лікаря-психіатра, а про її продовження або про примусову госпіталізацію – висновок комісії лікарів-психіатрів та інші відповідні матеріали. Саме ці висновки, як правило, є основою мотивувальної частини судового рішення. Аналогічно у справах про обов'язкову госпіталізацію до протитуберкульозного закладу згідно з ч. 1 ст. 284 ЦПК до заяви додається мотивований висновок лікарської комісії про необхідність обов'язкової госпіталізації до протитуберкульозного закладу, в якому зазначається строк, протягом якого буде проведено лікування.

На підставі вищевказаного пропонуємо вилучити із переліку справ, що розглядаються за участю народних засідателів, справи про надання особі психіатричної допомоги у примусовому порядку, про обов'язкову госпіталізацію до протитуберкульозного закладу, про визнання особи безвісно відсутньою чи оголошення її померлою.

Вважаємо, що представники суспільства повинні брати участь у розгляді лише таких категорій цивільних справ, у яких для правильного та повного з'ясування фактичних обставин потрібна думка пересічного громадянина, який би втілював у собі суспільну мораль.

О. О. Рисія вважає, що судові колегії за участю народних засідателів можуть бути створені для розгляду таких категорій, як вирішення деяких шлюбних справ, питання батьківства, позбавлення батьківських прав, де при вирішенні справи, поряд з професійними знаннями судді, важливим є й підхід з погляду життєвого досвіду і моральних установок суспільства в особі народних засідателів [2, с. 124].

На нашу думку, з огляду на викладене доцільно кардинально переглянути перелік категорій справ, до слухання яких слід залучати народних засідателів, особливу увагу приділивши справам, у яких зачіпаються інтереси дітей. Бажано включити до цього переліку не тільки справи окремого провадження, а й справи позовного провадження, зокрема, про позбавлення батьківських прав. Так, відповідно до п. 15 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про усиновлення і про позбавлення та поновлення батьківських прав» позбавлення батьківських прав є крайнім заходом впливу на осіб, які не виконують батьківських обов'язків, а тому питання про його застосування слід вирішувати лише після повного, всебічного, об'єктивного з'ясування обставин справи, зокрема ставлення батьків до дітей [1]. Подібні справи мають велике значення як для дитини, так і для того з батьків, кого позбавляють цих прав, і тому брати участь у прийнятті рішення мають не тільки професійні судді, а й представники громадськості, щоб не суддя з усталеними стереотипами оцінював дійсне ставлення батьків до дітей та до виконання ними своїх обов'язків, а представники суспільства з високими моральними якостями, загостреним відчуттям справедливості, просто моральні особи.

Якщо правильно визначити категорії справ, у яких для прийняття правильного, об'єктивного, неупередженого та справедливого рішення вкрай необхідна думка пересічного громадянина, то й ефективність інституту народних засідателів у цивільному судочинстві значно підвищиться.

Література: 1. Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про усиновлення і про позбавлення та поновлення батьківських прав: Постанова Пленуму Верховного Суду України № 3 від 30 березня 2007 р. // Режим доступу:

<http://zakon1.rada.gov.ua>. 2. Рісін О. О. Конституційний принцип участі народу у здійсненні правосуддя на сучасному етапі судової реформи в Україні // Судова реформа в Україні: проблеми та перспективи: Матеріали науково-практичної конференції (М. Харків, 18-19 квітня 2002 р.). – К.: Юрінком Інтер, 2002. – С. 122-125. 3. Тertiшніков В. І. Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар. – Х.: Інформаційно-правовий центр «Ксилон», 2006. – 448 с. 4. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18 березня 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 40-42. – Ст. 492.

Масюк В.В., аспірант кафедри цивільного процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Розсуд суду під час оцінки преюдиціальних та презюмованих фактів у цивільного судочинства

З моменту свого виникнення наука цивільного процесуального права постійно розробляє основні питання доказування та оцінки доказів. Значна кількість наукових праць як вітчизняних так і зарубіжних процесуалістів присвячена питанням оцінки доказів. Однак до цього часу дискусійною залишається проблематика суб'єктивного фактору в діяльності судді, і зокрема, формування внутрішнього суддівського переконання та суддівського розсуду з урахуванням вимог закону, а також, діяльності осіб, які беруть участь у розгляді справи. На сьогоднішній день дуже важко на основі неухильного слідування вимогам закону застосувати формальні аспекти в теорії доказування, які пов'язані з оцінкою доказів до оцінки презюмованих та преюдиціальних фактів. У науковій літературі вказують на наявність негативної тенденції стосовно того, що серед факторів, які впливають на предмет доказування, визначальну роль відіграють суб'єктивні, зокрема, переконання суддів.

На думку А. М. Безрукова розсуд суду може відігравати значну роль в питаннях, щодо меж преюдиціальності [1, с. 40]. Крім того, ряд вчених робить висновок про існування в судочинстві ряду правових категорій підставою виникнення яких є не норма права, а розсуд суду. Зокрема, зазначається про існування презумпцій з фактом-основою, що конкретизується розсудом суду [2, с. 44]. Звідси випливає, що зазначені презумпції виконують функції аналогічні функціям презумпцій, які прямо передбачені законом. Таким чином, більш поглибленого дослідження потребує питання з'ясування

впливу розсуду суду, суб'єктивного фактору у процесі використання презумпцій та преюдицій.

Є. В. Васьковський свого часу наголошував, що використання презумпцій та преюдицій є одним з обмежень вільної оцінки доказів, оскільки суд зобов'язаний всупереч внутрішньому переконанню визнати певні факти встановленими [3, с. 166].

Розсуд – це повноваження, які надані особі, яка має владу вибирати між двома і більше альтернативами, коли кожна з альтернатив законна [4, с. 13].

Зважаємо, що розсуд суду під час розгляду цивільної справи пов'язаний передусім з оцінкою обставин справи і в жодній мірі не направлений на процедуру в межах якої він повинен відбуватись. Неможливість відходу від імперативних вимог процесуального закону є запорукою правильного з'ясування обставин справи. З огляду на це суд не повинен відходити від вимог процесуального закону щодо звільнення від доказування преюдиціальних та презюмованих фактів. Цивільний процесуальний кодекс не ставить в залежність виключення зазначених фактів з предмету доказування від розсуду суду.

Імперативне правило про виключення преюдиціальних фактів з предмету доказування є одним з наслідків прояву вимог принципу правової визначеності, який полягає у встановленні законодавством чітких підстав оскарження судового рішення, при якому ні сторони ні суд не вправі добиватися перегляду остаточного за своєю суттю рішення суду лише з метою перегляду і винесення нового.

Невизначеність норми права, яка встановлює презумпцію допускає необмеженість розсуду суду та призводить до порушення принципів рівності та верховенства закону. Презумпції, як і преюдиції є одним з інструментів забезпечення принципу правової визначеності.

Використовуючи презумпції та преюдиції суд, який вирішує спір узгоджує свої дії виходячи з правил, які вже встановлені. Розширення можливостей вільного розсуду суду, стосовно винесення рішення не у відповідності до вимог процесуального закону, збільшує можливості маніпулювання законом. Наявність прямих вказівок закону повинно зумовлювати неможливість застосування суддівського розсуду до процесу доказування. Іншими словами, розсуд суду можливий у прямо передбачених законом випадках.

Список літератури: 1. Безруков А. М. Преюдициальная связь судебных актов. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – 144 с. 2. Сериков Ю. А. Презумпции в гражданском судо-

Нечипуренко О.М., здобувач кафедри цивільного права Запорізького національного університету

Страховання як умова договору перевезення пасажирів таксомоторами

Страховання пасажирів від нещасних випадків, що спричиняють шкоду життю та здоров'ю особи є суттєвою умовою договору перевезення пасажирів таксомотором. Цивільний кодекс в ст. 927 містить лише відсылку на норму, у відповідності до якої страхування пасажирів проводиться відповідно до закону. Законом України «Про страхування» п.6 ст.7 передбачено як обов'язкове особисте страхування від нещасних випадків на транспорті.

Проте, на нашу думку, дана умова є настільки ваговою щодо забезпечення інтересів пасажирів, що повинна бути закріплена у відповідній статті ЦК України.

Закріплення механізму страхування пасажирів лише в підзаконних актах, а не на рівні законів, є необґрунтованим, оскільки може бути зміненим чи навіть «фактично» відміненим через відсутність механізму за простим підписом міністра, що в умовах розбудови громадянського суспільства з чіткою орієнтацією приватно-правових засад на людину не є допустимим.

В підтвердження наводимо наступне. Зараз затверджено та діє Наказ Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва і Міністерства транспорту України від 18.12.2003 N 136/985, яким затверджено Ліцензійні умови провадження господарської діяльності з надання послуг з перевезення пасажирів та їх багажу на таксі.

Відповідно до нього (п.2.3.2) суб'єкти господарської діяльності, що надають послуги з внутрішніх перевезень пасажирів та їх багажу на таксі згідно з отриманою ліцензією, повинні забезпечувати: виконання Правил надання послуг пасажирського автомобільного транспорту, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 18.02.1997 р. № 176; виконання Порядку і умов організації перевезень пасажирів і багажу автомобільним

транспортном, затверджених наказом Міністерства транспорту України від 21.01.1998 № 21; обов'язкове страхування на автомобільному транспорті, передбачене Законом України «Про страхування» п.6 ст. 7 Закону та постановами Кабінету Міністрів України від 14.08.1996 № 959 «Про затвердження Положення про обов'язкове особисте страхування від нещасних випадків на транспорті» та від 28.09.1996 р. № 1175 «Про порядок і умови обов'язкового страхування цивільної відповідальності власників транспортних засобів».

Відповідно до Положення про обов'язкове особисте страхування від нещасних випадків на транспорті, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 14.08.1996р. № 959, застрахованими вважаються: пасажир з моменту оголошення посадки в морське або річкове судно, поїзд, автобус або інший транспортний засіб до моменту завершення поїздки.

Страховий платіж за обов'язковим особистим страхуванням від нещасних випадків на транспорті утримується з пасажиром перевізником, який діє від імені страховика за винагороду на підставі договору доручення на лініях залізничного, морського, внутрішнього водного, автомобільного та електротранспорту на міжобласних і міжміських маршрутах у межах однієї області, Автономної Республіки Крим у розмірі до 1,5 відсотка вартості проїзду, на маршрутах приміського сполучення – до 3 відсотків вартості проїзду.

І тут знаходимо, що відповідно до п. 1 Положення про обов'язкове особисте страхування від нещасних випадків на транспорті «Перевізником є суб'єкт господарювання, який надає послуги з перевезення пасажирів на лініях залізничного, морського, внутрішнього водного, автомобільного та електротранспорту, крім внутрішнього міського (доповнено абзацом згідно з Постановою КМ України № 640 від 20.04.2007р.).

Виявляється, що дане положення не поширюється на внутрішні міські. Це підтверджується тим же Положенням, згідно якого «обов'язкове особисте страхування не поширюється на пасажирів: автомобільного і електротранспорту на міських маршрутах». Тобто, і ліцензійні умови щодо надання послуг таксі вимагають виконання Положення, яке не поширюється на дані послуги (міські перевезення).

Виявляється, що вимога ст.7 Закону України «Про страхування» щодо обов'язковості особистого страхування від нещасних випадків на транспорті фактично не діє. Дія має місце лише в тих містах, де органи місцевого самоврядування поставили вимогу щодо ліцензійних вимог для надання певних видів

послуг (перевезення таксомоторами). Проте, і в даних населених пунктах перевізники уникають непотрібних їм витрат на страхування пасажирів від нещасних випадків шляхом укладання короткотермінових договорів страхування зі страховиками. З припиненням дії цих договорів, пасажир є незастрахованим. За ситуації, коли підприємство має статутний капітал 50 грн., а транспортний засіб є найманим у третьої особи, а водій взагалі не має засобів, на які можна накласти стягнення, постраждала особа фактично, отримавши травму, шкоду, чи навіть інвалідність, не отримує компенсації за таку шкоду.

Тому, пропонуємо включити норми про обов'язкове страхування пасажирів на всіх видах транспорту, включаючи внутрішні міські перевезення від нещасних випадків до ЦК, а встановлення механізму страхування в відповідних законах, а не підзаконних актах.

Відповідно до вказаного пропонуємо щодо страхування пасажирів при перевезенні їх таксомоторами розповсюдити дію механізму відповідного вказаного вище Положення на внутрішні перевезення таксомоторами, які здійснюють перевезення пасажирів в режимі маршрутного таксі.

Слід закріпити, що кожен пасажир є застрахованим в момент придбання квитка, який одночасно є страховим полісом, про що зазначається на зворотному боці квитка. У страховому полісі варто зазначати: вид обов'язкового страхування; найменування, адреса, телефон страховика; розміри страхового платежу та страхової суми.

В результаті пасажир, що має квиток, матимуть докази свого страхування, що буде дисциплінувати як самих пасажирів, так і водіїв на отримання-видачу квитків-полісів, оскільки ст. 981 ЦК України закріплює, що у разі недодержання письмової форми договору страхування договір є нікчемним.

Маковій В.П., доцент кафедри цивільного права та процесу Херсонського інституту внутрішніх справ Харківського національного університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук

Співвідношення набувальної та позовної давності

Давність як цивільно-правова категорія має досить багатогранний характер, що знайшло відображення при введенні до вітчизняного цивільного законодавства її різновиду – набуваль-

ної давності. При цьому одним з найбільш актуальних є питання співвідношення видів давності – набувальної та позовної.

Серед юристів – дослідників даних строків у цивільно-правових відносинах щодо співвідношення набувальної та позовної давності існують різні точки зору.

Загалом всі твердження з даного приводу можна поділити залежно від надання переваги тією чи іншою мірою одній із давностей на такі: 1) прирівняння в певних межах обох строків давності (Б.Б.Черепакін [1], О.С.Яворська [2]); 2) надання пріоритету позовній давності (Ю.К.Толстой [3], Т.Вахонєва [4]); 3) надання переваги набувальній давності перед позовною (В.В.Вороной [5]). Необхідно зазначити, що така диференціація є умовною, оскільки кожен із дослідників тією чи іншою мірою стосовно вказаних критеріїв порівняння набувальної та позовної давностей вбачає неоднозначні наслідки. Спробуємо розібратись у даному питанні з огляду на міркування науковців з цього приводу та чинне цивільне законодавство.

По-перше, зупинимось на визначенні понять обох давностей. Відповідно за визначенням тлумачного словника з цивільного права 1998 року поняття «давність» (від англійського *prescription*) – це встановлений законом строк, закінчення якого зумовлює певні наслідки (у цивільному праві – втрату права на позов). У цьому ж словнику надається й таке визначення: «давність набувальна – строк, визначений законом, після закінчення якого володілець за наявності інших необхідних умов може стати власником чужої речі» [6, с. 42].

Оскільки набувальна давність була нами означена раніше, то звернемося до дефініції позовної.

Цивільне законодавство під позовною давністю визначає строк, у межах якого особа може звернутися до суду з вимогою про захист свого цивільного права або інтересу (ст. 256 ЦК). Не можна назвати таке визначення вдалим, оскільки особа з урахуванням положень ч. 2 ст. 267 ЦК може звернутися до суду і після спливу позовної давності. Не вдаючись до деталей у цьому питанні, треба тільки зауважити, що визначення, хоча й опосередковане у ст. 71 ЦК 1963 року та у ст. 195 ЦК Російської Федерації, є більш прийнятним. Дану точку підтримував і В.П.Грибанов, який на підставі аналізу судової практики тих часів та суджень науковців звернув увагу, що позовна давність повинна бути пов'язана не з правом на пред'явлення позову, а з правом на його задоволення [7, с. 184-193].

Як було мною зазначено раніше, обидва види давнісного строку мають різну сферу дії. Позовна давність, за деякими

виключеннями, застосовується у всіх видах спірних відношень (зокрема речових та зобов'язальних). Набувальна давність діє обмежено тільки у сфері речового права, і для вітчизняного законодавства це – як одна з обставин, що у юридичному складі є підставою для виникнення права власності.

Набувальна давність породжує право, а закінчення позовної давності спричиняє втрату можливості примусово здійснити домагання. Позовна давність нерозривно пов'язана з порушенням права. При набувальній давності наявність правопорушення може виключати набуття права власності.

Обидва види строків давності можна охарактеризувати з позиції прийнятої у цивільному праві класифікації.

За підставами встановлення строки набувальної давності є законними, а строки позовної можуть бути як законними, так і договірними. У зв'язку з тим, що строки набувальної та позовної давностей підлягають точному обчисленню шляхом вказівки на їх початок та закінчення, точну тривалість, за характером визначення їх можна віднести до визначених строків.

За способом встановлення дані строки визначаються шляхом встановлення тривалості строку з одночасним визначенням початку чи закінчення протікання строку. До того ж обидва види строків за діючим цивільним законодавством обраховуються роками.

За ступенем самостійності учасників строки набувальної давності є імперативними, в той час як строки позовної давності мають імперативно-диспозитивний характер.

За призначенням строки набувальної давності належать до правостворюючих, оскільки їх вплив має наслідком виникнення речового права, в той час як строки позовної давності належать до строків захисту цивільних прав, оскільки вони застосовуються в разі порушення цивільного права чи інтересу.

Вплив строків набувальної давності має наслідком разом з іншими юридичними фактами і виникнення суб'єктивного права. Вплив строків позовної давності має наслідком припинення повноваження власника або титульного володільця на захист у судовому порядку. Що ж до самого суб'єктивного права, то, як нами було відзначено, воно не припиняється. З огляду на останнє й на розвиток пізніших суджень професора Ю.К.Толстого Т.Вахонєва звертає увагу на надання законодавцем такому правоволодільцю в якості засобу захисту замість позову заперечення проти позову, що є елементом суб'єктивного цивільного права [8, с.82].

У зв'язку з особливістю суб'єктного складу, об'єкта або змісту правовідношення як для строків набувальної давності, так і для позовної характерною є диференціація на ординарні (звичайні) та екстраординарні (спеціальні) строки. При цьому якщо для позовної давності законодавством передбачаються подовжені та скорочені строки порівняно із загальними, то для набувальної давності – тільки подовжені. Також для набувальної давності загальні та спеціальні строки мають диференціацію за об'єктом давнісного володіння.

Предметом дослідження більшості науковців у питанні співвідношення зазначених правових категорій є такі поняття, як тривалість обох строків, початок та закінчення їх спливу, визначення порядку переривання та зупинення.

У цивільно-правовій науці наявні три варіанти вирішення даного питання в частині тривалості строків набувальної та позовної давностей: 1) встановлення рівних за величиною обох видів строків, притому за загальний для них береться найбільший строк позовної давності (Б.Б.Черепакін [1]) або загальний строк позовної давності (О.С.Яворська [2]); 2) встановлення такого строку набувальної давності, який би значно перевищував строк позовної давності, що б не дало приводу до виникнення конкуренції між власником та давнісним володільцем (Ю.К.Толстой [3]); 3) зменшення строків набувальної давності навіть на шкоду для позовної давності (К.І.Скловський [9]).

Розгляд тривалості обох видів строків не можливий без одночасного з'ясування тісно пов'язаного з ним питання початкового моменту їх спливу. Український законодавець чітко визначив співвідношення строків набувальної та позовної давності лише стосовно так званого за давнісного майна, яке надійшло до володільця на підставі договору з його власником й не було вжито після закінчення строку договору. У даному випадку, як вже було вказано, строк набувальної давності починає перебігати після спливу строку позовної давності.

Що ж до решти випадків, то внаслідок відсутності спеціальної норми матимемо підпорядкування спливу обох давностей загальним положенням цивільного права стосовно початку перебігу строків, передбачених зокрема ст.ст. 253, 261, 344 ЦК.

Набувальна давність як строк є незвичайним юридичним фактом, оскільки закон пов'язує наслідки давнісного володіння з перебігом певного проміжку часу за наявності визначених умов давнісного володіння. Строк входить до юридичного складу фактів. З урахуванням викладених положень

початок перебігу строку набувальної давності можливий за наявності добросовісності. На відміну від позовної давності вітчизняне цивільне законодавство не містить дефініції початкового моменту перебігу набувальної давності. Аналіз положень ст.344 ЦК дає привід зробити висновок, що таким моментом є день добросовісного заволодіння майном.

Однак добросовісне заволодіння майном більшою мірою не співпадає з моментом, коли право власника порушене та наявні інші умови, що є підставою для початку перебігу строку позовної давності. Давнісний володілець може добросовісно заволодіти майном пізніше цього строку.

Можливий і зворотній варіант, а саме коли строк давнісного володіння почне перебіг раніше позовного строку. Така ситуація може виникнути у випадку, коли власником майна є неповнолітня особа, та інших випадках, які визначені ст.261 ЦК.

Таким чином, законодавець, окрім випадку згідно з ч.3 ст.344 ЦК, не окреслює співвідношення початкового моменту перебігу строків позовної та набувальної давності. Дійсно, законодавцем встановлено суттєві інтервали між цими двома строками у випадку ч.1 ст.344 щодо набувальної давності та загального строку позовної давності: для рухомих речей – 2 роки (5-3) та нерухомих – 7 років (10-3). Але можливі й інші (наприклад, наведені вище випадки). Тобто внаслідок певних обставин можлива ситуація, коли ми матимемо конкуренцію набувальної та позовної давностей. Як у даному випадку діяти на практиці?

Вирішення даної проблеми можливе, на нашу думку, таким чином. По-перше, у зв'язку з нестабільністю дефініції початкового моменту спливу позовної давності через суб'єктивну його складову та чіткою визначеністю початкового моменту спливу набувальної давності необхідно погодитись з пропозицією Н.Шадріної [10, с.118-119] та М.Б.Калмирзаєва [11, с.20-22] – встановити у вимогах, що стосуються витребування майна, яке є об'єктом давнісного володіння, початковим моментом спливу позовної давності початковий момент перебігу набувальної давності. Таким чином буде прийнята така презумпція: доки не доведено інше, вважаємо, що власник довідався чи повинен був довідатися про порушення свого права з моменту добросовісного заволодіння його майном давнісним володільцем.

Запропоноване вирішення питання щодо початку перебігу позовної та набувальної давностей враховує основні принципи цивільного обороту – недопущення тривалої невизначеності

правовому положенні його учасників, а також виключення на достатньо довгий час з нього об'єктів цивільних прав.

Стосовно тривалості даних строків, то з урахуванням більшої розповсюдженості та правової природи позовної давності необхідно погодитись з більшістю дослідників щодо взяття за основу саме тривалості цього строку. До того ж в разі встановлення пріоритету віндикаційного позову над реституційним, на що мною окремо зверталась увага, достатньо взяти за тривалість строку набувальної давності строк загальної позовної давності. У випадку ж невзяття до уваги законодавцем питання пріоритету віндикаційного позову над реституційним, необхідно буде зупинитись на тривалості строку набувальної давності у 10 років як прийнятому максимальному строку позовної давності.

Хоча, з огляду на позицію В.В.Вороного, немає необхідності приймати додаткові заходи щодо забезпечення повернення майна власникові, оскільки навіть у разі набуття права власності давнісним володільцем первісний власник завжди має право на відшкодування шкоди [5]. Однак, на нашу думку, необхідно пристати до тієї точки зору, згідно з якою набувальна давність не повинна сплинути при жодних обставинах раніше позовної. Н. Шадріна вважає з цього приводу, що в разі виникнення таких ситуацій власник може вчинити евікцію свого майна за допомогою віндикаційного позову [10, с.119]. Однак дане твердження не може бути прийнятним, оскільки це суперечить положенням цивільного права стосовно віндикаційного позову.

Викладені положення щодо початкового моменту та тривалості спливу набувальної та позовної давності стосуються також і випадку, передбаченого ч.3 ст.344 ЦК. У частині земельних ділянок, щодо яких можливе застосування набувальної давності за ст.119 ЗК, у зв'язку з особливістю даного об'єкту суспільних відносин можливо було б все ж таки передбачити більш тривалий строк набувальної давності, однак не більше десяти років.

Для настання юридичних наслідків, пов'язаних з набувальною давністю, важливим є момент закінчення встановленого законом строку. До цього, скільки б часу не пройшло, правовий ефект не настає. При тому закон не надає значення фактам бездіяльності власника, тривалому нездійсненню ним свого права. Наслідки давнісного строку безпосередньо залежать від факту його закінчення. Час, що перевищує встановлений строк, у правовому плані вже не відіграє

ніякої ролі, бо із закінченням визначеного законом строку право власності вже виникло.

Щодо позовної давності, то матимемо подібні результати досліджень, однак з іншими наслідками з огляду на закінчення перебігу строку.

Не менш важливим за своєю суттю для обох видів давності є питання співвідношення правил перебігу цих строків, тобто їх зупинення та переривання.

У законодавчому закріпленні набувальної давності новим ЦК України відсутній елемент зупинення перебігу строку набувальної давності та відповідні посилання до аналогічних норм позовної давності. Однак пріоритет нормам набувальної давності при цьому не надається. Хоча розгляд питання захисту прав власника та давнісного володільця згідно з ч. 3 ст.344, глави 29 та ст.396 ЦК надає підстави вважати пріоритетною все ж таки позовну давність.

Питання про переривання перебігу строків позовної набувальної давностей у взаємозв'язку одне з одним не може бути розглянуте без законодавчого закріплення безперервності давнісного володіння, яким обумовлений перебіг строку набувальної давності. Адже у протилежному випадку це поняття не може бути однозначно застосоване. Тому позитивним є факт закріплення законодавцем у ст.344 ЦК норми щодо відсутності переривання давнісного володіння щодо майна, яке було втрачене давнісним володільцем не з його волі й повернене йому протягом одного року або щодо цього майна протягом зазначеного строку пред'явлено позов про витребування.

До речі, вказана норма щодо визначення поняття неперервності набувальної давності, на думку окремих цивілістів, повинна мати застосування тільки щодо строків набувальної давності, встановлених ч.3 ст.344 ЦК, тобто екстраординарних строків [12, с.764-765]. Тоді, якщо слідувати такій тлумачення розглянутої статті, матимемо можливість застосування правила щодо виникнення права власності за набувальною давністю на нерухоме майно, викладене у абз.3 ст.344 ЦК тільки у випадку загальних строків набувальної давності. Та й з'ясування сутності норм цивільного законодавства щодо інших інститутів при подібному підході дасть позитивних результатів.

Розглядаючи дане питання, Ю.К.Толстой пропонує визначити законодавчо пріоритет позовної давності й створити умови, коли б строк набувальної давності не міг закінчитися.

до закінчення позовної давності з урахуванням переривання та призупинення останньої. При цьому обговорюються можливості узгодження початку спливу та умови перебігу строків позовної та набувальної давностей. Окремі дослідники цієї проблеми пропонують закріпити однаковий порядок переривання та зупинення строків цих давностей. Однак якщо підійти до даного питання більш прискіпливо, то можуть виникнути випадки, коли окремі умови переривання та зупинення позовної давності порушать конструкцію набувальної давності. А саме: внаслідок подання позову до суду власником майна про витребування його з давнісного володіння за певних обставин останнє може втратити умову відкритості.

Взаємозв'язок норм про переривання розглянутих давностей може бути поданий відповідним чином. По-перше, незалежність переривання строків їх перебігу. У випадку, коли строки набувальної давності спливуть раніше позовних строків, В.В.Вороним пропонується встановити пріоритет набувальної давності [5, с.37]. По-друге, підстави для переривання позовної давності відповідно переривають перебіг строку набувальної давності. Такої точки зору дотримується Ю.К.Толстой [3, с.48-49], Т.Вахонєва [4, с.39].

Аналізуючи положення ст.264 ЦК, яка встановлює підстави переривання позовної давності, та зазначені вище положення щодо можливості переривання набувальної давності, дійдемо такого висновку. Оскільки подана характеристика переривання строків набувальної давності стосується тільки фактичних підстав, а юридичні підстави такими для набувальної давності бути не можуть, то не можна зрівнювати за даних обставин умови переривання обох давностей.

Дослідження підстав зупинення позовної давності теж не налаштовує на підтримку позиції встановлення подібних правил і для набувальної давності, оскільки в більшості випадків узгодити ці питання неможливо.

Література: 1. Черепяхин Б.Б. Приобретение права собственности по давности владения // Советское государство и право. – 1940 – №4 – С.51-61. 2. Яворська О.С. Підстави виникнення права приватної власності громадян за цивільним законодавством України: Дис. на здобуття наук. ст. канд. юрид. наук. – Львів, 1997. – 212 с. 3. Толстой Ю.К. Соотношение исковой и приобретательной давности // Известия высших учебных заведений: Сер. Правоведение. – 1993 – №6 – С.45-49. 4. Вахонєва Т. Набувальна давність як правовий інститут цивільного права: історія та сучасність // Підприємництво, господарство і право. – 2004. – №6 – С.36-39. 5. Вороной В. Соотношение исковой и приобретательной давности // Российская юстиция. – 2002. – №11. – с.36-37. 6. Тлумачний словник з цивільного права / Академія правових наук України; Інститут приватного права і підприємництва / Під ред. Селіванова В.М. – К., 1998. – 225с. 7. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. – М.: Статут, 2001. – 411с. 8. Вахонєва Т. Деякі питання дії та застосування

позовної давності в Україні // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – №2 – с.80-83.
9. Скловский К. Отношение собственника с незаконным владельцем и приобретательная давность // Хозяйство и право. – 2001 – №5 – С.116-119. 10. Шадрина Н. Течение сроков приобретательной давности по гражданскому праву России // Хозяйство и право. – 2003. – №12. – С.116-122. 11. Калмырзаев М.Б. Приобретательная давность: Автореф. дисс... на соиск. ученой степени канд. юрид. наук. – Москва, 2005. – 23 с. 12. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: В 4 т. / А.Г.Ярема, В.Я. Карабань, В.В. Крищенко, В.Г. Ротань. – Т.1. – К.: АСК; Севастополь: Ін-т юрид. дослідж., 2004. – 928 с.

Шушка О.Р., викладач кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук

Осуществления субъективных гражданских прав и исполнения обязанностей в Интернете

1. Субъективные гражданские права и обязанности в Интернете имеют общую правовую природу этих отношений, что проявляются через способы осуществления права (исполнения обязанности). Под способами осуществления субъективных гражданских прав и исполнения субъективных обязанностей понимаются виды и разновидности возможного поведения управомоченных (обязанных) лиц. Понятие способа осуществления права (исполнения обязанности) связано с понятием субъективного права (субъективной обязанности). Субъективное право как мера возможного поведения является мерой тех способов, в которых данное поведение может находить свою реализацию. Аналогично и субъективная обязанность: мера должного поведения определяет совокупность способов, которыми обязанность может быть исполнена. Понятие способа осуществления права (исполнения обязанности) связано и с процессом осуществления права (исполнения обязанности), где он выступает в качестве разновидности тех реальных, конкретных действий, которые составляют процесс осуществления права (исполнения обязанности).

2. Субъекты Интернет отношений реализуют свою правоспособность, и субъективные права одним и тем же видами поведения – способом обмена электронными документами. Этот способ определяет специфику отношений по использованию сети Интернет в целом.

3. Сделки в Интернете могут совершаться как в устной так и в письменной форме. Совершение сделок в устной форме происходит путем обмена электронными документами

наприклад з допомогою звуку або відео, оскільки такою спосіб не може формувати письмової форми угоди. Якщо ж виконання угоди може бути підтверджено електронним документом, який може бути перетворено в документ на паперовому носії (друковано), то така угода виконана в письмової формі.

4. К угодам або діям, маючим юридичне значення, виконані за допомогою «програм-роботів», застосовуються норми, регулюючі виконання прав і зобов'язань особистими діями суб'єкта, що, викликає ряд проблем в тих випадках, коли в результаті збоїв в таких програмах (випадкових або викликаних діями третіх осіб) сталося спотворення волі їх власника (наприклад, в випадку укладення угоди за ціною, нижче запрограмованої).

5. При виконанні угоди або виконанні юридично значимих дій в мережі Інтернет, учасники цих відносин повинні бути ідентифіковані на протязі всього правовідносини. Ідентифікація особи може проходити як з допомогою визначення «нік» особи, який вступає в Інтернет відносини, так і будь-які дані які дані особисто самим суб'єктом (фамілія, ім'я, адреса і т.д.) або його визначає через IP, MAC-адреса комп'ютера і т.д.

Сніжов В.В., викладач кафедри цивільного права та процесу Херсонського інституту внутрішніх справ Харківського національного університету внутрішніх справ

Особливості повідомлення вкладника про зміну розмірів процентів по вкладам на вимогу за угодою банківського вкладу (депозиту)

Зміни в суспільно-економічному житті держави йдуть у напрямку створення правового суспільства, що будується на засадах свободи та справедливості. На сучасному етапі вдосконалення цивільного кодексу, зміст угоди банківського вкладу (депозиту) змінюється під впливом новітніх фінансових технологій. Особливо зараз у період стабільності економіки, вкладники активно почали вносити грошові суми в банки на депозит. У зв'язку з цим надзвичайно важливо на законодавчому рівні закріпити, належний спосіб розповсю-

дження інформації про зміну банком розміру процентів по вкладам на вимогу.

До проблемних питань перш за все слід віднести власне, яким способом вкладник буде повідомлений банком про зміну процентної ставки за вкладом (депозиту). Тому, що це уточнення є одне з вихідних питань, з якої починається правова регламентація правовідносин сторін. У даному питанні потребують уточнення, спосіб повідомлення вкладника про зміну процентів по вкладам на вимогу.

Аналізуючи норми законодавства зокрема припис що міститься в п.1 ч.2 ст.1061 ЦК України є на наш погляд є проблемним тому, що банк згідно цієї норми має право в односторонньому порядку змінити розмір процентів, які виплачуються по вкладам на вимогу. З цього випливає, що банк може, не погоджувати ці дії з вкладником, і як збільшити так і зменшити розмір процентів, які виплачуються по вкладам на вимогу. Приймавши рішення про підвищення процентної ставки, банк зобов'язаний повідомляти про це вкладника. При цьому треба зазначити, що банк самостійно визначає порядок встановлення такого підвищення.

Надаючи банкам право змінювати відсоткову ставку за вкладами (депозитами), закон встановлює і винятки з цього правила. Так, закон визначає, що встановлений договором розмір відсотків на строковий вклад або на вклад, внесений на умовах його повернення у разі настання визначених договором обставин, не може бути односторонньо зменшений банком, інше може бути встановлено лише законом (ст.1061 ЦК України).

Відмітимо, що анкетуванням нами банківських працівників м. Херсону свідчить, що збільшення процентів в останній час зустрічається дуже рідко, а зменшення їх зустрічається часто, як наслідок можна розцінювати останні дії обмеженням інтересів більш слабкої сторони договору банківського вкладу (депозиту), а саме вкладника. Тому з метою захисту їх прав законодавець закріпив в п.2 ч.2 ст.1061 ЦК України що в разі зменшення банком розміру процентів по вкладам на вимогу новий розмір процентів застосовується до вкладів внесених до повідомлення вкладників про зменшення процентів, зі спливом одного місяця з моменту відповідного повідомлення, якщо інше не встановлено договором.

Таким чином, передбачений місячний строк є розумним для того, щоб вкладник зорієнтувався з тим, чи продовжувати строк дії договору на менш вигідних умовах, чи розірвати

договір і забрати грошову суму (вкладу) з існуючими процентами. Але нам не зовсім зрозумілий диспозитивний характер, а саме п.2 ч.2 ст.1061 ЦК України, адже передбачена законом можливість змінити договором місячний термін про повідомлення банком вкладника про зменшення процентів, може призвести до того, що банк зловживаючи цією нормою може зазначити умови в тексті договору, що новий зменшений розмір процентів застосовується до вкладів на вимогу негайно після прийняття рішення про зменшення процентів. Так враховуючи, що договір банківського вкладу (депозиту), як правило являється договором приєднання, тоді вкладник вимушений буде погодитись з зазначеними умовами, і буде знову відбуватися обмеження інтересів слабкої сторони – вкладника. Інакше банк свій тягар і ризик переносить на вкладника.

Таким чином, цивільне законодавство хоч і має диспозитивний характер, але все ж таки містить значну кількість імперативних норм. Тому норма в якій зазначено строк повідомлення з якого повинен застосовуватись новий розмір процентів повинна носити імперативний характер і не за яких умов не повинна змінюватись за погодженням сторін.

Виходячи із змісту п.2 ч.2 ст.1062 ЦК України банк повинен інформувати вкладника про зменшення розміру процентів по вкладам на вимогу. При цьому саме яким чином буде проінформований вкладник законодавець не встановив. Але, як свідчить практика з власного, анкетного дослідження про зниження розміру процентів банк повідомляє вкладника в самій банківській установі, шляхом розклеювання об'яв, або відправлення повідомлення поштою за місцем приписки. Проблема в тім, що вкладники не входять в банк кожен день та, часто не проживають за місцем приписки, тому можуть не довідатись та не зреагувати про зменшення процентів по вкладам на вимогу. Стосовно сімейного вкладу слід зазначити, що презумпція вкладу що внесений подружжям належить тому, на чие ім'я він вніс, якщо інший не докаже право на нього. Але на практиці також існує така суттєва проблема, коли одне з подружжя, які мають право на конфіденційну інформацію, вкладає грошові кошти за договором банківського вкладу (депозиту) в банк без відома дружини чи чоловіка, а банк в свою чергу повідомляє письмово за місцем приписки або за місцем проживання про зміну розміру процентів на банківський вклад, та про це дізнається один із подружжя, як наслідок негаразди в сім'ї – що дуже часто при-

зводить до розлучення подружжя. Як наслідок пропонуємо в законодавство внести зміни і закріпити обов'язок банку сповіщати вкладників про зменшення розміру процентів через засоби масової інформації. Презумпція вкладу що внесений подружжям належить тому, на чие ім'я він внесений, якщо інший не докаже право на нього.

Враховуючи вище зазначене в п.2 ч.2 ст.1061 ЦК України пропонуємо викласти в такій редакції: «У разі зменшення банком розміру процентів по вкладам на вимогу новий розмір процентів застосовується до вкладів, внесених до повідомлення вкладників про зменшення процентів, по закінченню одного місяця з моменту відповідного повідомлення в засобах масової інформації».

Нагорна А.О., викладач кафедри цивільного права та процесу Херсонського інституту внутрішніх справ Харківського національного університету внутрішніх справ

Значення суб'єктів передбачених ст. 1252 ЦК України при посвідченні заповітів

В цивілістичній думці достатньо давно ведеться дискусія щодо посвідчення заповітів посадовими особами. За думкою Ю.Заїки, з якою ми погоджуємось: «Найбільший інтерес становлять положення щодо спадкування за заповітом. Поряд із нотаріально посвідченими заповітами, збережена також юридична сила заповітів, які посвідченні капітанами суден, головними лікарями, командирами військових частин, начальниками експедицій і виправно-трудових установ. Право посвідчувати заповіти надано і начальникам слідчих ізоляторів»[2;43].

Ст. 1252 ЦК України передбачає наступну класифікацію заповітів, які прирівнюються до нотаріально посвідчених:

1. Заповіт особи, яка перебуває на лікуванні у лікарні, госпіталі, іншому стаціонарному закладі охорони здоров'я, а також особи, яка проживає в будинку для осіб похилого віку та інвалідів, може бути посвідчений головним лікарем, його заступником з медичної частини або черговим лікарем цієї лікарні, госпіталю, іншого стаціонарного закладу охорони здоров'я, а також начальником госпіталю, директором або головним лікарем будинку для осіб похилого віку та інвалідів.

2. Заповіт особи, яка перебуває під час плавання на морському, річковому судні, що ходить під прапором України, може бути посвідчений капітаном цього судна.

3. Заповіт особи, яка перебуває у пошуковій або іншій експедиції, може бути посвідчений начальником цієї експедиції.

4. Заповіт військовослужбовця, а в пунктах дислокації військових частин, з'єднань, установ, військово-навчальних закладів, де немає нотаріуса чи органу, що вчиняє нотаріальні дії, а також заповіт робітника, службовця, члена їхніх сімей і члена сім'ї військовослужбовця може бути посвідчений командиром (начальником) цих частини, з'єднання, установи або закладу.

5. Заповіт особи, яка відбуває покарання у виді позбавлення волі, може бути посвідчений начальником місця позбавлення волі.

6. Заповіт особи, яка тримається під вартою, може бути посвідчений начальником слідчого ізолятора.

Говорячи про заповіти, що прирівнюються за процедурою їх посвідчення до нотаріально посвідчених, слід зауважити, що ці випадки треба розцінювати як виняток із правила, а не саме правило. Тобто, розглядаючи умови, в яких знаходиться заповідач на момент посвідчення заповіту, законодавець виходив із гуманного принципу – забезпечити таким особам право на викладення своєї останньої волі щодо набутого за час життя майна або прав у будь-яких умовах.

Варто погодитися з думкою відомих юристів-цивілістів С.Я. Фурси та Є.І. Фурси, що юридичні знання більшості зазначених у ст. 1252 ЦК України осіб, які мають право за певних обставин посвідчити заповіт, важко назвати глибокими. При цьому процесуальний порядок «набрання законної сили заповітом», посвідченим такими особами, також відрізняється від нотаріально посвідченого. [3; 35]. До переваг нотаріальної форми заповіту належать: гарантії закріплення справжньої волі заповідача і таємниці заповіту до смерті заповідача, усунення можливості стороннього впливу на заповідача, можливість скласти заповіт юридично грамотно та відповідно до вимог закону, що в майбутньому забезпечує виконання останньої волі заповідача в межах, визначених законом тощо.

Однак ми повинні пам'ятати, що існують екстрені випадки, коли з суб'єктивних причин особи не мають змоги звернутися до нотаріальних контор. Інколи громадяни України знаходяться в таких місцях, коли посадові особи нотаріату не в змозі забезпечити можливість громадян реалізувати своє право.

Вище зазначені посадові особи зобов'язані приділяти належну увагу викладенню волевиявлення заповідача так, щоб заповіт не містив висловів, у яких були би протиріччя. Тому, складаючи документ, необхідно завжди пам'ятати, що жодної неточності він містити не може, бо це потягне за собою різночитання, ускладнивши чи унеможлививши виконання його положень. Заповіт реалізується лише після смерті заповідача, тоді, коли уточнити чи з'ясувати в нього певні положення вже неможливо. Заповіт повинен містити такі формулювання, щоб розпорядження заповідача не викликало непорозумінь чи суперечок після відкриття спадщини.

Надане посадовим особам право посвідчувати заповіти обумовлено тим, що за певних обставин, коли немає нотаріуса, може виникнути нагальна необхідність вчинити ці дії.

Перелік посадових осіб, які мають право посвідчувати заповіт вичерпний і широкому таумаченню не підлягає.

Посвідчення заповітів посадовими особами регулюється як загальними так і спеціальними нормативними актами. Дійсно нормативна база різноманітна, однак не існує жодної внутрішньої інструкції які б детально регулювали порядок посвідчення заповітів лікарями, капітанами суден, працівниками ОВС, тобто всіма тими особами, які зазначені в ст. 1252 ЦК України. Мабуть загальних нормативних актів не достатньо для того, щоб повно та всебічно регулювати процедуру посвідчення заповіту саме цими посадовими особами, охопити всі проблеми які виникають на практиці при посвідченні заповітів саме таких осіб, які опинилися у таких обставинах коли нотаріуса викликати не можливо.

На нашу думку, чинне законодавство не повністю відтворило порядок та спосіб посвідчення заповітів посадовими особами.

Необхідність існування такого виду заповіту в першу чергу ґрунтується на фактичних життєвих обставинах, які суттєво ускладнюють або взагалі унеможливають укладення та посвідчення заповіту в традиційний спосіб. На практиці існують випадки коли нотаріуси можуть не встигнути прибути на прохання хворого у зв'язку з загрозою смерті останнього, неможливість нотаря прибути у лікувальний заклад через ризик зараження хворобою. Згідно КПК України основними вимогами режиму в місцях попереднього ув'язнення є ізоляція осіб, взятих під варту, тобто особа на термін до трьох місяців, а у виключних випадках до півтора року позбавлена можливості залишити заповіт, оскільки нотаріус не є

суб'єктом попереднього слідства. Нотаріус може побачити затриманого – якщо він його близький родич, але ж у цьому випадку він не має права посвідчувати заповіт.

Правовідносини з посвідчення заповіту посадовими особами характеризуються складним юридичним складом. Елементами цього складу є суб'єкти (хворі та лікарі, начальник місць позбавлення волі та засуджені, капітан та екіпаж судна тощо), попередні відносини між якими виникли переважно не з цивільного, а адміністративного права. Об'єктом цих правовідносин є захист та можливість здійснення суб'єктивного права щодо складання та посвідчення заповітів осіб яким ускладнено або неможливо у зв'язку з екстремною ситуацією (знаходження у лікарні, на кораблі, у військовій частині) звернутись до нотаріусу. Змістом цих правовідносин є гарантована можливість заповідача звернутися до адміністрації установи яка посвідчує заповіт з приводу складання та посвідчення заповіту.

Список використаної літератури: Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. Абрагімової В.О., Василенка А.І. – К.: Істина. – 928 с., Заїка Ю. «Посвідчення «Секретного заповіту»// Підприємництво, господарство і право/№1, 2002, С. 44. Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд: Наук. – практ. посіб. за заг. ред. С.Я.Фурси.-К.:Видавець Фурса С.Я.:КНТ, 2007. - 1345 с.

Фучеджі В.Д., доцент кафедри цивільного права та процесу Одеського державного університету внутрішніх справ, канд. юрид. наук

Особливості ієрархічної структури релігійних організацій

Треба зазначити, що структурна схема побудови релігійних організацій як прямо так і опосередковано пов'язана з конструкцією юридичної особи. Адже на рівні загальної конструкції юридичної особи власне виділяється два компоненти її структури: суб'єктний і майновий [4, с. 95]. Тому не дарма підкреслюється саме така логічно-структурна схема побудови такої ознаки юридичної особи, як організаційна єдність [1, с. 6]. Перший виділяється на рівні засновників, щодо встановлення їх загального правового становища, а другий – стосовно органів управління юридичною особою.

У церковному праві виходять із того, що церква є «Богом установленим обществом человеков, соединенных между

собой Православною верою, законом Божиим, священноначалием и Таинствами» [5, с. 50]. Вона включає в себе кліриків та мирян. Клірики поділені на три ступені ієрархічного служіння: єпископську, пресвітерську та дияконську. Єпископи є наступниками апостолів як архіпастирі та первосвященники, так і як вищі учителі своїх церков. Пресвітери на основі отриманих від єпископів повноважень учиняють всі священнодійства, крім хіротонії, хіротесії, освячення антимінса та освячення миру. Диякони допомагають єпископу та пресвітеру у відправленні богослужінь, беруть участь у вчиненні священнодійств в олтарі [3, с. 185]. Тож церква визначально має свою священну ієрархію, яка буде до кінця віку.

Перші дві ступені ієрархічного служіння одночасно визначають і види релігійних організацій, що очолюються в духовному плані зазначеними кліриками. Так, протоієрей Владислав Ципін вказує, що: «Возглавляя церковные общины, епископы находятся в постоянном каноническом общении между собой, осуществляя тем самым, общение между Поместными Церквами, хранящими единство православной веры и жизни по вере». Вважається, що главою церкви є Ісус Христос, і церква не має влади, здійснюваної людською інстанцією. Проте носієм такої влади є вселенський єпископат – наступник апостольського сонму [3, с. 263]. У церкві запроваджена територіальна церковна юрисдикція як принцип, відповідно до якого церква складається з окремих помісних церков, помісні церкви включають у себе єпископії (єпархії), а єпархії – парафії. Існують й інші принципи адміністративно-територіального поділу церкви: самоуправні церкви, екзархати, митрополічі округи. Структура церкви протягом тривалого часу є незмінною [3, с. 263].

Статтею 7 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» встановлено, що релігійні організації в Україні утворюються з метою задоволення релігійних потреб громадян сповідувати і поширювати віру і діють відповідно до своєї ієрархічної та інституційної структури, обирають, призначають і замінюють персонал згідно зі своїми статутами (положеннями) [2]. Тож для більшості релігійних організацій притаманні внутрішні підрозділи та органи управління ними. У той же час єдиної структурної схеми побудови цих організацій немає, а їх інституційна структура визначається відповідно до внутрішніх настанов релігійного культу, про що йшлося вище.

Організаційна структура юридичної особи зумовлена тим, які її складові будуть визначені як конститутивні: надані зако-

подавцем, у межах організаційно-правової форми існування юридичної особи, забезпечені правом можливості побудови внутрішніх правових зв'язків між її елементами як складовими організаційної структури; реалізована волевиявленням учасників дійсна єдність всіх елементів внутрішньої конструкції, визначення їх місця і ролі з метою забезпечення єдності і можливості реалізації якостей суб'єкта цивільних відносин; вираження внутрішньої єдності зовні через закріплення в засновницьких документах; визнання дійсної внутрішньої єдності державою шляхом реєстрації юридичної особи. Це стосується і релігійних організацій, але з певною поправкою на усталеності канонічного права та правове становище релігійних центрів.

Організаційна єдність проявляється через юридично значущі зв'язки, що забезпечують єдність складових конструкції юридичної особи. Тож доцільно природу релігійних організацій визначати саме з цих позицій. Внутрішні зв'язки засновників релігійної організації проявляються тоді, коли вони включені в структуру органів управління і мають змогу впливати на формування волевиявлення релігійної організації та вираження її зовні. Отже, у структурі релігійних організацій значимими є зв'язки всередині неї та прояв її як учасника цивільних правовідносин зовні.

Формування волевиявлень релігійних організацій залежить від її засновників, здебільшого тих, що входять до найвищого органу управління; взаємовідносини органів ієрархічної структури і зокрема характер впливу вищої по ієрархічній і інституційній структурі релігійної організації на нижчу; вплив органів державного контролю за діяльністю релігійної організації; вплив громадської думки і зокрема парафіян.

Приймаючи до уваги всі вищезазначені аспекти можна зробити висновок про те, що особливе становище релігійних організацій серед інших юридичних осіб полягає в тому, що канонічні зв'язки тісно переплітаються з юридичними і мають істотний взаємний вплив. Тим більше, що стабільність релігійної структури, так вже склалося історично, не може бути розмита правом світським.

Література: Грешников И.П. Субъекты гражданского права: юридическое лицо в праве законодательстве. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс». – 2002. – 331 с. Про свободу совісті та релігійні організації. Закон України від 23.04. 1991 р. № 987-XII (із змінами і доповненнями) // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 25. – Ст. 283. Протоиерей Владислав Цыпин Курс церковного права: Учебное пособие. Изд-во Фонда. «Христианская жизнь»Клин. – 2002. – 703 с. Цивільне право України: Курс лекцій. У 6-ти томах. Т.1. Кн.2 // За ред. Р.Б.Шишки та В.А.Кройтора. –Х.: Еспада. –2004. –392 с. Филарет, митрополит. Пространный христианский катехизис. Варшава. –1931.

Обов'язки управителя за договором про надання послуг з управління багатоквартирним будинком

Сторонами договору про надання послуг з управління багатоквартирним будинком є споживач (власник) та управитель. Це можуть бути як юридичні, так і фізичні особи.

За загальним правилом згідно Закону України «Про житлово-комунальні послуги» окрім основних учасників відносин у сфері надання житлово-комунальних послуг особливими учасниками є балансоутримувач та управитель, які залежно від цивільно-правових правочинів можуть бути замовником, виробником та виконавцем.

Так згідно зі ст. 1 вищевказаного Закону управителем є особа, яка за договором з власником чи балансоутримувачем здійснює управління будинком, спорудою, житловим комплексом або комплексом будинків і споруд і забезпечує його належну експлуатацію відповідно до закону та умов договору [1]. Закон України «Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку» також дає поняття управителя, під яким слід розуміти юридичну особу, яка здійснює управління неподільним та загальним майном житлового комплексу за дорученням власника (власників) майна і забезпечує його належну експлуатацію [2]. Таким чином, можна зробити висновок, що обидва поняття управителя, які зазначені у вказаних Законах є взаємодоповнюючими.

Оскільки договір про надання послуг з управління багатоквартирним будинком є двосторонньо зобов'язуючим, відповідно, права та обов'язки покладено на обидві сторони зобов'язання, що виникло з цього договору. На наш погляд, права та обов'язки сторін, а саме управителя, за зазначеним договором можна класифікувати як основні та другорядні, ініціативні та обов'язкові. Серед усієї сукупності основні займають центральне місце. Вважаємо за необхідне, в даній роботі зосередити увагу на основних обов'язках управителя за договором про надання послуг з управління багатоквартирним будинком.

Основні обов'язки управителя можна назвати першочерговими. Саме в них зосереджені зобов'язання, які покладені на управителя та спрямовані на досягнення правового результату.

Виходячи із змісту договору про надання послуг з управління багатоквартирним будинком, можна стверджувати, що основним обов'язком управителя за договором про надання послуг з управління багатоквартирним будинком є надання замовнику послуги з управління, обумовленої зазначеним договором. Як було зазначено нами вище, під обов'язком управителя надати послугу з управління багатоквартирним будинком слід розуміти забезпечення експлуатації багатоквартирного будинку, розташованого на прибудинковій території, згідно з умовами укладеного договору, стандартами, нормативами, нормами і правилами.

Попередній проаналізований нами обов'язок управителя є передумовою для виникнення його наступного основного обов'язку, який полягає, по-перше, у здійсненні огляду основних конструктивних елементів, огорожуючих конструкцій багатоквартирного будинку, його інженерних мереж, об'єктів благоустрою, розташованих на прибудинкових територіях. По-друге, він полягає у забезпеченні управителем здійснення профілактичних, поточних, капітальних та аварійних ремонтів відповідно до встановлених стандартами, нормативами, нормами і правилами вимог щодо строків та регламентів.

До основних або першочергових обов'язків управителя також можна віднести дії щодо контролю стану забезпечення споживачів житлово-комунальними послугами, проведення перерахунків розміру плати за житлово-комунальні послуги в разі їх ненадання або надання не в повному обсязі, зниження їх якості. Із змісту цього обов'язку випливає, що управитель за умовами договору про надання послуг з управління багатоквартирним будинком зобов'язаний не тільки забезпечувати експлуатацію будинку, але й здійснювати контроль за тим як надаються певні види житлово-комунальних послуг власникам. Наслідком надання зазначених послуг неналежної якості є перерахування грошових коштів, які були виплачені власниками багатоквартирного будинку. У випадку, коли очевидним є факт неналежного надання житлово-комунальних послуг, власник має право вимагати від управителя перерахування розміру плати за ці послуги. Отже, обов'язок управителя контролювати якісне надання житлово-комунальних послуг породжує право вимоги у власників квартир, які є замовниками послуги з управління.

Таким чином, можна зробити висновок про те, що обов'язки управителя відповідають змісту послуги з управління багатоквартирним будинком. Відповідно, дії, які вико-

нує управитель за договором поділяються на обов'язкові та необов'язкові. Слід також відзначити, що ці дії управителя зобов'язаний здійснювати від імені власників.

Література: 1. Про житлово-комунальні послуги: Закон України від 24 червня 2004 р. // Голос України. – 2004. – № 140. 2. Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку: Закон України від 29 листопада 2001 року // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 10. – Ст. 78.

Прокопенко В.Ю., доцент кафедри фінансів і кредиту Харківський національний університет внутрішніх справ, кандидат економічних наук

Зосередження обігу цінних паперів на фондових біржах

Ринок цінних паперів показує позитивну динаміку зростання фондових індексів ділової активності, зацікавлення інвесторів у вкладанні коштів в цінні папери. Створена відповідна інфраструктура ринку з торговельними майданчиками (біржами), проте, обсяг торгів на організаторах торгів залишається досить малим.

Ринок цінних паперів України як сегмент фінансового ринку, має стати потужним механізмом мобілізації, розподілу та перерозподілу фінансових ресурсів, які потрібні для динамічного розвитку економіки що сприятимуть акумулюванню інвестиційних капіталів у виробничій та соціальній сферах.

Зосередження обігу цінних паперів на організаторах торгівлі має суттєве значення для функціонування фондового ринку, зокрема, для підвищення його відкритості, прозорості, ліквідності, інвестиційної ефективності, збільшенню кількості укладених угод, визначенню справедливої ціни на цінні папери, що, в свою чергу, призведе до збільшення податкових надходжень до Державного бюджету.

В першому кварталі 2008 року Державною комісією цінних паперів та фондового ринку розроблений проект Закону України «Про внесення змін до Декрету Кабінету Міністрів України «Про державне мито» (щодо операцій з цінними паперами), з метою виконання пункту 25 плану заходів з реалізації Основних напрямів розвитку фондового ринку України на 2006 – 2010 роки, затвердженого розпорядженням Кабінету Міністрів України від 07.03.2006р. №131-р.

Розроблення проекту Закону України «Про внесення змін до Декрету Кабінету Міністрів України «Про державне мито» (щодо операцій з цінними паперами) обумовлено необхідністю приведення норм Декрету Кабінету Міністрів України «Про державне мито» у відповідність до Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок», а також необхідністю стимулювання укладення договорів купівлі-продажу цінних паперів на фондових біржах.

Законопроектом пропонується запровадити справляння державного мита за перереєстрацію прав власності на емісійні цінні папери, що здійснюється за результатами виконання договорів купівлі-продажу цінних паперів, укладених поза межами фондових бірж – у розмірі 0,01% від вартості договорів, з метою стимулювання укладення договорів купівлі-продажу цінних паперів на фондових біржах.

Слід зазначити, що протягом всього періоду функціонування вітчизняного фондового ринку обсяги торгів на організованому ринку не перевищують 10% від загального обсягу торгів на фондовому ринку України, тобто значна частка (понад 90%) договорів з цінними паперами укладається поза межами організованого ринку.

Так, обсяг укладених договорів з цінними паперами на організованому ринку у 2006 році становив 29,05 млрд.грн., що складає 5,9% від загального обсягу виконаних торговцями договорів, який у 2006 році становив 492,78 млрд.грн. Протягом 2007 року обсяг торгів цінними паперами на організованому ринку становив 36,9 млрд.грн., у порівнянні з 2006 роком цей показник збільшився на 7,85 млрд. гривень.

Мала частка організованого ринку цінних паперів деформує механізми ціноутворення при здійсненні операцій купівлі – продажу цінних паперів.

На нашу думку, мала частка організованого ринку цінних паперів деформує механізми ціноутворення при здійсненні операцій купівлі-продажу цінних паперів. Тому намагання Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку заохотити учасників фондового ринку укладати договори купівлі-продажу цінних паперів на організованому ринку є цілком слушним. По-перше, зазначену норму пропонується не застосовувати до тих видів цінних паперів, які відповідно до законодавства не можуть перебувати в обігу на фондових біржах, а також до договорів купівлі-продажу пакетів акцій, що становлять частку більшу ніж 20 відсотків статутного капіталу акціонерного товариства. Це зумовлено, на думку Державної комісії

з цінних паперів та фондового ринку тим, що пропозиція продажу на фондовій біржі великого пакету акцій може призвести до значного коливання цін на такі цінні папери. По-друге, встановлення ставки державного мита (яке до речі носить фіскальний характер) за операції з цінними паперами, що здійснюються поза межами фондових бірж, є дискримінаційною по відношенню до інших операцій, оскільки державне мито справляється за факт вчинення дій та не залежить від місця такого вчинення. По-третє, встановлення ставки державного мита за операції з цінними паперами, що здійснюються поза межами фондових бірж на рівні 0,01 відсотка від вартості договорів, не відповідає задекларованій Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку меті, оскільки низький відсоток не являтиметься для сторін значним тягарем. Наприклад, у разі укладення поза біржею договору на суму 1 млн. грн. державне складе 100 гривень. Така незначна ставка державного мита навіть при значних обсягах торгів буде ігноруватися сторонами угоди.

Таким чином, є необхідність доповнити українське законодавство нормами, які б сприяли зосередженню обігу цінних паперів на фондових біржах.

Прийняття цього законопроекту має сприяти:

- врегулюванню розбіжностей норм Декрету Кабінету Міністрів України «Про державне мито» та Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок»;

стимулюванню укладення договорів купівлі – продажу цінних паперів на фондових біржах;

прозорості ціноутворення при здійсненні операцій купівлі – продажу цінних паперів;

підвищення питомої ваги обсягу торгів на організованому ринку у загальному обсязі торгів цінними паперами.

*Аврамова О.Є., доцент кафедри права
Національного технічного університету
«Харківський політехнічний інститут»*

Право інвалідів на житло

Сьогодні проблема прав інвалідів розглядається на міжнародному, національному й регіональному рівні. Це пояснюється тим, що кількість інвалідів не зменшується. В Україні зберігається тенденція до зростання кількості людей з інвалідністю: у 2006 році ця цифра становила близько 2,5 млн. осіб у тім числі

122, 6 тис. дітей-інвалідів. Частка осіб цієї категорії становить у загальній структурі населення близько 5 %. [1].

Світова практика навколо прав інвалідів базується на тому, щоб надати їм можливість придбати як можна більшу самостійність без дискримінації за соціальним походженням, матеріальним станом та іншими факторами. У таких осіб, в залежності від причин інвалідності (обмежені фізичні можливості, психічна хвороба) виникають проблеми з реалізацією своїх прав, зокрема права на житло. Для врегулювання цього питання на державному рівні приймаються програми, розробляються стандарти. Наприклад в розпорядженні Кабінету міністрів України від 31.12.2004 р. № 994-р «Про схвалення Концепції Державної комплексної програми «Житло-інвалідам»» вказується, що проблема забезпечення інвалідів житлом потребує комплексного розв'язання, оскільки необхідно розробити механізми вирішення правових, економічних, технічних питань, яке забезпечить належний соціальний захист зазначеної категорії громадян.

В ст. 47 Конституції України проголошується право на житло, яке розповсюджується на усіх людей. Зміст права на житло включає юридичні можливості отримання і користування житлом, забезпечення здорової середовища проживання, можливість поліпшення житлових умов, недопустимість свавільного позбавлення житла. Слід звернути увагу, що право на житло включає і можливість проживати у здорових умовах. Але такі умов для здорової людини і інваліда зовсім різні. Наші «стандартні» житлові будинки (квартири) не пристосовані до проблем інвалідів з обмеженими фізичними можливостями, зокрема комунікаційні зв'язки у спорудах (входи у будинок, сходи, ліфти, коридори, балкони інше). Наприклад, ширина сходинок у житловому будинку, де проживає інвалід повинна бути для внутрішніх сходів і сходів під навісом не менше 300 мм, поруччя повинно бути круглого перерізу [2]. Відсутність зручностей для інвалідів у власному житлі повністю руйнує світовий принцип «право на життя без бар'єрів».

Проблеми навколо права на житло виникають і у інвалідів за психічною хворобою, в такому випадку на перший план виходять зовсім інші проблеми. Наприклад, взаємовідносини з сусідами, захист від шахрайства на ринку житла, пристосування житла за іншими вимогами (обладнання дверей, вікон особливими замками інше).

В житловому праві не звертається увага на особливості змісту права на житло та вимог до житла для інвалідів. До

змісту права на житло інвалідів, пропоную, відносити крім загальних юридичних можливостей, ще і спеціальні, які включають: отримання житла соціального забезпечення, зокрема житла у спеціалізованих будинках-інтернатах; отримання житла, пристосованого для потреб людей з обмеженими фізичними можливостями, психічними захворюваннями; можливість користування загальними комунікаційними зв'язками у спорудах, що пристосовані до проблем осіб з обмеженими фізичними можливостями; отримання захисту опіки з боку держави (встановлення контролю за житлом інвалідів, надання юридичних консультацій, отримання безкоштовного житла); встановлення на житло цін, доступних для інвалідів; можливість поліпшення житлових умов, які відповідають потребам інвалідів. Відсутність визнання таких можливостей призводить до фактичного обмеження права на житло інвалідів.

Встановлення контролю за житлом інвалідів з боку держави можливо в наступних напрямках: контроль за будівництвом житла (розробка проектів житлових будинків обов'язковим дотриманням вимог інвалідів); введення реконструкції певних елементів існуючих житлових будинків (реконструкція сходів, ліфтів); встановлення обов'язкового державного страхування житла інвалідів; введення добровільного реєстру житла інвалідів з метою встановлення контролю за експлуатацією і розпорядженням житла (відомості у реєстр можуть вноситися з ініціативи інваліда, його родичів, лікарів). Введення такого реєстру може забезпечити збереження житлового фонду, зупинити шахрайство навколо житла інвалідів, розв'язати проблеми сусідства (це питання особливо гостро постає при проживанні бік о бік з психічно хворою людиною).

Крім змісту права на житло інвалідів, окремо постає питання про вимоги до житла інвалідів. У загальному розумінні житло – це обране особою місце проживання особи, незалежно від його призначення та придатності. У розумінні житлового права житло – це об'єкт нерухомого майна, призначений для постійного проживання громадян, який відповідає архітектурним, планувальним, санітарним, і технічним вимогам, установленим державним будівельним нормам, інвентаризований, прийнятний до експлуатації, зареєстрований в установленому законом порядку. Житло-інвалідів – це об'єкт нерухомого майна, призначений для постійного або тимчасового проживання інвалідів, які потребують соціального захисту, що пристосований

потреб, відповідає архітектурно-планувальним, санітарним, технічним вимогам, установленим державним будівельним нормам та надається державою, органами місцевого самоврядування безоплатно або за доступну для них плату.

Вищевказані пропозиції можуть бути закріплені у новому житловому законодавстві, в якому необхідно враховувати сучасні проблеми житлових потреб громадян, зокрема інвалідів. Тому пропоную внести окремий розділ у Проект Житлового кодексу України, присвячений праву на житло інвалідів. В цьому розділі необхідно чітко встановити вимоги до житла інвалідів, його різновиди, порядок надання цього житла, порядок поліпшення житлових умов інвалідів, позбавлення права на отримання, користування житлом інвалідів і поліпшення житлових умов, захист житлових прав інвалідів, контроль і опіка з боку держави за житлом інвалідів, житлові права членів сім'ї інваліда.

Список використаних джерел: Державна типова програма реабілітації інвалідів, затверджена постановою Кабінету Міністрів України від 08.12.2006 р. № 1686; Данчак І.О., Лінда С.М. Пристосування житлового середовища для потреб людей з обмеженими фізичними можливостями, Львів: «Львівська політехніка», 2002, С. 25.

Миценко І.В. – старший викладач кафедри права Національного технічного університету «Харківський політехнічний інститут»

Поняття обмежень права приватної власності

Формування України як правової держави обумовлює потребу в позитивному регулюванні певної міри зовнішньої свободи кожної особи. Задля цього необхідний правовий механізм, який би дозволяв узгодити здійснення учасниками правовідносин свої майнові права та зокрема право власності з правами та свободами інших осіб. Досягненню цієї мети сприятиме дослідження поняття обмежень права приватної власності, як цілісного правового механізму охорони прав та свобод особи та інтересів суспільства.

Актуальність дослідження цієї проблеми обумовлюється невизначеністю цієї правової категорії в науці та позитивному праві України. На сьогоднішній день, як відмічається в окремих дослідженнях, ні в правовій доктрині, ні у законодавстві не склалося усталеного підходу щодо цієї проблеми [1, с. 51]. Причиною такої невизначеності щодо цього є неодно-

значне тлумачення обмежень права власності різними вчє- ними та відсутність закріплення його єдиного визначення на рівні кодифікованого нормативного акту.

Для розуміння терміну «обмеження» в аспекті правового по- ля, в першу чергу, необхідно звернутися до етимологічного зна- чення цього слова. В тлумачних словниках під «обмеження» розуміється грань, межа, рубіж, утримання в певних рамка- правило, що обмежує певні права, дія; утиснення визначення умовами; лімітування сфери діяльності, звуження можливості тощо [2, с. 357]. Але філологічне тлумачення, що надане в сло- нниках, не може розкрити всього юридичного наповнення цього терміну, воно може бути лише фундаментом для подальшого формування цілісної ідеї обмежень права приватної власнос- ти. Для цього необхідно дослідити концепції обмежень права влас- ності, що були висунуті науковцями за різних часів. Це дос- лідження дозволить проаналізувати багатий теоретичний мате- ріал з проблем обмежень, надасть можливість врахувати цінні досвід багатьох вчених у дослідженні поняття та змісту об- межень права приватної власності.

Одна з перших теорій обмежень права приватної власнос- ті дореволюційної Росії базується на тому, що встановлені законом обмеження стискають повноту права власності. То- то, обмеження впливають на можливість власника здійсню- вати свої правомочності у встановлених законом межах. Одним із основоположників цієї ідеї був В. І. Курдиновський який вказував на обґрунтування можливості звуження права в обсязі відповідно передбаченим законом підставам [3, с. Науковець доводив, що зміст права власності не змінюється зі встановленням обмежень, натомість суб'єктивне право змінюється лише в обсязі. Уявляється, що в наведеному значенні цінним є те, що автор визначив, що лише закон може встановлювати обмеження права власності. Адже з'являючись однією із перших глобальних концептуальних роз- бок обмежень права власності, ця праця заклала основу роз- уміння їх сутності та місця в системі цивільного права.

Розвиток вчення про обмеження знайшов своє втілення в роботах сучасних дослідників. В. П. Камишанський вказує, що обмеження – це характеристика, іманентно властива праву власності. Вони не можуть виходити за його межу. З ліквідацією обмежень права власності свобода власника відновлюється в первинному вигляді без допоміжних правовстановлюючих актів [4, с. 29]. Таке поняття безумовно розкриває основні концептуальні ідеї обмежень права власності, встановлюючи,

обмеження завжди спрямовані на звуження можливостей власника щодо реалізації його майнових прав.

І. П. Кулікова наголошує, що обмеження права власності не входять до змісту цього права, а виступають не елементом права власності в об'єктивному розумінні, а елементом суб'єктивного права власності конкретного суб'єкта [5, с. 10]. Це поняття є дуже загальним, що не дозволяє його відокремити від інших правообмежувальних механізмів. Автор визначає, що обмеження можуть встановлюватися законом, а самообмеження є проявом права користування та розпорядження майном [5, с. 10]. Дійсно, такий висновок можливий виходячи зі ст. 422 Цивільного кодексу РФ, де проголошується, що договір повинен відповідати обов'язковим для сторін правилам, установленим законом та іншими правовими актами, що діють у момент його укладання. Інший підхід передбачений ч. 3 ст. 6 ЦК України: сторони в договорі можуть відступати від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд. Окрім того, в ч. 2 ст. 11 ЦК України зазначається, що підставою виникнення цивільних прав та обов'язків, зокрема, є договори та інші правочини. У зв'язку з цим ми не можемо безапеляційно стверджувати, що лише закон може виступати підставою виникнення обмежень права приватної власності.

А. А. Соколова у своїй праці, присвяченій обмеженням права муніципальної власності, визнала, що обмеження права муніципальної власності представляють із себе передбачені законом правила, що примушують муніципальні утворення утримуватися від певних дій, механізми, що встановлюють перепони для незаконних дій невластників по відношенню до муніципального майна в цілях захисту прав та інтересів населення [6, с. 9]. Аналізуючи наведене поняття, слід зазначити, що автор об'єднала позитивний та негативний бік дії обмежень. З однієї сторони власник зобов'язується утримуватися від певних дій, а з іншої – обмеження є тим механізмом, який встановлює перепони порушення прав та інтересів власника.

Зважаючи на ряд наведених поглядів щодо обмежень права власності, вважаємо можливим застосувати окремі їх ознаки у розроблені авторського поняття обмежень права приватної власності. На нашу думку, обмеження права приватної власності необхідно розглядати з урахуванням таких аспектів.

Правомірність обмеження права приватної власності обумовлюється охороною суспільних інтересів, гарантуванням конституційного права кожному громадянину користуватися

природними об'єктами права власності народу відповідно до закону. Це є проявом юридичної симетрії.

Інший аспект обумовлюється можливістю обмеження діяльності власника у визначених законом випадках. В ч. 7 ст. 319 ЦК України зазначається, що діяльність власника може бути обмежена чи припинена або власника може бути зобов'язано допустити до користування його майном інших осіб лише у випадках і в порядку, встановлених законом. Скажімо розпорядження нерухомим майном, що перебуває у спільній власності можливе лише за умови надання письмової та нотаріально посвідченої згоди співвласників на вчинення такого правочину. В зазначеному випадку критеріями обмеження будуть інтереси контрагентів, охорона їх майнових прав.

Отже, проведені дослідження дозволяє запропонувати поняття цієї правової категорії. Під обмеженнями права приватної власності слід розуміти сукупність засобів правового регулювання, що встановлюють межі дозволеної поведінки власника з метою охорони суспільних інтересів, прав та свобод суб'єктів правовідносин, через закріплені механізми правозастосування.

Література: 1. Кудрявцева Е.Н. Ограничение права собственности на жилые помещения. Диссертация кандидата юридических наук: 12.00.03.- Волгоградская академия МВД России. – Волгоград – 2001. С.51. 2. Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка.- М., 1979. Т.2. С.380; Словарь синонимов русского языка., 1986.С.305; Ожегов С.И. Словарь русского языка.- М., 1988. С.357. 3. Курдиновский В.И. К учению о легальных ограничениях права собственности на недвижимость в России. – Одесса: «Экономическая» типография, Почтовая, № 43, 1899. – 392с., С.7. 4. Камышанский В.П. Ограничения в праве собственности (гражданско-правовой анализ). – Автореферат дис. доктора юридических наук:12.00.03. – университет МВД России. – Санкт-Петербург, 2000. С.29. 5. Куликов, И. П.Право собственности вопросы соотношения неприкосновенности и ограничений [Электронный ресурс] Дис. канд. юрид. наук 12.00.03.-М.: РГБ, 2003 (Из фондов Российской Государственной библиотеки). 6. Соколова А.А.Право муниципальной собственности и его ограничения [Электронный ресурс] Дис. канд. юрид. наук: 12.00.03.- М.: РГБ, 2003 (Из фондов Российской Государственной библиотеки).

Церковна О.В. викладач кафедри цивільного права та процесу Одеського державного університету внутрішніх справ

Цивільно-правова відповідальність за порушення зобов'язання

Слід зазначити, що сутність відносин, які виникають внаслідок заподіяння шкоди, полягає у відшкодуванні шкоди, завданої потерпілому, за рахунок того, хто заподіяв шкоду. Зазначений обов'язок має майновий характер і полягає у відшкодуван

ні завданої шкоди в натурі або в еквівалентному відшкодуванні збитків у повному обсязі. Стягнуте з заподіювача майно (в натурі або у вигляді грошових коштів) передається потерпілому. Таким чином поновлюється його порушена майнова сфера, а відтак усуваються наслідки правопорушення.

В результаті цього відносини, які виникають внаслідок завдання шкоди, займають у цивільному праві специфічне місце, оскільки містять елементи і компенсаційних, і штрафних відносин, а отже мають певні ознаки цивільно-правової відповідальності. З цими особливостями зазначених відносин пов'язана та обставина, що обов'язок відшкодувати протиправно заподіяну шкоду, як правило, кваліфікується в літературі, як вид цивільно-правової відповідальності [1; С.194].

Цивільно-правова відповідальність була предметом дослідження таких вчених, як С.С. Алексєєв, В.М. Горшенєва, М.І. Козюбра, О.Е. Лейст та ін.

Зокрема, питання відповідальності аналізувались під різними кутами зору: досліджувались санкції окремих видів зобов'язань, форми і способи захисту порушених прав, підстави звільнення від відповідальності тощо. В результаті наукових розвідок у цивілістичній науці сформувалась думка про те, що цивільно-правова відповідальність є певним засобом державного примусу, що застосовується до винної у вчиненні правопорушення особи [2; С.117]. Не можна у цьому контексті не згадати про існування точки зору, згідно якій особливістю цивільно-правової відповідальності є те, що вона може бути реалізована й без застосування заходів примусу, шляхом добровільного виконання порушником свого обов'язку з відшкодування шкоди.

Однак, необхідно зазначити, що цивільно-правова відповідальність є обов'язком особи нести передбачені нормами права негативні наслідки за здійснення правопорушення, котрий має примусовий характер незалежно від того, виконується він добровільно чи у судовому порядку.

Для цивільно-правової відповідальності властивим є те, що це, в першу чергу, відповідальність особи, яка порушила суб'єктивне цивільне право перед потерпілим, а вже потім перед державою чи суспільством (які в будь-якому випадку зацікавлені у підтриманні правопорядку і дотриманні прав та інтересів приватних осіб).

Крім того, цивільно-правової відповідальності встановлюється і за випадок, тобто при відсутності вини. Таким чином, підстав для суспільного осуду немає, але відповідальність є.

Міри цивільно-правової відповідальності завжди виражаються у певних негативних наслідках для правопорушника, забезпечуючи при цьому поновлення первісного стану для потерпілої особи.

Санкції, в яких виражена цивільно-правова відповідальність, за своєю сутністю і призначенням є такими, що призпускають зменшення матеріального блага на стороні боржника (правопорушника), причому, як правило, на користь іншого суб'єкта правовідносин відповідальності – потерпілого. Отже відбувається перехід майнового блага від порушника до суб'єкта, який потерпів від правопорушення. Таким чином, шляхом задоволення правомірного інтересу потерпілого суб'єкта досягається також мета покарання того, хто заподіяв шкоду, що, на думку багатьох авторів, складає сутність цивільно-правової відповідальності, як виду юридичної відповідальності [3; С.47].

Санкція в даному випадку виступає не лише як елемент правової норми, що реалізується після її порушення, але й як нормативна основа відповідальності як явища, що не зводиться до санкцій. Санкція має тут забезпечувальний характер, оскільки, слугуючи нормативною підставою юридичної відповідальності, в тому числі і цивільно-правової, надає можливість поновити (відшкодувати) порушені права й покарати правопорушника[4; С.54].

Оскільки санкції залежно від характеру засобів державного впливу у літературі поділяють на штрафні (каральні) та правовідновлювальні, то значення правовідновлювальних санкцій полягає в поновленні порушеного права, в примусі до виконання невиконаного зобов'язання або ж у покладанні на особу або організацію обов'язку відшкодувати незаконно заподіяну шкоду. Наприклад, відповідно до глави 82 ЦК України в особи, яка завдала шкоди іншій особі, виникає зобов'язання вчинити на її користь певні дії: сплатити кошти, відшкодувати втрати, виконати інші дії або утриматися від певних дій [5; С.70].

Таким чином, цивільно-правова відповідальність – це наслідок скоєння цивільного правопорушення, тому для покладання її на правопорушника необхідною є наявність певних умов, сукупність яких в цивілістичній літературі називають «складом цивільного правопорушення».

Література: 1. Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву. – В кн. Избранные труды: В 4-х т. – Том 1. Правоотношение по советскому гражданскому праву. Ответственность по советскому гражданскому праву. – СПб.: Издательство «Юридический центр»

Пресс», 2003. 2. Красавчиков О.А. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. – М.: Издательство «Юридическая литература», 1966. 3. Повышение роли гражданско-правовой ответственности в охране прав и интересов граждан и организаций // Под ред. Я.Н. Шевченко, А.А. Собчака. – К.: Наукова думка, 1988. 4. Орехов В.Ю. Функціональне спрямування санкцій у праві // Часопис Київського університету права. – 2007. – № 3. 5. Орехов В.Ю. Загально-теоретичні проблеми розуміння санкції // Часопис Київського університету права. – 2005. – № 4.

Маєвська А.В., викладач кафедри цивільного права та процесу Одеського державного університету внутрішніх справ

Визначення моменту виникнення тягара утримання об'єктів незавершеного будівництва

Законодавець з одного боку наділив власника абсолютними правомочностями (правом володіння, правом користування та правом розпорядження), а з другого стримує їх на загальному рівні, встановлюючи, у ч.3 ст.13 Конституції України, що власність зобов'язує[1]. Крім того, Цивільний кодекс України (далі ЦК України) у ст.322[2], встановлює тягар утримання майна, який несе власник, якщо інше не встановлено договором або законом, але при цьому не визначає момент виникнення тягара утримання майна.

Встановлюючи момент виникнення тягара утримання об'єктів незавершеного будівництва ми повинні виходити із загальних правил про момент виникнення права власності.

Відповідно до п.2 ст.331 ЦК України, право власності на новостворене нерухоме майно(житлові будинки, будівлі, споруди) виникає з моменту завершення будівництва. Але, право власності на зазначені об'єкти підлягає державній реєстрації і саме з цим моментом пов'язується виникнення права власності, про що зазначено у тій самій статті. Причому факту державної реєстрації права власності законодавець надає право встановлювального характеру а не право підтверджуючого. Саме з державною реєстрацією пов'язується виникнення права власності, а не його підтвердження[3, с.31].

У той самий час п.3 ст.331 ЦК України встановлює, що до завершення будівництва (створення майна) особа вважається власником матеріалів, обладнання, але у другому абзаці зазначеного пункту встановлюється, що особа у разі необхідності може укласти договір щодо об'єкта незавершеного будівництва, при цьому право власності реєструється органом, що здійснює державну реєстрацію прав на нерухоме майно на підставі до-

КУМЕНТІВ, що підтверджують право власності або користування земельною ділянкою для створення об'єкта нерухомого майна проектно-кошторисної документації а також об'єктів, що містять опис об'єкта незавершеного будівництва.

З огляду на вищезазначене постає питання стосовно моменту виникнення тягара утримання об'єктів незавершеного будівництва. Фактично, особа може розпочати мешкати недобудованому будинку, який не прийнятий до експлуатації. Внаслідок цього, тягар утримання об'єкта незавершеного будівництва особа не несе, тому що права власності на цей об'єкт в нього ще не виникло. У такому стані цей об'єкт може знаходитись протягом тривалого часу, внаслідок того що особи немає можливості завершити будівництво. Але цей будинком, який не прийнятий до експлуатації особа фактично володіє та користується, створюючи загрозу життю здоров'ю осіб, які в ньому проживають разом з нею. Протягом цього тягар утримання майна ця особа як власник несе:

по перше, стосовно земельної ділянки, на підставі документів, що підтверджують право власності або користування земельною ділянкою для створення об'єкта нерухомого майна;

по друге, стосовно матеріалів та обладнання, які були використані в процесі цього будівництва які вважаються його власністю.

З іншого боку, якщо існує необхідність і особа бажає укласти договір щодо об'єкта незавершеного будівництва, право власності може бути зареєстроване органом, що здійснює державну реєстрацію прав на нерухоме майно. У цьому випадку, якщо укладено договір купівлі-продажу; покупець який придбав об'єкт незавершеного будівництва буде нести тягар утримання об'єкту незавершеного будівництва.

Таким чином на підставі наведеного можливо зазначити, що один й той самий об'єкт, в залежності від того є державна реєстрація чи ні передбачає неоднакове утримання, що є логічним. Тому, можливо передбачити, що тягар утримання об'єктів незавершеного будівництва виникає з моменту початку будівництва. Встановлення моменту виникнення тягара утримання саме на цьому етапі є підставою для того, щоб об'єкти незавершеного будівництва належним чином утримувалися і не ставили загрозу життю та здоров'ю осіб, можуть там знаходитись. Таке правило видається розумним та справедливим і може бути закріплене у ЦК України.

Література: 1. Конституція України від 28 червня 1996р.// ВВРУ.-1996.-№1 Ст.141. 2. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р./ ВВРУ.-2003.-№№

Гришина І.І., викладач кафедри правових основ підприємницької діяльності навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ

Поняття та ознаки акціонерної відповідальності

Останнім часом дуже багато уваги у правовій доктрині приділяється акціонерним правовідносинам, однак деякі питання цього правового інституту і досі залишаються повністю не дослідженими, а саме поняття відповідальності учасників акціонерних правовідносин. Чинне законодавство України, що регулює акціонерні правовідносини не містить легального визначення категорії «акціонерна відповідальність». Вивчення проблеми відповідальності має дуже важливе значення, оскільки недостатня урегульованість у нормативно-правових актах будь-яких суспільних відносин, в тому числі і зазначених, спричиняє певні колізії або суперечності.

У ч.2 ст. 152 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) закріплена норма за якою акціонерне товариство (далі – АТ) самостійно відповідає за своїми зобов'язаннями усім своїм майном. Акціонери не відповідають за зобов'язаннями товариства і несуть ризик збитків, пов'язаних з діяльністю товариства, у межах вартості акцій, що їм належать. У свою чергу, акціонерне товариство згідно ч. 3 ст. 153 ЦК України відповідає за зобов'язаннями учасників, пов'язаними з його створенням, лише у разі наступного схвалення їх дій загальними зборами акціонерів. Крім того, правило про те, що діяльність АТ ґрунтується на принципі особистого режиму відповідальності його учасників – принципу обмеженої відповідальності акціонерів закріплено також у ст. 24 Закону України «Про господарські товариства».

На підставі наведеного можна стверджувати, що відповідальності учасників акціонерних правовідносин не приділено належної уваги, а відповідальність деяких учасників акціонерних правовідносин взагалі не урегульована чинними нормативно-правовими актами. Тож залишається не зрозумілим, хто відповідальний перед кредиторами: безпосередньо

акціонери своїми вкладками, чи акціонери відповідають лише перед АТ, а вже останнє, в свою чергу, перед кредиторами

Акціонери, маючи виключні повноваження з управління АТ повинні відповідати за прийняті ними рішення та за наслідки реалізації таких рішень. Оскільки АТ вважається створеним лише з дня внесення відповідного запису в Єдиний державний реєстр, необхідно щоб законодавством чітко регулювався порядок відповідальності засновників до моменту реєстрації товариства, оскільки під час його створення та проведення відкритої підписки на акції у відкритому акціонерному товаристві засновники можуть понести необґрунтовано значні затрати, пов'язані зі створенням товариства. Законодавець (ч. 3 ст. 153 ЦК України) передбачає можливість покладення на засновників солідарної відповідальності за зобов'язаннями, що виникли до реєстрації АТ, але не регулює порядок, строки та розмір застосування санкцій.

Акціонерна відповідальність є різновидом юридичної відповідальності, застосовується до учасників акціонерних правовідносин і передбачається санкціями норм цивільного, кримінального, адміністративного та трудового права [3].

Акціонерна відповідальність має ті ж самі ознаки, що й юридична. Однак поряд із загальними ознаками акціонерна відповідальність має свій специфічний механізм:

1. Має особливий суб'єктний склад – акціонерній відповідальності підлягають лише учасники акціонерних правовідносин, коло яких необхідно чітко визначити. Акціонерна відповідальність тісно пов'язана з акціонерними правовідносинами та поширюється лише на учасників цього виду відносин. Оскільки головним призначенням юридичної відповідальності є забезпечення виконання зобов'язань, то відповідно і акціонерна відповідальність покликана забезпечувати виконання зобов'язань учасників акціонерних правовідносин;

2. Виникає акціонерна відповідальність лише у разі невиконання або неналежного виконання учасниками акціонерних правовідносин своїх юридичних обов'язків.

Виходячи зі специфічних ознак акціонерної відповідальності можна зробити висновок, що акціонерна відповідальність виникає як наслідок невиконання або неналежного виконання учасниками акціонерних правовідносин своїх юридичних обов'язків.

Особа за невиконання або за неналежне виконання юридичного обов'язку, за що передбачається акціонерна відповідальність, може притягуватися до відповідальності, передбаченої

ченої іншими галузями права. Учасники акціонерних правовідносин можуть вчиняти дії, за які передбачена відповідальність декількома галузями права. При цьому, застосування до особи одного виду юридичної відповідальності не виключає можливості застосування до неї норм, передбачених іншими галузями права. У зв'язку з цим законодавча регламентація акціонерної відповідальності повинна носити системний характер, щоб виключити колізії юридичної відповідальності взагалі. Вона постає як дієвий засіб охорони встановленого законодавством правопорядку, як ефективний інструмент забезпечення виконання юридичних обов'язків і захисту суб'єктивних прав учасників акціонерних правовідносин, що кореспондують їм, справляє профілактичний вплив на суб'єктів відповідних відносин, спонукає їх діяти суворо відповідно до вимог норм права. Основним призначенням акціонерної відповідальності – є забезпечення виконання юридичних обов'язків учасниками акціонерних правовідносин.

Використана література: 1. Закон України «Про господарські товариства» // Відомості Верховної Ради України, 1991, № 49, ст.683. 2. Господарський кодекс України // Офіційний вісник України, 2003, №11, ст. 462. 3. Цивільний кодекс України // Офіційний вісник України, 2003, № 11 (28.03.2003), ст. 461. 4. Ответственность в акционерных обществах/ А.Е. Молотников. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – 240с.

Фалеева Т.В., викладач кафедри правових основ підприємницької діяльності навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ

Правове регулювання представництва у внутрішньокорпоративних відносинах

У зв'язку із розвитком цивільного законодавства в контексті інтеграції та вироблення однотипних норм з країнами Європейського Союзу, з прийняттям в Україні Господарського та Цивільного кодексів, втратою чинності Законів України «Про підприємництво», «Про власність», та внесенням змін до багатьох нормативних актів, з'явилися нові теми для дискусій в галузі корпоративних відносин.

З метою забезпечення належних умов функціонування акціонерних товариств, підвищення ефективності їх діяльності, залучення інвестицій в економіку України, Президент

України наголосив на необхідності подальшого вдосконалення правових засад корпоративного управління в акціонерних товариствах [2].

Сьогодні спостерігається діяльність великої кількості організаційно-правових форм юридичних осіб у країні, закономірний і поступовий розвиток корпоративних відносин. Останні, у свою чергу, мають комплексний характер і складну структуру, що зумовлюється величезним колом питань, виникають і потребують оперативного вирішення при здійсненні діяльності юридичних осіб.

Представництво в умовах збільшення кількості учасників економічних відносин, посилення їх автономії, є ефективним засобом реалізації суб'єктивних прав та виконання юридичних обов'язків учасників корпоративних відносин.

Джерела права, якими регулюються корпоративні відносини, а також корпоративні норми власне юридичних осіб не мають чітких положень та перевічених схем представництва інтересів осіб у корпоративних відносинах.

Якщо умовно поділити корпоративні відносини на внутрішньо корпоративні та зовнішні, особливий інтерес викликають саме внутрішні процеси в корпорації, адже їх стабільність та урегульованість сприятимуть у подальшому вдалому зовнішнім процесам у діяльності юридичних осіб. До того викликає інтерес представництво недієздатних, обмеженодієздатних осіб та інвалідів, оскільки за його допомогою живі більш ефективні способи набуття та реалізації прав обов'язків таких категорій суб'єктів, які притаманні корпоративним відносинам.

Проблема представництва у внутрішньо корпоративних відносинах досліджувалася науковцями лише осторонь, приклад, у процесі реалізації акціонером права участі у управлінні товариством [3, с. 76].

Розглядаючи це питання, не слід забувати про загальне положення, що стосуються представництва. Адже інститут представництва в цивільному праві не є новим, існує не одна концепція цих відносин, яка склалася у вітчизняній цивільній юстиції. Представництво є складними правовідносинами за своїм суб'єктним складом. За загальним правилом, в ньому беруть участь представник, особа, яку представляють, і третя особа, з якою представник укладає правочини або здійснює інші юридичні дії. Назвемо це простим представництвом. Але є й ускладнені ситуації, наприклад, із двома чи більше особами нараз, інтереси яких представляє представник.

Чинний ЦК України закріплює поняття представництва як правовідношення, в якому одна сторона (представник) зобов'язана або має право вчинити правочин від імені другої сторони, яку вона представляє [1]. Сутність представництва полягає в тому, що правочини та інші юридичні дії представника викликають юридичні наслідки для особи, яку представляють. Внаслідок чого права і обов'язки виникають між особою, яку представляють, і третіми особами, а у самого представника ніяких прав і обов'язків з приводу укладених правочинів не виникає.

Представництво виникає на підставі договору, закону, акта органу юридичної особи та з інших підстав, встановлених актами цивільного законодавства. Представник може бути уповноважений на вчинення лише тих правочинів, право на вчинення яких має особа, яку він представляє.

Сфера представництва досить широка. Вона має місце між фізичними особами, між фізичними та юридичними особами, а також між самими юридичними особами. Існує представництво й в сфері корпоративних відносин, які виникають у зв'язку із створенням юридичних осіб та участю в їх діяльності [4, с. 7], особливої уваги потребує внутрішньокорпоративне представництво. Але, слід зазначити, що наразі в Україні відсутня належна правова регламентація з даного питання, оскільки законодавець, не приділяє йому значної уваги.

Усе вищевикладене підштовхує та дозволяє окреслити новий спектр проблем, які потребують глибокого наукового дослідження та вирішення, серед них:

- 1) дослідження теоретичних положень інституту представництва та вимог до його реалізації;
- 2) визначення суб'єктного складу учасників внутрішньокорпоративних відносин;
- 3) детальний аналіз внутрішньокорпоративних відносин;
- 4) визначення правової природи та специфіки представництва у внутрішньокорпоративних відносинах;
- 5) законодавче врегулювання представництва у внутрішньокорпоративних відносинах.

Використана література: 1. Цивільний кодекс України // ВВР України. – 2003. – №№ 40 – 44. – Ст. 356. 2. Указ Президента України № 280 від 21.03.2002р. «Про заходи щодо розвитку корпоративного управління в акціонерних товариствах» // Офіційний вісник України. – 2002. – № 13. – Ст. 647. 3. Гончаренко А. Представництво в акціонерних правовідносинах: зайве чи таке, що потребує вдосконалення // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – №6. – С. 76-78. 4. Кравчук В.М. Корпоративне право. Науково-практичний коментар законодавства та судової практики. – К.: Істина, 2005. – 720 с.

Деякі проблеми забезпечення господарськими судами дисципліни і законності в господарських відносинах на сучасному етапі

На сучасному етапі реформування правової системи важлива роль відведена вдосконаленню господарського процесуального законодавства. Розроблення проекту нового господарського процесуального кодексу України зумовлено, по-перше, необхідністю встановлення належного правового регулювання процедури здійснення господарського судочинства, приведення національного законодавства відповідно до стандартів Парламентської Ради Європи, що стосуються підвищення ефективності судового захисту; по-друге тим, що новий господарський процесуальний закон має бути спрямований на усунення прогалин у господарському процесуальному законодавстві.

Відправляючи правосуддя, господарські суди відіграють значну роль не тільки при вирішенні господарських спорів, у відновленні платоспроможності боржників та ліквідації банкрутів, але й роблять свій внесок у відновлення законності та прав суб'єктів господарювання і громадян шляхом усунення порушень закону, вжиття заходів щодо його виконання примусовим шляхом там, де закон було порушено, що в цілому позитивно впливає на оздоровлення економіки.

Одним із пріоритетних напрямків судочинства є реагування господарськими судами України на порушення законності суб'єктами господарювання, державними та іншими органами, посадовими особами. В цьому аспекті важливим є вивчення питань про стан законодавчого забезпечення даного інституту господарського процесуального права та реагування підприємств, установ, організацій на окремі ухвали, повідомлення та інформації господарських судів, взаємодію їх з правоохоронними органами, зокрема щодо виконання останніми вимог законодавства, за повідомленнями судів про злочинні прояви в господарській діяльності.

У випадку, коли при вирішенні спору господарський суд виявить порушення законності або недоліки в діяльності підприємства, установи, організації, державного чи іншого ор-

гану, згідно зі ст. 90 ГПК України він постановляє окрему ухвалу й надсилає її відповідним органам для вжиття заходів реагування та усунення виявлених недоліків, а при виявленні у діяльності працівників підприємств та організацій порушення законності, що містять ознаки дії, переслідуваної у кримінальному порядку, господарський суд надсилає про цей факт повідомлення органам внутрішніх справ чи прокуратури. Інших форм реагування на порушення законодавства і недоліки в діяльності господарюючих суб'єктів чинним ГПК не передбачено.

За даними статистичних звітів господарські суди України в процесі відправлення правосуддя надсилають підприємствам, установам, організаціям, державним та іншим органам, а також посадовим особам окремі ухвали, повідомлення та інформації. Зазначимо, що останній вид документів не є процесуальною дією господарського суду, але практика свідчить, що узагальнення досвіду вирішення господарських спорів та реагування на порушення законності саме має викладатися в інформаціях, адресованих державним та іншим органам, посадовим особам. Такі документи господарських судів також мають позитивне значення у наведенні належного порядку в управлінні економічною сферою.

До речі, в п. 4 роз'яснення президії Вищого арбітражного суду України від 2 грудня 1992 року № 01-6/1444 «Про практику застосування ст.90 Арбітражного процесуального кодексу України» зазначено: «якщо збитки заподіяно державі або державним підприємствам чи організаціям, про них повинна надсилатись інформація відповідному прокурору для вирішення питання про подання позову в порядку, передбаченому ст. 118 ЦПК України (ст.45 ЦПК від 18.03.2004 р.). При цьому необхідно враховувати ступінь серйозності порушення, його можливі наслідки та розмір заподіяних збитків».

Із зазначеного можна зробити висновок, що вищою судовою інстанцією у господарських спорах було здійснено спробу щодо розмежування компетенції господарських судів «інформувати правоохоронні органи про проступки, які мають бути розглянуті в порядку кримінального чи цивільного судочинства». Так, якщо відшкодування шкоди, завданої суб'єктом господарювання, має бути здійснено в порядку розгляду цивільного судочинства, то господарський суд направляє прокурору інформацію для прийняття рішення щодо подання ним цивільного позову, а у випадку, якщо в діях посадовців чи працівників підприємств (організацій) будуть

виявлені порушення законності, що містять ознаки дії, переслідуваної у кримінальному порядку, – надсилається про цей факт повідомлення органам внутрішніх справ чи прокуратурі згідно з ч. 4 ст. 90 ГПК України.

За 2007 рік господарськими судами України було направлено: окремих ухвал – 1505; повідомлень правоохоронним органам – 453; інформацій державним і правоохоронним органам – 232.

Загалом у 2007 році господарськими судами було направлено 2190 матеріалів про реагування на різні види порушень в господарській сфері. Відповідно у 2006 році таких матеріалів було 2351, а в 2005 році – 2697. Зазначені показники свідчать про відповідну активність господарських судів, спрямовану на зміцнення законності і порядку в діяльності господарюючих суб'єктів, державних та інших органів, посадових осіб.

На наше переконання, окремі ухвали господарських судів з глибоким і ґрунтовним аналізом спірних правовідносин, причин і умов правопорушень, з конкретними пропозиціями та рекомендаціями щодо їх усунення необхідно розглядати як дійовий процесуальний засіб усунення причин та умов, що сприяють виникненню господарських правопорушень. Разом з тим слід зазначити, що виконувати це призначення окрема ухвала може лише за умови принципового і послідовного контролю за її виконанням відповідними органами господарюючих суб'єктів, державних та інших органів, посадовими особами.

Зважаючи на результати реагування на окремі ухвали, повідомлення та інформації, відповіді на які, за статистичними даними Вищого господарського суду України, становлять близько 30 %, виявляється дискусійним питання щодо контролю за їх виконанням, ролі і місця в цьому процесі господарського суду.

Чинним ГПК України (ч. 2 ст. 90) встановлено, що отримувачі окремої ухвали несуть відповідальність за ухилення від виконання вказівок, що містяться в окремій ухвалі, в порядку та розмірах, передбачених ч.1 ст.119 цього Кодексу. Але на сьогодні дана норма не стосується питання «відповідальності недобросовісних виконавців окремих ухвал», тому що ст.119 ГПК України «Відповідальність за ухилення рішення, ухвали, постанови» в редакції 1996 року виключена згідно із Законом України від 19.10.2000 р. № 2056-III, а Законом України від 21.06.2001 р. № 2539-III ГПК України доповнено ст. 119 «Поновлення пропущеного строку для

пред'явлення наказу до виконання». Відтак переконливим є свідчення, що законодавцем невіпорядковано ст. 90 ГПК, зокрема її другу частину.

Повертаючись до питання контролю за виконанням окремих ухвал їх отримувачами, його здійснення господарськими судами є доцільним у випадках звернення уваги в окремих ухвалах органів державної влади та інших органів, посадових осіб на порушення закону і недоліки в їх роботі, коли це шкодить інтересам правосуддя, наприклад ігнорування вимог суду щодо подання доказів, забезпечення позову, зволікання з виконанням або бездіяльністю при виконанні рішення суду органами державної виконавчої служби тощо. В таких випадках посадовці мають попереджатися господарським судом про притягнення їх до адміністративної відповідальності за невиконання приписів окремої ухвали або зволікання з відповіддю на неї притягненням до відповідальності у вигляді штрафу від п'яти до восьми неоподаткованих мінімумів доходів громадян згідно зі ст. 1856 КпАП України.

В іншому випадку, коли окрема ухвала постановляється у зв'язку з управлінськими, організаційними, контролюючими, виробничими та іншими недоліками і порушеннями законодавства безпосередньо в господарській діяльності підприємств, установ та організацій, то заінтересованість у виконанні окремої ухвали й усуненні недоліків має бути виключно за господарюючими суб'єктами, а не органами правосуддя. Наведення порядку у виробничій сфері – це функції виключно господарників, органів державної влади та місцевого самоврядування, і суд не повинен втручатися в організаційну і виробничу сферу їх господарської діяльності.

У зв'язку із зазначеним вважаємо, що функції контролю за виконанням окремих ухвал мають бути закріплені за судом лише в межах процесуальної діяльності при здійсненні правосуддя.

Незрозумілою є позиція законодавця при розробці проекту Господарського процесуального кодексу України (реєстр. № 4157-2), внесеного Кабінетом Міністрів України і прийнятого за основу відповідно до Постанови Верховної Ради України від 29 червня 2004 року № 1909-ІУ в питанні виключення з його змісту положень про реагування господарськими судами на порушення законності і недоліки в діяльності суб'єктів господарювання. Відтак проектом ГПК суди позбавляються права приймати процесуальні рішення у вигляді окремих ухвал і повідомлень, передбачених ст. 90 чин-

ного ГПК. До речі, прийняті нові кодекси – цивільний процесуальний та адміністративного судочинства – передбачають такі види судових рішень, як окрема ухвала, та умови і порядок їх постановлення.

На підставі зазначеного пропонуємо доповнити проект ГПК України нормою щодо надання права господарським судам приймати окремі ухвали і направляти повідомлення до правоохоронних органів у разі виявлення ознак злочину в діях посадових осіб і працівників підприємств, установ та організацій при розгляді спорів у господарських судах.

Луганська Т.О., науковий співробітник науково-дослідної лабораторії з проблем профілактики та розслідування злочинів навчально-наукового інституту підготовки фахівців для підрозділів слідства і дізнання Харківського національного університету внутрішніх справ

Учасники корпоративних правовідносин

Останнім часом в науковій літературі зростає інтерес до проблем, які пов'язані з предметом цивільно-правового регулювання. Соціально-економічні перетворення, які мали і мають місце в нашій державі на шляху незалежності, призвели до докорінних змін у цивільному законодавстві України.

В сучасній Україні корпоративні відносини є досить актуальним предметом дослідження. Їх характер, зміст, особливості, елементи вже неодноразово розглядалися під пильним оком провідних науковців. Дана проблема розроблялася такими вченими Е. Р. Кібенко, І.В. Спасибо-Фатєєва, Н.С. Кузнєцова, В.В. Луць, Д. Луспенник, О.М. Вінник та ін..

Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визначення підсудності справ з питань приватизації та корпоративних спорів» від 15 грудня 2006 р. було внесено зміни до Господарсько-процесуального кодексу України, зокрема до ст. ст. 12, 16¹.

Мова йде про зміну критеріїв розмежування компетенції господарського та загального судів. До цього часу таке відмежування проводилося в залежності від суб'єктного складу їх учасників. Однак сучасна ситуація вимагає вирішення питання щодо визначення поняття корпоративних відносин та кола суб'єктів таких правовідносин.

Ще з часів римського права відомі широке та вузьке тлумачення корпоративних відносин[2]:

У широкому розуміння під корпоративними відносинами розуміють всі правовідносини, де одним із учасників є корпорація як організаційно-правова форма юридичної особи, що здійснює підприємницьку діяльність[3]. З цієї ж позиції корпоративні правовідносини було детально досліджено видатним німецьким цивілістом Оттоном Гірке [9], який під корпоративними правовідносинами розумів правовідносини, в яких одним із суб'єктів є германська корпорація. На цій позиції стоїть і О.М. Вінник. [4]

У вузькому розумінні, яке склалося набагато пізніше в розвиток інституту господарських (торгових) товариств і товариств в їх класичному вигляді, – це зобов'язальні відносини між корпорацією (її органами) та учасниками з приводу управління, ведення справ, надання інформації тощо. [5] Такого підходу дотримуються такі провідні вчені як Н.С. Кузнецова[6], В.В. Луць[7], Д. Луспеник[8].

На наш погляд, позиція О.М. Вінник і О. Гірке є дискусійною, оскільки призводить до визнання корпоративними будь-яких відносин, в яких хоча б одна із сторін є суб'єктом корпоративних відносин.

Позиція законодавця щодо цього питання сформульована в ст. 167 Господарського кодексу України (далі ГК), згідно з якою під корпоративними відносинами слід розуміти відносини, що виникають та припиняються щодо корпоративних прав.

Відповідно до ч. 1 ст. 167 ГК корпоративні права – це права особи, яка має частку в статутному фонді (маїні) господарської організації, що визначають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частини прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами.

Отже, учасниками корпоративних відносин є з одного боку корпорація, а з іншого – її учасники (засновники).

В сучасному законодавстві України легальне визначення поняття «корпорація» відсутнє.

В сучасній юридичній літературі це поняття здебільшого тлумачиться виходячи з етимології самого терміну і його походження. Тобто поняття корпорації можна розглядати в широкому розумінні як будь-яке об'єднання майна і осіб (від латинського «corporatio» – об'єднання, співтовариство)[6].

Т.В. Кашаніні розуміє під корпораціями господарські товариства, унітарні підприємства. [10] П.В. Степанов вважає, що корпорацією є організація, яка заснована на засадах участі, має особливу структуру органів управління, яка складається з волевстановлюючих і волевиявляючих органів корпорації. [11] В цьому контексті статус корпорації не визнається за повним та командитним товариством.

О.Р. Кібенко зазначає, що корпораціями у Великій Британії є фіктивні утворення, що утворюються за допомогою права з метою виступати юридично відокремленими учасниками правових відносин. [12]

Фактично таке тлумачення відтворює традиційне для нашої цивілістичної доктрини поняття юридичної особи. Однак, за своїм змістом «корпорація» у британській правовій системі є поняттям більш широким, ніж в українському праві.

Протягом свого розвитку зміст поняття «корпорація» суттєво змінювався.

В римському праві для визначення юридичних осіб зазвичай використовувалися три терміни: «universitas», «corpus», «collegium».

Тлумачення цих термінів розпалило гарячі дискусії серед спеціалістів з римського права. [13]

Термін «корпорація» («corporatio») як синонім союзу осіб, які мають права юридичної особи не був відомий класичному праву. Водночас в працях класичних юристів можна прослідити прагнення відокремити особливу організацію (corpus), яка цілковито відокремлена від осіб, які входять до її складу. [14] В цьому контексті організації, які мали корпоративний устрій, протиставлялися договірним товариствам (societas), за якими не визнавалися права юридичної особи.

Серед ознак корпоративного устрою організації зазвичай виділяють наступні: майнова відокремленість, самостійна відповідальність за своїми зобов'язаннями, можливість організації вступати у правовідносини зі своїми учасниками, а також право виступати в якості позивача і відповідача в суді. [14]

Виділялися римські та германські корпорації. На погляд О. Гірке за своєю внутрішньою структурою вони значно відрізняються. Між учасниками римської корпорації не існує ніякого правового зв'язку, в германській, навпаки, між учасниками існують особливі правові зв'язки, які обумовлені участю в корпорації. [9]

Пізніше в німецькій правовій доктрині були досить детально опрацьовані ознаки як установ, так і корпорацій.

Останні визначалися як юридичні особи, засновані на участі (членстві). Саме ця ознака, яка становить серцевину корпоративного ладу, є визначальною.

Отже, корпорацією можна вважати таку юридичну особу, що заснована на засадах участі (членства), статутний капітал якої поділений на частки, що належать певним учасникам, які у відповідності з ними управляють цією юридичною особою.

Водночас вважаємо слушною думку О.М. Вінник щодо розуміння господарських товариств як класичного типу (таких, що створюються кількома засновниками і діють у складі кількох учасників), так і господарських товариств однієї особи[4].

Не менш проблематичним є питання і щодо інших суб'єктів корпоративних правовідносин. Зокрема, наскільки повно склад таких суб'єктів відбиває ст. 16 ГПК у новій редакції – чи є достатнім віднесення до цієї категорії тільки спорів між господарським товариством та його учасником (засновником, акціонером), у тому числі учасником, що вибув, а також між учасниками (засновниками, акціонерами) господарського товариства, що пов'язані зі створенням, діяльністю, управлінням та припиненням діяльності цього товариства.

Вирішуючи цю проблему, можна виокремити два її аспекти. По-перше, чи названі всі можливі суб'єкти корпоративних відносин, і, по-друге, чи повністю відбивається в цьому визначенні сукупність усіх можливих корпоративних спорів.

Другою стороною в корпоративних відносинах виступають учасники (акціонери, вкладники, повні товарищі тощо) підприємницьких товариств. У цих відносинах учасники наділяються суб'єктивними корпоративними правами, для яких характерним є те, що:

вони виникають у результаті створення господарського товариства як юридичної особи;

виражають відносини між засновником і юридичною особою та її учасниками;

мають організаційно-майновий характер, тобто передбачають право на управління, право на доходи тощо;

пов'язані з впливом учасників на формування волі юридичної особи;

пов'язані з опосередкованим правом на майно юридичної особи при її ліквідації. [15]

Корпоративні права, як елементи складу корпоративних правовідносин, не можуть існувати поза цим правовідносинами. А отже, не можна говорити про існування корпорати-

вної правоздатності, «на підставі якої виникають суб'єктивні права і обов'язки». [16]

По-перше, сама по собі поява спеціальної правоздатності учасника корпорації не має об'єктивного обґрунтування і не сприяє отриманню відповіді на питання про природу корпоративних прав.

По-друге, стаючи учасником (членом) корпорації, особа набуває по відношенню до неї конкретні суб'єктивні права. Учасник корпорації володіє не можливістю придбати корпоративні права, а самими цими правами. На думку О.С. Іоффе, правоздатність – тільки передумова правовідносин, а суб'єктивне право – один з необхідних його елементів [17]. Отже, виходячи з позиції прихильників корпоративної правоздатності, можна стверджувати, що учасник корпорації, що володіє корпоративною правоздатністю, не знаходиться з корпорацією в правовідносинах, а володіє лише можливістю стати його суб'єктом. З таким підходом ніяк не можна погодитися.

Учасникам корпорації належать не тільки суб'єктивні права, законодавство покладає на них і юридичні обов'язки, які, як і корпоративні права, є елементами корпоративних правовідносин.

Корпоративні правовідносини виникають не тільки між корпорацією і її учасниками, але і між самими учасниками корпорації. Протягом тривалого часу в науці цивільного права з цього питання велися дискусії. Деякі вчені вважали, що правовий зв'язок між учасниками корпорації відсутній. [18] Інші дослідники, навпаки, стверджували, що немає достатніх підстав заперечувати наявність правового зв'язку між окремими учасниками корпорації [19].

В даний час більшістю цивілістів визнається існування корпоративних правовідносин між учасниками корпорації.

Також слід звернути увагу на те, що крім товариства, його учасників (засновників, акціонерів), у тому числі учасників, які вибули, до суб'єктів цих правовідносин слід віднести й інших осіб, чиї суб'єктивні права або законні інтереси порушуються, оскаржуються або не визнаються.

Такий підхід обґрунтовується тим, що вимоги цих осіб має розглядати той самий суд і за тими самими правилами (у такому ж порядку), що і спори між товариством та його учасниками або між учасниками. Інша справа, що такі особи мають довести, що вони мають свій корпоративний інтерес саме у цьому спорі. Однак для вирішення цього питання не-

обхідно детально дослідити поняття корпоративного інтереси, зробити що є неможливим в рамках цього дослідження.

Література: 1. Иоффе О.С. Развитие цивилистической мысли в СССР (часть 1) // Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву.- М., 2000. – 217-273с. 2. Кибенко Е. Корпоративное право: Учебное пособие.- Харьков, 1999. – 13-14с. 3. Корпоративне право. – М., 2005. – 31с. 4. Вінник О.М. Корпоративна конфліктологія – одно із нових напрямлений хозяйственно-правовой науки в Україні // ВЕСТН. МОСК. УН-ТА Сер.11. ПРАВО, – 2005. – №2.- 108с. 5.Рожкова М.А Корпоративные отношения и возникающие из них споры // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 2005. – №9. – 145с. 6. Кузнєцова Н.С. Корпоративні спори: поняття, ознаки, зміст та визначення підвідомчості// Вісник Верховного Суду України. – 2008. – №2 (90) – 35с. 7. Луць В.В. Деякі питання здійснення та захисту корпоративних прав в Україні //Вісник господарського судочинства. – 2008. №1 – 125с. 8. Луспеник Д. Юрисдикційність корпоративних спорів // Юридичний вісник України. – 2007. – №4. – 27 січня-2 лютого. – 6с. 9. Суворов Н.С. Об юридических лицах по римскому праву. – М., 2000. – 105-107с. 10. Кашанина Т.В. Хозяйственные товарищества и общества: правовое регулирование внутрифирменной деятельности. – М., 1995. – 42-74с. 11. Степанов П.В. Корпорации в российском гражданском праве // Законодательство. – 1999. -N 4. – 11-15с. 12. Кибенко Е.Р. Корпоративное право Великобритании. Законодательство. Прецеденты. Комментарии. – К., 2003. – 28с. 13. Хвостов В.М. Система римского права. – М., 1996. – 114с. 14. Покровский И.А. История римского права.- М., 1998. – 312с. 15. Здійснення та захист корпоративних прав в Україні: Монографія / За заг. ред. В. В. Луця – Тернопіль: Підручник і посібник, 2007. – 21-40с. 16. Филиппова С.Ю. Внутренние правоотношения в хозяйственном обществе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2001.- 9с. 17. Иоффе О.С. Развитие цивилистической мысли в СССР (часть 1) // Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву. – М., 2000. – 293с. 18. Басин Ю.Г. Коммерческие корпоративные отношения и юридическая ответственность // Басин Ю.Г. Избранные труды по гражданскому праву. – СПб., 2003. – 176с. 19. Кавелин К.Д. Избранные произведения по гражданскому праву. – М., 2003. – 20с..

Михайлов С.В., ад'юнкт кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ

Обґрунтований ризик, як підстава звільнення від відповідальності за заподіяння шкоди в сфері надання медичних послуг

Професія лікаря пов'язана з необхідністю експериментування в певних ситуаціях. Це необхідно як для розвитку медичної науки, так і для порятунку життя та здоров'я окремо взятої людини, якій традиційні методи та засоби медицини вже не здатні допомогти.

Стаття 42 «Основ законодавства України про охорону здоров'я» говорить, що медичне втручання, пов'язане з ризиком для здоров'я пацієнта, допускається як виняток в умовах гострої потреби, коли можлива шкода від застосування ме-

тодів діагностики, профілактики або лікування є меншою, ніж та, що очікується в разі відмови від втручання, а усунення небезпеки для здоров'я пацієнта іншими методами неможливе. Ризиковані методи діагностики, профілактики або лікування визнаються допустимими, якщо вони відповідають сучасним науково обґрунтованим вимогам, спрямовані на відвернення реальної загрози життю та здоров'ю пацієнта, застосовуються за згодою інформованого про їх можливі шкідливі наслідки пацієнта, а лікар вживає всіх належних у таких випадках заходів для відвернення шкоди життю та здоров'ю пацієнта [3, ст. 42].

Виходячи зі змісту цієї статті можна визначити умови правомірності обґрунтованого ризику в медичній діяльності. До них відносяться:

Шкода здоров'ю заподіюється для досягнення соціально корисної мети. Експеримент не повинен проводитися заради експерименту – він спрямований на розвиток медичної науки або на порятунок життя та здоров'я окремо взятої людини.

Зазначена мета не може бути досягнута звичайними засобами, не пов'язаними з ризиком. Якщо надати допомогу пацієнту можна було звичайним, традиційним, не пов'язаним з ризиком способом, то в цьому випадку, при нанесенні шкоди здоров'ю людини, дії лікаря є неправомірними.

Необхідна згода пацієнта на експеримент, пов'язаний з ризиком, за умови повної інформованості хворого про конкретний ризик і наявність можливості в нього прийняти розумне рішення.

Шкідливі наслідки при ризикі усвідомлюються медичним працівником лише як побічний та можливий варіант його дій, а не як неминучий результат ризикованої дії;

Медичний працівник володіє відповідними знаннями та вміннями, що дозволяють у даній конкретній ситуації попередити настання шкідливих наслідків.

Медичний працівник розпочав достатні, міри для запобігання шкоди життю та здоров'ю пацієнта [2, 315-316].

При наявності всіх цих умов ризик, на який пішов лікар при виконанні своїх професійних обов'язків, буде обґрунтованим та у випадку заподіяння шкоди здоров'ю пацієнта виступить обставиною, яка виключає протиправність діяння. Необхідно також відзначити, що сам факт наявності можливості для лікаря використовувати нові методи лікування без страху наступного переслідування з боку закону – великий плюс у справі правової регламентації медичної діяльності та

в остаточному підсумку, значимий фактор для розвитку медичного права та самої медицини [1, 17-18].

Література: Ерофеев С.В. Неблагоприятный исход оказания медицинской помощи, с. 17-18; С.Г. Стеценко. Медицинское право. Учебники и учебные пособия. Изд-во «Юридический центр прес» Санкт-Петербург», 2004 г., стр. 315-316; Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» від 19 листопада 1992 року №2801-XII (в редакції Закону від 09 лютого 2006 року) // ВВР України. – 1993. – № 4. – Ст. 19.

Греков Є.А., ад'юнкт кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ

Щодо захисту авторського права на твори архітектури шляхом вилучення (конфіскації) контрафактних примірників творів

Стосовно захисту авторського права на твори архітектури найбільш цікавою з точки зору практичного застосування видається можливість прийняття судом рішення про вилучення (конфіскацію) контрафактних примірників творів (п. 3 ст. 432 ЦК України та ч. 4 ст. 52 Закону України «Про авторське право і суміжні права») та/або вилучення з цивільного обороту матеріалів та знарядь, які використовувалися переважно для виготовлення товарів з порушенням права інтелектуальної власності (п. 4 ст. 432 ЦК України та ч. 4 ст. 52 Закону України «Про авторське право і суміжні права»).

Відповідно до п. 16 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» контрафактний примірник твору, фонограми, відеограми – примірник твору, фонограми чи відеограми, відтворений, опублікований і (або) розповсюджуваний з порушенням авторського права і (або) суміжних прав, у тому числі примірники захищених в Україні творів, фонограм і відеограм, що ввозяться на митну територію України без згоди автора чи іншого суб'єкта авторського права і (або) суміжних прав, зокрема з країн, в яких ці твори, фонограми і відеограми ніколи не охоронялися або перестали охоронятися. Таким чином, твір архітектури, який був незаконно відтворений, опублікований і (або) розповсюджуваний у будь-якій об'єктивній формі – незаконно виготовлені копії креслень архітектурної частини проекту, макету, електронної моделі, об'єкта архітектури, незаконно відтворений проект твору архітектури у формі будівлі або споруди тощо – слід визнавати контрафактним примірником твору. Якщо у

ході судового розгляду буде доведено факт порушення авторського права або факт наявності дій, що створюють загрозу порушення цих прав, суд, керуючись положеннями п. 3, 4 ст. 432 ЦК України та ч. 4 ст. 52 Закону України «Про авторське право і суміжні права» має право постановити рішення про вилучення (конфіскацію) контрафактних примірників творів та/або вилучення з цивільного обороту матеріалів та знарядь, які використовувалися переважно для виготовлення даних примірників.

Можливість та ефективність застосування даного способу захисту авторських прав на твори архітектури, контрафактні примірники яких втілені у формі креслень архітектурної частини проекту, макета та електронної моделі, не викликає жодних сумнівів. Однак, постає питання щодо доцільності його застосування до контрафактних примірників творів архітектури, втілених у формі будівель та споруд, у зв'язку з тим, що практична реалізація даної правової норми може призвести до зловживань з метою заволодіння об'єктами, які мають значну матеріальну цінність, в багатьох випадках не співвідносно зі шкодою, заподіяною внаслідок порушення авторського права. В судовій практиці на сьогодні відсутні приклади вилучення контрафактних примірників творів архітектури, втілених у формі архітектурних об'єктів та/або вилучення з цивільного обороту матеріалів та знарядь, які використовувалися переважно для виготовлення даних примірників, проте це не зменшує актуальності поставленої проблеми.

В юридичній літературі також відсутня єдина позиція щодо вирішення даної проблеми. Наприклад, О. А. Заславський вважає, що знищення контрафактної продукції не повинне застосовуватися до контрафактного архітектурного об'єкта. Обґрунтовуючи своє твердження, він, зокрема, зазначає, що «указанное имущество обыкновенно обладает значительной материальной ценностью и может во благо послужить по своему прямому назначению. Другое дело, что можно рассмотреть вопрос о том, чтобы при исполнении судебных решений о взыскании сумм от нарушения авторских прав (убытки, доходы, денежные компенсации, моральный вред суд одновременно решал вопрос о первоочередном обращении взыскания во исполнение этого решения на контрафактные архитектурные объекты и использованные для их возведения строительные механизмы. Следует учитывать, что для этого указанное имущество должно принадлежать нарушителю авторских прав, а не третьему лицу (к примеру,

строительной организации-подрядчику)»[1][94, с. 170–171] з даною точкою зору не погоджується О. М. Люкшин, який зазначас, що «для конфіскації с последующим уничтожением или передачей правообладателю контрафактного архитектурного объекта нет никаких препятствий. В частности, конфискация большого контрафактного тиража произведения литературы, его уничтожение или передача правообладателю ничем не отличается от конфискации контрафактного архитектурного объекта. Таким образом, меры по конфискации с последующим уничтожением или передачей правообладателю контрафактных произведений архитектуры возможны и могли бы стать действенным средством по предотвращению нарушений авторских прав на произведения архитектуры»[2] [134, с. 128].

Вирішити поставлену проблему можливо з огляду на досвід європейських країн з правового врегулювання підстав застосування даного способу захисту авторського права для творів архітектури, зокрема досвід Німеччини. Так, ч. 2 § 101 Закону Німеччини «Про авторське право» [92] передбачас, що заходи, передбачені в §§ 98 і 99, не розповсюджуються на будівельні споруди. Вказані статті встановлюють права потерпілого на «притязание на уничтожение или передачу всех незаконно изготовленных, распространенных или предназначенных для незаконного распространения экземпляров произведения, находящихся во владении или в собственности нарушителя, и притязание на уничтожение или передачу устройств, находящихся в собственности нарушителя и использованных или предназначенных исключительно или почти исключительно для незаконного изготовления экземпляров произведения»[3] [92]. Таким чином, законодавство Німеччини виключає можливість вилучення контрафактних примірників творів архітектури, втілених у формі архітектурних об'єктів, та/або вилучення з цивільного обороту матеріалів та знарядь, які використовувалися переважно для виготовлення даних примірників. На нашу думку, це є обґрунтованим кроком і цілком відповідає правовідновлюючому характеру цивільно-правової відповідальності, в тому числі і за порушення авторського права. Тому ми наголошуємо на необхідності закріплення правової норми подібного змісту і в авторському законодавстві України.

Наприкінці зазначимо, що на сьогодні в Україні механізми захисту авторських прав, зокрема на твори архітектури, перебувають у стадії інтенсивного формування, але ефекти-

вність захисту авторських прав на твори архітектури здебільшого залежить від самих володільців цих прав, їх зацікавленості та готовності до захисту, і чинне законодавство (цивільне, адміністративне, кримінальне) цілком сприяє їм цьому.

Список використаної літератури: 1. Заславский А. А. Авторское право в области архитектурной деятельности. Дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.03 / Уральская гос. юрид. акад. – Екатеринбург, 2001. – С. 170–171. 2. Люкшин А. М. Авторское право на произведения архитектуры. Дис. канд. юрид. наук. 12.00.03 / Санкт-Петербургский гос. ун-т. – СПб., 2004. – С. 128. 3. Закон України об авторском праве [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.moskau.diplo.de/Vertretung/moskau/ru/04/Gesetzestexte/DownloadDatei_Urheberrecht_pertV=Daten.doc. – Назва з екрана.

Кузьменко Г.С., аспірант 1 року навчання докторантури та ад'юнктури Харківського національного університету внутрішніх справ

Визначення поняття інституту забезпечення позову в цивільному процесуальному праві України

Відповідно до вимог статей 8, 55 Конституції України, 16 Цивільного кодексу України, ст. 3 Цивільного процесуального кодексу України кожна особа має право звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизначених або оспорюваних прав, свобод чи інтересів [1, с.138].

Однією з найважливіших гарантій, яка забезпечує реалізацію виконання майбутнього судового рішення в позовному процесі, є інститут забезпечення позову. Цей інститут необхідний для того, щоб захистити інтереси позивача на випадок можливості несумлінних дій відповідача [2, с.121].

Значення цього інституту полягає в тому, що ним захищаються законні інтереси позивача у тому випадку, відповідач буде діяти недобросовісно або коли взагалі відсутнє стосування заходів до забезпечення позову може призвести до неможливості виконання судової постанови.

Забезпечення позову незалежно від того, на якій стадії воно допускається, є дійсною гарантією реального виконання судового рішення. Але, між тим, даному питанню не приділено достатньої уваги в науці цивільного процесуального права. Отже, актуальною залишається проблема забезпечення позову в цивільному процесуальному праві України.

Аналізу цього явища присвячені роботи Юдельсона К.С., Клейнмана А.Ф., Белікова О., Андрушко А., Стефанчука Р., Сидоренко О., Колтунова А., та інших вчених.

Метою цієї статті є визначення поняття забезпечення позову в цивільному процесуальному праві України.

Згідно з Пленумом Верховного Суду України, забезпечення позову – це сукупність процесуальних дій, які гарантують виконання рішення суду в разі задоволення позовних вимог [3].

З цього випливає, що забезпечувати можливо тільки матеріально-правові вимоги позивача, інші вимоги забезпечуватись не можуть.

Як зазначає О. Беліков, забезпечення позову – це сукупність процесуальних дій, які гарантують виконання рішення суду у випадку задоволення позовних вимог. Точне й неухильне дотримання судами України норм чинного законодавства при розгляді заяв про забезпечення позову є необхідною умовою здійснення завдань цивільного судочинства, які полягають в справедливому неупередженому та своєчасному розгляді й вирішенні цивільних справ з метою захисту порушених прав, свобод або інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави [4, с.114].

На думку Юдельсона К.С., забезпечення позову полягає в прийнятті судом заходів, що гарантують можливість виконання майбутнього судового рішення [5, с.217].

Тобто, потреба в забезпеченні позову виникає, коли є достатньо обґрунтоване припущення про те, що майно відповідача зникне до моменту стягнення внаслідок приховування, знищення, відчуження, споживання або буде іншим чином утруднений або стане неможливим виконання рішення суду.

Досліджуючи цю проблему, Клейнман А.Ф., вважає, що забезпечення позову полягає в накладенні арешту на майно відповідача з метою гарантувати позивачу можливість виконати рішення суду про присудження спірного майна [6, с. 162].

Інститут забезпечення позову направлений на реальне і повне відновлення майнових прав громадян і юридичних осіб. Забезпечення позову в цивільному судочинстві є застосування судом передбачених законом заходів, що складаються з певних процесуальних дій в цілях гарантії виконання майбутнього судового рішення по пред'явленому позову. Ці заходи полягають в першу чергу в накладенні арешту на майно або грошові суми, що належать відповідачу, що знаходяться у нього або інших осіб.

Таким чином, можна зробити висновок, що забезпечення позову – це вживання судом, в провадженні якого перебуває справа, необхідних заходів щодо охорони матеріально-правових інтересів позивача проти несумлінних дій відповідача, що гарантує реальне виконання ухваленого рішення.

Література: 1. Колтунова А.І. Спільні питання забезпечення позову в цивільному процесі // Актуальні проблеми застосування Цивільного процесуального кодексу та Кодексу адміністративного судочинства: Тези доп. та наук. повід. учасників міжнародної науково-практичної конференції (25-26 січня 2007 року). – Х.: Національна юридична академія України, 2007. – С.138-141. 2. Советский гражданский процесс. Под ред. А.А. Добровольского. М. Изд-во Московского университета, 1979. – 368с. 3. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 22 грудня 2006 року №9 «Про практику застосування судами цивільного процесуального законодавства при розгляді заяв про забезпечення позову». 4. Беліков О. Забезпечення позову в цивільному судочинстві // Юридичний журнал. – 2007. – №3. – С.114-116. 5. Юдельсон К.С. Советский гражданский процесс. – М.: Издательство юридической литературы, 1956. – 440с. 6. Клейнман А.Ф. Советский гражданский процесс. – М.: Издательство МГУ, 1954. – 408с.

Глотов С.А., аспірант Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності Академії правових наук України

К вопросу о возможности частного копирования в цифровой среде

Если обратить внимание на историю становления и развития авторского права, можно отметить, что авторское право как таковое создавалось с учетом установления баланса между предоставленной создателям монополией на их произведения, и потребностью общества в том, чтобы иметь свободный доступ к созданному произведению без каких-либо ограничений со стороны его авторов. Иными словами, законодательство в этой сфере было направлено на установление некоторого «баланса» между этими интересами путем предоставления авторам монопольных (исключительных) прав на созданное ими произведение одновременно устанавливая некоторые исключения из этой монополии.

Такие исключения из монополии автора на созданное им произведение принято называть ограничениями авторского права.

Одним из таких ограничений является право пользователя на создание копий для собственных нужд или, как еще называют это право, – частное копирование¹.

¹ Сам по себе вопрос, является ли частное копирование правом или нет, есть предмет серьезных дискуссий. По мнению автора данной статьи, частное копирование все же не

Данное ограничение относится к наиболее важным положениям авторского права, так как в первую очередь здесь пересекаются экономические интересы авторов, правообладателей, с потребительскими интересами и информационной потребностью пользователей.

Повсеместное распространение персональных компьютеров (превосходных копировальных устройств) и интернета (отличнейшего средства распространения) значение возможности частного копирования существенно возросло, поскольку каждая последующая цифровая копия произведения перестала отличаться от оригинала, как это имеет место при копировании в аналоговой среде.

Такое положение дел привело к тому, что данное ограничение авторского права стало самым главным камнем преткновения в отношениях между правообладателями и потребителями (пользователями)¹, а также послужило основой для разделения копирования на копирование в аналоговой среде и копирование в среде цифровой. Эта дифференциация базируется на том, какая техника (аналоговая или цифровая) была применена в процессе копирования.

Такой явный конфликт указал на полную неготовность действующего законодательства об авторском праве к эффективному реагированию на подобные явления и подчеркнул практически полное отсутствие баланса в обществе между заинтересованными в этом вопросе сторонами.

Указывая на эту проблему, Дрейер писал, что «благодаря цифровым технологиям и разворачиванию сети (здесь имеется в виду интернет, прим. мос, Г.С.), пиратство в отношении охраняемых произведений в значительной степени облегчается»².

является правом, поскольку в самом действии – копировании – нет как такового самого использования произведения, которое копируется, в плане его духовного восприятия.

Кроме того, здесь можно также говорить о следующем: авторское право заявляется как право абсолютное, что обуславливает предоставление автору права использовать свое произведение как угодно. Копирование же в частных целях, выступая в роли ограничения авторского права, является следствием предпосылок социального характера, которые также заложены в праве интеллектуальной собственности. И положение о цифровом частном копировании как ограничении авторского права не выдвигает такую дефиницию, как право требования на такое копирование, а говорит о таком действии только как о допустимом (здесь см. подробнее Stickelbrock, «Die Zukunft der Privatkopie im digitalen Zeitalter», GRUR, 2004 г., стр. 740).

¹ Корень данного конфликта, в первую очередь, - финансовый интерес, причем обеих сторон.

² Dreier, Urheberrecht und digitale Technologie, in: Perspektiven einer Entwicklung des Urheberrechts, 1994 г., стр. 123, абз.140

В связи с этим, в рамках всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) 20 декабря 1996 г. были приняты два договора¹, основной целью которых являлось урегулирование вопросов авторского права в цифровой среде: один относится к авторскому праву, другой – смежным правам.

Данные Договоры, не смотря на многочисленные отзывы о том, что этими актами информации предоставляется больше свободы², первыми обозначили концепцию защиты интеллектуальной собственности в цифровом веке.

В целом можно сказать, что выше упомянутыми международными актами было продекларировано три уровня защиты авторского права в цифровой среде:

первый зиждется на основах авторского права;

второй говорит о применении технологических мер в целях защиты от несанкционированного доступа и использования объекта авторского права;

третий предполагает правовую охрану мер технологической защиты второго уровня³.

Иными словами, Договоры ВОИС сделали общий вывод о том, что «ответом на машину может быть только сама машина»⁴.

Именно данными Договорами было положено начало изменениям законодательств стран-участниц на национальном уровне с целью обеспечить возможность осуществления авторского права в цифровой среде, при этом на волю стран-участниц было отдано право самим определить свое отношение к технологическим мерам защиты и к действиям по обходу таких технологических мер.

Лукіна І.М.

Щодо проблем цивільної процесуальної відповідальності

Процесуальна відповідальність, як і юридична відповідальність узагалі, може будуватися на загальних підходах. Вона

¹ Україна являється страной-участницею по даним договорам. См. Закон України «О присоединении Украины к договору ВОИС об авторском праве» от 20.09.2001г., Закон Украины «О присоединении к договору ВОИС «Об исполнении и фонограммах» от 20.09.2001г.

² Czychowski, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2003 г., стр. 2409 (2410)

³ Анн Лепаж, Обзор изъятий и ограничений авторского права в цифровой среде, Бюллетень UNESCO, том XXXVII, 2003 г., стр. 12, Jacques de Werra, op. cit., стр. 4

⁴ Charles Clark, The Future of Copyright in a Digital Environment. Kluwer Law International, 1996 г., стр. 139-146

може бути позитивною та негативною. Позитивна цивільна процесуальна відповідальність – це покладена на суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин необхідність точно виконувати свої процесуальні обов'язки і використовувати надані ним процесуальні права відповідно до їх призначення. Своє виявлення позитивна цивільна процесуальна відповідальність знаходить у конкретних обтяжуючих обов'язках суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин, які порушили приписи ЦПК України.

Негативна цивільна процесуальна відповідальність, так само як і негативна відповідальність узагалі, являє собою обов'язок правопорушника перетерпіти юридично несприятливі наслідки правопорушення у вигляді позбавлень особистого чи майнового характеру. Її ознаками є державний і суспільний осуд поведінки правопорушника, державний примус і наявність негативних наслідків для порушника. На відміну від інших видів відповідальності, заходи цивільної процесуальної відповідальності передбачені нормами цивільного процесуального права й застосовуються до осіб, котрі учинили цивільне процесуальне правопорушення.

Відповідальність у широкому плані, тобто таку, що виходить за рамки розуміння її як наслідку правопорушення, розглядав М.С.Строгович. Він зазначав, що «можна стверджувати, що юридична відповідальність є, насамперед, відповідальним ставленням людини до своїх обов'язків, відповідальністю за належне виконання особою покладених на неї законом обов'язків. Якщо ж обов'язок не виконано, настає відповідальність в її негативному значенні - примусі, стягненні, покаранні тощо».

Однак деякі вчені при цьому зазначають, що прихильники «позитивного»напряму юридичної відповідальності оперують моральними категоріями, які не є правовими, наповнюючи зміст останньої моральними характеристиками, притаманними не праву, а моралі. За твердженням Н.С.Малеїна, прихильники «позитивної»відповідальності виводять її поняття за межі права: свідомість, почуття, мораль – категорії не правові.

І.С.Самощенко вважає, що юридична відповідальність – особливі, передбачені й урегульовані нормами права стосунки між порушником вимог права і державою в особі визначених її органів. Тож – юридична відповідальність тлумачиться в правовій літературі не однозначно. Одні автори зводять її тільки до різновиду санкцій, другі – розуміють сам

процес їх застосування, треті подають її у вигляді охоронних правовідносин, що виникають між порушником і державними органами. Але в усіх випадках автори сходяться у тому, що юридична відповідальність - це специфічний обов'язок зазнавати позбавлень особистого або матеріального характеру за зроблене правопорушення відповідно до санкції порушеної норми права. Так, автори одного з підручників вважають, що юридична відповідальність означає застосування санкцій правових норм, певних заходів відповідальності.

Треба визнати, що більшість дослідників відхиляють ідею існування позитивної відповідальності в цілому та процесуальної, зокрема. Наприклад, О.В.Цихоцький пише: «...сама по себе эта категория не отображает какую-либо юридическую реальность». Інші автори ще більш категоричні: «В отличие от уголовного права гражданская процессуальная ответственность представлена только реализацией наказания».

У названих визначеннях юридичної відповідальності автори так чи інакше виділяють різноманітні ознаки. На наш погляд, такими ознаками в даному випадку є такі: 1) юридична відповідальність формалізується в двох площинах: нормах матеріального і нормах процесуального права. Причому процесуальне право лише встановлює порядок і умови застосування юридичної відповідальності за правопорушення; 2) юридична відповідальність є одним із видів соціальної відповідальності. Їй властиві всі ті ж ознаки, що й соціальній відповідальності. Проте поняття «юридична відповідальність» за своїм характером вужче поняття «соціальна відповідальність» і співвідноситься як загальне (соціальна відповідальність), спеціальне (юридична відповідальність), окреме (процесуальна відповідальність); 3) визначальною ознакою юридичної відповідальності є покарання, хоча можна не погодитися з такою постановою питання, оскільки подібна відповідальність може розглядатися в двох аспектах: активному і ретроспективному. Коли йдеться про активний аспект відповідальності, то в цьому випадку вона виступає як усвідомлення особою свого місця в суспільстві. У цьому випадку відповідальність є моральним регулятором поведінки людей. У іншому випадку говорять про ретроспективний аспект відповідальності за минуле. У цьому сенсі, з одного боку, суть відповідальності це прийняття особою несприятливих наслідків за свою протиправну поведінку, а з іншого - заподіяння особі цих наслідків. Про юридичну відповідальність у цьому випадку можна говорити тільки в плані покарання; 4) юридична відповідальність, на відміну від соціальної, встановлюється тільки пра-

зовими актами, що видаються органами державної влади, а також посадовими особами; 5) відмінною ознакою юридичної відповідальності є те, що вона застосовується за скоєне правопорушення, за порушення правових норм; 6) юридична відповідальність є однією з форм державного примусу, а тому застосовується або державними органами. Державний примус призначається будь-якою правовою нормою, оскільки вольовий характер є головною рисою права як суспільного явища.

Таким чином, виникає потреба у визначенні поняття, яке охоплювало б обидва аспекти відповідальності як позитивний (перспективний), так і негативний (ретроспективний). Деякі вчені вважають, що неможливо дати їх єдиного визначення: два різних явища не можуть бути охоплені одним поняттям. Так, О.Е.Лейст зазначає, що позитивна юридична відповідальність не є зворотною стороною негативної юридичної відповідальності, її дзеркальним відображенням, іншим аспектом цього поняття. Ці поняття відповідальності суттєво різняться за змістом та цілями. Якщо через негативну відповідальність здійснюється охоронна функція держави, то у позитивній відповідальності виражається демократичний характер і творча роль. Негативна відповідальність спрямована проти минулого, позитивна – організовує та виховує майбутнє.

Габелко Е.В., здобувач кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ

Место, сущность и назначение института договора поставки

В науке гражданского права смыслом договора поставки, принято считать отдельным проявлением категории сущности права вообще, его институтов, в частности. На таком методологической основе формируются концептуальные положения достаточно интересной и неординарной в юриспруденции монографии О.Е. Лейста «Сущность права»¹. В тоже время доктринально можно признавать доктрину права К. Маркса – как введенную в закон волю господствующего класса, содержание которой обусловлено материальными усло-

¹ См.: Лейст О. Е. Сущность права. Проблемы теории и философии права. М. ИКП. «Зеркало-М». 2002. 288 с.

виями жизни¹, Возможны и другие подходы, которые бы точнее отражали бы назначение (функции) права в обществе и его конститутивные элементы.

Исходя из содержательной стороны деятельности нынешнего государства, речь должна вестись о воле народа и его интересах. Но среди этого народа есть разные классы и слои, интересы которых не всегда совпадают. К тому же воля народа выражается через представительскую демократию и может быть выражена неадекватно, следовательно, гарантировать взаимосвязь воли народа, выраженной его представителями, воле отдельного гражданина весьма трудно.

Как паллиатив для решения задачи о сущности и назначении договора поставки может служить определение в доктрине теории права сущности права вообще – государственная воля, воля бога, воля принцепса, господствующего класса, народа, средство разграничения или защиты интересов, способ выражения общественного интереса, орудия строительства нового общества, мера труда и потребления.

Среди высказанных в литературе пониманий права, сегодня определенный интерес представляет доктрина права как инструмент социального управления². Оно базируется на регуляторной функции права, а все институты права – инструмент, обеспечивающий нормальное функционирование общества³. Само право рассматривается в общих чертах как социальный регулятор общественных отношений и процессов⁴ и является необходимым инструментом социального управления⁵.

Если исходить из доктрины естественно-правовой школы, то сущность права и его отдельных институтов заключается в выражении воли. При экстраполяции на субинститут поставки – это способ выявления воли на отчуждение товаров поставщиком и его приобретение купцом. Социологическая школа исходит из присущей правоотношениям нормативности, и свойствам нормативности и обязательности правовых норм. В психологической школе права за основу берется

¹ См.: Маркс К. Манифест Коммунистической партии. // Маркс К. Энгельс Ф. Соч. Т.4. С.443

² См.: Эффективность правовых норм /Кудрявцев В.Н., Никитинский В.И., Самощенко И.С., Глазырин В.В. М., Юрид. Лит. 1980. С.9

³ См.: Право и социология. М., Наука, 1973, С.23.

⁴ См.: Тихомиров Ю.А. Механизм социалистического государственного управления /Сов. государство и право. 1975, №4, С.25.

⁵ См.: Алексеев С.С. Право и управление в социалистическом обществе / Сов. государство и право. 1973, №6, С.15.

психическое свойство человека к переживаниям, с которыми и связывают обязательность правовых норм, а в исторической – видят сущность права в духе народа. Школа юридического позитивизма исходит из государственного внедрения норм права как воли государства.

При таком многообразии подходов, теорий и доктрин требуется достаточно убедительные доводы в правомерности избранной концепции. Наиболее достоверной следует считать социологическую школу. Правомерно суждение, что если есть обладатели, владельцы имущества, товаров, то условием их существования становится обмен, облекающийся в форму договора (юридического соглашения) т.е. как документа, определяющего динамику отношений. Учитывая наше исследование, казалось бы, эта теория подходит как можно лучше, потому что основанием для договоров является равенство и свобода владельцев товара. Следовательно, содержание правоотношений при таком доктринальном подходе предопределяется экономическими отношениями (закономерностями), а их форму собственно составляет сам договор. Именно право производно от экономики. Отношения собственности могут существовать до закона и вне закона. Если закон пренебрегает естественное право, навязывает волю естественному ходу событий в отношениях между владельцами товара, то он обречен на пренебрежение. Отсюда право и закон не могут быть тождественными по содержанию. Право шире чем закон, а закон только одно из проявлений права, хотя и основное, но не единственное.

Не менее интересен подход Л.И. Петражицкого на основе естественно-правовой доктрины и её психологического направления. Концептуально она сводится к тому, что мышление человека обусловлено его эмоциональными переживаниями, а существование человека – непрерывное изменение чувств, эмоций, желаний. Этот поток эмоций и переживаний является единственной реальностью, в которой именно и рождается право. Отсюда право – порождение человеческой психики.

У представителей психологической школы субъективные права – разновидность правовых чувств, специфика которых заключается в том, что оно имеет характер домогательства, то есть требовать от других лиц выполнения их юридического долга или других действий в свою пользу. Последователь Л.И. Петражицкого П.Е. Михайлов суммировал: «...под правом как особым классом реальных явлений должны понимать все те эмоциональные переживания, те феномены психики, реальное

явления этического сознания, которые имеют атрибутивный характер, характер притязаний, и составляют особенный класс явлений, наименование которых – право»¹.

Если правовая норма – следствие переживания человека, то человек соответственно своим переживаниям и эмоциональному состоянию может творить для себя норму. Трудно согласиться с суждением о том, что имеет место некое чувственное начало, которое может доминировать над объективными обстоятельствами. Одновременно можно считать вполне объективной критику, иногда достаточно резкую, сторонников психологической школы права. Напомним, что законодатель не выдумывает правовых норм, тем, более соответственно, своих чувств и эмоций, а формирует их в силу реальных жизненных потребностей. Особенно это касается регулирования объективных по своему содержанию экономических отношений. Объективный характер экономических закономерностей предопределяет необходимость адекватной им правовой формы. Это и является гарантом единства правовой материи, обслуживающей экономические отношения и особенно в сфере товарооборота.

Заслуживает внимания доктрина естественного права, тем более что для этого есть определенные нормативные основания. Если есть равенство, то должно быть и мерило этого равенства. Иначе мы, исходя из своего внутреннего права, можем по-разному оценивать одни и те же правовые явления. Естественно-правовая доктрина объясняет идеальный внутренний виток права: душа, ум, интеллект, заметим не чувство, эмоции и переживания. То есть речь идет о так называемом смысле. Отсюда право – следствие осмысления смысловой ценности человеческого бытия и его детерминантов. Еще Г.Гегель указывал: «Философская наука о праве имеет своим предметом идею права – понятия права и его воплощения... Идея права является свободой. Право наличествует бытием свободной воли. Система права является царством реализованной свободы»². Это истина, которую мы должны осознать и от нее отталкиваться при проведении исследований феномена права вообще и его отдельных институтов.

В то же время, когда сталкиваются две и больше свобод, то нужно их согласование. Оправданной юридической фор-

¹ См.: Михайлов П.Е. Проблемы права. Новые идеи в правоведении. СПб. 1915. С. 48.

² См.: Гегель Г.В.Ф. Философия права. М. 1990. С.59.

мой согласования автономных свобод является договоренность и, в частности, договор.

На основании приведенного мы считаем, что в общих чертах философское толкование сущности права имеет свое продолжение на уровне отраслей права и даже их отдельных институтов, а для гражданского права – его подотраслей. Отсюда последующее исследование сущности договора поставки нам видится целесообразным в ракурсе категориального аппарата науки гражданского права. С методологической целью мы попробуем смоделировать на основе принципа дедукции категориальную цепь урегулированных гражданским правом отношений от общего к отдельному.

Нам видится целесообразной схема, которая может быть представлена следующим образом: предмет гражданского права (имущественные отношения) – основания возникновения гражданских прав и обязанностей (договор) – сделка – обязательство – договор – договоры на передачу имущества в собственность (купля-продажа) – договор поставки – виды договора поставки.

Исходя из имущественного детерминизма человеческого бытия, гражданское право юридически оформляет экономические по сущности и содержанию отношения. Ему отводится основная роль в установлении правового положения субъектов, определении оснований возникновения субъективных прав и юридических обязанностей, обеспечении стабильности экономики страны, урегулировании отношений по переходу материальных ценностей от одних его участников к другим, формировании экономических сообществ, механизма их взаимодействий для достижения индивидуальных и общих интересов. В основу регулирования товарно-денежных отношений положен механизм гражданского права, который основан на свободе собственности, свободе договора, свободе предпринимательства. Утверждение о ведущей роли частноправовых начал регулирования отношений собственности и возможности их осуществления через обязательственные отношения на принципах свободы и возмездности является одним из проявлений сущности и назначения современного этапа развития гражданско-правового регулирования.

На уровне отдельного, сущность договора поставки предопределяет его правовая природа: договор поставки – разновидность договора купли-продажи. Со времен его появления Г.Ф. Шершеневичем и др. он относился к купле-продаже. К этому вернулись многие ученые и в современном граждан-

ском праве. По мнению которых договор поставки урегулирован как разновидность купли-продажи¹. Даже если О.С.Иоффе считал, что поставка рядом с куплей-продажей является частью более широкого понятия – договоров оплатной реализации имущества². Это никоим образом не влияет на его общую правовую природу и сущность. То есть договор купли-продажи и поставки – равнозначные правовые явления, которые соотносятся между собой как специальное и отдельное.

Вместе с тем нельзя не учитывать и иные подходы. Так, известный исследователь договора поставки Н.И.Клейн считала, что договор поставки является вполне самостоятельным типом договора, поскольку он отличается от купли-продажи рядом признаков. Во-первых, субъектным составом – лишь социалистические организации. Во-вторых, не совпадением момента заключения и момента выполнения, последнего со сроком заключения договора³. Первое отличие ныне ушло, а вторые при консенсуальности купли-продажи существенно не влияют на природу договора поставки.

Не менее известный специалист в области договорного и хозяйственного права Б.И. Пугинский считал, что специфическим условием поставки является его предмет – движимое имущество, которое характеризуется родовыми признаками. Этот договор не может быть многосторонним⁴. Эти признаки имеют лишь относительный характер и не свидетельствуют в пользу уникальности договора поставки в российском договорном праве.

Таким образом, основное в споре о сущности договора поставки: это или разновидность договора купли-продажи, или самостоятельное хозяйственное обязательство решается однозначно. Мы на основе конструкции, сформулированных ГК большинства государств постсоветского пространства, построения типологии и института купли-продажи склонны стать на первичную концепцию сущности этого обязательства как договора и его разновидности купли-продажи. В таком своем качестве договор поставки – сложен особым правовым положением сторон и предопределённостью использования предмета поставки.

¹ См.: Гусев А.П. Гражданское право: Учебник; В 3-х т. Т.2. М-ИНФРА. М. 2003. С.36. (454с.)

² См.: Иоффе О.С. Советское гражданское право. Л. 1961. С.34-36

³ См.: Советское гражданское право /Отв. ред. О.Н.Садиков. М., Юрид.лит. 1983. С.219-222

⁴ См.: Гражданское право. Т.2. /Отв. ред. Е.А.Суханов. М., 1993. –С.86-87

Проблема правового регулювання ринку банківських послуг в Україні

Актуальність проблематики дослідження обумовлена суттєвим зростанням ролі банківських установ на сучасному етапі розвитку економіки України. Як наслідок загальносвітової тенденції транснаціоналізації банківської діяльності, останніми роками в Україні поступово розширюють свою присутність банки з іноземним капіталом (станом на 1.01.2008р. їх кількість збільшилася до 44 (25,4%), серед них 16 (9,2%)-зі 100% іноземним капіталом, що представлений в Україні 23 країнами.)[1]. Цей процес сприяє впровадженню міжнародного досвіду ведення банківської справи. На фоні перспектив розвитку банківської сфери зростає і роль правового механізму її регулювання. Сьогодні, науково – технічний прогрес обумовлює стрімкий розвиток технічних можливостей банківської системи і наслідком цього є поява нових банківських операцій, які також вимагають адекватного правового регулювання.

Ще одним важливим напрямком удосконалення банківського законодавства України є його адаптація до законодавства Європейського Союзу відповідно до Закону України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 18.03.2004р. № 1629 – IV. Крім того, Постановою Кабінету міністрів України від 20.06.2006р. №844 затверджена Стратегія співробітництва з міжнародними фінансовими організаціями на 2006-2008 роки, що також сприяє урахуванню світового досвіду в процесі формування в Україні необхідної законодавчої бази.

Таким чином, сьогодні в Україні триває складний процес формування нового законодавства, і саме цим пояснюється значна кількість наукових досліджень і публікацій практикуючих юристів у сфері банківської діяльності. Розвиток теорії банківських послуг було започатковано працями вчених Мічиганського університету на межі 60-70-х років ХХ століття. Аналіз процесів на ринку банківських послуг, привертає до себе дедалі більшу увагу закордонних вчених (Е. Дж. До-

лан, К. Д. Кембелл, Р. Дж. Кембелл, Г. Армстронг, Ф. Котт, Д. Левелін, Пітер С. Роуз, Фредерік С. Мишкін), зокрема ковців з країн СНД (Є. Єгоров, А. Романов, В. Головін, В. Бєкато, Ю. Львов, Е. Новаторов, Н. Куршакова, О. Лаврушин) вітчизняних дослідників, а саме: Патрушева Є.М., Чапко Ю.І., Чапчадзе Я.О., Карманова Є.В., Рябко А.Г., Якубівський І.Є., Васьковського О.В., Лепех С.М., Нурзад І.А., Гостинський В.І., Дроздової Н.В., Шаповалової О.І., Безлаубого І.А. тощо

Предметом нашого дослідження є проблемні питання правового регулювання ринку банківських послуг в Україні.

Реформування банківської сфери України було розпочато з прийняття у 1991 році Закону «Про банки і банківську діяльність» розробки та затвердження на рівні Національного банку України ряду нормативних актів.

Наступний крок пов'язаний з проголошенням напрямку на спеціалізацію діяльності банків та розширення сфери фінансових послуг новим Законом України «Про банки і банківську діяльність» від 7.12.2000р. та Законом України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12.07.2001р. Проте положення оновленого законодавства суттєво не торкнулись цивільно-правового регулювання банківських послуг: шість статей глави 33 ЦК України 1963 року регулювали загальні засади розрахункових і кредитних відносин і містили близько десяти відсильних норм спеціального законодавства. Водночас, існувала тенденція запровадження у підзаконних актах норм, які не завжди гармонізувались з нормами чинного на той час ЦК УРСР 1963 року.

З прийняттям 16 січня 2003 року ЦК України розпочалися кардинальні зміни. У Постановах правління НБУ про затвердження відповідних нормативних з'явилися посилання щодо відповідності ЦК України, а зміст самих нормативних актів дійсно наближений до норм ЦК України. Разом з тим спостерігається проблема подвійного регулювання різними галузями права одних і тих самих суспільних відносин, але основною підхід до регулювання відповідних відносин є різний, а відносно для їх учасників настають різні правові наслідки. Так, наприклад, відповідно до ст. 345 ГК України у кредитному договорі вказується мета, сума і строк кредиту, умови і порядок видачі та погашення, види забезпечення зобов'язань позичальника, відсоткові ставки, порядок плати за кредит, обов'язки позичальника і відповідальність сторін щодо видачі та погашення кредиту. Одержати банківський кредит можна за наявності документів, визначених ст. 346 ГК України. Таке значне розши-

на обов'язкових умов нівелює принцип свободи договору і тим самим ставить у залежність потенційного клієнта від банківської установи. Проте, частина 1 статті 4 ГК України містить норму, що виключає можливість регулювання ГК України майнових та особистих немайнових відносин, врегульованих ЦК України. Норма частини 2 статті 4 ГК України суперечить частині 1 вищезазначеної статті [2]. Принаймні це стосується особливостей регулювання майнових відносин суб'єктів за допомогою банківських правочинів. Оскільки, саме нормами ЦК України встановлені певні договірні конструкції, за допомогою яких регулюються відносини учасників при наданні банківських послуг. Щодо особливостей регулювання відповідних відносин, то вони, власне, встановлені нормами ЦК України. Слід зазначити, що застосування словосполучення «особливості регулювання майнових відносин» у тій чи інших сферах спрямоване на встановлення норм щодо деталізації правового режиму відповідних відносин на рівні спеціального закону, наприклад, у Законі України «Про банки і банківську діяльність» є ряд заборон і обмежень, що стосуються умов здійснення окремих банківських операцій. Так, банкам забороняється прямо чи опосередковано надавати кредити для придбання власних цінних паперів. Використання цінних паперів власної емісії для забезпечення кредитів можливе лише з дозволу НБУ [3; ст.49]. Зрозуміло, що не має сенсу дублювати, а тим більше запроваджувати правила, що суперечать тим нормам ЦК України, які безпосередньо регулюють відповідні відносини.

Таким чином, проблемою правового регулювання ринку банківських послуг в Україні є суперечливість і неповнота нормативно-правових актів, а також їх множинність, комплексність і неоднорідність.

Література: <http://www.bank.gov.ua>; Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11 – ст. 462; Закон України «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 5 – 6. – ст. 30.

Юніна М.П., здобувач кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ

Колізійні питання правоздатності та дієздатності іноземних юридичних осіб в Україні

В умовах поширення господарської діяльності юридичних осіб за межами однієї держави все більше зростає роль юри-

дичної особи як одного з суб'єктів приватних правовідносин, ускладнених іноземним елементом. При здійсненні юридичною особою господарської діяльності на території інших країн виникають дві проблеми: визнання правосуб'єктності іноземної юридичної особи та допуск її до здійснення господарської діяльності на території даної держави.

Сучасна теорія приватного права визнає, що юридичні особи так само як і особи фізичні, мають свою правоздатність та дієздатність (правосуб'єктність). Саме правосуб'єктність є тією правовою категорією, яка дозволяє розглядати певну особу не лише як абстрактного суб'єкта права, а як суб'єкта конкретних правовідносин.

Визначення правосуб'єктності іноземних юридичних осіб та утворених за їхньою участю товариств в Україні проводиться з урахуванням колізійного законодавства України та міжнародних угод. Відповідно до Закону України «Про міжнародне приватне право» правосуб'єктність іноземних юридичних осіб у на території України визначається особистим законом (статутом) юридичної особи (ст. 26 Закону).

Поняття особистого статуту юридичної особи взаємопов'язане та взаємообумовлене з поняттям її національності: національність юридичної особи визначає її особистий статут, а зміст особистого статуту залежить від того, яку національність (державну приналежність) має юридична особа. Особистий статут юридичної особи визначає її правове положення, а також обсяг правоздатності юридичної особи.

В світовій практиці існує декілька основних критеріїв, які дозволяють визначити особистий статут юридичної особи: за місцем створення (доктрина інкорпорації), за місцем знаходження її адміністративного центру (доктрина осілості), за місцем її основної діяльності (доктрина центру експлуатації).

Чинне законодавство України (стаття 25 Закону України «Про міжнародне приватне право») встановлює, що особистим законом юридичної особи є право держави місцезнаходження юридичної особи. Місцезнаходженням юридичної особи визнається держава, у якій юридична особа зареєстрована або іншим чином створена згідно з правом цієї держави. Тобто законодавство України для визначення державної приналежності юридичної особи використовує критерій інкорпорації [1].

Перевагами критерію інкорпорації можна назвати наступне: критерій місця інкорпорації чіткий, його легко встановити; без згоди держави, за законами якої створена юридична

на особа, вона не може змінити свою національність; якщо діяльність юридичної особи буде визнано небажаною для держави інкорпорації, вона може ліквідувати цю юридичну особу не лише в себе, але й за кордоном [5].

Допуск іноземних юридичних осіб до здійснення господарської чи іншої діяльності на території України та правовий статус таких осіб регламентуються законодавством України, тобто застосовується закон місця здійснення діяльності. Разом з тим юридична особа не може мати за кордоном більше прав, ніж вона мала б за особистим статутом.

В науці міжнародного приватного права загальновизнаним є твердження про те, що підприємство, організація чи інша сукупність фізичних осіб, що дістали статус юридичної особи в одній державі, визнаються суб'єктами права і в інших державах. Вони підтверджують свій статус витягом з торгового, банківського чи судового реєстру тієї держави, яка надала їм цей статус, а також засновницькими документами, засвідченими в установленому порядку.

На сьогодні існують певні труднощі у колізійно-правовому регулюванні питань приватноправового статусу юридичної особи. Пов'язане це, насамперед, із неможливістю знайти таку єдину колізійну прив'язку, яка влаштувала би більшість держав і відповідала би потребам інтернаціональних економічних зв'язків, що розвиваються [6].

З огляду на тенденції розвитку науки, законодавства, а також правозастосовної практики, можна відзначити такі шляхи вирішення проблем, пов'язаних із правовим статусом іноземних юридичних осіб:

1) чітке законодавче визначення статусу іноземних юридичних осіб, поряд із вітчизняними підприємствами;

2) усунення суперечностей у чинних правових актах щодо підприємств з іноземними інвестиціями.

Список використаної літератури: Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 32. – Ст. 422; Міжнародне приватне право. Навчальний посібник / Під ред. В.М. Гайворонського, В.П. Жушмана. – Київ: Юрінком Інтер, 2005. – 366 с.; Федіняк Г.С. «Межі здійснення правосуб'єктності юридичними особами України за кордоном» (приватно-правовий аспект) // Право України. – 2003. – № 12; Федіняк Г.С. Федіняк Л.С. Міжнародне приватне право: Курс вибр. лекцій. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – 432 с.; Хєда С.М. Поняття та обсяг цивільної правосуб'єктності іноземних юридичних осіб за законодавством України // www.univ.km.ua/visnVtk/51.pdf; Чернолуцкий Р.В. Проблемы правосубъектности лиц в коллизионном праве Украины. Автореф. дис. ... кандидата юрид. наук / Одеська національна юридична академія – Одеса, 2006.

О предстоящем рассмотрении некоторых законопроект

Проблема наличия правовых коллизий и пробелов в действующем законодательстве создает определенные сложности в правоприменительной деятельности. Их устранение и приведение законодательной базы в соответствие требованиям практики и реалиями сегодняшнего дня безусловно является одной из актуальных проблем.

В настоящее время на рассмотрение Верховной Рады вынесено три законопроекта о внесении изменений в Закон Украины «О третейских судах» [2], каждый из которых ставит своей задачей усовершенствование действующего законодательства, однако анализ этих законопроектов свидетельствует о том, что они направлены на уничтожение института третейского разбирательства как такового.

Так, после ознакомления с пояснительной запиской к законопроекту «Щодо унеможливлення використання третейських судів у рейдерських схемах» от 25.01.2008 года № 1433 [3] внесенным народным депутатом О.Б.Фельдманом, создается впечатление, что основная деятельность третейского суда это рейдерство.

Указанным законопроектом вносятся изменения в соответствии с которыми предлагается исключить из подведомственности третейских судов споры о признании сделок действительными или недействительными. Данный запрет не изменит существующее положение дел и уж никоим образом не сможет противодействовать рейдерству. Лица, заинтересованные в наличии рейдерских схем тут же придумают вместо существующих новые, которые будут благополучно работать на их благо.

Такое сужение круга полномочий третейского суда, неизменно приведет к нарушению прав граждан Украины (предусмотренных ст. 22 Конституции Украины) на обращение в третейский суд за разрешением споров.

Заслуживает одобрения и законодательного закрепления предложение О.Б. Фельдмана о предоставлении права обжалования решения третейского суда иными (кроме сторон третейского рас

смотрения) лицами, которые принимали участие в третейском рассмотрении, а также лицами, которые не принимали участие в деле, если суд решил вопросы относительно их прав и обязанностей. Поскольку возможность обжалования решения третейского суда, если им действительно нарушены права граждан – достаточно актуальный вопрос третейского судопроизводства.

Однако для предотвращения проблем, которые могут возникнуть в связи с определением этого субъектного состава, по нашему мнению, представляется целесообразным четко определить круг лиц, имеющих право на обжалование решения третейского суда.

При этом непонятны причины необходимости обжалования определения компетентного суда о выдаче исполнительного документа на решение третейского суда. Кроме того, ст. 293 ГПК Украины [4] предусматривает, перечень определений суда на которые могут быть поданы жалобы. Зачем вносить в закон норму, которая прямо противоречит действующему законодательству?

Теперь, обратимся к законопроекту «Про внесення змін до Закону України «Про третейські суди» щодо удосконалення діяльності третейських судів» зареєстрованого 14.02.2008 года № 1433-1 [3], который был подготовлен во исполнение пункта 11 поручения Кабинета Министров Украины от 16.11.2007 года № 47980 /0/1-07.

В целом содержание этого законопроекта аналогично предложенному О.Б. Фельдманом.

Отличие указанного законопроекта от предыдущего заключается в том, что им предлагается ввести упразднение процедуры легализации решения третейского суда, что не минуемо приведет к ликвидации института третейского судопроизводства в целом.

Как указано в пояснительной записке к этому законопроекту необходимость внесения изменений в Закон вызвана злоупотреблениями наносящими вред правам и интересам граждан. Таким образом, если исходить из логики построения и мотивации законопроекта, то в случае, когда лицом совершено преступление против собственности необходимо наказывать не лицо, виновное в совершении преступления, а необходимо упразднить институт собственности и проблема отпадет сама собой.

Немалый интерес представляет собой анализ решений третейских судов, которые проведены авторами законопроекта. Как известно ст. 6 ЗУ «О третейских судах» формирует подведомственность и определяет круг споров подсудных третейскому суду. Дей-

ствительно особое производство не подсудно третейским судам. Анализ содержания ч. 6 ст. 235 ГПК Украины свидетельствует о том, что если установление факта имеющего юридическое значение необходимо для решения дальнейшего спора, то это производство является исковым. Кроме того, п 1 Постановления Пленума Верховного Суда Украины от 31.03. 1995 года № 5 «Про судову практику в справах про встановлення фактів, що мають юридичне значення» [5] гласит о том, что в порядке особого производства про установление фактов рассматриваются дела, если установление факта не связано с последующим разрешением спора про право. Таким образом, предложенные изменения противоречат существующим нормам.

Следующий тезис пояснительной записки касается признания договоров отчуждения недвижимого имущества действительными и указывает на желание сторон уклониться от уплаты госпошлин со всеми вытекающими последствиями. Хотелось бы обратить внимание, что договора отчуждения недвижимого имущества признанные третейским судом действительными имеют место тогда, когда у сторон возникает спор относительно имущества или существуют препятствия правового характера, при данных обстоятельствах сделка не может быть заключена нотариально.

В соответствии со ст. 38 ЗУ «О третейских судах» третейский суд может обязать сторону предоставить суду информацию, при этом третейский суд лишен полномочий запросить эту информацию самостоятельно или легальным способом проверить предоставленную сторонами информацию. Поэтому тезис автором законопроекта о том, что обращение в третейский суд вызвано желанием скрыть информацию о действительном статусе имущества не заслуживает внимания.

И наконец законопроект «Щодо розширення кола засновників третейських судів» от 05.03.2008 года № 2175 [3] представленный на рассмотрение народными депутатами Украины А. Матвиенко и О. Боднарь.

Предлагаемый законопроект ставит своей задачей создание условий для третейского судопроизводства не только для рассмотрения крупных хозяйственных споров. В нем акцентируется внимание на необходимость рассмотрения третейскими судами значительного количества мелких хозяйственных и гражданских споров, возникающих в жизни граждан Украины, не имеющих надежды на справедливое, недорогое и быстрое разрешение их проблем в государственных судах. Основной задачей данного законопроекта является разгрузить суды общей юрисдикции от значите-

льного количества мелких дел и переложить этот груз на плечи третейских судов. Эта позиция безусловно является прогрессивной по отношению к третейскому судопроизводству.

Несомненно Закон Украины «О третейских судах» далек от совершенства и безусловно требует внесения изменений, но они должны носить позитивный и прогрессивный характер.

Література: Конституція України // Відомості Верховної Ради України.- 1996.-№ 30.- ст.141/; Закон України «О третейских судах» от 11.05.2004 года № 1701-IV // Відомості Верховної Ради України.-2004.- № 35.- ст.412/; Сайт Верховной Рады Украины: www.rada.gov.ua; Гражданский процессуальный кодекс Украины.-X.: ООО «Одиссей», 2005.-192 с.; Постановления Пленума Верховного Суда Украины от 31.03. 1995 года № 5 «Про судову практику в справах про встановлення фактів, що мають юридичне значення» // www.rada.gov.ua/

Ясечко С.В., ад'юнкст 1-го курсу докторантури та ад'юнктури Харківського національного університету внутрішніх справ

Таємниця як режим інформації за Цивільним кодексом України

В діючому законодавстві закріплені поняття «комерційна таємниця», «банківська таємниця», «конфіденційна таємниця», «державна таємниця», встановлена охорона «лікарської таємниці», «службової таємниці», «адвокатської таємниці», «професійної таємниці», «таємниці сповіді». В Цивільному кодексі України (далі за текстом ЦК України) передбачений захист «нерозкритої інформації», однак введення в правовий обіг цих понять здійснюється без належної їх узгодженості, без урахування судової практики, що при застосуванні виявило недосконалість законодавства як у визначенні видів таємниць, так і засобів їх правового захисту.

Зрозуміло, що у сфері правового регулювання може знаходитися лише та інформація, відносно якої визначений обмежувальний режим доступу. Нормативні акти не дають чіткої класифікації інформації, яка знаходиться у режимі таємниці, але в теорії цивільного права розроблені окремі класифікації.

Ми вважаємо, що декілька видів інформації, що охороняються законом, можна об'єднати в 4 основні групи: таємниця приватного життя, професійна таємниця, комерційна таємниця, державні секрети [2].

Аналіз ЦК України дозволяє зробити висновок, що він закріплює режим таємниці стосовно відомостей стану здоров'я (ст.286), особистого життя (ст.301), кореспонденції (ст.306),

банківського рахунку, операцій за рахунком і відомостей про клієнта (ст.1076), заповіту (ст.1255) та інформації що становить комерційну таємницю (ст.505) [3].

Спільним між зазначеними видами інформації є те, що в кожному випадку таємниця – це режим інформації, по відношенню до якої обмежується доступ. Вважаємо, що таємниця – це вид режиму, спосіб охорони від третіх осіб певної інформації. Однак слід зауважити, що на відміну від комерційної таємниці, інші таємниці, як правило, мають за мету не охорону визначених майнових благ, а захист різного роду публічних інтересів або особистих прав. Всі вказані види таємниць можуть представляти комерційну цінність для осіб, однак вони всі, крім комерційної таємниці, відповідними законами виключені з цивільного обігу.

Інтереси володільця інформації, що містять відомості, які представляють цінність, є причиною встановлення заборони на доступ до цих відомостей третім особам, що розуміється як блокування технічними й іншими засобами дій по знаттю інформації, здійснюване фактичним її володінням.

Специфіка відносин, що складаються в суспільстві з приводу інформації, що полягає в основі цивільно-правового поняття таємниці, відображає універсальні закономірності, відкриті в інших галузях наукових знань.

Невідома третім особам інформація реальні відомості тільки для їхнього власника. Отже, невідомість (незнання) – це не інформація, а щось їй протилежне. У теорії інформації (синтаксичний аспект) – це щось позначається як міра невідомості відомостей і іменується ентропією. Таким чином, логічно припустити, що будь-яка таємниця виступає як інформація для її власника, але для третіх осіб до моменту одержання відомостей така таємниця буде виступати в якості «ентропії». У цьому проявляється діалектика таємниці, її подвійний, полярний характер [1].

Широко вживані терміни, в основі яких покладені слова таємниця, секрет, не можуть позначити об'єкти правової охорони і цивільних прав. Це режим окремих блоків відомостей. Інформація не може складати таємниці, вона може знаходитися у таємниці, тобто в особливому правовому режимі. Таємниця – це не об'єкт права, а правовий режим об'єкта.

Отже, з метою вдосконалення чинного цивільного законодавства потребує доповнення ст. 200 ЦК України, а саме: встановлення видів режимів збереження інформації в залежності від виду інформації. По-перше, це застосування ре

жиму заборони використання навмисно доступних відомостей, у основі якого полягає інститут виключних прав. По-друге, це застосування режиму заборони доступу до відомостей, які навмисно визначені як такі, доступ до яких обмежено фізичними чи юридичними особами, основою якого є інститут таємниці. По-третє, це режим загального дозволу на рівний доступ до загально відкритих відомостей, у основі якого знаходиться інститут суспільного надбання.

Таким чином, таємниця повинна розглядатися не як об'єкт цивільних прав, а як правовий режим деяких видів інформації. Встановлення режиму таємниці передбачає обмеження доступу до інформації, яка є конфіденційною, виникнення у власника інформації права вимоги до третіх осіб не розголошувати відомостей, які стали їм відомі законним чи незаконним способом, права на захист порушеного права на таємницю. Сучасні погляди на таємницю як режим інформації не є досконалими та повинні розвиватися і вдосконалюватися в рамках чинних правових механізмів, які застосовуються для вирішення питання забезпеченні конфіденційності деяких видів інформації. Закріплення таємниці як одного з режимів інформації у ЦК України та внесення змін у інші нормативні акти, які регулюються збереженням інформації у режимі таємниці, вирішити можливі суперечки з урахування режимів збереження інформації, доступ до якої обмежено.

Література: Городов О.А. Информация как объект гражданских прав // Правоведение.-2001. – №5. – с.72-83; Туманова Л.В., Снытников А.А. Обеспечение и защита прав на информацию. – М., 2001. – с.188; Цивільний кодекс України // Офіційний вісник України. –2003 – №11- ст.461

Ярошевська Г.М., здобувач кафедри цивільно-правових дисциплін навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ

Письмова форма договору про надання юридичних послуг як гарантія належності їх надання

1. Загальні положення ЦК України про форму правочинів встановлюють правило про укладення тих правочинів, що не виконуються у момент їх вчинення, у письмовій формі. Відсутність у законодавстві доволі впливових санкцій за недотриман-

ня цього правила призводить до того, що переважна більшість такого роду правочинів найчастіше укладається усно.

Договір про надання юридичних послуг відносяться саме до тих правочинів, де момент укладення та момент його виконання не збігаються у часі. Отже, цей договір має укладатись у письмовій формі (тим більше тоді, коли однією із сторін є юридична особа) Проте практика свідчить про недотримання цієї вимоги. Як правило, має місце усна форма договору. Таке нехтування вимогами законодавства викликає навіть подив, бо однією із сторін договору (безпосередньо чи тим, хто виступає від імені сторони договору) завжди є юрист.

2. Подібне становище може пояснюватись дією двох чинників: перший – намаганням спростити документообіг при наданні юридичних послуг; другий – бажанням послугонадавця не конкретизувати (шляхом письмової фіксації) предмету послуги. Останній чинник, в свою чергу, може спиратись на мотиви недобросовісного послугонадавця, який через невідзначеність (не конкретику) предмету юридичної послуги свавільно обирає варіанти своєї поведінки щодо надання такої послуги. Щоправда, небажання конкретизувати предмет послуги може бути виникане не тільки мотивами здійснення послугонадавцем недобросовісної поведінки. Іноді такі конкретика просто може бути нездійсненою, бо на момент укладення договору конкретні дії послугонадавця буде навіть важко уявити, т.я. ця конкретика залежатиме від тієї, чи іншої оперативної необхідності. Тим не менше, складнощі, котрі виникають із визнанням (конкретизацією) предмета договору про надання юридичних послуг, ще не говорять на користь того, що даний договір не повинен укладатись письмово.

3. Відсутність документальної фіксації умов договору про надання юридичних послуг є підґрунтям для виникнення спорів між учасниками цього правовідношення.

Правовий режим регулювання тих чи інших відносин, перш за все, спрямований на гарантування реалізації інтересів юридично менш захищених учасників правовідносин. У розглядуваних тут договірних відносинах юридично слабкою стороною є замовник послуги. Таким чином, письмова фіксація істотних та інших умов договору про надання юридичних послуг дозволяє насамперед встановити критерії оцінки належності поведінки послугонадавця, що підвищує гарантованість досягнення інтересу замовником послуги.

4. У законодавстві необхідно встановити правило про обов'язковість письмової форми вчинення договорів про на-

дання юридичних послуг із закріпленням санкції щодо визнання такого правочину нікчемним, якщо сторони не дотримуються даної вимоги.

Мерцалов В., здобувач кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ

До питання про участь у цивільному процесі органів та осіб, яким за законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб

Згідно статті 45 ЦПК України у випадках, встановлених законом, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, прокурор, органи державної влади, органи місцевого самоврядування, фізичні та юридичні особи можуть звертатися до суду із заявами про захист прав, свобод та інтересів інших осіб, або державних чи суспільних інтересів та брати участь у цих справах.

Прокурор здійснює в суді представництво інтересів громадянина або держави в порядку, встановленому ЦПК України та іншими законами, і може здійснювати представництво на будь-якій стадії цивільного процесу.

Органи державної влади та органи місцевого самоврядування можуть бути залучені судом до участі в справі або взяти участь у справі за своєю ініціативою для подання висновків на виконання своїх повноважень. Участь зазначених органів у цивільному процесі для подання висновків у справі є обов'язковою у випадках, встановлених законом, або якщо суд визнає це за необхідне.

Участь у справі суб'єктів захисту прав та інтересів інших осіб відповідно до статті 45 ЦПК України різниться за формами, процесуальними функціями, а також складу, проти їх спільною рисою є мета участі: захист «чужого» інтересу від свого імені. Підстави участі в процесі даних суб'єктів обумовлені: 1) компетенцією в матеріально-правових відносинах відповідного органу чи організації або 2) особливим – в силу прямої вказівки закону – суспільним характером блага, що захищається (громадяни, їх групи, об'єднання, що мають право звертатися до суду із заявами на захист чужих інтересів). саме цими обставинами пояснюється їх заінтересованість у справі, в наслідок чого вони віднесені до осіб, які беруть участь у справі.

В доктрині цивільного процесу розрізняють дві процесуальні форми участі органів та осіб, які захищають права та інтереси інших осіб:

1) порушення процесу від свого імені на захист прав та інтересів інших осіб, суспільних чи державних інтересів (ч. 1 ст. 45). Наприклад, відповідно до пунктів 9, 10 частини першої статті 25 Закону України «Про захист прав споживачів» громадські об'єднання споживачів мають права: захищати у суді права споживачів, які не є членами громадських організацій споживачів (об'єднань споживачів); звертатися з позовом до суду про визнання дій продавця, виробника (підприємства, що виконує їх функції), виконавця протиправними щодо невизначеного кола споживачів і припинення цих дій. Згідно пункту 10 частини першої статті 26 Закону України «Про захист прав споживачів» спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади у сфері захисту прав споживачів та його територіальні органи в Автономній Республіці Крим, областях, містах Києві та Севастополі мають право подавати до суду позови щодо захисту прав споживачів.

Частина третя статті 36-1 Закону України «Про прокуратуру» встановлює, що формами представництва прокуратурою інтересів громадянина або держави в суді є звернення до суду з позовами або заявами про захист прав і свобод іншої особи, невизначеного кола осіб, прав юридичних осіб, коли порушуються інтереси держави, або про визнання незаконними правових актів, дій чи рішень органів і посадових осіб вступ до уже розпочатого процесу для подання висновків у справі (ч. 3 ст. 45). Наприклад, відповідно до частини другої статті 253 ЦПК України у справах про усиновлення орган опіки та піклування повинен подати суду висновок про доцільність усиновлення та відповідність його інтересам дитини.

Органи та інші особи, які відповідно до статті 45 ЦПК України звернулися до суду в інтересах інших осіб або державних чи суспільних інтересах, мають процесуальні права й обов'язки особи, в інтересах якої вони діють, за винятком права укладати мирову угоду. При цьому звернемо увагу: ініціюючи процес, органи та особи в інтересах інших осіб користуються правами та обов'язками позивача, проте позивачем не стають. Позивачем є передбачуваний носій прав чи інтересу, які захищаються, тобто та особа, на захист прав свобод або законних інтересів якої подана заява.

Відмова органів та інших осіб, які відповідно до статті 45 ЦПК України звернулися до суду в інтересах інших осіб, від поданої ними заяви або зміна вимог не позбавляє особу, на захист прав, свобод та інтересів якої подано заяву, права вимагати від суду розгляду справи та вирішення вимоги в первісному обсязі.

Якщо особа, яка має цивільну процесуальну дієздатність і в інтересах якої подана заява, не підтримує заявлених вимог, суд залишає заяву без розгляду.

Прокурор, який не брав участі у справі, з метою вирішення питання про наявність підстав для подання апеляційної чи касаційної скарги, заяви про перегляд рішення у зв'язку з винятковими або нововиявленими обставинами, має право знайомитися з матеріалами справи в суді.

Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, які беруть участь у справі для подання висновку, мають процесуальні права і обов'язки, встановлені статтею 27 ЦПК України, а також мають право висловити свою думку щодо вирішення справи по суті (ст. 46 ЦПК України).

Пономарьов М.В., здобувач кафедри правових основ підприємницької діяльності навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ

Правове регулювання діяльності з надання фумі-гаційних послуг

Відповідно до ст.177 Цивільного кодексу України (надалі – ЦК України) об'єктами цивільних прав, поряд з іншими, є також результати робіт та послуги. Основною вимогою, яка ставиться ЦК України до всіх без винятку об'єктів цивільних прав є їх оборотоздатність. Під оборотоздатністю за змістом ст.178 ЦК України розуміється можливість конкретного об'єкту переходити від однієї особи до іншої в наслідок того, що такий об'єкт не вилучений з цивільного обороту, не обмежений у ньому або не є невід'ємним від фізичної чи юридичної особи. При цьому ЦК не виключає взагалі можливості розгляду об'єктів, що обмежені в обороті, як об'єктів цивільних прав. Так, відповідно до ч.2 п.2 ст. 178 ЦК України види

об'єктів цивільних прав, які можуть належати лише певним учасникам обороту, або перебування яких у цивільному обороті допускається за спеціальним дозволом, встановлюється законом. Аналіз чинного законодавства України дозволяє відносити до числа об'єктів, що є обмежено обороноздатними, й фумігаційні послуги. Це може бути обґрунтовано наступними тезами.

Закон України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» прямо відносить до підприємницької діяльності, яка потребує спеціального дозволу (ліцензії) діяльність з проведення фумігації (знезараження) об'єктів регулювання, що визначені Законом України «Про карантин рослин», які переміщуються через державний кордон України та карантинні зони (ст. 9). Закон України «Про карантин рослин» у ст.1 визначає фумігацію, як обробку хімічною речовиною в газоподібному стані, що повністю або головним чином охоплює товар. Вказані дії проводяться відносно певних товарів (об'єктів регулювання). До числа об'єктів регулювання Законом України «Про карантин рослин» відносяться будь-яка рослина, продукт рослинного походження, місце зберігання, упаковка, засоби перевезення, контейнери, ґрунт. Діяльність з надання фумігаційних послуг здійснюється не у всіх випадках, а лише тоді, коли товар (об'єкт регулювання) переміщується державний кордон України та спеціальні території, які мають назву карантинних зон. Під останніми за законодавством розуміються територія, на якій запроваджено карантинний режим у зв'язку з виявленням карантинного організму.

Необхідність проведення фумігації може впливати або з вимог країни-експортера (що створює умови для застосування норм іноземного права), або з фактичного виявлення в об'єкті регулювання карантинного організму, або з встановлення на певній території карантинного режиму. Так, за змістом ст.34 Закону України «Про карантин рослин» проведення фумігації є обов'язковим щодо всіх об'єктів регулювання, які знаходяться в карантинній зоні. Відповідно до п.7 Порядку Проведення інспектування, огляду, аналізу, обстеження та знезараження підкарантинних матеріалів і об'єктів (затв. Постановою Кабінету Міністрів України) рослини і рослинні продукти, які ввозяться в Україну, у разі виявлення в них карантинних та інших шкідливих організмів підлягають знезараженню. При цьому підприємець, який здійснює діяльність з постачання об'єктів регулювання може й не проводити знезараження, якщо країна, до якої ввозиться товар не вимагає обов'язкової фумігації товару а

під час митного оформлення товару посадовими особами Державної служби з карантину рослин не будуть виявлені шкідливі організми. З зазначеного можна зробити висновок про те, що проведення діяльності з надання фумігаційних послуг здійснюється або на підставі вимог закону (як вітчизняного, так і іноземного), або на підставі вимог посадових осіб Державної служби з карантину рослин України.

Діяльність з надання фумігаційних послуг здійснюється суб'єктами підприємницької діяльності, які одержали дозвіл (ліцензію) на підставі укладених договорів. Договори на проведення фумігації окрім вимог цивільного та господарського законодавства, повинні враховувати також вимоги, що встановлені законодавством про карантин рослин (як національного, так і іноземного), а також міжнародними угодами. Окрім цього договори мають відповідати й змісту зовнішньоекономічних договорів (контрактів) на поставку товару. Останнє випливає з вимог п. 2.3.1., та 4.31 Фітосанітарних правил ввезення з-за кордону, перевезення в межах країни, транзиту, експорту, порядку переробки та реалізації підкарантинних матеріалів (затв. Наказом Міністерства аграрної політики України від 23 серпня 2005 р. № 414).

Порядок виконання та відповідальність за невиконання або неналежне виконання договорів з надання фумігаційних послуг тісно пов'язані з митним законодавством, яке встановлює вимоги та терміни проведення дій з митного оформлення вантажів. Зазначене питання також тісно пов'язане з транспортним законодавством та угодами про перевезення вантажу, які закріплюють порядок та строки перевезення, а також штрафні санкції за вимушений простій відповідних транспортних засобів. У зв'язку з останнім особливої уваги заслуговують морські звичаї, як джерело регулювання відносин з морського перевезення вантажів.

Коряк В.В., здобувач Харківського національного університету внутрішніх справ

Посилення цивільно-правового захисту інтересів учасників господарських товариств від рейдерства

Нормативне визначення рейдерства сформульоване у під.3 п.4 Постанови КМУ «Про схвалення Декларації цілей та завдань

бюджету на 2008 рік (Бюджетної декларації)», за яким рейдерством є протиправним захопленням підприємств.

Оскільки можливість розпорядження активами товариства безпосередньо пов'язана з правом керування товариством, то, як правило, такі «захоплення» відбуваються шляхом або набуття прав на частку (акції) у товаристві або можливості контролю над керівним органом товариства, зокрема, шляхом поновлення на посаді звільненого директора товариства. Учасники товариства часто не приділяють уваги спору, який ініціюється колишнім керівником, вважаючи, що у разі поновлення такої особи її можна буде одразу ж звільнити або перешкодити поновленню шляхом оскарження рішення суду. Однак практика таких конфліктів свідчить про протилежне.

Згідно з п.4 ч.1 ст.367 ЦПК суд допускає негайне виконання рішення про поновлення на роботі незаконно звільненого або переведеного на іншу роботу працівника. Отже, подання апеляційної скарги на рішення про поновлення на посаді керівника товариства не перешкоджає виконанню цього рішення.

Використовуючи саме зазначену норму поновлені рішенням суду керівники підприємства одразу ж звертаються до державних реєстраторів управління державної реєстрації із вимогою внести зміни у відомості цього реєстру щодо особи керівника товариства. Законність дій державних реєстраторів у цьому випадку викликає сумніви, адже за ст.77 Закону України «Про виконавче провадження» виконання рішення про поновлення працівника на роботі вважається завершеним з моменту фактичного допущення зазначеного працівника до виконання попередніх обов'язків на підставі відповідного акта органу, що прийняв незаконне рішення про звільнення або переведення працівника. Отже, рішення суду є лише підставою для поновлення працівника, проте має бути про це ще й рішення загальних зборів.

Вчинення незаконних дій державними реєстраторами може бути підставою для подання адміністративної позовної заяви, що однак не перешкоджає новому керівнику реалізувати активи підприємства навіть незважаючи на те, що йому відмовлено товариством у видачі статутних документів, печатки, правовстановлюючих документів на нерухомість тощо. Їх дублікати отримуються у відповідних органах та осіб: установчих документів – у державних реєстраторів, печатки – у дозвільній службі, правовстановлюючих документів

на нерухомість – у нотаріусів, які посвідчували договори щодо її набуття тощо.

Щодо припинення діяльності керівника, яка не відповідає інтересам товариства, шляхом його переобрання рішенням загальних зборів слід зазначити, що закон передбачає певну процедуру скликання загальних зборів, у тому числі й попереднє завчасне повідомлення про їх проведення (ст.ст. 43, 45, 61 Закону України «Про господарські товариства»). Якщо всі учасники товариства беруть участь у загальних зборах, то оскарження прийнятого ними рішення з посиланням на порушення порядку скликання цих зборів навряд чи буде мати перспективи.

Разом з цим, право загальних зборів переобирати керівника на практиці інколи блокується ухвалами суду про заборону проводити загальні збори, що приймаються всупереч роз'ясненню, викладеному у п.5 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами цивільного процесуального законодавства при розгляді заяв про забезпечення позову».

Наприклад, одне з ТОВ м.Донецька одночасно з проголошенням рішення районного суду про поновлення колишнього керівника на посаді директора отримало ухвалу Господарського суду Донецької області, якою ТОВ було заборонено проводити загальні збори з приводу зміни статутних документів, ліквідації, реорганізації, зміни складу органів управління, а державним реєстраторам Управління державної реєстраційної було заборонено проводити реєстрацію змін складу органів управління. Ця ухвала була прийнята як засіб забезпечення позову особи, яка працювала найманим працівником у колективному підприємстві, яке було реорганізоване у ТОВ, щодо порушення її корпоративних прав під час цієї реорганізації. Незважаючи на безпідставність заявлених позивачем вимог, цей засіб забезпечення позову проіснував більше пів року.

Намагаючись захистити свої інтереси та інтереси ТОВ, учасники цього ТОВ наступного дня після винесення рішення про поновлення директора провели позачергові збори, на яких прийняли рішення про усунення від виконання обов'язків поновленого директора і заборону йому здійснювати керівництво товариством, діяти від імені товариства без доручення, розпоряджатися майном товариства та вчиняти інші юридичні дії. Приймати рішення з цього питання зазначеною ухвалою Господарського суду Донецької області не було заборонено.

Саме це рішення загальних зборів, про яке було зроблено оголошення у засобах масової інформації, стало одним з аргументів у оспоренні вчинених поновленим директором правочинів щодо відчуження нерухомості ТОВ та порушення кримінальної справи щодо поновленого директора.

Слід зазначити, що відчуженню поновленим директором нерухомості товариства сприяла відсутність у статуті обмежень такої можливості директора. Наявність у статуті такого обмеження, скоріш за все, взагалі відвернуло б увагу рейдерів від цього товариства.

До речі, частка у праві власності на одне з приміщення була відчужена (подарована!) вже після рішення Апеляційного суду Донецької області про скасування рішення про поновлення, чому сприяла вже згадувана вище ухвала Господарського суду Донецької області, на яку посилалися державні реєстратори Управління державної реєстрації як на підставу відмови у поновленні запису про легітимного директора товариства. Лише на підставі рішення суду за адміністративним позовом такий запис був внесений до реєстру. До цього моменту нелегітимний директор та його представники безперешкодно отримували довідки з Управління статистики, де нелегітимний директор був вказаний директором ТОВ.

Ще однією проблемою, з якою стикнулося ТОВ і його учасники під час відстоювання своїх законних інтересів, стала видача довіреності від імені товариства. «Поновленим» директором була скасована довіреність, видана ТОВ особам, які відстоювали інтереси ТОВ у судах, та були видані довіреності іншим особам, які від імені товариства намагалися відмовитися від апеляційної скарги, поданої товариством на рішення про поновлення директора. Передбачаючи такий варіант розвитку подій, представниками ТОВ ще під час розгляду справи у суді першої інстанції було подано клопотання про залучення діючого директора ТОВ як третьої особи. Від імені цієї особи також була подана апеляційна скарга на рішення місцевого суду. Це полегшило вирішення абсурдної ситуації, за якої «поновлений» директор відмовляється від апеляційної скарги, поданої на рішення про його поновлення.

Товариство до поновлення легітимного директора було позбавлено можливості видати довіреність особі, яка б здійснювала захист інтересів товариства, у тому числі й шляхом подання позовів щодо оспорення договорів відчуження нерухомості ТОВ. За ч. 4 п.42, п.148 Інструкції про порядок вчи-

нення нотаріальних дій нотаріусами України довіреність на представництво інтересів товариства може бути видана за рішенням загальних зборів, якщо це передбачено у статуті. Такого повноваження загальних зборів у статуті ТОВ не було передбачено.

Отже, більшість з рейдерських атак стають можливими з огляду на недостатню увагу учасників (засновників) товариств до змісту статутних документів. Відсутність у статуті обмежень щодо кола та суми правочинів, які може укладати директор товариства у випадку таких атак перетворюють на фікцію право учасників товариств на управління ним. У статуті також доцільно передбачати можливість видачі довіреності на представництво інтересів товариства за рішенням загальних зборів учасників. У разі рейдерського захоплення товариства шляхом отримання контролю над його виконавчим органом, учасникам доцільно терміново скликати позачергові збори та виносити на їх розгляд питання щодо звільнення директора або усунення його від обов'язків і заборони йому здійснювати керівництво товариством, діяти від імені товариства без доручення, розпоряджатися майном товариства та вчиняти інші юридичні дії. Прийняті щодо цього рішення доцільно публікувати у ЗМІ, направляти поштою з описом-вкладенням і повідомленням директору, до управління державної реєстрації, дозвільної служби. Одночасно мають бути письмові звернення щодо незаконних дій посадових органів товариства до прокуратури, ОВС, суду, БТІ, нотаріусів, які посвідчували договори набуття ТОВ нерухомості та довіреності, видані ТОВ. Ці попереджувальні та захисні заходи у разі їх активного застосування є достатньо дієвими.

Білий Я.І., магістрант кафедри цивільного права та процесу Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дидоренко

Деякі аспекти щодо визначення поняття «конфіскація»

За останні роки в юридичній літературі з'явилося чимало статей присвячених конфіскації. Дане поняття досліджувалося такими вченими, як В.М. Мельникова-Крикун, Г.М. Собко, О.П. Горох, В.М. Самойленко, Г.Ф. Шершеневич, В.П. Грібанов та багатьма іншими. Існують різноманітні точки зору щодо його визначення, проте доводиться констатувати,

що ні в законодавстві, ні в юридичній літературі не має чітко визначеного поняття «конфіскації», котре було б притаманне всім галузям права.

Конфіскація – це слово латинського походження (confiscation) і означає примусове та безоплатне вилучення майна приватної особи у відповідності з судовим рішенням або адміністративним актом [7, с. 45].

Також, поняття «конфіскація» визначається, як примусове безоплатне вилучення у власність держави усього або частини майна, яке є особистою власністю громадянина [1, с. 315].

Можна зробити висновок, що вищевказані поняття на перший погляд хоча і схожі, але вони мають певні відмінності. А саме, в першому визначенні поняття «конфіскація» не вказано в чію власність вилучається майно, а в другому не вказано на основі чого проводиться вилучення майна. Отже, етимологічне значення поняття конфіскації зводиться до примусового безоплатного вилучення у власність держави усього або частини майна, яке є особистою власністю громадянина у відповідності з судовим рішенням або адміністративним актом.

В юридичній науці також не має єдиної точки зору щодо визначення поняття, що досліджується. Ряд вчених розглядає його з кримінально-правової точки зору. Так, О.П. Горох розуміє під конфіскацією додаткове покарання, що полягає в примусовому безоплатному вилученні у власність держави всього або частини майна, яке є власністю засудженого.

Як додатковий вид покарання, який призначається тільки за умов, якщо особа вчинила тяжкий або особливо тяжкий корисливий злочин, визначає поняття «конфіскація» Г.М. Собко.

На думку В.М. Мельникової-Крикун конфіскація – це примусове безоплатне вилучення у власність держави всього або частини майна, яке є власністю засудженого [4, с. 62].

Таким чином, з кримінально-правової точки зору під конфіскацією розуміється додаткове покарання, що полягає у примусовому безоплатному вилученні у власність держави всього або частини майна, яке є власністю засудженого і призначається за тяжкий або особливо тяжкий корисливий злочин.

Досліджувалось це поняття й цивілістами. Так, В.М. Самойленко визначає конфіскацію як безоплатне вилучення майна у власника за вироком (рішенням) суду чи іншого компетентного органу (посадової особи) у вигляді санкції за вчинення правопорушення [6, с. 282].

До безоплатного вилучення майна зводиться поняття «конфіскація» і Ю.К. Толстой, зазначаючи, що воно повинно бути тільки за рішенням суду у вигляді санкції за вчинення злочину або іншого правопорушення у випадках передбачених законом. При цьому держава не відповідає за зобов'язаннями колишніх власників конфіскованого майна, якщо останні виникли після вжиття державними органами заходів для його охорони і без згоди зазначених органів. Цей автор, визначає конфіскацію, як санкцію у кримінальному, адміністративному та цивільному праві. Що стосується цивільного права, то конфіскація застосовується за вчинення недійсних угод. [9, с. 370].

На думку Г.Ф. Шершеневича, конфіскація – це відібрання державною владою майна у власника, як покарання [10, с. 294].

В.П. Грібанов розглядав конфіскацію як безоплатне вилучення державою майна, як санкцію за правопорушення. При цьому відзначав, що стягнення майна в прибуток держави як санкція за порушення цивільних прав і обов'язків застосовується в цивільному праві зрідка. Зокрема, це відбувається: при здійсненні учасниками цивільного обороту угоди, яка свідомо суперечить інтересам держави і суспільства (ст. 14 Основ цивільного законодавства СРСР); при зловживанні цивільними правами, наприклад при використанні права особистої власності для стягнення нетрудових доходів; у деяких випадках грубого порушення соціалістичними організаціями державної і договірної дисципліни, а також у випадках, коли розгляд справи між соціалістичними організаціями порушено з ініціативи органів арбітражу [2, с. 314–315].

На мій погляд найбільш повне визначення конфіскації дає О.В. Дзера, визначаючи її як примусове безкоштовне вилучення державою майна в особи як санкція за порушення кримінального, адміністративного, цивільного законодавства. Цей автор вважає, що можливість стягнення в прибуток держави майна, отриманого від угод, укладених з метою, що суперечить інтересам держави і суспільства, слід розглядати як цивільно-правову конфіскацію [5, с. 249].

На основі вище сказаного можна зробити висновок, що з кримінальному-правової точки зору конфіскація це додатковий вид покарання, що полягає в безоплатному вилученні майна на користь держави за вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину, а з цивільно-правової це санкція за вчинення правопорушення, що полягає в безоплатному вилученні майна державою.

Що стосується законодавчого визначення, то перш за все потрібно зазначити, що конфіскація передбачається у ч. 7 ст. 41 Конституції України.

Відповідно до ст. 59 КК України конфіскація – це додатковий вид кримінальне покарання, що полягає в примусовому безоплатному вилученні у власність держави всього або частини майна, яке є власністю засудженого і встановлюється за тяжкі та особливо тяжкі корисливі злочини у випадках, спеціально передбачених Особливою частиною цього Кодексу.

Згідно зі ст. 24 КпАП України конфіскація – це вилучення предмета, який був знаряддям вчинення або безпосереднім об'єктом адміністративного правопорушення, полягає у безоплатній передачі цього предмета у власність держави.

Конфіскація також передбачається митним законодавством. Відповідно до ст. 326 Митного кодексу України конфіскація полягає в примусовому вилученні у власність держави предметів – безпосередніх предметів порушення митних правил, товарів із спеціально виготовленими сховищами (тайниками), що використовувались для приховування безпосередніх предметів порушення митних правил від митного контролю, транспортних засобів, що використовувались для переміщення безпосередніх предметів порушення митних правил через митний кордон України. На нашу думку доцільно вище вказаний вид конфіскації віднести до адміністративно-правової.

У цивільному законодавстві не має визначення поняття конфіскації, однак цей термін застосовується при розв'язанні спорів. Відповідно до ст. 346 Цивільного кодексу України конфіскація розглядається, як одна з форм позбавлення права власності. Згідно ст. 354 ЦК України до особи може застосовуватися позбавлення права власності на майно за рішенням суду як рішення за вчинення правопорушення (конфіскація) у випадках встановлених законом. Не має чіткого визначення конфіскації і в Житловому кодексі України, хоча п. 5 ст. 78 передбачає, що житло може бути вилучено (конфісковано) за рішенням суду.

Таким чином можна констатувати, що поняття «конфіскація» зводиться до санкції за вчинення правопорушення у випадках передбачених чинним законодавством і полягає в безоплатному вилученні майна на користь держави.

На основі вище сказаного найбільш доцільно відзначити конфіскацію як санкція за порушення чинного законодавства, яка виражається у безоплатному вилученні певної части-

ни майна на користь держави у особи, яка володіє ним на правах приватної власності.

Список літератури: 1. Большой юридический словарь // Под ред. А. Я. Сухарева, В.Д. Зарькина. – М., 1997. – VI, 970 с. 2. Горох О.П. Проблеми застосування покарання у виді конфіскації майна // Проблеми пенетерціарної теорії і практики. – К. Київ ІВС, 2004, вип. № 9. – С. 148-154. 3. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. – М: Статут, 2000. – 411 с. 4. Мельникова-Крикун В.М. Про недоцільність застосування конфіскації майна, як виду додаткового покарання // Вісник Національного університету внутрішніх справ. – Х. НУВС, 2005, вип. № 29. – С. 61–66. 5. Право власності в Україні: Навчальний посібник // За заг. ред. О.В.Дзера, Н.С.Кузнецова. – К: Юрінком Інтер, 2000. – 816 с. 6. Самойленко В.М. Гражданское право Украины. – Ч.1. – Харьков, 1996. – 344 с. 7. Словар иностранных слов // Под редакцией Комлева Н.Г., К – 2006. – 445 с. 8. Собко Г.М. Конфіскація майна як вид покарання за кримінальним законодавством України // Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення. Матеріали міжнародної науково-практичної конференції 7–8 квітня 2006р., Ч 1. – Львів, ЛВДУВС, 2006, С. 271-273. 9. Толстой Ю.К. Гражданское право. – Ч. 1 / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М., 1999. – 390 с. 10. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. – М.: Статут, 1995. – 556 с.

Луценко Л.А., викладач кафедри цивільного права та процесу Херсонського юридичного інституту Харківського національного університету внутрішніх справ, здобувач кафедри цивільного права та процесу.

Щодо співвідношення понять аліменти та утримання у сімейному праві України

Однією з засад регулювання сімейних відносин в Україні є максимально можливе урахування інтересів непрацездатних та таких, що потребують матеріальної підтримки з інших підстав, членів сім'ї. Вказані засади знайшли своє втілення у нормах Сімейного кодексу України, що закріплюють права та обов'язки подружжя щодо утримання. Вказані норми утворюють інститут аліментних зобов'язань подружжя.

У сучасному українському праві терміни «аліменти», «утримання», «аліментні зобов'язання» широко застосовуються у сімейному законодавстві, і при цьому мається на увазі одержання утримання особами не за рахунок держави, а членів сім'ї і колишнього подружжя. Однак, на жаль, в законодавстві чітко не розкривається зміст даного поняття.

У теорії сімейного права існують різні визначення поняття «аліменти» та «утримання», між науковцями немає також єдиної думки щодо співвідношення цих термінів. Одна група вчених (Г.М. Рабець, М.Г. Юркевич) схиляється до ототож-

нення вказаних понять, а інша – наголошує на тому, що ці поняття не є рівнозначними (В.О. Рясенцев, М.Г. Масевич, О.С. Йоффе, Н.М. Єршова, Ю.С. Червоний).

Так, Г.М. Рабець відстоює думку про рівнозначність застосування у сімейному законодавстві термінів «аліменти» і «утримання». На її думку, якщо зобов'язана особа не має наміру не виконувати зобов'язання щодо утримання інших членів сім'ї, вона може добровільно виконувати зобов'язання з їх утримання. У цьому разі виконується аліментний обов'язок, а не який-небудь інший обов'язок [7, С. 41]. Підтримуючи її, М.Г. Юркевич вказував, що протиставлення аліментного обов'язку і обов'язку з утримання члена сім'ї не має під собою основи. Іноді про примусове виконання аліментного зобов'язання просить сама зобов'язана особа. Але це не означає, що до винесення судом рішення або до розладу у сім'ї цей обов'язок не був аліментним [9, С. 81].

Такої ж точки зору дотримуються й деякі сучасні українські правознавці, вважаючи, що терміни «аліменти» і «утримання» використовуються законодавцем як рівнозначні [10, С. 8]. Наприклад, С.Я. Фурса зазначає, що утримання буває двох типів: яке здійснюється на добровільній основі і котре здійснюється за рішенням суду [11, С. 64].

Є.М. Ворожейкін та Г.М. Белякова розуміли під аліментами будь-яку допомогу, що надається одними членами родини іншим [2, С. 217; 3, С. 106]. Однак, таке визначення видається не зовсім точним та повним з юридичної точки зору, оскільки аліменти – це не будь-яка допомога, а лише надана у рахунок виконання сімейно-правового обов'язку.

Навіть граматичне тлумачення норм СК дає підстави стверджувати про необхідність розмежування даних понять. Так, термін «утримання» найчастіше вживається законодавцем в словосполученні «утримання надається» (ч. 1 ст. 77, ст. 78), тоді як «аліменти стягуються» чи «присуджуються судом» (ч. 2 ст. 77, ст.ст. 79, 80 СК), що вказує на таку їх ознаку, як примусовий характер сплати. Крім того, у радянські часи, коли традиційно аліменти сплачувались виключно після розлучення, особа, яка сплачувала «аліменти», могла викликати осуд як така, що покинула сім'ю і неповнолітніх дітей, тоді як сім'я вважалась найвищою соціальною цінністю. Хоча з того часу і відбулось значне переосмислення цінностей, все ж у людській свідомості залишилось відношення до аліментів як до коштів, що сплачуються особі, яка після розлучення опинилася у нужденному становищі. Тому, укладаючи договір,

про надання утримання, особа з більшим бажанням стане «утримувачем», ніж «платником аліментів». Крім цього, обов'язок сплачувати аліменти виникає не залежно від волі сторін, тоді як способи, розмір, надання утримання сторони визначають самі, укладаючи договір про надання утримання, чи шлюбний договір.

Для вирішення проблеми співвідношення вказаних термінів З.В. Ромовська пропонувала звернутися до їх семантичного аналізу. Загальновідомо, що термін «аліменти» походить від латинського слова «*alimentum*», що у перекладі на українську мову означає «їжа, харчі». Звідси започаткувалося і поняття «аліментне зобов'язання», тобто зобов'язання із забезпечення харчами, утриманням. Таким чином, хоча семантичний аналіз слова «аліменти» дає можливість поставити знак рівності між поняттям «аліменти» і «утримання», у поняття «аліменти» практика і теорія почали включати не будь-яке утримання, а тільки те, яке надавалося за законом одним членом сім'ї іншому [11, С. 5]. Як відзначає З.В. Ромовська, термін «аліменти» як такий, що міцно увійшов у наше життя, не виключений з правничої лексики, але сфера його використання значно звужена: вживається він тільки стосовно ситуацій, коли втрачені нормальні сімейні відносини. А отже «аліменти» – це здебільшого грошова сума або продукти харчування, які особа має сплатити (передати) відповідно до рішення суду [12, С. 168]. До того ж, у чинному СК не застосовуються терміни «аліментні права», «аліментні обов'язки», а використовуються лише терміни «право на утримання», «обов'язок по утриманню».

В.О. Рясенцев також вважав, що аліменти – це утримання, яке за законом одна особа (боржник) зобов'язана надавати іншій особі (кредитору), що знаходиться з нею у сімейних відносинах, за умови її неповноліття, непрацездатності і потреби у матеріальному забезпеченні. При цьому він підкреслює, що утримання, яке надається не в силу юридичного обов'язку, а з міркувань тільки морального порядку, не є аліментами. Водночас, виходячи з того, що за часів радянського права, коли аліментні зобов'язання виникали лише у випадках, чітко визначених законом і не могли встановлюватися домовленістю сторін за допомогою, наприклад, договору подружжя про надання утримання тощо, він зазначав, що у кодексах термін «аліменти» вживається у тому ж значенні, що і термін «кошти на утримання», «утримання» [1, С. 111].

М.Г. Масевич визначала аліменти як конкретні грошові суми, виплачувані за рішенням суду. При цьому вона розрізняла добровільне надання утримання, яке не вважала аліментами, і, власне, аліменти, що виплачуються за рішенням суду і є наслідком порушення природних сімейних зв'язків [4, С. 88]. Цю позицію поділяв також О.С. Йоффе, який вказував, що обов'язок батьків по утриманню дітей ще не є аліментним обов'язком. Він перетворюється на аліментний лише за наявності певних умов. Ототожнення цих двох обов'язків суперечило б суті нормальних сімейних відносин, учасники яких цілком несподівано для себе довідалися б, що батьки є боржниками, а діти – кредиторами [5, С. 260-262]. Аліментні зобов'язання О.С. Йоффе визначає як правовідношення, спрямоване на забезпечення примусового виконання у точно встановлених розмірах обов'язку одного члена сім'ї з надання утримання іншому [5, С. 262].

Серед сучасних українських вчених аналогічної думки дотримується Ю.С. Червоний. Він вважає, що сфера застосування поняття «утримання» ширша за поняття «аліменти». Крім того, поняття «утримання» використовується не тільки у сімейному законодавстві, а й у цивільному (наприклад, відповідно до договору довічного утримання набувач майна також зобов'язаний надавати відчужувачу майна матеріальне забезпечення, тобто утримання (ст. 744 ЦК) [6, С. 149]. Відповідно, під аліментами Ю.С. Червоний розуміє утримання, яке одна особа зобов'язана надавати іншій особі, з котрою вона знаходиться у сімейних правовідносинах, за наявності умов, передбачених законом або договором. [6, С. 134-136].

Отже, можна зробити наступний висновок, що під аліментами слід розуміти надання однією особою іншій грошей, їжі, забезпечення одягом, доглядом тощо, які надаються в примусовому порядку, тобто за рішенням суду, Утримання ж являє собою добровільну матеріальну допомогу, яка надається в силу договору, чи добровільного виконання передбаченого сімейним законодавством обов'язку. Тобто термін «аліменти» має застосовуватися до випадків, коли йдеться про примусове виконання обов'язку, а якщо ж обов'язок надавати допомогу іншим членам сім'ї виконується добровільно, мова йде саме про утримання.

Список використаної літератури: 1. Рясенцев В.А. Семейное право. – М., 1971; 2. Ворожейкин Е. М. Семейные правоотношения в СССР. – М., 1972; 3. Белякова А.М. Вопросы советского семейного права в судебной практике: Пособие для слушателей народных университетов. – М.: Знание, 1989; 4. М.Г. Масевич. Основания возникновения алиментных обязательств // Правовые вопросы семьи и воспитания детей. – М.,

1968; 5. Иоффе О.С. Советское гражданское право. Ч. 3. – Л., 1965; 6. Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України / Під ред. Червоного Ю.С. – К., 2003; 7. А.М. Рабец Юридическая обязанность супругов попредоставлению содержания. – Томск, 1992; 8. Н.М. Ёршова. Правовые вопросы воспитания детей в семье. – М., 1971; 9. Юркевич Н.Г. Семья в современном обществе. – Минск, 1964; 10. Афанасьева Л.В. Аліментні правовідносини в Україні: Автореф. дис... канд. юрид. наук. 12.00.03: – Харків, 2003; 11. Ромовська З.В. Аліментні зобов'язання: Конспект лекцій. – Львів, 1973; 12. Ромовська З.В. Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України. – К., 2003.

Сядристий А.О., викладач кафедри правових основ підприємницької діяльності навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ

Правова природа виконання в інституті суміжних прав

І. Виконання є інтерпретацією твору, поданням його публіці. Це підтверджується на законодавчому рівні. Так, у відповідності до ст.1 Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про авторське право та суміжні права» публічне виконання – це подання за згодою суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав творів, виконань, фонограм, передач організацій мовлення шляхом декламації, гри, співу, танцю та іншим способом як безпосередньо (у живому виконанні), так і за допомогою будь-яких пристроїв і процесів (за винятком передачі в ефір чи по кабелях) у місцях, де присутні чи можуть бути присутніми особи, які не належать до звичайного кола сім'ї або близьких знайомих цієї сім'ї, незалежно від того, чи присутні вони в одному місці і в один і той самий час або в різних місцях і в різний час [3].

Також погоджуючись з думкою В.А.Дозорцева, який, обґрунтовуючи особливість об'єкту авторського права від виконання, стверджує, що характер творчості тут різний. Він вказує, що «форма використовуемого произведения, становясь содержанием исполнения, остается в неприкосновенности, она никакому изменению не подвергается. Исполнительство не форма существования произведения (оно существует и вне исполнения), а только форма его интерпретации. Поэтому творчество исполнителя имеет интерпретаторский характер, а творчество автора произведения – объекта авторского права – формообразующий характер» [2, с.14-15]

II. Виконання є об'єктом правової охорони, відмінним від об'єкта авторського права – твору, хоча і стверджувати про велику відмінність не приходиться. Виконання створено на основі авторських творів, що водночас показує його близькість, тісний зв'язок з авторським правом, але не тотожність із ним. Завдяки авторським творам з'являється новий, створений на їх основі вид мистецтва – виконання, що походить, випливає з цих авторських творів і сформований як самостійне явище.

Об'єктивну форму виконання надає відображення його у зовнішньому виразі шляхом публічного подання авторських творів як безпосередньо (у живому виконанні), так і за допомогою будь-яких пристроїв і процесів. [1, с.8]

III. На підставі вищевказаного стверджується ідея інституту суміжних прав, його суб'єктного та об'єктного складу, надання відповідної правової охорони. Надання правової охорони виконання не залежить від того, чи охороняється авторським правом сам об'єкт, що виконується.

Список використаної літератури: Боярчук О.М. Цивільно-правова охорона суміжних прав в Україні.- Автореферат на здобуття вченої ступені канд. юрид. наук.-К., 2002.- 19 с.; Дозорцев В.А. Авторские дела в суде: Научно-практический комментарий.- М.:ВВАП-Информ,1985; Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про авторське право та суміжні права» від 11 липня 2001 року // www.rada.gov.ua

Литвин С.Й., викладач кафедри цивільного та трудового права Київського університету права НАН України

Неоригінальні бази даних – питання для наукового осмислення

Загальні світові тенденції щодо гармонізації законодавства в частині забезпечення інтересів осіб, що вклали значні кошти в створення електронних баз даних, продиктовані двома принциповими умовами: 1) економічною – необхідністю забезпечити стійкий та рівномірний розподіл інвестицій у виробництво та експлуатацію електронних баз даних; і 2) суто юридичною – сконструювати загальну систему правової охорони баз даних, яка б враховувала особливості оригінальної та неоригінальної бази даних.

З огляду на це постає необхідність в науковому осмисленню наступних тез з приводу бази даних, точніше їх «юридичних властивостей».

1. Законодавство України, як і більшості розвинутих країн світу, розрізняє оригінальні та неоригінальні бази даних. Оригінальні бази даних є об'єктом авторського права і, відповідно, охороняються нормами названого права, всі «інші» бази даних (розклади руху транспортних засобів, розклади телерадіопередач, телефонні довідники та інші аналогічні бази даних, що не відповідають критеріям оригінальності (неоригінальні), об'єктами авторського права не є і охоплюються інститутом *sui generis* (режимом особливого роду). Проте визначення суті зазначеного правового режиму, визначення права *sui generis* на сьогодні відсутнє. Як наслідок, введення режиму *sui generis* – права на базу даних як сукупності та верифікацію тотожності самих матеріалів лише ускладнює повне розуміння категорії «база даних» як об'єкту цивільних прав.

2. Останні порівняльні дослідження права інтелектуальної власності ЄС та України свідчать, що законодавство України щодо охорони баз даних авторським правом відповідає законодавству ЄС на 90 відсотків, а право «*sui generis*» є відсутнім в Україні.

Як представляється, існуюче становище можна пояснити відсутністю наукових досліджень поняття неоригінальної бази даних, змісту та здійснення суб'єктивного права на неоригінальну базу даних, підстав виникнення та припинення зазначеного права. Як результат – правова невизначеність щодо правової охорони права на неоригінальну базу даних і труднощі в сфері правозастосування.

3. Наукове дослідження «юридичних» властивостей неоригінальних баз даних, дозволяє автору зробити попередній висновок: бази даних, що не відповідають критеріям оригінальності, але для створення, набуття, перевірки або демонстрації яких вимагалися суттєві якісні або кількісні внески (фінансові, часові тощо) є об'єктами саме цивільних прав. Суб'єкт цивільного права, об'єктом якого є неоригінальна база даних, має правомочність запобігти відносно всього змісту бази даних або суттєвих, з точки зору кількісного або якісного внеску, її частин: придбання, що означає постійне або тимчасове переміщення змісту бази даних або її суттєвої частини в інше «середовище» в будь-якому вигляді та будь-якій формі; повторне використання, що означає забезпечення публічного підключення в будь-якій формі до всього змісту даних або її частини шляхом розповсюдження її примірників.

ків, здача в оренду або забезпечення прямого зв'язку або будь-якої іншої форми пересилання.

Висвітлення окремих міркувань власного дослідження неоригінальних баз даних як об'єкту цивільних прав в рамках наукової конференції, є своєрідним «запрошенням» автора приділити належної уваги питанню визначення «режиму особливого роду» на неоригінальні бази даних та підняти його вирішення на науковий рівень.

Мінченко А.О., ад'юнкт кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ

Деякі проблеми сутності договору перевезення пасажирів залізничним транспортом

Сутність договору перевезення пасажирів виражається, зокрема, в особливому способі укладення цього договору. Перевезенням законодавець приділяє окрему главу 64 Цивільного кодексу України (далі – ЦК). Визначення ж договору перевезення пасажирів та багажу міститься в ст. 910 ЦК України, яка встановлює, що за договором перевезення пасажирів одна сторона (перевізник) зобов'язується перевезти другу сторону (пасажирів) до пункту призначення, а в разі здавання багажу – також доставити багаж до пункту призначення та видати його особі, яка має право на одержання багажу, а пасажир зобов'язується сплатити встановлену плату за проїзд, а у разі здавання багажу – також за його перевезення. Специфіка договору перевезення пасажирів виражається в тому, що цей вид договору належить до договорів приєднання, тобто мова йде про те, що транспортні організації використовують типові стандартні бланки (форми) договорів перевезення і друга сторона (тобто пасажир) може прийняти ці умови договору лише приєднавшись до вказаного договору в цілому.

Говорячи взагалі про договір приєднання, слід сказати, що він є новелою цивільного законодавства України. Так, згідно з п. 1 ст. 634 ЦК України, договором приєднання є договір, умови якого встановлені однією із сторін у формулярах або інших стандартних формах, який може бути укладений лише шляхом приєднання другої сторони до запропонованого договору в цілому. Друга сторона не може запропонувати свої умови договору. Особливістю цього договору є те,

що в розробці даного типу договору приймає участь лише одна з сторін, інша ж сторона позбавлена такої можливості. [5; с.449]. Такий спосіб укладання договору є характерним для договору перевезення пасажирів.

Як правило, умови договору перевезення пасажирів містяться в тексті, що зазначається в проїзному квитку, який отримує пасажир. Можливі й інші ситуації, коли умови перевезення пасажирів публікуються в ЗМІ або містяться в правилах користування відповідним видом транспорту, які вивішуються в місцях придбання проїзних квитків або ж в самому транспорті. Проте і в цих випадках громадянин, купуючи відповідний квиток, укладає договір перевезення, приєднуючись до відомих йому стандартних умов договору перевезення пасажирів. [3; с.407].

Якщо порівнювати поняття сучасного договору перевезення з поняттям договору перевезення, яке існувало ще до революції 1917 р., то слід звернути увагу на той факт, що російське цивільне законодавство того часу взагалі розглядало договір перевезення в якості окремого виду договору підряду, не визнаючи його самостійним договором (*sui generis*).

Разом з тим цивільно-правова доктрина того часу виходила з самостійного характеру договору перевезення і необхідності забезпечення його детального регулювання. Так, Г.Ф. Шершеневич при класифікації цивільно-правових договорів відводив договору перевезення самостійне місце в категорії договорів про надання користування чужими послугами, куди разом з перевезенням він включав також особистий найм, підряд, довіреність, комісію, поклажу і товариство. [4, с. 94]

«В період підготовки проекту Цивільного Укладення, який був внесений на розгляд Державної Думи в 1913 р., у російських цивілістів вже не було сумнівів в тому, що договір перевезення повинен бути визнаний самостійним цивільно-правовим договором». [1]

«Самостійним видом перевезення визнавався зокрема і договір перевезення пасажирів». [1] Відмежувавши даний договір від договору підряду, Редакційна комісія відзначала: «Договір перевезення осіб, пасажирів має своїм предметом не окремі дії або послуги перевізника, але, подібний до договору перевезення вантажу, направлений головним чином до досягнення відомого результату, що полягає в доставці особи у вказане ним місце. У цьому сенсі договір про доставку осіб з одного місця в інше підходить під поняття підряду». [2, с.560]. Разом з тим відзначалося, що «Договір про перевезен-

ня пасажирів, подібно до договору про перевезення вантажів, породжує безліч своєрідних юридичних відносин між перевізниками і пасажиром, які не можуть бути вирішені на підставі правил про договір підряду, але вимагають встановлення особливих положень». [2, с.560]

Так, сучасна цивілістична наука та українське законодавство, дослідивши всі історичні етапи розвитку інституту перевезень, виділяють перевезення в окрему главу ЦК (глава 64), де договір перевезення пасажирів та багажу розглядається в ст. 910 ЦК. Хоча, залізничним перевезенням (втім як і перевезенням іншим транспортом) окреме місце в ЦК не відводиться. Цивільний кодекс містить лише загальні, основоположні засади що регламентують перевезення. Детальне ж регулювання перевезень пасажирів залізничним транспортом здійснюється спеціальними нормативно-правовими актами. Так, зокрема, перевезенню пасажирів та багажу присвячена глава 6 Статуту залізниць. Деякі положення інституту перевезень пасажирів та багажу висвітлено в Законі України «Про залізничний транспорт» від 4 липня 1996 року, в Порядку обслуговування громадян залізничним транспортом, затвердженим постановою Кабінету міністрів України від 19 березня 1997 р. № 252, в Правилах перевезення пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти залізничним транспортом України, затверджених наказом Міністерства транспорту та зв'язку від 27.12.2006 р. № 1196 та в інших нормативних актах.

У дореволюційній Росії також існувало детальне регулювання відносин, що виникали при перевезенні пасажирів по залізницях. Досить сказати, що в Загальному статуті російських залізниць 1885 р. (у ред. 1916 р.) був окремий розділ (розділ другий) про перевезення пасажирів і їх багажу, що включала 29 статей. [1]

Роблячи висновок про все вищезазначене, можна з впевненістю стверджувати, що пройшовши довгий історичний шлях, інститут договору перевезення пасажирів та багажу, знайшов своє втілення в сучасному цивільному законодавстві України та зайняв в ньому своє самостійне місце.

Вести мову про розробку єдиного нормативного акту, який би регулював перевезення пасажирів всіма видами транспорту не є доцільним, але те, що регулювання перевезень пасажирів залізничним транспортом потребує систематизації та кодифікації, на нашу думку є беззаперечним. Регламентация перевезень пасажирів залізничним транспортом такою кількістю нормативних актів потребує зведення цих

положення до єдиного нормативного акту, яким міг би стати Кодекс перевезень пасажирів залізничним транспортом.

Література: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга четвертая: Договоры о перевозке, буксировке, транспортной экспедиции и иных услугах в сфере транспорта. М.: «Статут», 2003; Гражданское уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной Комиссии по составлению Гражданского Уложения / Под ред. И.М. Тютрюмова. Том второй. СПб., 1910; Нечипуренко О.М. Договір перевезення пасажирів // Держава і право.-2007.-№1 (№35).-С.404-408; Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Т. 2. М., 1902; Цивільний кодекс України: Коментар. Видання друге із змінами станом на 15 січня 2004 р. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2004. – 856с.

Бондаренко Д.О., ад'юнкт кафедри цивільного права та процесу, Харківський Національний університет внутрішніх справ

Історія впровадження терміна «тендер» у вітчизняне законодавство

Іноземне слово «тендер» є досить модним в Україні: воно активно використовується хазяїнуючими суб'єктами. Щоправда, у Цивільному кодексі України відсутні терміни «тендер» і «торги», вживаються відомі в минулому терміни «аукціони» і «конкурси» (ст.ст. 650, 656), а в Господарському кодексі мова йде лише про біржові торги (Параграф 4, ст.ст. 278-281). Проте в інших законодавчих актах України термін «торги» вживається через роз'яснення в дужках «тендер». Воно легально використовується в окремих підзаконних актах і локальних документах (наприклад, в різних регламентах проведення торгів тощо), але без достатніх пояснень, що за темною його зміст і дозволяє подвійно (потрійно тощо) його трактувати. Щодо доктринального тлумачення цього терміну, то у юридичних і економічних словниках Росії і України йому без досить виразних пояснень додають від восьми до десяти різних значень. Отже, правова природа цього терміну як на рівні доктринального тлумачення, так і на рівні офіційних документів досі не визначена.

Латинське дієслово *tendo, tendere*, як і інші слова будь-яких мов, має багато різноманітних значень. Будучи (поряд з давньогрецькою) інтернаціональною основою майже всіх галузей науки (у тому числі юридичної), латинська мова надала багатьом словам інтернаціонального статусу, які вживаються в усіх сферах людської діяльності. При цьому нерідко те саме слово виражає, залежно від мети його застосування, всіля-

кий зміст, що докорінно змінює його значення. Таким є й термін «тендер».

В 6-томній Юридичній енциклопедії, виданій в Україні, розкриваються два терміни «торги» і «тендер» відокремлено, що підкреслює їх певне розмежування. Торги трактуються як форма організації або розміщення замовлень, за якою продаж товару (робіт, послуг) здійснюється на змагальних засадах [1, с. 102]. Щодо тендеру, то перелічено сім його значень: різновид відкритих, з обмеженою участю або закритих торгів, переможцем яких визнається учасник, котрий найбільше відповідає умовам цих торгів; повідомлення про намір поставити товар за строковим контрактом; заявка, оферта, письмова пропозиція та умови щодо виконання певного замовлення (виділено мною – Д. Б.); форма пропозицій облігацій або казначейських векселів на фондовому ринку; ціна на товар, запропонована виробником його конкурентам; заздалегідь оголошений міжнародний конкурс на право одержання певних замовлень; запит на можливість та умови ремонту судна, що надсилається судоремонтним фірмам [1, с. 34]. В Тлумачному словнику сучасної української мови тлумачення слово «тендер» розмежовується на: 1) розуміння його як причіпної частини паровоза, де містяться запаси води, палива, мастила; однощоглового морського спортивного судна з косими вітрилами; 2) п'ять інших значень: «форма розміщення замовлень на яку-небудь роботу...»; конкурс на право виконання яких-небудь робіт; бланк, що розсилається організатором торгів потенціальним учасникам; торги, в тому числі міжнародні; письмова пропозиція відносно поставки товарів за строковим контрактом [2, с. 683]. Як видно, запропоновані енциклопедією та словником роз'яснення між собою дещо збігаються, але самі по собі є суперечливими. Імовірно, що те або інше значення, вкладене в поняття тендера, має місце в діловому спілкуванні, однак сувора юридична мова потребує чіткості і визначеності.

Так, навряд чи доцільно замінювати традиційний, давно устояний в цивілістиці термін «оферта» іншим терміном – «тендер». Терміни, що стоять в одному ряду з офертою в наведеному вище словарному поясненні за сутністю взагалі не несуть будь-якого змістового навантаження. Заявка означає завчасно подану заяву про надання, видачу або про підготовку до вказаного строку необхідного, того, що вимагається; вона є синонімом слова «вимоги» – офіційного документу, що містить безумовне до виконання прохання про надання, на-

правлення когось або чогось в чиєсь розпорядження, користування [3, с. 562]. Що ж стосується письмової заяви, то вона може містити що завгодно, наприклад, прохання про реєстрацію заявника за місцем його постійного проживання (прописка) або ту ж заяву про підписку на цінні папери. Але все це не відповідає змісту оферти. Оферта – це пропозиція, що є достатньо визначеною і виражає намір особи, котра внесла таку пропозицію, вважати себе такою, що уклала договір з адресатом, який приймає таку пропозицію. Отже, при оферті укладення договору відбувається в обов'язковому порядку. Про таке значення оферти йдеться й у Тлумачному словнику сучасної української мови, де вона визначається як пропозиція про укладання угоди з детальним визначенням її умов [3, с. 441]. Таке ж тлумачення оферти дає й законодавець в ст. 25 Закону України «Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)» (15.03.2001): «прилюдна або приватна пропозиція з умовами договору про приєднання до пайового інвестиційного фонду або як проспект емісії інвестиційних сертифікатів». Оферта разом з акцептом та задатком є правовим засобом, що використовується в процесі організації і проведення торгів.

Іноді під тендером розуміють будь-який різновид торгів – або аукціон, або конкурс, що не зовсім правильно. Вірогідніше називати конкурсні торги тендерами, як це має місце у міжнародній практиці. Тому як в літературі, так і в вітчизняному законодавстві достатньо часто зустрічається термін «тендер», який використовується як закордонний аналог російських і українських термінів «торги». Так, І.І. Недужий, торкаючись питання про співвідношення понять «торги» і «тендер», приходять до висновку, що «ці терміни є синонімами, з тою лише різницею, що один з них – іноземного походження» [4, с. 18]. З цим можна погодитись.

Звернемося до аналізу чинного законодавства України з приводу розгляданого терміну. Тут поняттю торги (тендер) надається кілька значеннєвих визначень. В ст. 1 Закону України від 22.02.2000 р. «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» торги (тендер) пояснюються як «здійснення конкурентного відбору учасників з метою визначення переможця торгів (тендера) згідно з процедурами (крім процедури закупівлі в одного постачальника), встановленими цим Законом». В п. 4 ст. 26 Закону України «Про захист економічної конкуренції» (2001) торги, аукціони, конкурси, тендери віднесено до конкурсних процедур суб'єктів господарю-

вання. В ст. 6 цього Закону вони кваліфікуються як антиконкурентні узгоджені дії суб'єктів господарювання. У Положенні «Про порядок проведення аукціонів (публічних торгів) з реалізації заставленого майна», затвердженого Постановою від 22.12.1997 р., термін «торги (тендери)» вживається у значенні форми розміщення замовлення на будівництво, яка передбачає визначення підрядника шляхом конкурсного відбору кращої тендерної пропозиції (оферти) за критеріями, що встановлюються замовником». Отже, торги (тендер) тлумачаться або як процедура розміщення замовлень на закупівлю продукції для державних поставань, тобто, власне кажучи, спосіб закупівлі, або як конкурс. Крім того, часто вживається словосполучення «тендерна пропозиція», під якою розуміється пропозиція щодо певного предмета закупівлі, яка готується та подається учасником замовнику відповідно до вимог тендерної документації [5]. Взагалі в українському цивільно-му законодавстві відсутнє узагальнююче поняття торгів чи торгів (тендерів). Між тим, чистота професійної мови, яким є юридична мова, потребує суворих, чітко сформульованих понять.

Латинське дієслово «tendo (tendere)» в одному зі своїх значень указує на якусь змагальну дію, що відповідає конкурсним засадам будь-якої комерційної діяльності і володіє цивільно-правовими характеристиками. Тому використання даного терміна в цьому аспекті цілком правомірно. Якщо диференціювати всі цивільні організаційно-правові відносини в такі чотири групи (організаційно-передумовні або утворюючі; організаційно-делегуючі; організаційно-контрольні; організаційно-інформаційні), як це зробив О. Красавчиков [6, с.50-57], то цивільно-правовий інститут тендера цілком може слугувати предметом багатьох з цих відносин. Розгляд сутності тендера з цієї позиції підтверджує, що він володіє цивільно-правовими ознаками. Однак, щоб ввести термін «тендер» в легальний обіг професійної цивілістичної мови, потрібно визначити в цивільному кодексі або в законі про торги (є нагальна потреба в такому законі в Україні), що під ним треба розуміти.

Список літератури: 1. Юридична енциклопедія. Т. 6. К., 2004; 2. Тлумачний словник сучасної української мови / Укладачі Л.П. Коверга, Т.В. Ковальова, В.Д. Пономаренко / За ред. доктора філологічних наук, проф. В.С. Калашника. – Харків.: Беккар-книга, 2005; 3. Словарь синонимов русского языка в двух томах. Т. II, Л., 1971; 4. Недужий И.И. Международные торги. М.: Междунар. отношения, 1991; 5. Закон України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти»; Інструкція Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України щодо заповнення форми звіту про результати здійснення процедури запити цінових пропозицій (котирувань) щодо закупівлі товарів, робіт і послуг за державні

Горлов А.В., ад'юнкт кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ

До питання про дієздатність заповідача як умови дійсності заповіту

Заповіт являє собою односторонній правочин. Здійснити операцію, тобто дію, спрямовану на встановлення, зміну чи припинення цивільних правовідносин, може лише особа, що володіє здатністю своїми діями здобувати цивільні права та створювати для себе цивільні обов'язки, інакше кажучи, що володіє дієздатністю (ст. 30 ЦК). Унаслідок цього й заповіт може вчинити тільки особа, що володіє дієздатністю.

Дієздатність у повному обсязі настає з моменту досягнення особою повноліття (ст. 34 ЦК), тобто з моменту досягнення нею 18-літнього віку. Особи, повністю позбавлені дієздатності, вчиняти заповіт не можуть. Повністю позбавленими дієздатності є малолітні, тобто особи, що не досягли 14-літнього віку, а також особи (незалежно від віку), оголошені у встановленому законом порядку недієздатними внаслідок хронічного, стійкого психічного розладу та у зв'язку з цим не здатні усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними (ст. 39 ЦК). Правочини від імені таких недієздатних осіб вчиняють їхні законні представники (батьки, усиновлювачі, опікуни). Оскільки заповіт являє собою правочин, безпосередньо пов'язаний із особистістю заповідача, і, як вже указувалося вище, що не допускає здійснення її через представника, законні представники недієздатної особи позбавлені можливості вчиняти заповіти від імені тих недієздатних осіб, яких вони представляють.

Поряд з особами, що володіють дієздатністю в повному обсязі, і особами, повністю позбавленими дієздатності, відома категорія осіб, що володіють лише обмеженою дієздатністю. До цієї категорії відносяться особи у віці від 14 до 18 років, що звичайно називаються (на відміну від повнолітніх і малолітніх) неповнолітніми. Правове положення цих осіб визначається у ст. 32 ЦК, у якій встановлюється, що неповнолі-

тні можуть вчиняти правочини за згодою своїх законних представників (батьків, усиновлювачів, піклувальників), але вони вправі самостійно: розпоряджатися своїм заробітком, стипендією або іншими доходами; 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). З цього випливає, що неповнолітні самі вчиняють необхідні їм правочини, але ці правочини, як правило, здобувають правове значення лише при наявності на їхнє здійснення згоди законних представників неповнолітніх.

У зв'язку з викладеним питання про право неповнолітніх вчиняти заповіт повинне бути вирішено позитивно в тих випадках, коли воно стосується коштів, що представляють собою заробітну плату неповнолітнього, тому що заповіт являє собою акт вільного розпорядження своїм майном (на випадок смерті), а своєю заробітною платою неповнолітній вправі розпоряджатися цілком самостійно. Інакше зважується питання в тих випадках, коли заповіт стосується іншого, належного неповнолітньому майна, наприклад, майна, подарованого йому чи отриманого ним у порядку спадкування, і т.п. Цим майном неповнолітній вправі розпоряджатися лише за згодою своїх законних представників. Тому він потребував би цієї згоди й у випадку, коли він хотів би розпорядитися цим майном на випадок своєї смерті шляхом складання відповідного заповіту. Однак заповіт являє собою вільне і строго особисте розпорядження громадянина своїм майном на випадок своєї смерті. Ця характеристика заповіту стоїть у протиріччі з вимогою згоди законних представників неповнолітнього. Необхідно, отже, прийти до висновку, що неповнолітній позбавлений можливості скласти заповіт, що стосується якого-небудь свого майна, крім особистої заробітної плати, стипендії або інших доходів.

Література: Рубанов А.А. Право наследования.- М.: Моск. рабочий, 1978.- С. 53, 54; Серебровский В. И. Очерки советского наследственного права.- М.: Издательство Академии наук СССР, 1953.- С. 107; Барщевский М. Ю. Если открылось наследство.- М., 1998.- С. 86, 93.

Види непідприємницьких фізкультурно-спортивних організацій

Відповідно до Цивільного кодексу України (далі – ЦК) непідприємницькі фізкультурно-спортивні організації (далі – НФСО) є перш за все організацією (ст. 80 ЦК України), що підкреслюється і ч. 2, 3 ст. 83 ЦК, та іншими статтями ЦК, а ст. 81 ЦК визначає юридичну особу як об'єднання осіб та (або) майна [1]. Однак стосовно фізкультурно-спортивних організацій закон вживає дещо інший термін, а саме «товариство» (ч. 2 ст. 83 ЦК) – організація, створена шляхом об'єднання осіб (учасників), які мають право участі у цьому товаристві. Н.С. Кузнецова відмічає, що товариство – це організація, що має корпоративний устрій та управляється учасниками [4, с. 21]. Тобто, навіть у тому випадку, коли НФСО створюється однією особою, що допускається відповідно до ст. 83 ЦК, вона може фактично без зміни своєї організаційно-правової форми збільшувати кількість своїх членів (учасників). Законом чітко встановлено, що в інших організаційно-правових формах юридичних осіб приватного права, окрім товариств та установ, не повинно існувати.

Товариства, в свою чергу поділяються на підприємницькі та непідприємницькі (п. 2 ч. 3 ст. 83 ЦК), хоча ми приєднуємось до точки зору І.М. Кучеренко, яка вважає, що більш правильним було б говорити про поділ не товариств, а юридичних осіб приватного права на підприємницькі та непідприємницькі [4, с. 24]. Організаційно-правові форми непідприємницьких товариств встановлюються відповідними законами, зокрема Законом України (далі – ЗУ) «Про об'єднання громадян» [2] та ЗУ «Про фізичну культуру і спорт» [3]. Ми маємо випадок, коли одна організаційно-правова форма є об'єднуючою для інших організаційно-правових форм. Отже, законом чітко не встановлені та систематизовані види організаційно-правових форм товариств, зокрема непідприємницьких, до яких відносяться НФСО.

Враховуючи зазначене доцільно було б перш за все визначити види НФСО. При цьому варто мати на увазі, що за своєю сутністю це логічна операція, яка становить кілька послідовних актів поділу, які й називаються класифікацією [5, с. 38].

Метою здійснення класифікації юридичних осіб є, перш за все, виділення різних типів штучних учасників цивільних відносин з урахуванням відмінностей у їх цивільній правосуб'єктності. Саме керуючись подібними міркуваннями, можна виявити теоретичне та практичне значення класифікації юридичних осіб, яка, як підкреслює С.М. Братусь, певною мірою заздалегідь вирішує підхід до аналізу правового статусу окремих видів юридичних осіб. Теоретичне значення класифікації юридичних осіб полягає в тому, що вона дає можливість проникнути в сутність цивільної правосуб'єктності, виявити фактори, які впливають на типи правосуб'єктності. У свою чергу, практичний аспект цього процесу виражається у диференційному підході до аналізу правового статусу різних видів утворень, а отже, й вирішення ряду практичних питань [6, с. 75]. Наведена позиція беззаперечно стосується і класифікації НФСО як різновиду юридичних осіб.

Вихідним для виділення видів НФСО є те, що це юридичні особи приватного права як об'єднання фізичних осіб, що виділені в особливий клас – власне фізкультурно-спортивні організації. Це зумовило їх функціональне призначення. Тож класифікація НФСО може проводитися за різними підставами: за видами спорту, територією діяльності, національною ознакою, засадами членства та способами утворення, метою (функціями) діяльності, складом засновників, обсягом їх прав на передане майно, способами відокремлення майна тощо.

Для приведення в систему НФСО перш за все слід визначити ті організаційно-правові форми, у яких ці організації можуть створюватись та діяти. ЦК України не визначив організаційно-правових форм непідприємницьких організацій. Також не існує окремого єдиного законодавчого акту, який їх би систематизував.

Відповідно до ЗУ «Про об'єднання громадян» (ч. 2 ст. 1) НФСО можуть бути створені в організаційно-правовій формі масового громадського руху; асоціації або спілки; фонду. Але, поняття «фізкультурно-спортивна організація» не встановлюється ЗУ «Про фізичну культуру і спорт». Але з аналізу цього законодавчого акту ми можемо зробити висновок, що НФСО можуть створюватись у наступних організаційно-правових формах: фізкультурно-спортивного товариства (ст. 36-7); спортивної ліги (ст. 23-1); федерації з відповідного виду спорту (асоціація, спілка, об'єднання тощо) (ст. 34); фізкультурно-оздоровчого клубу або центру (ч. 3 ст. 13); спортивного клубу (ст. 23); спортивної установи (ст. 25) тощо.

Крім цього, російські вчені: М.І. Золотов, В.В. Кузін, М.Є.Кутепов та С.Г. Сейранов вважають, що НФСО можуть створюватись та діяти, крім перерахованих, ще і у таких організаційно-правових формах: 1) державна корпорація; 2) некомерційне партнерство; 3) автономна некомерційна організація; 4) споживчий кооператив [7, с. 278-284].

Відповідно до перерахованих вище організаційно-правових форм, у яких створюються та діють НФСО, ми можемо зазначити, що за підставами виникнення (створення) деякі організаційно-правові форми НФСО поділяються на приватні та публічні (наприклад, установи).

За формою власності на якій засновані НФСО розрізняються на: НФСО, що створені фізичними, або створеними разом фізичними особами юридичними особами. Вони засновані на приватній формі власності і є приватними юридичними особами; НФСО, що створені державою (державні юридичні особи); НФСО, що створені органами місцевого самоврядування (комунальні НФСО).

Також аналіз наведеного дає підставу вважати, що на рівні загальної конструкції юридичної особи НФСО підрозділяються на НФСО, що створені шляхом об'єднання осіб та майна, та НФСО, що створені шляхом об'єднання лише майна.

На підставі чинного законодавства, зокрема ЗУ «Про фізичну культуру і спорт», з використанням такого критерію, як територіальна сфера діяльності, в межах якої існують НФСО, можна здійснити найбільш очевидний поділ НФСО на такі види: 1) міжнародні НФСО; 2) всеукраїнські НФСО; 3) місцеві НФСО. Але, поділ НФСО за критерієм територіальної сфери діяльності з точки зору цивільних правовідносин не має скільки-небудь суттєвого значення, зважаючи на інституційну рису цих відносин: юридичну рівність учасників. Тому і міжнародні НФСО і місцеві НФСО з позицій цивільного права є юридично рівними учасниками цих відносин. Однак у класифікації НФСО як учасників цивільних правовідносин за критерієм територіальної сфери діяльності є один складний момент, пов'язаний з тим, що більшість НФСО є складними, багатоланковими організаціями, створеними за територіальним принципом, до складу яких входять ще кілька організацій. Ця особливість набуває цивільно-правового аспекту, коли вона торкається ключового питання взаємодії самої НФСО та її територіальних відділень, а саме: питань поділу об'єктів права власності та співвідношення обсягів права власності на ці об'єкти.

Отже, в залежності від організаційних ознак НФСО під-розділяються на прості (наприклад, установа, що діє в сфері фізичної культури та спорту) та складні НФСО (наприклад, ФСТ, федерація з відповідного виду спорту).

Виділення НФСО може здійснюватися і на підставі вікового критерію їх членів: 1) НФСО, які можуть бути створені громадянами, які досягли 15-річного віку – це молодіжні та дитячі організації фізкультурно-спортивної спрямованості. Створення таких організацій вимагає певних матеріальних затрат, пов'язаних з розробкою установчих документів, реєстрації об'єднання. Є проблематичним обрання таких осіб до органів управління, які розпоряджатимуться коштами цих організацій, відкриватимуть банківські рахунки, звітуватимуть перед податковою адміністрацією тощо. ЗУ «Про молодіжні та дитячі громадські організації» встановлено, що членами молодіжних громадських організацій, в нашому випадку фізкультурно-спортивної спрямованості, можуть бути громадяни віком від 14 до 28 років, а дитячих громадських організацій – громадяни віком від 6 до 18 років; 2) НФСО, засновниками яких є громадяни, що досягли 18-річного віку. Відповідно до ЗУ «Про об'єднання громадян» членами НФСО, крім молодіжних та дитячих, можуть бути особи, які досягли 14 років.

За членством НФСО поділяються на: 1) з індивідуальним членством; 2) з індивідуальним та колективним членством. Хоча ст. 12 ЗУ «Про об'єднання громадян» встановлює можливість брати участь у діяльності громадських організацій, зокрема НФСО, у випадках передбачених їх статутами, колективних членів, але цей Закон не визначає поняття колективного члена. Також не встановлює цього поняття і ЗУ «Про фізичну культуру і спорт».

На підставі наведеного слід відзначити, що законодавець основним критерієм виділення НФСО вибрав цільовий характер їх діяльності. Усі інші виділені нами їх різновиди так чи інакше переплітаються і характеризують НФСО з різних боків прояву їх правоздатності та дієздатності.

Таким чином, різновиди НФСО – історично зумовлені організаційно-правові форми об'єднань чи установ, що відрізняються між собою за завданнями, порядком створення та управління, змістом прав на майно тощо. Певним чином це впливає і на їх участь у цивільних правовідносинах.

Література: 1. Цивільний кодекс України: Офіц. видання. – К.: Видавничий Дім «Ім Юре», 2003. – 664с.; 2. Закон України «Про об'єднання громадян» (Відомості Верхов-

ної Ради (ВВР), 1992, N 34, ст.504) (Вводиться в дію Постановою ВР N 2461-XII (2461-12) від 16.06.92, ВВР, 1992, N 34, ст.505); 3. Закон України «Про фізичну культуру і спорт» (Відомості Верховної Ради (ВВР), 1994, N 14, ст.80) (Вводиться в дію Постановою ВР N 3809-XII (3809-12) від 24.12.93, ВВР, 1994, N 14, ст.81); 4. Кучеренко І.М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права: Монографія. –К.: Інститут держави та права ім. В.М.Корецького НАН України. – 2004. –328 с.; 5. Бандурка О.М., Тягло О.В. Курс логіки: Підручник.-К.: Літера ЛТД. –2002. –160 с.; 6. Советское гражданское право: субъекты гражданского права / Под ред. С.Н. Братуся.–М.: Юрид. лит., 1984. – 328 с.; 7. Менеджмент и экономика физической культуры и спорта: Учеб.пособие для высш.учебн.заведений / М.И. Золотов, В.В. Кузин, М.Е. Кутелов, С.Г. Сейранов. – М.: Издательский центр «Академия», 2004. – 432с.

Курохта С.В., ад'юнкт кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ

Суттєві умови договору побутового підряду

Договір побутового підряду є одним із різновидів договору підряду. За цим договором підрядник, який здійснює підприємницьку діяльність, зобов'язується виконати за завданням фізичної особи (замовника) певну роботу, призначену для задоволення побутових та інших особистих потреб, а замовник зобов'язується прийняти та оплатити виконану роботу. Надавати побутові послуги населенню можуть не тільки організації, а й окремі громадяни, які набули статусу підприємця. Нерідко організації побутового обслуговування виконують замовлення інших суб'єктів господарювання (суб'єктів підприємництва). За таких обставин на зазначені підрядні відносини мають поширюватися загальні правила договору підряду, встановлені Цивільним кодексом України. Кабінету Міністрів України надано право затверджувати з окремих видів обслуговування громадян типові договори побутового замовлення. Правила про договори підряду з обслуговування побутових потреб громадян можуть встановлюватися й іншими законодавчими актами. Особливе значення для регулювання відносин з побутового обслуговування населення має закон України «Про захист прав споживачів».

Процедуру формування умов договору побутового підряду обумовлює дія принципу особливого захисту прав замовника на етапі складання договору. Це знаходить своє закріплення в існуванні особливого механізму правового регулювання процедури складання договору. Суттєвими умовами договору побутового підряду належить визнати, нарізні з предметом

договору, ціну договору побутового підряду (вартість відповідних послуг) та строк виконання відповідної роботи.

Предметом договору підряду є індивідуалізований результат роботи підрядника, який набуває тієї чи іншої матеріалізованої форми. Тобто роботи можна визнати такими, що здійснюються в межах договору підряду, якщо їх результатом є відповідні зміни матеріальних об'єктів.

Замовник зобов'язаний оплатити виконану роботу. Така оплата відбувається на основі погодженої сторонами ціни роботи, що включає відшкодування витрат підрядника та плату за виконану ним роботу. Згідно зі ст. 854 ЦК України якщо договором підряду не передбачена попередня оплата виконаної роботи або окремих її етапів, замовник зобов'язаний сплатити підрядникові обумовлену ціну після остаточної здачі роботи за умови, що роботу виконано належним чином і в погоджений строк або, за згодою Замовника, – достроково. Підрядник має право вимагати виплати йому авансу лише у випадку та в розмірі, встановлених договором. Ціна у договорі підряду може бути визначена у кошторисі, який може бути приблизним та твердим. Кошторис є твердим, якщо інше не встановлено договором; зміни до нього можуть вноситися лише за погодженням сторін.

У разі перевищення твердого кошторису усі пов'язані з цим витрати несе підрядник, якщо інше не встановлено законом. Якщо виникла необхідність проведення додаткових робіт і у зв'язку з цим істотного перевищення визначеного приблизного кошторису, підрядник зобов'язаний своєчасно попередити про це замовника. Замовник, який не погодився на перевищення кошторису, має право відмовитися від договору підряду. У цьому разі підрядник може вимагати від замовника оплати виконаної частини роботи.

Підрядник, який своєчасно не попередив замовника про необхідність перевищення приблизного кошторису, зобов'язаний виконати договір підряду за ціною, встановленою договором. Підрядник не має права вимагати збільшення твердого кошторису, а замовник – його зменшення в разі, якщо на момент укладання договору підряду не можна було передбачити повний обсяг роботи або необхідні для цього витрати. У разі істотного зростання після укладання договору вартості матеріалу, устаткування, які мали бути надані підрядником, а також вартості послуг, що надавалися йому іншими особами, підрядник має право вимагати збільшення кошторису. У

разі відмови замовника від збільшення кошторису підрядник має право вимагати розірвання договору.

ЦК України вказує на необхідність встановлення строків виконання робіт або їх окремих етапів у договорах підряду (ст. 846). Якщо у договорі підряду не встановлені строки виконання роботи, підрядник зобов'язаний виконати роботу, а замовник має право вимагати її виконання у розумні строки відповідно до суті зобов'язання, характеру та обсягів роботи та звичаїв ділового обороту.

Договір підряду є консенсуальним договором, тобто вважається укладеним, коли між сторонами в потрібній у належних випадках формі досягнуто згоди з усіх істотних умов. Договір побутового підряду є публічним договором. Тому підприємець не має права відмовитися від укладання публічного договору за наявності у нього можливостей надання споживачеві відповідних товарів (робіт, послуг) (ч. 4 ст. 633 ЦК України).

ЦК України не містить вказівки щодо форми, в якій повинні укладатися договори підряду. Щоправда ст. 866 вказує, що договір побутового підряду вважається укладеним у належній формі, якщо підрядник видав замовникові квитанцію або інший документ, що підтверджує укладання договору (див. також Правила побутового обслуговування населення, затв. постановою Кабінету Міністрів України від 16 травня 1994р. №313).

Ковтунова Л.Ю., здобувач кафедри цивільно-правових дисциплін навчально-наукового інституту права економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ

Правова природа недійсного шлюбу у сімейному праві України

1. Визначення правової природи недійсного шлюбу має важливе теоретичне та практичне значення. Встановлення місця недійсного шлюбу у системі юридичних фактів сімейного права буде слугувати найбільш ефективному застосуванню норм сімейного та цивільного законодавства, що регулюють відносини, які виникають внаслідок визнання шлюбу недійсним. При цьому має бути встановлено норми яких са-

ме інститутів вказаних галузей законодавства мають застосовуватись до цих відносин.

Правова природа недійсного шлюбу не одержала достатнього дослідження в науковій літературі з сімейного права. Більшість вчених схиляються до того, що визнання шлюбу недійсним є сімейно-правовою санкцією, яка застосовується за порушення умов укладення шлюбу. У юридичній літературі зустрічається також погляд на визнання шлюбу недійсним як на «семе́йно-правовую мсру, которой государство реагирует на заключение брака с нарушением установленных условий его заключения»[1, с. 8]. Проте, природа цієї міри залишається поза увагою дослідника. Я.М. Шевченко наголошує на тому, що недійсність шлюбу є різновидом сімейно-правової відповідальності[2, с. 161]. Існує також думка, що «недействительность брака далеко не всегда можно расценивать как семейно-правовую санкцию. Природа этого института значительно сложнее»[3, с. 56].

2. Визначення правової природи недійсного шлюбу ускладнюється тим, що у правовій літературі не існує загальноприйнятого поняття юридичної відповідальності та правової санкції. Крім того, остаточно не вирішено проблему їх співвідношення.

Найбільш поширеним в літературі з теорії права є трактування юридичної відповідальності як заходу державного примусу, як реакції на вчинене правопорушення. Відповідальність як міра державного примусу, на думку більшості авторів, полягає у засудженні правопорушення, у встановленні для правопорушника певних негативних (несприятливих) наслідків у вигляді обмежень особистого або майнового характеру. До цього додається, що юридична відповідальність слугує справі виховання та виправлення правопорушників, спеціального та загального попередження правопорушень.

Засудження правопорушника, негативні для нього наслідки, державний примус щодо нього вважаються необхідними ознаками юридичної відповідальності в її визначеннях.

3. Як різновид юридичної відповідальності виділяється цивільно-правова відповідальність. Однозначного визначення цивільно-правової відповідальності у цивілістичній літературі також не існує. Більшість цивілістів обмежуються вказівкою на основні риси цивільно-правової відповідальності. Так, серед основних ознак цивільно-правової відповідальності називаються: по-перше, компенсаційний або відновлювальний характер цивільно-правової відповідальності; по-

друге, відповідальність являє собою нове додаткове обтяження, яке полягає або у позбавленні можливості (суб'єктивного права), або у покладенні на винну особу додаткового обов'язку.

4. Крім того, у науці права існує також думка про наявність такого особливого виду правової відповідальності як сімейно-правова[4, 2, 5]. Ми також приєднуємось до цієї групи вчених, які виділяють як окремий вид сімейно-правову відповідальність. Проте, вказаний вид юридичної відповідальності ще не достатньо досліджений у сімейно-правовій літературі. Окремі ознаки цього виду відповідальності були виділені В.І. Даніліним. По-перше, суб'єктами вказаного виду відповідальності можуть бути тільки члени певної сім'ї, які мають деліктоздатність. По-друге, в разі порушення сімейних прав чи обов'язків зазнати негативні наслідки сімейно-правової відповідальності не може ніхто крім самого правопорушника. По-третє, заходи сімейно-правової відповідальності спрямовані перш за все на позбавлення суб'єктивного права, а не на компенсацію наслідків правопорушення. Крім того, цим автором також зазначається, що сімейно-правовій відповідальності властиві всі риси юридичної відповідальності в цілому.

Таким чином, як цивільно-правовій, так і сімейно-правовій відповідальності властива така ознака як покладення на правопорушника додаткового обов'язку або позбавлення його належного йому права. Вказана ознака є конститутивною при визначенні цивільно-правової відповідальності. Це пояснюється компенсаційним характером цих видів відповідальності.

5. У літературі при дослідженні проблем юридичної відповідальності, визначаючи багатогранність цього правового явища, автори поруч з іншими категоріями застосовують і таку як «санкція». Проте, у зв'язку з тим, що поняття санкції у правовій науці має декілька значень, з'ясування взаємозв'язку понять відповідальності та санкції викликає певні труднощі. Як було визначено О.О. Красавчіковим в літературі існує три основні точки зору про взаємозв'язок відповідальності та санкції. Відповідно до однієї з них цивільно-правова санкція є різновидом цивільно-правової відповідальності, відповідно до іншої, цивільно-правова відповідальність є видом санкції. На кінець, існує третя точка зору, яка ставить знак рівності між категоріями, що розглядаються[6, с. 261].

6. Саме по собі визначення поняття санкції теж має багато значень. На наш погляд, слід підтримати думку тих вчених, які визначають санкцію як «установленню законом мерею имущественных или иных правовых невыгодных для лица последствий, которая применяется к нему в случае несоблюдения предписаний закона, невыполнения принятых обязательств, причинения вреда или при наличии иных, предусмотренных законом оснований» [6, с. 264].

Таким чином, поняття санкції є ширшим ніж поняття юридичної відповідальності. А засоби реалізації юридичної відповідальності є санкціями за вчинене правопорушення.

7. Недійсний шлюб є настільки складним явищем, що його правову природу неможливо визначити однозначно.

З одного боку, його можна визначити як санкцію за неправомірну поведінку, яка не є засобом відповідальності, оскільки при застосуванні цієї санкції особи, які уклали між собою недійсний шлюб позбавляються прав та обов'язків подружжя, тобто повертаються у те становище, яке існувало до укладення ними шлюбу. При цьому в них не виникає ніяких додаткових обов'язків і вони не зазнають позбавлення майнових чи особистих немайнових прав, а ці права та обов'язки визнаються такими, що не існували. А з іншого боку, якщо метою укладення недійсного шлюбу було отримання якихось майнових (отримання житлової площі, державної допомоги тощо) або немайнових (відомого прізвища, права на реєстрацію тощо) благ, то внаслідок визнання шлюбу недійсним особа, яка мала такий намір, втрачає зазначені блага, а отже для неї визнання шлюбу недійсним стає заходом відповідальності.

Крім того, слід завжди брати до уваги відносно якої особи визначається правова природа недійсного шлюбу. Якщо правопорушення було скоєне однією особою (наприклад, вступ у новий шлюб без розірвання попереднього), а у поведінці іншого з подружжя не було вини (вона не знала про наявність нерозірваного шлюбу), то щодо першої сторони недійсний шлюб – це санкція за правопорушення, а щодо другої – це засіб захисту її особистих немайнових та майнових прав.

Таким чином, правова природа недійсного шлюбу повинна визначатися з урахуванням як об'єктивних, так і суб'єктивних моментів. З об'єктивної точки зору має значення підстава, за якою шлюб визнається недійсним, а з суб'єктивної – обізнаність сторін про наявність перешкод до укладення шлюбу між ними. І отже, в одних випадках ви-

знання шлюбу недійсним є сімейно-правовою санкцією за порушення умов укладення шлюбу, яка не є мірою сімейно-правової відповідальності, а в інших – це є міра сімейно-правової відповідальності, яка тягне за собою позбавлення особи набутих внаслідок укладення недійсного шлюбу особистих немайнових та майнових прав.

Головатенко О.В., здобувач Харківського національного університету внутрішніх справ

Аспекти визначення суб'єктного складу відносин власності в акціонерних товариствах

В умовах економічних змін, що відбуваються в Україні і реформування цивільного законодавства юридична доктрина і практика сформулювали низку правових новел, які мають сприяти гармонійному переходу на новий напрямок розвитку й успішно забезпечувати правове регулювання правовідносин, що виникають між його суб'єктами. Нажаль, переосмислення законодавства затягнулося на десятиріччя й введення нових інститутів, у тому числі й інститутів цивільного права, стало скоріше нагальною потребою життя, аніж засобом підготовки цивілізованого механізму для оздоровлення вітчизняної економіки. Ця позиція стосується, безпосередньо, і суб'єктного складу відносин власності в акціонерних товариствах.

Право власності і її форми за своєю природою – явища персоніфіковані. Конкретизація фактичних відносин з приводу володіння і використання речей здійснюється за допомогою їх суб'єктів. Це найбільш проста, очевидна ознака, що дозволяє визначати не лише приналежність майна якомусь типу осіб, але й саму цю особу [3, с. 13].

Суб'єктами корпоративних правовідносин є учасники корпоративних відносин, зокрема [4, с. 13]:

1) юридична особа. Це – центральний суб'єкт корпоративних відносин, оскільки ці відносини виникають саме у зв'язку із юридичною особою. Більшість корпоративних правовідносин існують саме за участю юридичної особи;

2) учасники – тобто особи, які мають корпоративні права щодо певної юридичної особи. Учасниками можуть бути фізичні особи, юридичні особи, територіальні громади, держава;

3) органи управління юридичних осіб. Це специфічні учасники корпоративних відносин. Вони не мають цивільної правосуб'єктності, але закон надає їм певні права та передбачає обов'язки у сфері корпоративного управління. Назовні дії органів управління вважаються діями юридичної особи, однак у внутрішньокорпоративних відносинах кожен орган має свій правовий статус;

4) органи державного управління (ДКЦПФР, Антимонопольний комітет України, Фонд державного майна, місцеві державні адміністрації та ін.). Ці органи, як правило, не є безпосередніми учасниками корпоративних правовідносин, але вони здійснюють контроль за дотриманням корпоративного законодавства або управління державними корпоративними правами.

Ми не повністю поділяємо думку висловлену В.М. Кравчуком, оскільки розглядаючи структуру суб'єктного складу корпоративних (у нашому випадку – акціонерних) відносин вчений ґрунтує власну позицію з урахуванням як приватноправових, так і публічно-правових засад, що не повністю відображає специфіку цивільно-правових відносин. Так, автор вказує, що суб'єктами корпоративних правовідносин є учасники корпоративних відносин, при цьому в системі такого суб'єктного складу поруч з певними видами зазначає наявність окремої категорії «учасники», тобто, на нашу думку, має місце деяка тавтологія, яка призводить до певної плутанини та, іноді, вводить у оману.

Крім того варто відзначити, що, на нашу думку, В.М. Кравчук робить помилку відносячи до структури учасників корпоративних відносин органи державного управління. Як ми визначилися базовим для встановлення суб'єктного складу тих чи інших відносин є, у певному розумінні, економічна основа, якою визнається корпоративна власність, тобто нам необхідно зрозуміти стан привласнення того чи іншого суб'єкта стосовно майна господарського товариства (у нашому випадку – акціонерного) або корпоративних прав щодо такого майна. Автор акцентує нашу увагу на певній обмовці про те, що ці органи, як правило, не є безпосередніми учасниками корпоративних правовідносин, але вони здійснюють контроль за дотриманням корпоративного законодавства або управління державними корпоративними правами. Ми вважаємо, що наділення осіб деякими контрольними повноваженнями не є підставою для віднесення їх до

суб'єктного складу відносин, що мають власну специфіку, на підставі якої і виникає відповідна група вже правовідносин.

Деяка специфіка існує і стосовно інших груп суб'єктів відносин корпоративної власності. Так, стосовно органів управління юридичною особою слід зауважити, що в юридичній літературі не існує однозначної думки з цього приводу. Як бачимо, з вище вказаного, В.М. Кравчук вважає їх специфічними учасниками корпоративних відносин [4, с. 13], натомість існує думка, що ці органи є повноправними суб'єктами корпоративних правовідносин [5, с. 143]. Ми не погоджуємося в наведеними позиціями, оскільки за ст. 92 ЦК України [1] юридична особа набуває цивільних прав та обов'язків і здійснює їх через свої органи, які діють відповідно до установчих документів та закону, тобто законодавець суб'єктом правовідносин визнає саму юридичну особу, а не органи її управління.

Найбільш глибока специфіка АТ полягає в тому, що власність на вкладений у нього капітал завжди відокремлена від управління. Дійсно, саме цей аспект відрізняє корпорації від інших комерційних юридичних осіб (наприклад, кооперативів). Управління в корпораціях здійснюють її учасники, яким спеціально доручено відповідати за організацію і хід діяльності юридичної особи – «менеджери вищої ланки».

Учасниками АТ стають його засновники, оскільки при створенні товариства всі його акції повинні бути розміщені серед засновників (ст. 29 Закону України «Про господарські товариства» [2]), а також інші особи, які придбали акції товариства. Однак в цьому разі необхідно точно визначити момент, з якого вказані особи набувають статус акціонерів товариства. Для набуття відповідного статусу необхідним є особливий склад юридичних фактів. З моменту вчинення правочину з переходу права власності на акції набувач несе обов'язок і одночасно має право на внесення до реєстру акціонерів товариства, однак ніякі інші права, характерні статусу акціонера, він набувати не може.

Ми вважаємо, що учасниками відносин власності в акціонерних правовідносинах є саме АТ та його учасники, тобто акціонери. Акціонер – це учасник АТ, особа яка володіє акціями як найменшою часткою статутного фонду АТ, яка підтверджує акцію як цінний папір.

АТ є обов'язковим учасником акціонерних відносин. Характер акціонерної власності визначає особливості його організації і діяльності. Воно відноситься до тієї групи юридич-

них осіб, які утворюються за волевиявленням їх засновників. Майнова база АТ створюється за рахунок об'єднання їх внесків. Товарно-грошовий, відплатний (у широкому розумінні слова) характер підприємницьких відносин обумовлює отримання в обмін на вклад певного еквіваленту, у ролі якого виступає акція [6, с. 122-123].

Правове становище акціонера – це комплексна інтеграційна категорія, яка відтворює взаємозв'язок між акціонером та АТ, акціонером та органами управління, акціонером і державою, а також інші соціальні сфери. Правове становище акціонера має двояку юридичну природу: з однієї сторони, як власник цінного паперу, він наділений повноваженнями володіння користування і розпорядження акціями, які йому належать; з іншої сторони – як учасник товариства, акціонер наділений правами, які виникають на основі членства у товаристві (право на управління, на отримання інформації і т.д.) [7, с. 148].

Література: 1. Цивільний кодекс України // Офіційний вісник України, 2003, N 11 (28.03.2003), ст. 461. 2. Закон України «Про господарські товариства» // ВВР України, 1991, № 49 (03.12.91), ст. 682. 3. Андреев В.К. О праве частной собственности в России (критический очерк). – М.: Волтерс Клувер, 2007. 4. Кравчук В.М. Корпоративне право. Науково-практичний коментар законодавства та судової практики. – К.: Істина, 2005. 5. Корпоративное право: учебник для юридических вузов / В.В. Гуцин, Ю.О. Порошкина, Е.Б. Сердюк. – М.: Эксмо, 2006. 6. Долинская В.В. Правовые формы акционерной собственности // Актуальные проблемы права собственности. – Материалы научных чтений памяти професора С.Н. Братуся (Москва, 25 октября 2006 г.). – М.: ИД «Юриспруденция», 2007. 7. Щербина О.В. Правове становище акціонерів за законодавством України. – К.: Юринком Интер, 2001.

Філіновських О.В., здобувач відділу проблем цивільного, підприємницького і трудового права Інституту держави і права ім. В.Н. Корецького НАН України

Недоліки в законодавстві України: право на аранжування комп'ютерної програми

Чи можна застосовувати норму права, гіпотеза якої вказує на факт – «аранжування», як до музичного твору, так і до комп'ютерної програми (далі – «КП»)? З точки зору формальної логіки – так! Тому, що норма права містить термін «аранжування» на «КП» в Законі України «Про авторське право і суміжні права» (далі Закон України) [1] і не має застережень. Але, якщо поставити питання по суті, то як зазначають Маміофа І.Е. і Жуков В.І [9, 10], з необхідності адекватно

тного віддзеркалення в гіпотезі норми права лише тих властивостей (фактів), які об'єктивно притаманні саме «КП» – ми стверджуємо, що така норма буде ущемленою (недоліком в законодавстві).

При перекладі, з однієї мови на іншу норм права у т.ч. і Директиву ЄС «Про правову охорону комп'ютерних програм», [3] також слід виходити з суті явищ, тобто з тих властивостей, які об'єктивно притаманні «КП».

Метою цієї публікації є обґрунтування наявності однієї із причин недоліків в законодавстві України, щодо охорони прав на «КП», – тобто звернути увагу на причини, які їх породжують.

Як відомо, законодавство України передбачає, що охорона прав на «КП» складається, як з норм права, які містять термін «КП» (наприклад, авторське право на «КП», ст.18 Закону України), і застосовуються до відносин, де об'єктом права є «КП», так і тих, які його не містять, але теж застосовуються до відносин, де об'єктом права є «КП» (наприклад, особисті немайнові права автора, ст.14 Закону України). Саме таке регулювання відносин, з боку законодавця, в Україні породило труднощі, як серед авторів і виробників «КП», так і у суддів, які розглядають спори пов'язані з «КП».

Виходячи з вищенаведеного, відповідно до ст. 433 і п.4 ч. 1 ст.441 Цивільного кодексу України (далі ЦКУ) [2], а також п.6 ч.3 ст.15 Закону України автору належить право дозволяти або забороняти «...аранжування та інші подібні зміни творів». Це право відноситься до всіх творів, а отже, формально, і до такого об'єкту права як «КП». Однак, традиційно, термін «аранжування» вживається лише до музичних творів.

Так в тлумачному словнику іноземних слів під ред. Комлева Н.Г. зазначено, що «Аранжировать (от фр. arranger – приводит в порядок) – переложить музыкальное произведение для исполнения на другом инструменте (другим голосом) или для другого состава инструментов (голосов)» [11].

Ще в 1957 році видатні вчені – цивілісти Антимонов Б.С. і Флейшиц Е.А. зазначали, що «...аранжировка, то есть переложение музыкального произведения с сохранением его основной композиции, но с изменением отдельных элементов фактуры или фактуры и жанра произведения ...» [6, с.88].

Позиція сучасних науковців Бошицького Ю. Л. і Святоцького О. Д. не відрізняються від їх попередників, і тому вони дотримуються того, що «Аранжування – творча переробка музичного твору для виконання іншими, порівняно з оригіналом, інструментами або голосами» [7, с. 587]. Також, на

думку, І.О. Дзери «Будь-яка переробка твору, наприклад ..., пристосування музичного твору до інших інструментів (аранжування) та будь-яка інша переробка твору може мати місце лише за згодою автора чи його правонаступників» [8, с. 556].

Тобто, якщо дотримуватися точки зору вчених – цивілістів, то норми права щодо «аранжування» підлягає застосування лише до музичного твору, яким «КП» не є.

Також в країнах Європи, наприклад, в Законі Латвії «Про авторське право» [4] ст.15 Майнові права автора міститься 3 частини, кожна з яких присвячена: (1) – майновим правам всіх творів, окрім тих про які піде мова в 2,3 частинах; (2) – за цією частиною статті закріплені права автора на «КП»; (3) – містяться норми щодо прав на бази даних. Право на аранжування в ч. 2 ст.15 Закону Латвії, щодо «КП» не передбачено!

З 1 січня 2008 року відповідно до п.9 ч.2 ст.1270 ЦК РФ [5, с.548] права автора твору і «КП» відокремлені: до прав автора твору належать – право на переклад, переробку, екранізацію, аранжировку, інсценіровку, а автор «КП» має право на переробку (модифікацію) програми для ЕОМ. Отже, законодавець чітко відмежував всі ті правомоччя, що належать до «КП» і право на аранжування «КП» ними не передбачено, так само як і в Законі Латвії.

Якщо звернутися до першоджерела Директиви Ради ЄС «Про правову охорону комп'ютерних програм», то п. б) ст.4 має словосполучення в якому міститься термін «аранжування» – «... arrangement and anV other alteration of a computer program» і перекладається так: «...аранжировка и любая другая перестройка компьютерной программы» [15] або «...пристосування або будь-яку іншу зміну комп'ютерної програми» [14, с. 690] або «...компоновку, а также всякое другое преобразование программного обеспечения» [16].

Як відомо, офіційними мовами перекладу Директиви є англійська, французька та іспанська мови. Офіційного перекладу українською чи російською мовами не має. А відсутність однообразного (одноманітного) перекладу на українську або російську мови може призвести до протиріч на практиці.

Якщо застосувати філологічний (граматичний) спосіб тлумачення і звернутися до англо – російського словника Мюллера В.К. [12] в якому під терміном «arrangement» розуміється: «1) приведение в порядок, расположение, классификация, систематизация the arrangement of a library – систематизация библиотеки 2) соглашение, договоренность to come to an arrangement – прийти к соглашению to make arrangements –

договариваться о чем-л. to make arrangements with smb. – устлав-ливаться с кем-л. 3) разрешение (спора); урегулювання arrangement of conflict – урегулювання конфлікту 4) usu. pl. приготовление, мера, мероприятие to make arrangements (for) – приймати заходи (к); робити заходи (к) 5) приспособление, переделка (для сцены и т. п.) 6) spread приспособление, механизм 7) mus. аранжировка 8) tech. Монтаж». Такі ж варіанти перекладу надають і автори інших англословників [13].

Отже, якщо дотримуватися правильного перекладу Директиви ЄС, то можна зробити висновок, що «аранжування КП» не можливе. Так, як законодавець України обрав термін «аранжування» до всіх творів, а отже і до «КП», без будь-яких застережень, то слід мати на увазі, що основним (першочерговим) його змістом є пристосування «КП» до hardware. Але навіть винаходити щось нове, якщо відповідно до п.1 ч.1 ст.24 Закону України внесення до комп'ютерної програми зміни з метою забезпечення її функціонування на технічних засобах особи вже має свою назву – модифікація. Таким чином, до статті 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права» слід внести зміни.

Список джерел: Закон України «Про авторське право і суміжні права» від 23 грудня 1993 року // Відомості Верховної Ради (ВВР), 1994, № 13, ст.64; Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV, Відомості Верховної Ради (ВВР), 2003, № 40-44, ст.356; Директиви 91/250/ЄЕ Ради ЄС «Про правову охорону комп'ютерних програм» від 14 травня 1991 року; Закон Латвії «Об авторском праве» принят Сеймом 6 апреля 2000 года – (Latvijas Vestnesis 27/04/2000r.) www.medialaw.ru; Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая, вторая, третья, четвертая). – Новосибирск: Сиб.унив. изд-во, 2007. – 704с.; Антимонов Б.С., Флейшиц Е.А. Авторское право. – М.: Юридическая литература. – 1957. – 260 с.; Бошицький Ю. Л., Святоцький О. Д., Глава 36, Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2 ч./ За заг. ред. Я. М. Шевченко. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. – ч. 1. – 692 с.; Дзера І.О., глава 26, Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / О.В. Дзера Ц58 (кер. авт. кол.), Д.В. Боброва, А.С. Довгерт та ін.; За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. – 2-е вид., допов. і перероб. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – Кн. 1. – 736 с.; Мамиофа І.Э. Программа для ЭВМ как объект авторского права // Информатика и право. Сборник научных трудов. – Ленинград: «Наука», Ленинградское отделение. – 1988. – 160 с. – С.21-33; Жуков В.И. Правовой режим нетипичных объектов интеллектуальной собственности // Правовое государство. Проблемы правотворчества. – Тарту. – 1989. – 256 с. – с.191-197. Жуков В.И. Методология подхода к объектам информатики как к объектам гражданского правоотношения // Социальные и правовые вопросы развития вычислительной техники и научно-технического творчества. Труды по социальным проблемам кибернетики. Ученые записки Тартуского государственного университета. – Тарту. – 1989. – 172 с. – С.127-137; Жуков В.І. Захист комп'ютерних програм: стара проблема, що очікує зовсім нового вирішення // Науково-практичний журнал Інтелектуальна власність №7. 2004, с.20-27; Комлев Н.Г. Словарь иностранных слов, 2006 г.; Мюллер В.К. Англо – Русский словарь, Издание 24, исправленное М., «Русский язык», 1995 г.; Га-

льперин И.Р. Англо – Русский словарь, Т 1, М., 1987г.; Ахманова О.С., Уилсон Е.А. Англо – Русский и Русско – Английский словарь (краткий), М., 1991г.; Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавство України / За редакцією Ю.М. Каліци: кол. авторів: Ю.М. Каліца, С.К. Ступак, В.П. Воробйов та ін. - К.: Видавничий Дім «Слово», 2006. – 1104с.; <http://www.libertarium.ru/libertarium/EUD-softcopVright#st4>. Офіційний сайт ВРУ – http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_065; Юридический портал ЮрЦентр <http://www.spbpravo.ru/abro.php?state=54574>; Бесплатная правовая техническая документация, ГОСТы, законы <http://weldteam.ru/pages.php?ref=docs/megddok/91-250.htm&page=1&id=470>

*Мігащук Ю.І., помічник прокурора Ко-
мінтернівського району м. Харкова*

Деякі питання відшкодування моральної (немай- нової) шкоди, завданої незаконними діями право- охоронних органів

Проблеми захисту прав людини є наріжним каменем в правовій державі. Серед іншого складовим елементом буде захист від незаконних дій органів дізнання, досудового слідства прокуратури, суду. Поряд з іншими засобами захисту останній не виключає відшкодування моральної шкоди завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури або суду. Питання відповідальності в цивільно-правовому аспекті названих органів завжди було актуальним предметом дослідження. В 70-80 рр. минулого століття після ухвалення останньої Конституції СРСР робилися спроби застосувати конституційну норму щодо відшкодування шкоди завданої правоохоронними органами. Однак позови про відшкодування шкоди, завданої незаконними діями (бездіяльністю) правоохоронних органів відхилялися з причини відсутності спеціального закону, який регламентував би підстави і порядок відшкодування такої шкоди.

Захист суб'єктивних цивільних прав є однією з гарантій фізичної особи в громадянському суспільстві. Здійснення цивільного права тісно пов'язано із його захистом від неправомірної поведінки інших осіб. Засади положення стосовно захисту містяться в Конституції України, згідно з положеннями якої гарантується захист конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України. Обов'язок щодо забезпечення захисту покладається на державу.

Положення Конституції трансформувалися в норми галузей права. Правова природа захисту в юридичній науці залишається дискусійною. Основні теорії захисту узагальнив в своїй монографії Р.О.Стефанчук, виокремивши:

а) «Теорію функції» згідно якої захист розглядається як загальна функція, що здійснюється шляхом застосування компетентним органом будь-яких цивільно-правових санкцій (П.І.Іларіонова);

б) «Теорію засобу», яка визначає захист як передбачену законом систему засобів для боротьби з правопорушеннями (Ю.Г.Басін, А.Г.Діденко).

в) «Теорія діяльності», яка є домінуючою в сучасній доктрині та зводить поняття захисту до діяльності уповноваженого чи компетентного органу по усуненню перешкод на шляху здійснення суб'єктами своїх прав (Г.П.Ареф'єв, С.В.Тенішин).

Захист прав і свобод фізичних осіб здійснюється різними галузями права. Важливе місце серед інших відводиться цивільно-правовим засобам. Відшкодування шкоди в деліктних зобов'язаннях має на меті захистити майнові права особи шляхом відновлення їх становища до порушення і компенсації матеріальних втрат, а також моральної шкоди. Серед спеціальних положень деліктних зобов'язань відшкодування шкоди органами дізнання, судового слідства, прокуратури і суду займають особливе місце. Це пов'язано із здійсненням специфічних функцій переліченими органами, пов'язаними з втручанням в особисту та майнову сферу фізичної особи. Не завжди дії правоохоронних органів відповідають вимогам закону, завдаючи шкоди майновим правам та особистим немайновим благам. Звідси особлива актуальність питання відшкодування шкоди завданою діями (бездіяльністю) цих органів. Загальнотеоретичні засади відшкодування шкоди були предметом дослідження багатьох авторів. Серед них Д.В. Боброва, Г.К.Матвєєв, В.Т.Нор, Г.Б.Яновицька та інші. Однак становлення громадського суспільства вимагає нових підходів дослідження проблем відшкодування шкоди, завданої правоохоронними органами;

Питання захисту суб'єктивного цивільного права безпосередньо пов'язано з моментом порушення. В контексті зобов'язань з відшкодуванням шкоди органами дізнання, судового слідства, прокуратури і суду слід розрізнити порушення особистих немайнових прав фізичної особи та їх майнових прав.

Серед особистих немайнових, насамперед необхідно виокремити право на свободу та особисту недоторканість. Неправомірне затримання, запобіжний засіб, взяття під варту чи підписку про невиїзд, ув'язнення порушують право особи на свободу. Застосування до фізичної особи фізичного або психічного насильства на стадії дізнання досудового слідства є також порушенням її особистих немайнових прав.

В процесі притягнення фізичної особи до кримінальної чи адміністративної відповідальності не повинно порушуватися право на повагу до гідності та честі. Адже непоодинокі випадки, коли ще до рішення суду представники органів дізнання, досудового слідства, прокуратури дають свої оцінки щодо дій особи затриманої або притягнутої до кримінальної чи адміністративної відповідальності. Ці міркування часто висвітлюються в засобах масової інформації, телебаченні. Формується негативна думка, а потім суд виносить виправдувальний вирок або справа припиняється ще на стадії дізнання чи досудового слідства за відсутністю складу злочину. Право на повагу честі та гідності встановлено Конституцією України, згідно з ст.28 якої «кожен має право на повагу до його гідності». Тому у разі порушення цього особистого немайнового права повинна відшкодовуватись моральна (немайнова) шкода.

З правом на повагу до гідності та честі тісно пов'язані особисте немайнове право на недоторканість ділової репутації. Згідно з ст. 299 ЦК України фізична особа має право на недоторканість своєї репутації. Зазначене особисте немайнове право може бути порушене в результаті незаконних рішень, неправомірних дій (бездіяльності) органу дізнання, попереднього слідства, прокуратури або суду.

Особливо це є актуальним у разі притягнення до кримінальної відповідальності за економічні правопорушення, зловживання службовим становищем. Особи відсторонюються від виконання службових обов'язків, беруться під варту. Безумовно, що це впливає на ділову репутацію особи. У разі припинення кримінальної справи з реабілітуючи підстав або ухвалення виправдувального вироку негативний імідж може позначитися і на діловій репутації фізичної особи.

Фізична особа має право на таємницю листування, телеграм, телефонних розмов, телеграфних повідомлень та інших видів кореспонденції. Порушення таємниці кореспонденції може бути дозволено судом у випадках, встановлених законом з метою запобігання злочинів чи з'ясування істини під час розслідування кримінальної справи, якщо іншим спосо-

бом одержати інформацію неможливо. За дозволом суду може накладатися арешт на кореспонденцію, здійснюватися її виїмка в поштово-телеграфних установах, а також зняття інформації з каналів зв'язку, застосовуватися інші оперативні заходи для отримання інформації. У разі припинення досудового слідства, заходів в рамках процедури дізнання або виправдовувального вироку суду така інформація не повинна використовуватися і порушувати право на особисте життя та його таємницю. Водночас актуальним є питання щодо відшкодування моральної (немайнової) шкоди в таких випадках. На наш погляд відшкодування моральної шкоди, завданої порушенням права на особисте життя та його таємницю повинне відшкодовуватися на загальних підставах, а не на підставі ст. 1176 ЦК України, яка регулює відшкодування шкоди, завданими незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу дізнання, попереднього (досудового) слідства прокуратури або суду. Такі міркування обґрунтовані тим, що перегляд кореспонденції її перфорація, прослуховування телефонних та інших розмов неминуче призводить до ознайомлення з особистим життям особи. Але доступ до такої інформації санкціонований рішенням суду. Отже дії правоохоронних органів є правомірними.

Але обставини особистого життя фізичної особи згідно з п.4 ст. 301 ЦК України можуть бути доступні спочатку для працівників правоохоронних органів, а далі і особам стороннім. Такі відомості порушують особисте немайнове право фізичної особи на таємницю особистого життя. Втручання в особисте життя може привести до негативних наслідків: розголошення таємниці усиновлення, стану здоров'я майнового становища тощо. Тому, якщо інформація пов'язана з ознайомленням особистої кореспонденції фізичної особи, яка стосується сфери приватного життя буде розголошена без зв'язку з матеріалами справи, припиненої з реабілітуючих підстав, потерпілий має право на відшкодування моральної шкоди.

При цьому має значення об'єктивна сторона, а саме: протиправна дія або бездіяльність органів дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури і суду. Якщо посадові працівники перелічених органів розголосили інформацію, що стосується сфери таємниці особистого життя фізичної особи, яка стала їм відома внаслідок здійснення оперативних заходів, то на наш погляд моральна шкода завдана такими діями повинна бути відшкодована.

Окремо слід виокремити право особи на кіно-фото зйомку в процесі здійснення оперативно-слідчих заходів. У разі проведення слідчого експерименту, відтворень обставин злочину часто застосовується кіно-відео зйомка, що дозволяє зафіксувати важливі докази і підтвердити вину правопорушника. Але такі кіно-відео матеріали доволі часто демонструються до ухвали обвинувального вироку суду. Певною мірою це є порушення прав особи, вина якої ще не встановлена судом. Так в судах США дозволяється лише робити замальовки обвинуваного і не дозволяється його фотографувати чи здійснювати кіно-відео зйомку. Звідси до часу ухвалення судового вироку про вину обвинуваченого протиправним буде показ оперативної зйомки по телебаченню.

Цивільний Кодекс України (ст. 308) захищає інтереси фізичної особи, яка зображена на фотографіях та інших художніх творах, а саме: фотографія, інші художні твори, на яких зображено фізичну особу, можуть бути публічно показані за згодою цієї особи. Винятки стосуються випадків, коли фізична особа позувала автору за плату.

Водночас п. 3 ст. 308 Цивільного Кодексу України передбачає, що фотографія може бути розповсюджена без дозволу фізичної особи, яка зображена на ній, якщо викликано необхідністю захисту її інтересів або інтересів інших осіб. Дійсно публікування фотографій осіб, які пропали безвісти, дітей, що втекли з дому безумовно необхідно в їх інтересах та інтересах близьких та рідних.

Але є ще одна категорія осіб, без згоди яких публікуються фотографічні зображення. Йдеться про осіб, яких розшукують правоохоронні органи. Однак може виявитися, що такі особи оголошені були в розшук помилково і пізніше кримінальну справу проти них припинено з реабілітуючих підстав. Але внаслідок публікування фотографій оголошеного в розшук багато знайомих, рідних отримали інформацію, яка ганьбить добре ім'я фізичної особи. Звідси фізична особа має право на відшкодування моральної шкоди. Крім цього п. 3 ст. 308 ЦК України необхідно викласти в такій редакції: «Фотографія може бути розповсюджена без дозволу фізичної особи, яка зображена на ній, якщо це викликано необхідністю захисту інтересів цієї особи, інших осіб та інтересів суспільства.»

В перелічених випадках моральна шкода може бути завдана неправомірними діями правоохоронних органів особистим немайновим правом фізичної особи. Зазначену шкоду необхідно відшкодувати не на загальних підставах, а відпо-

відно до положень ст. 1176 ЦК України та закону України від 1 грудня 1994 р. «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду.» Звідси слід уточнити положення ст. 1176 ЦК України і відповідні норми названого вище Закону в контексті відшкодування моральної шкоди, завданої особистим немайновим правам фізичної особи внаслідок незаконних рішень, дій чи бездіяльності органу дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури або суду.

В зв'язку з цим необхідно чітко вказати в дефініції ст. 1176 ЦК України на відшкодування власне моральної шкоди завданої незаконними діями перелічених в цій статті правоохоронних органів. В зв'язку з цим п. 1 ст. 1176 ЦК України доцільно викласти в такій редакції: «Майнова і моральна (немайнова) шкода завдана фізичній особі внаслідок її незаконного засудження, незаконного притягнення до кримінальної відповідальності, незаконне застосування як запобіжного заходу тримання під вартою або підписки про невиїзд, незаконного затримання, незаконного накладення адміністративного стягнення у вигляді арешту та виправних робіт, а також порушення вчиненням цих дій особистих немайнових прав, відшкодовуються державою у повному обсязі, незалежно від вини посадових і службових осіб органу дізнання попереднього (досудового) слідства, прокуратури або суду.» Це сприятиме всесторонньому захисту прав та інтересів фізичних осіб від незаконних дій правоохоронних органів.

Законом повинні бути захищені як майнові так і особисті немайнові права фізичної особи від незаконних рішень, дій або бездіяльності органу дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури або суду. Незаконне засудження, незаконне притягнення до кримінальної відповідальності, незаконного застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою або підпису про невиїзд, незаконне затримання, адміністративний арешт або виправні роботи завдають не лише майнової шкоди, але є причиною моральних страждань, пов'язаних з вчиненням перелічених протиправних дій.

Захист суб'єктивних цивільних прав здійснюється різноманітними способами. Перелік способів захисту цивільних прав передбачений ст. 16 ЦК України. Видається актуальним аналіз цих способів в контексті захисту особистих немайнових прав від незаконних рішень, дій або бездіяльності органів дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокурату-

ри і суду. В юридичній літературі питанню захисту особистих немайнових прав фізичної особи присвячувалася увага. Так Н.О.Давидова пропонує поділити способи захисту на дві групи. Першу групу складають ті способи, в результаті застосування яких не виникає нове правовідношення. В цьому випадку, на думку названого автора, лише визнається та забезпечується існування спірного правовідношення або припиняється дія, що порушує право. Нових матеріальних правовідносин не виникає у разі визнання права й у разі примусового виконання обов'язку в натурі. В такому випадку лише підтверджується право та обов'язок, що існували до правопорушення, але закладена у правовідношенні погроза примусу реалізується в дійсному примусі.

Другу групу способів захисту складають ті, що породжують нове правовідношення, реалізація якого може бути забезпечена силою державного примусу. Наприклад визнання правочину недійсним та застосування правових наслідків, відновлення становища, яке існувало до порушення; відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди.¹

Не всі з перелічених ст. 16 ЦК України способи захисту цивільних прав та інтересів можуть застосовуватися в контексті захисту особистих немайнових прав в наслідок неправомірних рішень, дій або бездіяльності правоохоронних органів. Зокрема, це стосується визнання права. В контексті захисту особистих немайнових прав слід констатувати, що зазначені права не потребують визнання, оскільки згідно з ст. 269 ЦК України особисті немайнові права належать кожній фізичній особі від народження або за законом. Крім цього особисті немайнові права тісно пов'язані з фізичною особою. Фізична особа не може відмовитися від особистих немайнових прав, а також не може бути позбавлена цих прав.

Особисті немайнові права трактуються як невід'ємні від особи. Більшість з них виникає від народження і триває довічно. Звідси визнання особистих немайнових прав судом або іншим органом не вимагається. Хоча обмеження особистих немайнових прав судом або уповноваженого органу допускається. Наприклад свобода пересування може бути обмежена підпискою про невиїзд.

Право на захист як суб'єктивне цивільне право складається з певних правомочностей. Насамперед це право звернення за захистом до юрисдикційного чи іншого органу. Особа,

¹ Давидова Н.О. Особисті немайнові права. К., 2008, с. 124-125.

право якої порушено має право вибрати спосіб захисту, з врахуванням самого правопорушення та вимог законодавства. І нарешті потерпіла особа має право вимагати примусового виконання рішення юрисдикційного органу.

Захист завжди спрямований на певне майнове чи особисте благо. В контексті відшкодування шкоди незаконними рішеннями діями або бездіяльності органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду це майнові і особисті немайнові блага потерпілої особи.

Об'єктом захисту може бути лише то право та інтереси, які властиві визначеній особі, якій завдана шкода. Іншими словами матеріальні блага, володільцем яких особа ще стала не можуть практикуватися порушення її майнової сфері на відміну особистих немайнових прав, які виникають в особі з моменту народження. Об'єктом правового захисту можуть бути майнові права. Таким чином, суб'єктом права на захист від незаконних рішень, дій або бездіяльності органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду має будь-яка особа права та охоронювані інтереси порушені протиправною поведінку перелічених органів.

Гужва А. М., здобувач Харківського національного університету внутрішніх справ

Інтерес покупця у якості товару за римським правом

У наш час багато правових норм вже давно сприймаються як надбання сучасності, але уважні спостереження надають підстави прослідити їх корені у римському праві. Причиною тому є те, що не одне століття існує аксіома: римське право є одним з наріжних каменів так званого «Європейського дому», будучи важливою складовою загальноєвропейської цивілізації. [1; 76].

Так, охорона інтересу покупця у якості товару була передбачена ще за часів Стародавнього Риму в едиктах курульних едилів, до функцій яких входило здійснювати нагляд на ринках. Римські едили встановлювали обов'язок продавця вказати покупцю на недоліки раба чи худоби, що продавались. Причому щодо рабів продавець повинен був вказати не лише на фізичні недоліки, але й на інші обставини, які б могли перешкодити покупцеві у користуванні рабом: психічна хворо-

ба, недоумство, невдала спроба самогубства, схильність до утечі, а також юридичні недоліки (учинення делікту або тяжкого злочину, засудження до бою з дикими тваринами). (D.21.1.1). Якщо продавець не вказував покупцеві на недоліки раба чи худоби, покупець міг скористатись двома позовами: позов про повернення речі (*actio redhibitoria*) або позов про повернення ціни чи її зменшення (*actio aestimatoria* чи *actio quanti minoris*). За першим позовом суддя наказував покупцеві повернути річ, а продавця – до повернення сплачених за товар грошей. *Actio redhibitoria* можна було подавати упродовж шести місяців від моменту укладення договору купівлі-продажу. *Actio aestimatoria* можна було подавати упродовж дванадцяти місяців, але результатом задоволення цього позову могло бути лише повернення частини ціни, або, якщо її ще не було сплачено, суттєве її зменшення.

У I ст. н. е. відшкодування за приховані недоліки речі можна було вимагати за допомогою позову з купівлі (*actio empti*), який не мав обмежень у часі для його пред'явлення. У праві Юстиніана позови едилів поширені на усі речі, враховуючи нерухомі. [2; 612].

Для можливості задоволення вказаних позовів було потрібно, щоб недолік був суттєвим, прихованим і сталим, що унеможливає або суттєво ускладнює користування рабом (D.21.1.1. 6.). Продавець міг бути звільнений від відповідальності, якщо протиставить вимозі покупця процесуальне заперечення про те, що покупець знав про недоліки раба. (D.21.1.1. 48.). Позови курульних едилів можливі були і тоді, коли продавець надавав покупцеві неправдиву інформацію про раба, наприклад, стверджував, що раб вміє щось робити, а раб цього робити не вміє. (D.21.1.1. 20.). Схожа вимога є у сучасному праві: якщо продавець знав про конкретну мету придбання товару, він зобов'язаний передати покупцеві товар, придатний для використання у відповідності з цією метою. [3; 18].

З деякими доповненнями вимога римських едилів збережена у європейських правових системах. Вказані правила спостерігаємо не лише у законодавствах окремих країн, але й на загальноєвропейському рівні. У цьому напрямку не можна не згадати роботу польського романіста Лоншана де Берье, який розглядає Директиву 1999/44/ЄС у контексті правил, встановлених едиктами курульних едилів. [4; 115, 116]. Окрім можливостей покупця, встановлених римськими еділами, сучасне право передбачає також безоплатне усунення

недоліків у розумний строк, відшкодування витрат на усунення недоліків, вимагати заміни товару на такий же товар або на аналогічний, з числа наявних у продавця (виробника), товар (ч. 1 ст. 8 Закону України «Про захист прав споживачів»).

У процесі розвитку правової думки багато чинників привело до законодавчих змін і доповнень щодо охорони інтересу покупця у якості товару, але, як і всі основні надбання римського права були підґрунтям для сучасних правових систем, так і правила римських едилів стали відправним пунктом для регулювання цього аспекту договору купівлі-продажу.

Література: 1. Харитонов О. І., Харитонов Є. О. Порівняльне право Європи. Основи порівняльного правознавства. Європейські традиції. Видання друге, доповнене. – Х. «Одіссей». – 2006 р. – 624 с. 2. Гарсія Гаррідо М. Х. Римское частное право: Казусы, иски, институты. – М.: Статут, 2005. – 812 с. 3. Брагинский М. И. Витрянский В. В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. – М.: Статут, 2000 – 800 с. 4. Ф. Лоншан де Берье Иски курульных эдилов и директива 1999/44/ЕС Европейского парламента и Совета о некоторых аспектах продажи и гарантии на предметы потребления/Цивилистические исследования: Ежегодник гражданского права. Выпуск третий / Под ред. Б. Л. Хаскельберга, Д. О. Тузова. – М.: Статут, 2007. – 636 с.

Жеребной І.О., здобувач кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ

Право на судовий захист неповнолітніх: методологія дослідження

Сучасне українське суспільство характеризується стрімким розвитком різновекторних правовідносин. Цьому сприяла демократизація всіх сегментів економіки, політики, науки і самого суспільства. Для подальшого поглиблення демократизації, ринкових відносин в країні держава повинна створити цілу систему правового захисту населення, і особливо це стосується однієї із найвразливіших її частин – неповнолітніх. В зв'язку з цим необхідно розширити та поглибити вивчення даних питань, провести аналіз теоретичної та судової практики, зробити висновки тих результатів, які є на сьогодні.

Результативність проведення любых наукових досліджень залежить від багатьох факторів об'єктивного та суб'єктивного характеру. До останніх відноситься і його методологія, як система принципів та способів організації та побудови теоретичної та практичної діяльності, а також доктрина цієї системи [2. с.322].

Разом з тим, поняття методології та її функції в науковій літературі висвітлено по різному. Одні автори ототожнюють методологію із загальнотеоретичними проблемами будь-якої науки [3, с. 13], інші – з філософією [4, с. 17], треті – з діалектикою [5, с. 280], четверті вважають, що методологія, це самостійна наука, яка не співпадає з філософією [6, с. 156], інші вважають, що методологія являє собою не метод, а вчення, теорію, науку про методи [7, с. 127]. Як бачимо, єдиного розуміння методології не існує. Разом з тим, вивести її єдине визначення, яке б усувало розмитість меж методології занадто складно, бо вона по суті є розгалуженням, яке сягає різних наук, в тому числі і філософії, психології та кожної наукової галузі, концентруючи через різні методи наукове пізнання в конкретно-обособленому дослідженні.

Намагання дати єдине розуміння методології належить Лукичу Р. [8, с. 87-88]. Лукич Р. сприймає науку, як сферу емпіричного пізнання, а філософію, як «обобщенный уровень освоения действительности» [9, с. 63-64]. Разом з тим в кожен науковий сегмент дослідження дослідник привносить своє особисте бачення проблеми. Тому при зверненні науковців до дослідження одного і того ж питання, яке стосується різних його точок зору, наука отримує цілісне уявлення про природу, дію чи наслідки того чи іншого принципу, інституту чи явища. В нашому випадку наприклад, питання захисту неповнолітніх в сфері охорони здоров'я [10], правової захищеності неповнолітніх [11] вже були предметом наукового дослідження. В той же час таке правове явище, як захист неповнолітніх, є більш обширним матеріалом і всі інші складові такого явища, в тому числі і судовий захист прав неповнолітніх, розкривають актуальність даного питання з іншої сторони. Актуальність такого дослідження полягає в тому, що із стрімким розширенням правовідносин участь неповнолітніх у таких правовідносинах кожного року зростає. Неповнолітні особи все активніше заявляють свої права на результати своєї інтелектуальної, творчої, спортивної діяльності, бізнесу, комп'ютерної техніки тощо. Така активність неповнолітніх потребує не лише їх безпосередньої участі в таких правовідносинах, але і їх правового та судового захисту, щодо їх прав, свобод та інтересів. Разом з тим судовий захист має свою специфіку, яка полягає в тому, що по-перше, неповнолітні мають право самостійно вступати у цивільні, трудові правовідносини, перелік яких зазначено в законі (ст. 41,42,43 Конституції України, ст.31,32 ЦК України, ст. 187

КзпП України); по-друге, інші правочини неповнолітні вчиняють за згодою батьків (усиновлювачів), або піклувальників.

Таким чином для дослідження питання судового захисту неповнолітніх необхідні базисні знання про їх статус, права та відповідальність, які виникають при наявності статусу неповнолітнього. Такі знання є початком наукової системи, як відправного пункту в їх подальшому дослідженні. Таким чином, всякі базисні складові є одночасно як гнесологічними, так і онтологічними знаннями.

Література : 1.Шишка Р.Б. Організація наукових досліджень та підготовки магістерських і дисертаційних робіт Х: Еспада, 2007. – 368 с. 2.Яновская С.Я. Методологические проблемы науки М., 1972. 3.Ленин В.И. и методологические вопросы современной науки К, 1971. – с.17. 4.Андреев И.Д. Проблемы логики и методологии познания М., 1972. – с.280. 5.Стефанов Н. Теория и метод в общественных науках М., 1967. – с. 156. 6. Гирчинов Г., Яноков М. Методология, как раздел гнесологии // Вопросы философии. 1973.- № 8. – с.127. 7.Керимов Д.А. Методология права М.: Аванта +, 2000. – 560 с. 8.Лукич Р. Методология права М., 1981. – с. 63-64. 9.Козуліна С. Проблемні питання законодавчого врегулювання прав неповнолітніх осіб у сфері охорони здоров'я / Право України, 2007. – №2. – с.134. 10.Котелейчук С.П. Правова захищеність неповнолітніх в Україні : міф чи реальність / Наукові записи т.21. Юридичні науки, 2003. – с.47.

Савченко А.С., слухач магістратури Харківського національного університету внутрішніх справ

Спадкування нерухомості за римським правом

Спадкове право України своїм існуванням великою мірою зобов'язане Римському праву, що вперше дало визначення поняття та змісту спадкового права, сформулювало ідею про універсальний характер спадкового правонаступництва, а також детально розкрило та закріпило процедуру спадкування за законом та за заповітом. Отже, відповідно до норм римського права, спадкування – є перехід прав та обов'язків (спадщини) від померлої особи (спадкодавця) до інших осіб (спадкоємців). Як наслідок, спадкування нерухомого майна представляє собою такий вид юридичних відносин, в яких знаходиться першочерговий власник нерухомого майна (спадкодавець), і які в свою чергу не знаходяться в тісному та нерозривному зв'язку з його особою; зміст цих відносин має об'єктивний характер, тобто вони не припиняють свого існування зі смертю фізичної особи, так як можуть бути виконані іншими особами (спадкоємцями) без зміни їх сутності. Таке перенесення посмертних юридичних відносин (прав та

обов'язків стосовно нерухомого майна) померлої особи на іншу являє собою найвищу внутрішню необхідність. Мета якої полягає у тому, що людина, з'являється та зникає, а юридичні відносини як об'єктивна сила, як право що-небудь вимагати, як обов'язок задовольняти вимоги інших, і врешті решт, як необхідність життя залишаються та переживають свого господаря. Саме цю ідею римське право трактує таким чином: «... Життя безперервне і потребує заміни померлого живим, одного покоління іншим». З вище сказаного очевидна й доля нерухомого майна (землі, будинку чи інших споруд) – воно переходить у власність інших осіб шляхом спадкового правонаступництва.¹

Крім того, римське спадкове право не допускало одночасного спадкування як за заповітом так і за законом одного і того ж майна – *nemo pro prate testatus, pro prate intestates decedere potest*. Можна припустити, що в цьому випадку мова йшла як про рухоме так і нерухоме майно, оскільки зазначена норма носила загальний характер та не містила обмежень стосовно певного виду майна. Це правило бере свій початок із Законів XII таблиць, а остаточно визнання отримало в період доміанату римського цивільного права. Відповідно до зазначеного правила спадкоємець, призначений правонаступником тільки частини спадку, отримує всю спадщину. Але разом з тим, правонаступництво прав та обов'язків померлого могло бути двояким за характером – або універсальним, або сингулярним. При універсальному правонаступництві до спадкоємців переходили права та обов'язки як єдине ціле, не можна було погодитися тільки на спадкування прав, відмовившись при цьому від обов'язків (боргів), або накласти на одного спадкоємця лише борги спадкодавця, а іншому передати лише права. З цього слідувало, що на спадкоємця покладалася відповідальність за борги спадкодавця. Римські юристи, вирішуючи таким чином питання про відповідальність за борги спадкодавця, так би мовити підкреслювали,

¹ На думку А.А. Підпригори, інститут спадкового права в системі римського цивільного права представлений, так би мовити, незалежним, окремим та не пов'язаним з іншими видами майнових прав. Він не входить до системи майнових прав та не є будь-яким видом зобов'язальних прав, але дуже з ними пов'язаний. З одного боку, після смерті певної особи залишається майно, основу якого складають права власності та інші майнові права, які і є об'єктом спадкового переходу після смерті їх власника. А з іншого боку, спадкування – один із способів придбання майнових прав, що приближує його до зобов'язального права

що в особі спадкоємця продовжує свою «юридичну особистість» спадкодавець.

Аналізуючи інститут спадкового права у Стародавньому Римі, доречно зазначити, що за своїм характером воно було суворо національним, його норми стосувались тільки римських громадян. До того ж Римському праву на всіх етапах його розвитку був притаманний поділ людей на вільних і рабів, завдяки якому воно набуло класового характеру. Будучи правом рабовласницької держави, в першу чергу воно відображало й забезпечувало інтереси насамперед рабовласника (домовладки), було спрямовано на зміцнення й розвиток рабовласницької приватної власності. «Воно залишає за спадкоємцем те право, яким померлий володів за життя, а саме, право за допомогою своєї власності привласнювати продукти чужої праці. Таким чином, класовість породжувала виникнення інституту обмежень при спадкуванні нерухомості, внаслідок чого заповідати або спадкувати нерухоме майно мали право лише певні особи: римські громадяни та вільні люди.

Як бачимо, в наш час універсальне правонаступництво щодо прав та обов'язків спадкодавця збереглося та носить імперативний характер, тому до особи, яка спадкує права на нерухоме майно переходить і ряд обов'язків стосовно його утримання, мова про які піде у наступних розділах. Відносно обмежень щодо суб'єктного складу, то в сучасному спадковому праві України вони стосуються лише іноземних громадян, які успадкували земельну ділянку. Що ж стосується одночасного спадкування як за законом так і за заповітом одного і того ж майна, то ЦК України, який був прийнятий 16 січня 2003 року дозволяє спадкування нерухомого майна за законом та заповітом. Так, на думку Солтис Н.Б., спадкування за законом має місце: якщо заповіт не було складено; якщо в заповіті вказана тільки частина майна або заповіт в деякій частині визнано недійсним.

Підсумовуючи період римського спадкового права доцільно зауважити, що положення стосовно універсального правонаступництва, обмежень для суб'єктів, а також одночасного спадкування нерухомості як за законом так і за заповітом, які були започатковані у той час лягли в основу та стали базисом для майбутніх наукових досліджень, концепцій та розробок у сфері спадкового права.

Застосування законодавства України щодо права на географічне зазначення

Належна охорона та захист права на географічне зазначення, як одного із засобів індивідуалізації є запорукою стабільності ринкових відносин в Україні, та є важливим фактором посилення конкурентоспроможності товарів (продукції) національного виробника. Разом з тим, товарний ринок нашої країни наповнений товарами, які виготовлені з порушенням права інтелектуальної власності. Постійне зростання обсягів торгівлі контрафактними товарами загрожує здоров'ю споживачів та їхній безпеці, а також підриває стабільність економічного розвитку України. А це, в свою чергу, призведе до ускладнень у міжнародних відносинах та правозастосовчій практиці. Саме тому, комплексне дослідження сучасних економіко-правових проблем встановлення обсягу охорони права на географічне зазначення походження товару є необхідним і, власне, актуальним.

В Україні регулювання відносин у галузі охорони прав на географічні зазначення, передбачено Цивільним кодексом України та спеціальним Законом України «Про охорону прав на зазначення походження товарів» від 16.06.1999 № 752-ХІУ. Крім того, діють чотири основні міжнародні угоди: Паризька конвенція про охорону промислової власності 1883 р., Мадридська угода про недопущення неправдивих або таких, що вводять в оману, зазначень походження на товарах 1891 р., Лісабонська угода про охорону найменувань місця походження товарів та їх міжнародну реєстрацію 1958 р. та Угода про торгові аспекти інтелектуальної власності 1994 р.

Так, відповідно до ч.2 ст. 501 Цивільного кодексу обсяг правової охорони географічного зазначення визначається характеристиками товару (послуги) і межами географічного місця його (її) походження, зафіксованими державною реєстрацією права інтелектуальної власності на географічне зазначення. Відомості про особливі властивості, певні якості або інші характеристики товару, а також про межі географічного місця, з яким ці характеристики пов'язані, вносять до відповідного Державного реєстру. Саме ці відомості визначають обсяг правової охорони географічного зазначення.

Встановлення характеристики товару, та меж географічного місця його походження, відповідно до Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про спеціально уповноважені органи для визначення та контролю особливих властивостей та інших характеристик товарів» від 23.04.01 р. № 149-р було покладено на: Міністерство аграрної політики України – щодо товарів сільськогосподарського виробництва; Міністерство культури і мистецтв України – щодо виробів художніх, народних промислів; Міністерство охорони здоров'я України – щодо продуктів харчування, продовольчої сировини та мінеральних природних вод; Державний комітет природних ресурсів України – щодо визначення меж географічних місць, з якими пов'язані особливі властивості, певні якості та інші характеристики товарів. Але у зазначеному нормативному акті відсутній механізм встановлення характеристик (особливих властивостей) товару, та меж географічного місця, з якими пов'язані особливі властивості, певні якості та інші характеристики товарів, та, власне, відсутні єдині критерії встановлення особливих властивостей товару і меж географічного змісту.

Обов'язковими умовами надання правової охорони для географічного зазначення є: наявність у товарі особливих властивостей (характеристик), цінних з позиції пересічного споживача, і які підвищують конкурентноздатність товару, та обумовленість цих властивостей винятково чи головним чином властивими даному географічному об'єкту природними (кліматичними, водними, ґрунтовими і т.п.), людськими (навички майстрів, виробничі секрети, набутий досвід, уміння, традиції виготовлення) чинниками чи тими й іншими чинниками одночасно.

Фактично виникла ситуація, коли Установа, яка досліджує особливі характеристики товару чи встановлює межі географічного об'єкту, з яким пов'язані особливі властивості, певні якості та інші характеристики товару, діє на власний розсуд чи виходячи з вимог щодо якості, асортименту товару. В переважній більшості випадків це є виправданим, особливо коли це стосується, наприклад, мінеральних вод чи інших безалкогольних (або слабоалкогольних) напоїв, характеристика їх зумовляються майже виключно природними умовами певного географічного місця – геологічними пластами надр землі, крізь які вода фільтрується і де набуває виняткових цілющих властивостей. Чи, якщо йдеться про вино, то його якості (смакові, запахові тощо) можуть виникати в основно-

му завдяки унікальним властивостям винного матеріалу, а саме – винограду, який росте на конкретних ґрунтах певного географічного місця з конкретними кліматичними умовами. Але як тоді бути коли особливі властивості товару зумовлені тільки технологією його виробництва? Технологія виробництва товару, в свою чергу, є частиною «ноу-хау», що входить до комерційної таємниці. Залишилось невизначеним також і механізм здійснення повноважень зазначених державних установ щодо контролю за збереженням особливих властивостей товару, та меж географічних місць, з якими пов'язані особливі властивості, певні якості та інші характеристики товарів.

Враховуючи, те що законодавство України містять лише загальні норми, пов'язані з визначення обсягу права на географічне зазначення, які, до того ж, мають певні розбіжності, виникає необхідність у якнайшвидшому їх врегулюванні та приведення у відповідність до міжнародних норм. Слід передбачити у законодавстві певні критерії встановлення характеристик (особливих властивостей), якості товарів та критерії встановлення зв'язку між певними характеристиками, якістю товарів та їх дійсним географічним походженням, з якими пов'язані особливі властивості, певні якості та інші характеристики товарів. Наприклад, особливі властивості (характеристики) товару, які споживач бажає отримати від товару, маркованого певним географічним зазначенням, повинні мати стабільний, стійкий та відомий характер.

Молчанов Р.Ю., аспірант докторантури та ад'юнктури Харківського національного університету внутрішніх справ

Особисте немайнове право на ім'я

Особисте немайнове право на ім'я – це надана особі, з метою задоволення її потреб, міра можливої поведінки, яка полягає у можливостях здійснення певних дій, по відношенню до свого імені, самою уповноваженою особою та у можливостях уповноваженої особи вимагати певної поведінки від зобов'язаної особи чи осіб.

1. Суб'єктивне право у цілому може бути визначено як надану особі з метою задоволення її потреб міру можливої поведінки, яка полягає у можливостях здійснення певних дій самою уповноваженою особою та у можливостях уповноваженої особи вимагати певної поведінки від зобов'язаної осо-

би. Використовуючи дедуктивний метод наукового дослідження, при якому окремі положення виводяться із загальних, поняття особистого немайнового права на ім'я може бути визначене наступним чином: особисте немайнове право на ім'я – це надана особі з метою задоволення її потреб міра можливої поведінки, яка полягає у можливостях здійснення певних дій, по відношенню до свого імя, самою управомоченою особою та у можливостях управомоченої особи вимагати певної поведінки від зобов'язаної особи чи осіб.

2. Право на ім'я, як і інші особисті немайнові права характеризується наступним чином. Це особисте, невідчужуване, абсолютне, немайнове, право.

3. Особистий характер права полягає в тому, що воно виникає з приводу особливого об'єкту – такого нематеріального блага, як ім'я та носить яскраво виражений особистий характер. Інакше кажучи, це благо належить кожному окремо взятому індивіду і нерозривно з ним пов'язане, завдяки чому набуває свій неповторний індивідуальний окрас. Зазначена особливість об'єкту породжує таку ознаку права як особистий характер.

4. Абсолютний характер права на ім'я, як і інших особистих немайнових прав полягає в тому, що управомоченій особі протистоїть необмежене коло пасивних суб'єктів, зобов'язаних утримуватись від певних дій, які можуть порушити це право.

5. Немайновий характер права на ім'я полягає в тому, що воно не має безпосереднього зв'язку з майновими правовідносинами. Як зазначає Л.О.Красвчикова, ця ознака відображає особливість тієї сфери, у якій воно формується. Немайнові права виникають у нематеріальній, немайновій, духовній сфері життя суспільства, повністю позбавлені будь-якого економічного (вартісного) змісту.

6. Приналежність імені фізичній особі, вбачається більш вдалим іменувати об'єктом. Таке позначення даної правомочності дозволило б виокремити елемент змісту суб'єктивного права на нематеріальне благо від володіння, як елемента змісту суб'єктивного права власності, тобто речового права.

7. Правомочність користування іменем полягає у можливості особи користуватись своїм ім'ям, приймаючи участь у всіх суспільних відносинах, вимагати від інших називати її належним чином, давати дозвіл на користування своїм ім'ям іншим учасникам цивільних відносин і т.і. Для цієї правомоч-

чності характерним є існування необхідності спеціально встановленої заборони для третіх осіб у кожному конкретно-випадку, а при її відсутності – свободи використання.

8. Особливості використання імені обумовлюють і специфічний зміст розпорядження ним. Воно повинно містити в собі можливість надання імені для використання його третіми особами. Така можливість реалізується через надання згоди уповноваженим суб'єктом.

Сальков Г.В., здобувач Харківського національного університету внутрішніх справ

Встановлення обсягу охорон права на комерційне найменування

Існує безліч проблемних моментів, важливість яких майже ні в кого не викликає сумнівів у галузі охорони права на комерційне найменування, як засобу індивідуалізації комерційної юридичної особи. Головною функцією комерційного найменування є здатність індивідуалізувати певну юридичну особу серед інших, тобто виокремлення її справжньої діяльності. Така індивідуалізація потрібна для підкреслення якісних властивостей діяльності юридичної особи, збереження, розвитку та забезпечення належної правової охорони комерційного найменування. В свою чергу, для визначення обсягу права на комерційне найменування є важливим з'ясування змісту безпосередньо самого комерційного найменування, тобто об'єкта (в нашому випадку «позначення») права на комерційне найменування.

Необхідно звернути увагу на те, що спеціальний Закон України, щодо зазначеної проблематики, на цей час відсутній. Державним департаментом інтелектуальної власності розроблено проект Закону України «Про охорону прав на торговельні марки, географічні зазначення та комерційні найменування», але який ще не прийнято. Прогресивним у цьому відношенні є новий Цивільний кодекс, який має окрему главу, щодо права на комерційне найменування. Але положення кодексу мають лише загальний характер, та не регулюють багатьох питань щодо комерційних найменувань і відсилають до спеціального закону.

Для того, щоб належно виконувати функцію індивідуалізації учасників цивільного обігу, комерційне найменування повинно мати особливі ознаки, або повинно містити певний набір інформації, що не дозволило б введення в оману споживачів щодо справжньої діяльності юридичної особи. Не допускали б змішування одного комерційного найменування з іншим, тобто воно має бути новим і відмінним від вже існуючих комерційних найменувань, права на які належать іншим особам.

В законодавстві України досить повно встановлено, які слова, символи чи вирази повинні входити до найменування юридичної особи тієї чи іншої організаційно-правової форми, але жодна з норм щодо комерційних найменувань не надає переліку позначень, або комбінацій позначень, які не можуть використовуватися в комерційному найменуванні. Йдеться лише про заборону включати в дане найменування позначення, що можуть ввести в оману (ст. 489 ЦК України). Однак цим не охоплюються всі можливі випадки неправомірного використання позначень, або комбінації позначень у комерційних найменуваннях.

Зміст комерційного найменування - це сукупність тих елементів (слова, літери, цифри), з яких воно складається. Відомості, що вказуються у комерційному найменуванні, грають важливу роль для формування позитивного враження про дану юридичну особу і можуть впливати на прийняття рішення скористатися її послугами чи придбати виготовленні нею товари. У зв'язку з цим законодавство повинно встановлювати спеціальні правила відносно певних елементів комерційного найменування, також повинно містити максимально вичерпний перелік позначень, або комбінацій позначень, які не можуть застосовуватись в комерційному найменуванні.

На нашу думку, такий перелік має включати заборону вносити до комерційного найменування наступних позначень, а саме: які вже містяться в найменуванні раніше зареєстрованої юридичної особи; є тотожними чи схожими до ступеня сплутування з торговельною маркою, географічним зазначенням без особливого дозволу, або що правомірно належать іншим особам; які можуть належати тільки юридичній особі певної організаційно-правової форми, або певного виду господарської діяльності; що суперечать публічному порядку, принципам гуманності і моралі; що відображають ім'я відомої фізичної особи без її згоди; які містять релігійну символіку; які містять повні або скорочені найменування міжна-

родних та міжурядових організацій без дозволу відповідного органу цих організацій або їх власників, офіційні назви держав, повні або скорочені найменування органів державної влади, органів місцевого самоврядування.

Докучаєва О.В., здобувач Харківського національного університету внутрішніх справ

Історія виникнення права на власне зображення

Ідею права особистості досліджували такі його теоретики, як голландський вчений Гуго де Гроцій та англійський – М. Вольф. Протягом лише ХХ сторіччя виникла нова тенденція віднесення особистих прав до системи приватного права. Для охорони суто особистих благ було визнано необхідність залучення до системи приватного права прав особистості.

Найбільшого розвитку концепція особистих немайнових прав людини досягла у другій половині двадцятого століття, коли в судах розпочали розглядатися справи, які стосуються прав на сон, достойну смерть, власне зображення.

В рівній мірі це відноситься і до права на зображення, яке тривалий час перепліталось з авторським правом. Воно визнавалось за власником носія портрета, а не за особою портрет якої було зображено.

Історично авторське право замовника виникало таким чином: художник або замовник пред'являв і реєстрував портрет у нотаріуса, брав у нього витяг і повідомляв імператорську академію художеств, додавши до даного повідомлення копію з витягу, яку надав йому нотаріус. Крім того, замовник отримував авторське право тільки при сплаті художнику. І зрозуміло, що замовник портрета, а не особа, яка була зображена на портреті, розпоряджався ним. Якщо особа сама робила заявку на власний портрет, то вона набувала певних прав: вимагати не робити копій з портрета, не розповсюджувати, не продавати їх особисто або через посередників. Але ці досить широкі повноваження обмежувалися тим, що протизаконним визнавалось будь-яке повторення зображення особи з корисливою метою.

У 1900 році було опубліковано проект Свода законів російської імперії міністра юстиції Щегловітова «Об авторском праве на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения». Цей проект розмежовував

художній твір і фотографію, в цьому був відсутній перехід авторського права від замовника до художника, і вимагалась (ст. 50 проекту) згода зображеної особи для повторення і розповсюдження зображення.

Одразу ж після виходу даного проекту серед вчених цивілістів розпочалась дискусія. На цю тему з'являється ряд публікацій І. Вольмана, А. Завадського, Я. Кантровича, Ф. Шендорфа. У той самий період, у 1902 році, німецькі художники і юристи також піднімають питання щодо заборони зображати особу без її дозволу, що міститься у проекті закону. Він був спрямований, передусім, на захист публічних діячів. Вказаний проєкт забороняв розмноження і публічну демонстрацію чужих зображень без згоди осіб, які на них були зображені. Виняток встановлювався лише щодо поліцейських фото, зображень на публічних заходах, нарадах тощо.

Ці питання набули такого накалу, що були винесені на XXVI конгрес німецьких юристів, який пройшов у Берліні восени 1902 року. Одним з питань конгресу було питання – наскільки заслуговує визнання і захисту право особи на власне зображення. Конгрес вказав на небезпеку даного законопроекту для свободи преси. Вищенаведені висновки конгресу знову викликали ряд дискусій у середовищі правознавців.

Першим, хто детально проаналізував право на власне зображення, був Г. Кейснер. У 1987 році виходить його праця «Право на власне зображення». Г. Кейснер вважав, що право на власне зображення полягає в тому, що кожен має право заборонити будь-кому знімати з нього зображення чи розповсюджувати, виставляти, може застосовувати насильство, якщо бачить, що хтось хоче його без його дозволу сфотографувати. «Только от собственной воли зависит быть или не быть фотографируемым, так как я один хозяин своей физиономии и без моего согласия никто не вправе ее воспроизвести в фотографиях или иллюстрациях, если бы даже это делалось для прославления моего имени». Він вважав, що зображення може бути об'єктом права власності і коли хтось замовляє свій портрет у художника або фотографа, то в такому випадку замовникові належить виключне право власності на портрет. На думку Г. Кейснера, між замовником і художником має місце договір особистого найму, за яким художник виконує доручення замовника.

Не зважаючи на дане право воно, на його думку, могло обмежуватись: правом «розшукової влади» робити зображення злочинців; правом зображати ландшафти, на яких є і лю-

дина; правом кожного на зображення будь-якої публічної події; правом робити портрети на пам'ять; правом на зображення карикатури; правом населення бачити портрети публічних діячів. На думку Гарейса, який дотримувався позиції Кейснера, кожній особі належить виключне право на власне зображення і згода особи потрібна не тільки для розмноження і розповсюдження зображення, а й для самого відтворення зображення на фотографії.

Цюріхський професор Кон, який був прихильником другої точки зору, пропонував розширити поняття «образи» до неймовірних меж. Різниця між першим і другим підходом полягала в тому, що в одному випадку під самим зображенням розумілося і право на зображення, через що відповідачу доводилося б доводити, що він право не порушив. Другий підхід передбачав вичерпний перелік випадків, коли інтереси художників і населення повинні були бути поставлені вище, ніж інтереси зображеного. І, на думку Кона, ніякого особистого права на власне зображення в цивільне законодавство вводити не потрібно через те, що це право не існує, і йдеться лише про «право на честь».

Представники третьої точки зору вважали, що право на власне зображення не існує. Відтворення чужого зображення не повинно вважатися правопорушенням, яким вважали наступне використання зображення у вигляді публічної демонстрації, продажі, розповсюдження тощо. Право видавати, повторювати, розмножувати власне зображення повинно зберігатися за зображеною особою. Зображений повинен був довести в суді, що постраждав якийсь його інтерес і суд мав вирішити на власне бажання, чи був даний інтерес таким, що заслуговує правової охорони. Винятком було право на зображення публічних осіб, яке залишалось вільним для кожного.

Паралельно в середовищі російських правознавців розпочалась дискусія, головним питанням якої було: «Чи існує право на власне зображення?».

Одним із перших російських дослідників цього права був О.В. Завадський. У 1908 році з'явилась його праця «О праве на собственное изображение», яка містила ряд положень, зокрема: «Право на собственное изображение состоит в том, что никто не может воспроизводить, повторять и распространять изображение этого лица без его согласия. Ясно, что данное право по своей юридической конструкции будет являться, подобно авторским, одним из исключительных прав».

У 1903 році Вольман опублікував у «Судебном обозрении» статтю «Право на собственное изображение», в якій виклав свою думку, наскільки «заслуживает признания и защиты право лица на свое собственное изображение». Автор аналізував цивільне і кримінальне законодавство і вважав, що «следовало бы еще остановиться на уголовно-правовой стороне этого вопроса в действующем нашем праве...»

У 1912 році С.А. Беляцкін у своїй праці «Новое авторское право в его основных принципах» вказував, що необхідно розмежувати авторське право і право кожного на власне зображення. На його думку, право на власне зображення, за умови «если оно вообще существует» є особистим немайновим правом.

Отже, дискусія з приводу права особи на власне зображення розпочалася понад сто років тому, коли інтенсивно розвивалась фотографія й продовжує тривати до теперішнього часу.

Від так аналіз історії розвитку даного права дозволяє зробити висновки:

про залучення його до системи приватного права;

право на зображення набуває позитивного змісту, тобто правомочності управомоченої особи розкриваються через використання зображення і через дозволи (згоду) на вироблення портрета, та наступне використання зображення (носія з зображенням). Іншими словами, використовується конструкція виключних прав;

право на зображення може здійснюватися через договір (нині модельний реліз).

Перова О.В., здобувач кафедри цивільно-правових дисциплін навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ

Категорія «публічний порядок» у цивільному праві

1. Згідно положень ст. 228 ЦК правочин вважається таким, що порушує публічний порядок, якщо він був спрямований на порушення конституційних прав і свобод людини і громадянина, знищення, пошкодження майна фізичної або юридичної особи, держави, Автономної Республіки Крим, територіальної громади, незаконне заволодіння ним.

Законодавець не розкриває поняття «публічний порядок», але вказує на спрямованість дії сторін або однієї з них, що свідчить про порушення публічного порядку. На невизначеність та змінність категорії «публічного порядку» зазначається як вітчизняними так і зарубіжними вченими – цивілістами, що, мабуть, і зумовлює невсцухаючий інтерес до визначення сутності, меж та необхідності застосування цього правового інституту.

2. Одним із перших, на теоретичному рівні, проблему *ordre public* почав розробляти Савіні, який поділяв норми публічного порядку на дві групи. До першого різновиду він відносив норми внутрішнього публічного порядку (*l'ordre public interne*), які не можуть бути змінені угодою приватних осіб. Норми другого виду ґрунтуються на «суспільному інтересі» не зачіпаються у випадках застосування закону (*l'ordre public international*)¹.

Класичним прикладом норми внутрішнього публічного порядку стала стаття 6 Кодексу Наполеона 1804 р., згідно з якою не можна приватними угодами порушувати закони, які стосуються публічного порядку і добрих звичаїв². Статтею 1133, яка передбачала, що кожен акт, який протирічить суспільному порядку, є недозволенним (містить в собі «*cause illicite*»), вказаний кодекс залочаткував обмеження принципу свободи договору не лише з боку закону, але й з іншого позаконного критерію, такого як «публічний порядок».

3. Історично склалося, що в законодавстві та доктрині цивільного права не існує єдиного визначення поняття «публічного порядку». Цивілісти зарубіжних країн при його аналізі або лише вказують на особливу групу імперативних норм, що віддзеркалюють «основу всього правопорядку», «загальні блага», «загальні інтереси», моральні вимоги суспільства, захист яких державна влада вважає за потрібне здійснювати силою примусу, або ж обмежуються перерахуванням окремих прикладів, що зустрічаються в судовій практиці при застосуванні цього інституту³. Проте, єдність їх полягає у віднесенні до даної категорії норм, які охороняють інтереси держави і загальні інтереси суспільства, внутрішній порядок

¹ Кисіль В.І. Категорія публічного порядку в міжнародному приватному праві // Держава і право. Вип.10. К.: Ін-т держави і права НАН України, 2001. С.438.

² Французский Гражданский Кодекс 1804 года С позднейшими изменениями до 1939 года - М.: Юриздат НКЮ СССР, 1941.

³ Сібільов М.М. Загальна характеристика нікчемних правочинів (договорів) // Проблеми законності. 2002. Вип.55. С. 40-46.

держави, верховенстві цих норм над договірними правилами, що задовольняють інтереси приватних осіб¹.

4. Спільним в характеристиці публічного порядку є виділення двох основних рис даної категорії: гнучкість та змінність: «С одной стороны, существует очень много основных общих интересов организованной в государство нации, с другой стороны, соглашения между частными лицами неисчислимы. Поэтому силой вещей предел, полагаемый публичным порядком свободе соглашений, характеризуется фактически двумя основными имманентными чертами: он гибок и изменчив»².

Історична мінливість тлумачення та сфери використання категорії «публічний порядок» полягає в залежності від політичних, соціальних, економічних поглядів законодавця у той чи інший історичний проміжок часу.

Наявність численних визначень змісту категорії «публічного порядку», критеріїв кваліфікації, різних акцентів при визначенні ролі і місця в цивільно-правових системах різних держав та на різних етапах історичного розвитку є не випадковим. Систематизовано перерахувати конкретний зміст поняття «публічного порядку» неможливо. Його необхідно розглядати, відштовхуючись від судової практики та наукових доктрин, в розрізі постійно змінної суспільної ідеології та системи цінностей³. Саме відсутність у законодавстві конкретного та повного визначення поняття «публічного порядку» становить парадоксальну цінність даної категорії, адже, має за собою реальні правові принципи та норми, які в силу своєї специфіки в даний конкретний час користуються особливим захистом держави.

5. Статтею 228 Цивільного кодексу український законодавець втілив спробу поєднання теоретичного та практичного досвіду застосування зазначеної категорії у світовій юриспруденції із вимогами розвитку сучасного українського суспільства.

Підвищена роль судів при визначенні кваліфікації нікчемних правочинів за ст. 228 ЦК України та необхідність відко-

¹ Див. Л. Жюллио де ла Морандьєр. Гражданское право Франции. Том II. М.: изд-во иностр. лит-ры, 1960. С. 258-259; Сакаэ Вагацума, Тору Ариидзуми. Гражданское право Японии. Книга I. М.: «Прогресс», 1983. С. 109.

² Л. Жюллио де ла Морандьєр. Гражданское право Франции. Том II. М.: изд-во иностр. лит-ры, 1960. С. 259.

³ Сакаэ Вагацума, Тору Ариидзуми. Гражданское право Японии. Книга I. М.: «Прогресс», 1983. С. 109.

ригованості правових позицій з цього питання Верховного Суду України та Вищого господарського суду України зазначається багатьма вітчизняними вченими-цивілістами¹. Деякі автори зазначають, що оскільки питання про порушення публічного порядку тим чи іншим правочином є оціночним, то вирішуватися воно повинно у суді під час прийняття рішення про застосування наслідків нікчемного правочину².

Умецька Г.О., студент 4-го курсу навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ

Виконання аліментного обов'язку батьками щодо повнолітніх дітей, які продовжують навчання

Питання можливості та порядку виконання аліментного обов'язку батьками щодо повнолітніх дітей, які продовжують навчання є вельми актуальним. В різні періоди погляди на це питання були не однаковими. Так, наприклад, більшість юристів радянського періоду вважали недоцільним встановлення можливості стягнення аліментів на час навчання після досягнення працездатною особою повноліття. Вони мотивували свою думку тим, що держава надає достатню допомогу студентам у вигляді стипендії, місць в гуртожитку тощо. Дійсно, у той час, коли держава дійсно надавала достатню допомогу студентам, не було необхідності ставити це питання. Але на сучасному етапі розвитку нашої країни це питання повинно розглядатись вже в іншому ракурсі.

Згідно зі ст. 199 Сімейного кодексу України (далі – СК України), якщо повнолітні дочка, син продовжують навчання і у зв'язку з цим потребують матеріальної допомоги, батьки зобов'язані утримувати їх до досягнення двадцяти трьох років за умови, що вони можуть надавати матеріальну допомогу. Право на утримання припиняється у разі припинення навчання.

Це положення СК України підтримують багато сучасних вчених-юристів. Так, наприклад, А.В. Короткова вважає, що батьки повинні матеріально допомагати своїм дітям при навчанні і при досягненні повноліття, бо, в свою чергу, сімейне законодавство надає батькам право на одержання допомоги від тих же дітей.

¹ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, В.В. Луця – К.: "Юрінком Інтер", 2005. – Т.1. С. 392. Цивільний кодекс України. Коментар / За заг. ред. Харитонова Є.О., Калітенко О.М. - Х.: ТОВ "Одісей", 2004.

² Єфімов О., Гулик А. Нове цивільне законодавство України. Тема 15. Правові наслідки недодержання сторонами при вчиненні правочину вимог закону // Бізнес. Бухгалтерія. 2004. № 22.

Однак час не стоїть на місці. На сьогодні ми вже маємо 12-річну систему навчання у загальноосвітніх школах. Тому може виникнути ситуація, коли діти будуть закінчувати школу після досягнення повноліття, а ВНЗ – в 24-25 років. В зв'язку з цим, мабуть є доцільним продовження аліментного обов'язку батьків по відношенню до повнолітніх дітей, які навчаються у ВНЗ, до 25-ти років. Крім того, можливі випадки, коли студент під час навчання може знаходитись у академічній відпустці з причини хвороби. Згідно Положення про академічні відпустки та повторне навчання у вищих закладах освіти від 06 червня 1996 р. № 191/153 максимальна тривалість академічної відпустки встановлюється до одного року. При необхідності тривалість академічної відпустки може бути продовжена ще на один рік. В зв'язку з цим, слід погодитись з Сапейко Л.В., що припинення аліментного обов'язку з досягненням особою 23-х років може спричинити ситуацію коли, наприклад, за рік до закінчення навчання у ВЗО діти зостануться без матеріальної допомоги батьків, що не дасть їм змогу закінчити навчання. Якщо ж дитина закінчить навчальний заклад раніше встановленого терміну, сплата аліментів повинна автоматично припинятись.

Згідно із Законом України «Про вищу освіту» навчання у вищих навчальних закладах здійснюється за такими формами: денна (очна); вечірня; заочна; дистанційна; екстернатна. Прийнято вважати, що аліментний обов'язок може покладатись на батьків лише у випадках, коли дитина навчається на денній формі навчання, бо інші форми навчання дозволяють особі працювати та отримувати певні доходи. У випадку, якщо повнолітній навчається заочно та з будь-яких причин не має власного доходу, обов'язку по утриманню у батьків виникати не повинно. Матеріальна допомога з боку батьків може надаватись особі, яка отримує освіту в іншій формі, окрім денної, тільки в добровільному порядку. На мій погляд, поширення платної освіти зумовлює надання такого права не лише студентам очної форми навчання, а й тим, хто навчається за іншими формами навчання.

Аліменти – це не плата за навчання, а лише допомога з боку батьків, тобто батьки зобов'язуються створити дитині певні умови для навчання (харчування, проживання і т.д.). Батьки не повинні виконувати примхи дитини і не можуть бути зобов'язані сплачувати вартість навчання саме в тому ВНЗ, в якому хоче навчатись дитина. Так, наприклад, денна форма навчання за спеціальністю «Правознавство» на госпрозрахункових засадах в ХНУВС коштує приблизно 6600 грн. на рік. Для пересічного українця це досить велика сума.

Слід погодитись з тим, що покладення обов'язку по сплаті аліментів можливе лише на матеріально забезпечених батьків, але за умови, що повнолітній не має власного заробітку або інших доходів.

При розгляді справ про стягнення аліментів на утримання повнолітньої особи, що продовжує навчання, суд повинен з'ясувати рівень доходів того з батьків, до кого подано позов. І в разі недостатності коштів у відповідача, відмовити в задоволенні позову.

Вертепа І.О., студент 2-го курсу навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ

Особливості укладення правочинів за допомогою конклюдентних дій. Мовчання в правочинах

Воля учасників правочину, що відображає їх намір укласти правочин, повинна мати певний зовнішній вираз і закріплення. Це необхідно, щоб зміст правочину був ясний його учасникам, умови правочину були зафіксовані в максимально зручному для сторін положенні і при цьому не суперечили законодавству, і щоб можна було б без утруднень вирішувати спори між сторонами правочину, якщо вони виникнуть.

Спосіб, за допомогою якого виражається воля сторін при укладанні правочину, називається формою правочину. Форма укладення правочину повинна відповідати тій, яка передбачена законом. Встановлено дві форми правочину – усна і письмова.

Таким чином, правочин може бути укладено усно, шляхом словесного виразу волі. При такому виразі волі учасник правочину на словах формулює свою готовність укласти правочин і умови його укладення.

Відповідно до ст. 205 ЦК України правочини можуть укладатися усно або у письмовій формі. Правочин, для якого законом обов'язкова письмова форма, вважається укладеним, якщо поведінка сторін свідчить про їх волю до виникнення відповідних правових наслідків.

У випадках, встановлених договором або законом, воля сторони до укладення правочину може бути виражена її мовчанням.

Правочин, який може бути укладено усно, вважається укладеним і за відсутності словесного виразу волі, якщо правочин укладається шляхом конклюдентних дій. У теорії цивільного права конклюдентні дії (від лат. conclude – укладати,

роблю висновки) розглядаються як дії особи, що виражають її волю встановити правовідносини, але не у формі усного або письмового волевиявлення, а поведінкою, по якій можна зробити висновок про такий намір. Так, способом виразу особою волі є його поведінка, з якої явно витікає його намір (бажання) укласти правочин на заздалегідь відомих умовах. Якщо індивід поповнює рахунок картки мобільного телефону, шляхом введення коду поповнення, то з його поведінки можна зрозуміти, що він виражає свою волю на укладення договору про надання послуг. Але необхідно не забувати про те, що діяння можуть представляти собою як дію, так і бездіяльність.

У науковій літературі мовчання називають бездіяльністю, тобто пасивна форма волевиявлення. Частина 3 ст. 206 ЦК України закріплює можливість виразу волі шляхом мовчання. Так, якщо орендар продовжує користуватися майном після закінчення терміну договору за відсутності заперечень з боку орендодавця, договір вважається відновленим на тих же умовах на невизначений термін. В даному випадку воля орендодавця на продовження орендних відносин виражається у формі мовчання (він не заперечує проти продовження користування його майном), а воля орендаря на таке продовження договору виражається шляхом укладання конклюдентних дій (продовження користування орендованим майном).

Мовчання визнається вираженням волі лише у випадках, передбачених законом. У науці спірним є питання про те, чи можна вважати мовчання різновидом конклюдентних дій. Мовчання в правочинах виконує багато функцій, таких як спосіб вираження волі на вчинення або припинення правочину, згоду або відмову від певних дій, що вимагає детального наукового розгляду і, можливо, законодавчого закріплення.

Арутюнян М.А., студентка 4-го курсу навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ

Принцип недоторканості житла у виконавчому провадженні

Право на житло є одним з фундаментальних, загальновищезначних прав людини, що пов'язані не тільки з фізичним буттям, але й з соціальними існуванням людини, адже, якщо

немає житла – не задоволені первинні потреби людини. Будь-які обмеження цього права можливі тільки при встановленні відповідних правових норм на законодавчому рівні. Так, при здійсненні виконавчих дій іноді складається ситуація, коли накладенню стягнення піддається нерухоме майно боржника, а саме його житло. При розгляді цього питання постає проблема: «Чи не є це порушенням принципу недоторканості житла?». В законодавстві поняття «недоторканість житла» не визначено, науковці ж дотримуються такої узагальненої думки: поняття «недоторканість житла» є не що інше, як право на державну охорону житла громадян, що володіють ним внаслідок договору житлового найму або на праві особистої власності, а також тимчасового житла (у вигляді кімнати, місця в гуртожитку, готелі, будинку відпочинку, санаторії, пансіонаті, туристського намету, дачі) від незаконних обшуків, виїмок, арешту, переселень, ущільнень, виселенні та інших вторгнень без згоди особи, яка в ньому що проживає, як з боку посадових осіб, так і окремих громадян. Слабким місцем в наведеного визначення є те, що багато авторів певною мірою звужують коло суб'єктів цього права. Є необхідність розширення кола суб'єктів права на недоторканість житла, виходячи з норм міжнародних договорів.

Згідно з Міжнародним пактом про громадянські і політичні права ніхто не може зазнавати довільного або незаконного посягання на недоторканість його житла (ст. 17 Пакту). Довільним посяганням є входження в житло крім волі проживаючих в йому осіб, а незаконним посяганням є входження в жилі помешкання всупереч вимогам закону та незаконне виселення чи інші дії, які порушують недоторканість житла громадян. Ці норми міжнародного права певною мірою враховані в Конституції України.

Вищезазначені положення є віддзеркаленням загальновищезазначених норм таких міжнародно-правових актів, як Загальна декларація прав людини, Міжнародний пакт про громадянські та політичні права, Конвенція про захист прав людини та основних свобод. Засновуючись на змісті згаданого принципу міжнародного права щодо права осіб на недоторканість житла, що стало вже своєрідною аксіомою, визначення цього права повинно мати наступний зміст: недоторканість житла є право особи на охорону державою, на території якого вона перебуває, його житла від довільного або незаконного вторгнення з боку посадових осіб і окремих людей.

Говорячи про право на недоторканість житла необхідно виділити наступні основні елементи права на недоторканість житла. По-перше, увійти до житла можна тільки за згодою проживаючої в ньому особи. По-друге, будь-які обмеження недоторканості житла мають визначатись законом. І, нарешті, по-третє, обшук та виселення можуть здійснюватися уповноваженими органами за спеціальним на те дозволом лише у випадках, передбачених законом. Захист права на недоторканість житла здійснюється державою. Саме держава виробляє гарантії і забезпечує ефективність дій реалізації механізмів зневажених прав.

До числа гарантій здійснення права на недоторканість житла відносяться спеціальні норми з різних галузей внутрішньодержавного і міжнародного права, спеціально призначені для захисту, а також для усунення можливого порушення права на недоторканість житла як з боку окремих осіб, так і з боку представників державних органів. Разом з тим потрібно говорити про специфічність гарантій здійснення права на недоторканість житла при проведенні розслідування злочинів (обшук, виїмка, огляд приміщень громадян) та звернення стягнень на житло боржника. Крім того, закон захищає права громадян і при виконанні посадовими особами своїх функціональних обов'язків всередині житлових приміщень. Наприклад, обшук та виїмка, вхід й виселення з житлових приміщень проводяться в присутності двох понять і особи, яка займає дане приміщення, а при відсутності її – представника житлово-експлуатаційної організації або місцевої Ради депутатів.

2. У разі відсутності в боржника коштів та цінностей, достатніх для задоволення вимог стягувача, стягнення звертається на належне боржникові інше майно. Боржник має право вказати ті види майна чи предмети, на які потрібно звернути стягнення в першу чергу. Державний виконавець зобов'язаний задовольнити вимоги боржника, якщо вони не порушують інтересів стягувача й не ускладнюють виконання рішення. Остаточною черговістю стягнення на кошти та інше майно боржника визначається державним виконавцем. Звернення стягнення на майно боржника не зупиняє звернення стягнення на грошові кошти боржника. При проведенні опису та арешту майна державний виконавець вирішує питання про зберігання арештованого майна. Зберігачем може бути й боржник, й стягувач чи інша особа, що визначена державним виконавцем. Проведення арешту майна шляхом скла-

дання акта описи й арешту проводиться державним виконавцем з обов'язковою участю понятих. Присутність понятих обов'язкова при вчиненні виконавчих дій, пов'язаних із примусовим входженням до нежитлових приміщень і сховищ, в яких зберігається майно боржника, на яке звернено стягнення, або майно стягувача, яке має бути повернене йому в натурі; примусовим входженням до житлових будинків, квартир для забезпечення примусового виселення та вселення в них; примусовим входженням до будинків, квартир та інших приміщень, в яких перебуває дитина, яка має бути передана іншим особам відповідно до рішення суду; при проведенні огляду, арешту, вилученні й передачі майна. Так, ст. 55 Закону «Про виконавче провадження» передбачено, що під час кожного опису майна та накладення на нього арешту державний виконавець складає акт опису и арешту майна боржника.

Під час проведення опису та арешту майна державний виконавець має право оголосити заборону розпорядження ним, а в разі необхідності – обмежити права користування майном чи вилучити його у боржника та передати на зберігання іншим особам, про що зазначається в акті опису й арешту. Види, обсяги та строки обмеження встановлюються державним виконавцем в кожному конкретному випадку з урахуванням властивостей майна, його значення для власника, необхідності використання й інших обставин. Обов'язкова участь боржника при цьому законом не передбачена, однак, якщо боржник не був присутнім при проведенні опису майна, то копія акта опису направляється йому поштовою кореспонденцією.

Арешт майна полягає у проведенні його опису, оголошенні заборони розпоряджатися ним, а в разі потреби – в обмеженні права користування майном або його вилученні в боржника та передачі на зберігання іншим особам.

Згідно закону в останню чергу звертається стягнення на житловий будинок чи квартиру. Разом з житловим будинком стягнення звертається також на прилеглу земельну ділянку, що належить боржникові. У разі звернення стягнення на будинок, квартиру, приміщення, земельну ділянку державний виконавець звертається з запитом до відповідних місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування про належність зазначеного майна боржникові на праві власності та про його вартість, а також до нотаріального органу, чи не знаходиться це майно під арештом, заборонаю.

Одержавши документальне підтвердження належності боржникові на праві власності будинку чи іншого нерухомого майна, державний виконавець накладає на них арешт шляхом опису й оцінки за їх вартістю на момент арешту та надсилає повідомлення про накладення арешту нотаріальному органу за місцезнаходженням майна. Про накладення арешту на будинок чи інше нерухоме майно, заставлене третім особам, державний виконавець невідкладно повідомляє цих осіб. Реалізація належних боржникові будинку, квартири та іншого нерухомого майна проводиться відповідно до закону шляхом продажу з прилюдних торгів. У цьому разі відбувається примусове вселення, яке полягає у забезпеченні державним виконавцем безперешкодного входження стягувача в приміщення, указане у виконавчому документі, та його проживання (перебування) у ньому.

Отже, одержавши виконавчий документ про вселення стягувача державний виконавець установлює строк для добровільного його виконання боржником. У разі невиконання виконавчого документа про вселення у добровільному порядку вселення здійснюється примусово державним виконавцем.

Державний виконавець зобов'язаний письмово повідомити боржника і стягувача про день і час примусового вселення. Відсутність боржника, повідомленого про день і час вселення, не є перешкодою для виконання рішення про вселення. У разі, якщо боржник перешкоджає виконанню рішення про вселення стягувача, до нього застосовуються штрафні санкції та вселення здійснюється у присутності понятих із залученням працівників органів внутрішніх справ. Про виконання рішення державним виконавцем складається акт, який підписується особами, що брали участь у виконанні цього рішення. У разі подальшого перешкоджання боржником проживанню (перебуванню) стягувача в приміщенні, у яке його вселено, стягувач має право звернутися до державного виконавця із заявою про відновлення виконавчого провадження. У цьому разі державний виконавець має право повторно провести примусове вселення стягувача та застосувати до боржника подвійні штрафні санкції.

Якщо стягувач звернувся до державного виконавця із заявою про відновлення виконавчого провадження з документами, що підтверджують перешкоди, то державний виконавець, перевіряючи підстави для відновлення, може зажадати додаткові документи або провести вихід за місцем виконання рішення, про що складає відповідний акт. У разі наявності

ті підстав для відновлення виконавчого провадження державним виконавцем виноситься постанова про відновлення виконавчого провадження, яка затверджується начальником органу державної виконавчої служби, а до боржника застосовуються штрафні санкції. У разі відсутності підстав для проведення повторного примусового вселення державним виконавцем також виноситься постанова, яка затверджується начальником органу державної виконавчої служби із зазначенням усіх мотивів відмови у відновленні виконавчого провадження.

Тож, як бачимо, порядок стягнення на нерухоме майно боржника передбачено чинним законодавством України, але згідно йому в жодному нормативному акті не передбачена участь особи-боржника: а саме те, де ця особа буде мешкати, якщо ж у боржника є сім'я та неповнолітня дитина, то дане питання набуває зовсім інший напрям-не врегульоване питання про порядок та альтернативні варіанти для проживання всієї сім'ї або іншої одноособової людини, бо ж право на житло, що закріплене в Конституції України є одним з основоположних прав кожної людини чи громадянина.

Немьонова С.В., студентка 4-го курсу навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ

Оголошення секретного заповіту

Цивільний кодекс України (далі ЦК) 2004р. затвердив ряд новел, які стосуються заповітів. Серед них і такий їх вид, як секретний. Як зазначає Фурса Є.І., «це одне з положень, спрямованих на демократизацію та конкретизацію інституту заповіту.» Відповідно до ч.1 ст.1249 ЦКУ «секретним є заповіт, який посвідчується нотаріусом без ознайомлення з його змістом.» Законодавством визначений порядок посвідчення та оголошення такого розпорядження.

Зокрема, ст.1250 ЦК України визначає: «одержавши інформацію про відкриття спадщини, нотаріус призначає день оголошення змісту заповіту. Про день оголошення заповіту він повідомляє членів сім'ї та родичів спадкодавця, якщо їхнє місце проживання йому відоме, або робить про це повідомлення в друкованих засобах масової інформації. У присутності заінтересованих осіб та двох свідків нотаріус відкриває

конверт, у якому зберігався заповіт, та оголошує його зміст. Про оголошення заповіту складається протокол, який підписують нотаріус та свідки. У протоколі записується весь зміст заповіту.»

По-перше, в тому випадку, коли нотаріус не знає місце проживання членів сім'ї та родичів, він повинен зробити про це повідомлення в друкованих ЗМІ. Тут постає проблема: у яких саме ЗМІ необхідно розмістити оголошення? Крім того, у ЦК України не зазначені строки, в які нотаріус повинен повідомити членів сім'ї та родичів.

По-друге, у ч.2 ст.1250 ЦК України говориться про «заінтересованих осіб». Виникає питання, кого вважати заінтересованою особою? Скоріше за все, маються на увазі члени сім'ї та інші родичі. З іншого боку заінтересованими особами можна визнати і кредиторів спадкодавця як боржника. В такому випадку вони на підставі закону мають право бути присутніми під час оголошення секретного заповіту. Тоді необхідно визначити, хто і в якому порядку повинен їх повідомити. Керуючись положенням ч.1 ст.1281 ЦК України, обов'язок повідомити кредитора про відкриття спадщини лежить на спадкоємцях, за умови, що вони знають про борги спадкодавця. Логічно було б застосувати аналогію закону та зобов'язати членів сім'ї та родичів повідомити кредитора про оголошення секретного заповіту. Тоді кредитор зможе дізнатись, хто є спадкоємцем, а отже і до кого він може пред'явити вимоги щодо виконання боргу.

Далі у ЦК України йдеться про наявність двох свідків при оголошенні розпорядження. Виходячи з положень статті, це повинні бути незацікавлені особи. Більше про свідків, присутність яких необхідна, нічого не сказано. Тому тут також доведеться застосовувати аналогію закону. У проекті ЦК України 2004р. вимоги до зазначених осіб встановлювались ті ж самі, що і для свідків, які повинні бути присутні при посвідченні заповіту. Кодекс, що діє зараз, зберіг норми стосовно останніх. Тоді відповідно до ч.3 та ч.4 ст.1253 ЦК України та з урахуванням зазначених вище умов щодо осіб, які можуть бути свідками при оголошенні секретного заповіту, слід закріпити такі положення:

Незацікавленість особи

Повна цивільна дієздатність особи

Свідками не можуть бути:

Нотаріус, який посвідчує заповіт

Спадкоємці за заповітом

Члени сім'ї та близькі родичі спадкоємців за заповітом

Особи, які не можуть підписати протокол про оголошення заповіту

У протоколі зазначаються: дата, час та місце складання протоколу про оголошення секретного заповіту, прізвище, ім'я та по батькові осіб, присутніх при оголошенні, у тому числі свідків, відомості про повідомлення осіб, які не з'явилися на оголошення секретного заповіту, або відомості про повідомлення в друкованих ЗМІ, стан заповіту (наявність закреслених місць тощо), стан конверту, в якому зберігався заповіт, а також відтворюється весь текст заповіту. Якщо неможливо визначити справжню волю заповідача, нотаріусом у протоколі відтворюється витлумачений спадкоємцями текст заповіту та відомості про досягнення чи недосягнення між спадкоємцями згоди щодо тлумачення тексту заповіту. При чому, якщо згоди не досягнуто, нотаріус відмовляє у видачі свідоцтва про оголошення секретного заповіту та роз'яснює право на звернення до суду. У протоколі також відображається попередження нотаріусом свідків про відповідальність за шкodu, заподіяну внаслідок розголошення відомостей, що стали їм відомі у зв'язку з оголошенням секретного заповіту. Можуть бути зазначені інші істотні умови. У разі з'явлення заінтересованої особи після оголошення заповіту нотаріус ознайомлює її з протоколом оголошення секретного заповіту, про що робить відповідну відмітку, яка підписується також цією особою. Секретний заповіт після його оголошення залишається в справах державної нотаріальної контори (приватного нотаріуса), при чому його оригінал може бути виданий лише на письмову вимогу суду. Тоді у справах нотаріуса залишається його фотокопія (п.п.163 – 164 Інструкції).

Таким чином, секретний заповіт, з одного боку, стає додатковою гарантією збереження таємниці. З іншого боку, не зовсім досконале законодавче регулювання процедури та умов його оголошення залишає певні запитання, що може призвести до негативних наслідків. Наприклад, визнання заповіту недійсним. Тому необхідно мати офіційне тлумачення вказаних у доповіді норм права, щоб уникнути можливих розбіжностей та непорозумінь стосовно секретного заповіту з метою забезпечення реалізації волі заповідача.

Правова характеристика договору дарування речей та його місце в системі цивільного законодавства України

Договір дарування у праві розглядається як підстава отримання майна у власність. Відповідно до ст. 717 ЦК України за договором дарування одна сторона (дарувальник) передає або зобов'язується передати у майбутньому іншій стороні (обдарованому) безоплатно майно у власність.

Дарування, коли одна сторона (дарувальник) передає другій стороні (обдарованому) безоплатно річ (дарунок) у власність є речовим, реальним, безоплатним договором.

1. Речовий, це такий договір, який самим фактом свого укладення породжує у контрагента речове право. Право, що виникло з речового договору, на відміну від зобов'язальних договорів, має безпосереднім об'єктом річ і є речовим. До речових договорів можна віднести договори про встановлення таких речових прав як володіння (ст.398 ЦК України), сервітутів (ст.402 ЦК України), емфітевзису (ст.407 ЦК України) і т.д. Вони не направлені на встановлення зобов'язальних відносин, але не перестають бути договорами.

Отже, за договором дарування, в якому дарувальник передає майно у власність в момент його укладення, зобов'язання не виникає. Тому його невірно навіть класифікувати як односторонній, оскільки він не породжує й одностороннього зобов'язання.

2. Реальність договору, при його укладенні, передбачає наявність двох фактів: а) досягнення згоди між сторонами по всім істотним умовам; б) передачі в процесі вчинення правочину речі одним учасником другому.

Одна лише домовленість про передачу речі в дар, у реальному договорі, сама по собі ніяких наслідків не викликає та правовим захистом не користується.

3. На безоплатність договору дарування вказував ще Д.І.Меєр. Він виходив з наступного: «Сделки возмездные те, в которых юридические действие совершается за эквивалент, т.е. действию одной стороны соответствует действие другой, равносильное первому, почему и называется эквивалентом.

Сделки безвозмездные не представляют эквивалента». І далі, логічно, застосовуючи вказану класифікацію, приходив до висновку, що дарування є саме безоплатним правочином. Дійсно, в договорі дарування дарувальник не отримує ніякого зустрічного надання і, як додає М.І.Брагинський, не розраховує на нього. Така точка зору розглядається як загальновизнана в науці цивільного права і підкріплена законодавством. Більш того, частина друга ст. 717 ЦК України вказує, що договір, який встановлює обов'язок обдаровуваного вчинити на користь дарувальника будь-яку дію майнового або немайнового характеру, не є договором дарування.

4. Договір дарування у праві розглядається як підстава отримання майна у власність та є двостороннім правочином.

Савченко К.В., курсант 2-го курсу навчально-наукового інституту підготовки фахівців міліції громадської безпеки Харківського національного університету внутрішніх справ

Усиновлення дитини однією особою

1. У частині 1 статті 211 СК встановлено, що усиновлювачем може бути повнолітня дієздатна особа. Оскільки закон не передбачає ніяких винятків з цього правила, можна зробити висновок, що ані неповнолітні емансиповані особи, ані повнолітні особи, які вступили до шлюбу до 18 років, не можуть усиновлювати дітей.

Сімейне законодавство України не встановлює граничного віку повнолітньої особи, раніше якого неможливо стати усиновлювачем, як це зроблено у деяких зарубіжних країнах. Наприклад, у Німеччині та Англії усиновлювачем може бути особа, яка досягла 25 років, у Франції – 35 років, у Швейцарії – 40 років. Різниця у віці між усиновлювачем та усиновленим повинна складати: у Франції – 15 років, у Німеччині та Швейцарії – 18 років [1, с. 193].

Згідно ч. 2 ст. 211 СК встановлюється вікова різниця між усиновлювачем та дитиною не менш, ніж 15 років. Таке правило ґрунтується на та тому, що, якщо дитина не буде сприймати усиновлювача як свого вихователя, в усиновителя через його молодість не буде достатнього авторитету, і, відповідно, основної мети усиновлення – забезпечення дитині сімейного виховання – не буде досягнуто.

Однак, як слушно відзначається у літературі, встановлення у законодавстві подібного правила є не досить вдалим. Така різниця у віці зазвичай існує при біологічному походженні дитини від батьків, але при усиновленні, коли дитина та інші особи знають про те, що усиновлювачі не є її батьками, встановлення імперативної вимоги щодо вікової різниці втрачає сенс і лише призводить до необґрунтованого звуження кола осіб, які можуть бути усиновлювачами [2, с. 291]. Дитину можуть забажати усиновити, наприклад, її брат (сестра) або вітчим (мачуха). У подібних випадках, як правило, вже склалися родинні відносини з дитиною, і саме бажання усиновити дитину свідчить про прив'язаність, наприклад, вітчима (мачухи) до дитини, і імперативна вимога щодо 15-річної різниці у віці видається недоцільною [3, с. 63, 64].

У разі усиновлення повнолітньої особи різниця у віці не може бути меншою, ніж вісімнадцять років

2. Якщо дитина має лише матір або лише батька, які у зв'язку з усиновленням втрачають правовий зв'язок з нею, усиновлювачем дитини може бути один чоловік або одна жінка. Тобто закон не виключає можливості усиновлення дитини одним чоловіком чи однією жінкою, якщо мати (батько) у зв'язку з усиновленням втрачають правовий зв'язок з дитиною.

3. Відповідно до ч. 1 ст. 232 СК з моменту здійснення усиновлення припиняються особисті та майнові права і обов'язки між батьками та особою, яка усиновлена, а також між нею та іншими її родичами за походженням. Тобто, акт усиновлення змінює суб'єктний склад батьківських правовідносин. Юридично біологічні батьки усиновленого, як і він сам, перестають бути суб'єктами батьківських прав та обов'язків.

При цьому слід відзначити, що втрата правових зв'язків не означає втрати кровної спорідненості з батьками та іншими родичами за походженням, і одночасно не створює кровно-споріднених відносин з усиновлювачем та його родичами. Оскільки усиновлення являє собою юридичний акт, який не може скасувати біологічну природу людини, усиновлений, наприклад, не може вступити до шлюбу ані з своїми рідними батьками, ані іншими кровними родичами прямої лінії споріднення. Усиновлення, як і будь-який інший правовий акт, не скасовує біологічних законів генетики, тому при втраті правових зв'язків з кровними родичами не розривається біологічна спорідненість [4, с. 259].

4. Усиновлення встановлює між усиновлювачем та усиновленим правові відносини, які існують між батьками та ді-

тми. Інакше кажучи, між особами, які до того не були пов'язані правовими відносинами спорідненості, встановлюються такі правовідносини. Усиновлений стосовно усиновлювача, так само, як і усиновлювач щодо усиновленого, набуває статусу родича за походженням, причому не лише у сімейних відносинах, а й у цивільних, трудових, житлових, пенсійних тощо. Вказані наслідки настають незалежно від того, усиновлена дитина подружжям чи однією особою, а також чи записані усиновлювачі в якості батьків дитини.

Так, усиновлювач зобов'язаний виховувати дитину, піклуватися про її здоров'я, фізичний, духовний та моральний розвиток, захищати права та інтереси дитини, управляти належним їй майном, надавати матеріальну та моральну підтримку (допомогу), сплачувати аліменти на її утримання, брати участь у додаткових витратах по утриманню усиновленого та виконувати інші обов'язки, передбачені законом. Усиновлені діти спадкують після усиновлювача як і його рідні діти (ст. 1260 ЦК України), усиновлювач може вселити неповнолітнього усиновленого у займане житлове приміщення без згоди інших членів сім'ї (ст. 65 ЖК України), при призначенні державної допомоги багатодітним матерям враховуються усиновлені діти і т.д. Усиновлювачі стають законними представниками дитини і виступають на захист її прав та інтересів.

У той же час усиновлення надає особі, яку усиновлено, права і накладає на неї обов'язки щодо усиновлювача у такому ж обсязі, який має дитина щодо своїх батьків: повнолітній усиновлений може бути зобов'язаний до надання утримання усиновлювачів, які є непрацездатними і потребують матеріальної допомоги за правилами гл. 17 СК України.

5. Через усиновленого у правовий родинний зв'язок втягуються і нащадки усиновленої особи нащадки: діти усиновленого набувають правового статусу внуків усиновлювача, внуки усиновленого набувають правового статусу правнуків усиновлювача тощо. Тобто між нащадками усиновленого та усиновлювачем і його родичами виникає правовий зв'язок, аналогічний по правам та обов'язкам кровно-спорідненого зв'язку [5, с. 225]. Такий же зв'язок виникає між дітьми різних батьків, які усиновлені одним усиновлювачем.

6. При усиновленні дитини однією особою особисті немайнові та майнові права та обов'язки можуть бути збережені за бажанням матері, якщо усиновлювачем є чоловік, або за бажанням батька, якщо усиновлювачем є жінка. Наприклад, якщо батько дитини позбавлений батьківських прав і

чоловік матері у другому шлюбі усиновив дитину, мати має право дати згоду на усиновлення її дитини за умови збереження за нею у повному обсязі батьківських прав та обов'язків щодо дитини. Стосовно того, чи повинен усиновлювач також виразити згоду на збереження відносин дитини з одним із батьків, вказівки у законі немає. Очевидно, що у випадку, коли мати (батько) дитини виразили бажання зберегти батьківські права та обов'язки, усиновлювач заперечувати не може. Якщо ж згода на усиновлення надана без будь-яких умов, питання про збереження праввідносин з одним із батьків повинно вирішуватися судом, виходячи з інтересів дитини, із урахуванням думки усиновлювача та самої дитини [6, с. 292].

Правило ч. 232 СК про збереження праввідносин між усиновленою дитиною та її батьками повинно виконуватися і в інших випадках усиновлення дитини однією особою, причому, незалежно від того, чи перебуває усиновлювач у шлюбі з батьком (матір'ю) дитини [7, с. 468]. Разом з тим його дотримання не є обов'язковим для батьків усиновлюваної дитини і залежить від їх бажання.

Якщо при усиновленні дитини однією особою зберігаються права та обов'язки дитини щодо батька (матері), то вони вважаються збереженими й для родичів цього батька (матері).

7. Ще один виняток стосується тих випадків, коли один з батьків усиновленої дитини помер або шлюб між ними був розірваний як з особою, визнаною судом недієздатною, і другий з батьків дитини вступив у повторний шлюб і його дружина, чоловік у повторному шлюбі бажають усиновити дитину. Тоді, на прохання батьків померлого батька (матері), тобто баби, діда з боку того з батьків, хто помер або визнаний недієздатним, рідних братів, сестер дитини суд у своєму рішенні може зберегти особисті немайнові та майнові праввідносини стосовно померлого (визнаного недієздатним) родича, якщо це відповідає інтересам дитини.

Порядок спілкування усиновленої дитини з родичами її померлого батька (матері) встановлюється за домовленістю між усиновлювачем та родичами дитини, а якщо такої згоди не буде досягнуто – згідно правил ст. 257 СК.

Однак, як відзначається в юридичній літературі, незважаючи на гуманність цього правила, при його застосуванні таємницю усиновлення зберегти неможливо, а тому воно можливе лише при усиновленні, в якому не змінюється прізвище, ім'я та по батькові усиновленого [4, с. 269].

8. Дозвіл суду на збереження правових зв'язків усиновлюваного з родичами або одним з батьків повинен бути відображений у рішенні суду про усиновлення. Такий дозвіл надасть батькові (матері) чи родичам померлого батька (матері), окрім іншого, й право на спілкування з усиновленою дитиною відповідно до ст.ст. 153, 257 СК України. Відсутність вказівки про збереження правових зв'язків означає, що правовідносини усиновлюваного з обома батьками є припиненими, навіть, якщо усиновлювачем є одна особа.

Список літератури: 1. Рузакова О.А. Семейное право: Учебно-практическое пособие для вузов / О.А. Рузакова. – М.: изд-во «Экзамен», изд-во «Право и закон», 2003; 2. Нечаева А.М. Семейное право. Курс лекций. – М.: Юристь, 1999; 3. Воронина З.И. Правовые формы воспитания детей, оставшихся без попечения родителей // Дис. ... канд. юрид. наук – С-Пб., 1993; 4. Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации. Под общей ред. д.ю.н. П.В. Крашенинникова и канд. юрид. наук П.И. Седугина. – М.: Издательская группа ИНФРА*М – НОРМА, 1997; 5. Советское семейное право / Под ред. В.А. Рясенцева. – М., 1982; 6. Антокольская М.В. Семейное право: Учебник. – Изд. 2-е, перераб. и доп. – М.: Юристь, 2000; 7. Пчелинцева Л.М. Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации. – М.: Издательская группа НОРМА – ИНФРА*М, 1999.

Дейнека К.І., курсант 2-го курсу навчально-наукового інституту підготовки фахівців міліції громадської безпеки Харківського національного університету внутрішніх справ

Особливості сімейних правовідносин

Основною особливістю сімейних правовідносин є їх особисто-довірчий характер, оскільки основне місце в них займають саме особисті зв'язки членів сім'ї [1, с. 15]. Відповідно, майнові відносини в сім'ї випливають з особистих: якщо є спорідненість, шлюб, сім'я, то є майнові відносини [2, с. 13]. Як влучно відзначив Є.М. Ворожейкін, особисто довірчий характер у взаємовідносинах учасників сімейного правовідношення – це його якість, обумовлена природою самого сімейного правовідношення [3, с. 53]. Саме ця його особливість є визначальною щодо усіх інших відносин у сім'ї. При цьому не слід пов'язувати наявність особистого елементу з особистими правами та обов'язками учасників сімейного правовідношення [3, с. 45].

Особливістю сімейного права є пріоритетний характер особистих відносин. Вони визначають режим майнових

прав: шлюб створює можливість (як на законних, так і на договірних засадах) формування та розпорядження власністю подружжя, їх матеріального забезпечення як у шлюбі, так і після його розірвання, аліментування батьків та дітей тощо. Можливість одержання утримання та обсяг частки власності, отриманої при її розділі, залежать від мораль поведінки чоловіка чи дружини під час перебування у шлюбі, від належного виконання батьківських обов'язків. Крім того, на момент виникнення сімейних правовідносин (реєстрації шлюбу, народження, усиновлення дитини тощо) перш за все виникають особисті немайнові відносини, а вже пізніше – майнові правовідносини між суб'єктами, тобто майнові правовідносини обумовлені наявністю родинних або інших юридично значимих зв'язків суб'єктів особистого характеру. А отже, «майнові сімейні правовідносини не можуть виникати без особистих або раніше від них, що дозволяє зробити висновок про похідний характер майнових відносин і про пріоритет особистих» [4, с. 3]. Тобто навіть майнові сімейні відносини обумовлені наявністю спорідненості чи інших зв'язків особистого характеру поміж їх суб'єктами.

Відносини, які складають предмет сімейно-правового регулювання, характеризуються особливим суб'єктним складом. Коло осіб, які можуть бути їх учасниками, чітко визначений законодавством. У сімейних відносинах приймають участь не просто фізичні особи, а громадяни, які мають особливий сімейно-правовий статус – дружини (чоловіка), матері (батька), дитини, діда, баби та ін. При цьому суб'єкти сімейних правовідносин можуть виступати учасниками одразу декількох сімейних правовідносин (жінка – як дружина свого чоловіка і співвласник спільного майна, як мати своїх дітей, зобов'язана виховувати останніх, як дочка своїх батьків, зобов'язана їх утримувати тощо) [2, с. 34].

Як відзначається в юридичній літературі, сучасна концепція правовідносин у сімейній сфері базується на визнанні самостійності особистого та майнового статусу кожного з їх учасників, ніхто з членів сім'ї, насамперед, малолітні діти та непрацездатні її члени, не «поглинаються» іншими особами – батьками чи повнолітніми працездатними членами сім'ї [5, с. 26]. Хоча у психічному, соціальному, економічному сенсі ці особи не є рівними, юридично дієздатні члени сім'ї та ті, що не мають дієздатності у повному обсязі, батьки та діти знаходяться у рівному становищі. Будь-якого владного, а тим більше адміністративного підпорядкування дітей батькам,

так званої «батьківської влади», яка була властива дореволюційному сімейному праву, не існує.

Характерною особливістю сімейних правовідносин є їх тривалий характер, який значною мірою визначається тим, що в їх основі лежать не обмежені часом суспільні відносини спорідненості або інші близькі відносини між особами. Тобто сімейні правовідносини передбачають тривалої взаємодії їх учасників [1, с. 8]. Так, реєстрація шлюбу має на меті створення сім'ї, існування якої передбачається, в принципі, на весь період життя подружжя.

У зв'язку з цим, на вимоги, що випливають із сімейних правовідносин, не поширюється позовна давність, за виключенням випадків, вказаних в законі. Ці обставини не можна обмежувати строком, вони за своєю природою призначені до тривалого існування.

У той же час існують сімейні відносини, які обмежуються строком, але й вони характеризуються певною тривалістю. Наприклад, батьківські права і обов'язки по вихованню дітей продовжуються до досягнення дитиною 18 років.

Сімейні права та обов'язки є чітко індивідуалізованими і невідчужуваними, причому не лише особисті, а й майнові (неможливо, наприклад, передати право на отримання аліментів чи виховання дітей) [2, с. 13]. Вони не можуть передаватися ні за домовленістю сторін, ні у порядку універсального правонаступництва (спадкування). У сімейному праві відсутні такі поняття як уступка права вимоги чи заміна кредитора. Однак, певні права членів сім'ї можуть здійснюватися не їх носіями безпосередньо, а за допомогою інших осіб, які діють в їх інтересах, наприклад, при здійсненні особистих та майнових прав неповнолітніх та недієздатних учасників сімейних відносин [5, с. 23].

Основу сімейних правовідносин складають специфічні юридичні факти – шлюб та спорідненість, материнство, батьківство, усиновлення тощо. Хоча деякі з сімейних правовідносин виникають на підставі договору чи домовленості, тим не менш наявність шлюбу чи спорідненості (прирівняного до них зв'язку) зазвичай є необхідною передумовою їх існування.

У багатьох випадках шлюбно-сімейні відносини регулюються не лише правовими нормами, а й нормами моралі, що є характерним лише для сімейного права [2, с. 13]. У цілому сімейні відносини регулюються окремим кодифікованим нормативним актом – Сімейним кодексом України, завданням якого є зміцнення сім'ї як соціального інституту та як союзу конкретних

осіб, у затвердженні обов'язку перед батьками, дітьми та іншими членами сім'ї, у побудові сімейних відносин на паритетних засадах, на почуттях взаємної поваги, допомоги та підтримки, у забезпеченні кожної дитини сімейним вихованням, можливості духовного та фізичного розвитку.

Сімейно-правові відносини є відносними, оскільки виникають між конкретними особами – подружжям, батьками та дітьми тощо. Але, на відміну від відносних цивільних відносин, які виникають як правило з договорів, то шлюбно-сімейні – зі спорідненості, шлюбу, усиновлення. Ці правовідносини пов'язують не сторонніх, а близьких осіб – родичів, подружжя [2, с. 13]. Крім цього, деякі відносні за своєю природою суб'єктивні права мають абсолютний характер захисту – відносні правовідносини між батьками та дитиною по вихованню останньої мають абсолютний характер захисту, оскільки захищаються від будь-якого порушника [6, с. 53].

Процес розгляду сімейних суперечок є специфічним, як суттєво відрізняється й виконання відповідних судових рішень [2, с. 13]. Розгляд конфліктів, які виникають між учасниками сімейних відносин, здійснюється незалежним органом – судом. При цьому для об'єктивного вирішення сімейних спорів широко залучаються спеціальні незалежні органи – органи опіки та піклування, основною метою діяльності яких є захист і забезпечення особистих та майнових прав «слабших» учасників сімейних відносин – неповнолітніх дітей та недієздатних членів сім'ї. Особливістю сімейно-правового методу є й індивідуальне ситуаційне регулювання. Це надає правозастосовним органам можливість приймати рішення з урахуванням конкретних життєвих обставин, оскільки більшість сімейно-правових норм потребує конкретизації при їх застосуванні, наприклад, при з'ясуванні негідної поведінки одного з подружжя, нетривалого часу перебування у шлюбі, зловживання батьківськими правами і т.п.

Список літератури: 1. Пчелинцева Л.М. Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации. – М.: Издательская группа НОРМА-ИНФРА*М, 1999; 2. Сімейне право України: Підручн. / За ред. Гопанчук В.С. – К.: Істина, 2002; 3. Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. – М.: Юридическая литература, 1972; 4. Сімейне право України (у схемах): Навчальний посібник. – К.: Атіка, 2005; 5. Сімейне право України: Підручник / Л.М. Баранова, В.І. Борисова, І.В. Жилінкова, та ін.; За заг.ред. В.І. Борисової та І.В. Жилінкової. – К.: Юрінком Інтер, 2004; 6. Советское семейное право / Под ред. В.Ф. Маслова, А.А. Пушкина. – К., 1982.

Деякі правові аспекти інституту усиновлення

Вирішення питання сирітства в Україні з кожним роком стає дедалі актуальнішим. За даними Держкомстату, в Україні сьогодні більше 100 тисяч дітей-сиріт і дітей позбавлених батьківського піклування. Близько п'яти відсотків із них – це діти, чії батьки померли або загинули, а інші – то соціальні сироти, щороку кількість яких, на жаль, збільшується.

У сучасному цивільному суспільстві такі діти не повинні залишатися поза увагою. Їх утримання та виховання покладається на державу (ст. 52 Конституції України).

Кожна людина від народження має особисте немайнове право на сім'ю (ст. 291 ЦКУ) і обов'язком держави є повернути її саме у сім'ю, у повному розумінні цього слова, оскільки ніякі суспільні форми виховання не можуть зрівнятися з вихованням у сім'ї. «Дитині для повного та гармонійного розвитку особистості необхідно зростати в сімейному оточенні, в атмосфері щастя, любові та порозуміння...» [4]

Пріоритетною формою сімейного виховання дітей, які залишилися без турботи батьків, відомою усім правовим системам, є інститут усиновлення. Інститут усиновлення знайшов своє відображення і у сімейному кодексі України (ст.ст.207-242, 282-289)

Усиновленням є прийняття усиновлювачем у свою сім'ю особу на правах дочки чи сина, що здійснюється на підставі рішення суду. В основі усиновлення лежать ті ж самі принципи, що і в основі сімейного життя: догляд, спілкування, виховання, підтримка сімейних зв'язків.

Усиновлення, як правовий інститут, прирівнює соціальне материнство та батьківство до біологічного материнства та батьківства. Усиновлення зумовлює правовстановлювальні та правоприпинювальні наслідки.

Одночасно з створенням між усиновленою особою та усиновителями відносин, найбільш близьких до тих, що виникають між батьками і рідними дітьми, припиняються всі правовідносини між усиновленим та його кровними батьками та родичами (ст.232 ЦК).

Сімейний кодекс України допускає:

усиновлення в Україні громадянами України дитини, яка також є громадянином України. В окремих випадках допускається усиновлення повнолітньої дитини (ст.208 СК);

усиновлення іноземцем в Україні дитини, яка є громадянином України (ст. 282-283 СК);

Усиновлення дитини, яка є іноземцем і проживає в Україні, громадянами України або іноземцями, які проживають в Україні (ст.284 СК).

Механізм правового регулювання усиновлення дуже складний та суперечливий і особливо в тій частині , що стосується міждержавного усиновлення.

Міждержавне усиновлення в Україні потребує адаптації його механізму законодавчого регулювання до міжнародного, у зв'язку з наявністю розбіжностей з сучасною світовою тенденцією розвитку правовідносин у цій сфері.

В Україні після зняття мораторію на міждержавне усиновлення, що діяв з 1993по 1996 рік, це суспільне явище набуло істотного поширення. Досить швидкими темпами наша країна потрапила до групи «країн походження».

Питання міждержавного усиновлення регламентуються у положеннях Конвенції про захист дітей і співробітництво у галузі міжнародного усиновлення дітей , Декларації про соціальні і правові принципи, що стосуються захисту і благополуччя дітей, особливо при передачі дітей на виховання і їхнє усиновлення на національному і міжнародному рівнях, сімейного кодексу України, а також цілою низкою інших законних та підзаконних нормативних актів.

Аналіз норм міжнародного та національного законодавства з цього питання виявляє істотні відмінності між ними. Так, наприклад, у Німеччині всиновлювати дозволено лише подружжю, яке перебуває у зареєстрованому шлюбі, при цьому перевага надається особам у віці від 30 до 35 років. В Америці до потенційних всиновлювачів встановлені наступні вимоги: сім'я повинна перебувати у шлюбі щонайменше 2 роки, неодружені чоловік та жінка повинні досягти 25-ти річного віку, мати рівень доходу на 25% вищий за середній для даного регіону, не мати проблем з поліцією, побутові умови повинні відповідати умовам необхідним для прийому дитини на проживання... У національному законодавстві України в тому числі і у сімейному кодексі, віковий ценз щодо всиновлювачів не встановлений, тому до нашої держави

звертаються здебільшого особи середнього віку, які не мають можливості Усиновити дитину у себе на батьківщині.

Вбачається необхідним на законодавчому рівні внести зміни до нормативних актів з питань усиновлення на міждержавному та національному рівні щодо встановлення граничного віку усиновлювачів.

На сьогодні не є вирішеним питання нагляд за дотриманням прав усиновлених дітей – громадян України за межами України, оскільки на території іноземної держави, куди потрапляє дитина, діє виключно юрисдикція іноземної держави. Це і було однією з підстав того, що Верховна Рада України у 2003 році не дала згоду щодо приєднання України до Гаазької Конвенції про захист прав дітей та співробітництво у галузі міждержавного усиновлення» і дала висновки про неприйнятність такого приєднання, оскільки мають місце суттєві відмінності у фундаментальних положеннях. Дискусія стосовно Гаазької конвенції стосується, зокрема, того, що:

по-перше, Гаазька Конвенція була розроблена «державами-приймачами» в інтересах усиновлювачів;

по-друге, приєднання до Конвенції буде заважати розвитку національного усиновлення;

по-третє, неурегульованим залишається механізм зворотнього зв'язку з усиновленими дітьми за межами України;

по-четверте, здійснення посередницької діяльності по усиновленню, комерціалізація такої діяльності заборонена національним законодавством України.

Залучення України до Гаазької Конвенції має важливе значення, оскільки, Україна в такому разі буде причетна до правового механізму співпраці з питань міждержавного усиновлення, який діє в країнах – членах ЄС. Але при цьому не на останнє, а на перше місце слід піднімати питання усиновлення на національному рівні; не доцільним, на мій погляд, надавати пріоритет міждержавному усиновленню. Тільки у національному оточенні дитина отримає той максимум знань та життєвих навичок, які властиві дитині «за походженням», які притаманні саме нашій українській нації. Держава, що переживає демографічну кризу, повинна, перш за все, зберегти націю і не допустити її виродження.

Стає актуальним і детальне врегулювання процедури міждержавного усиновлення. Судовий порядок усиновлення в Україні запроваджено з 1996 року. Справи про усиновлення розглядаються у порядку окремого провадження.

Узагальнення та аналіз судової практики дозволяє говорити про наявність порушень саме процесуальної форми розгляду таких справ. Характерними є, наприклад, такі порушення:

- у заяві про усиновлення можуть бути відсутні основні відомості про дитину, клопотання про зміну прізвища дитини, посилення на те, чи обізнаний усиновлювач зі станом здоров'я дитини (на практиці іноді медичний висновок підмінюється довідкою про стан здоров'я). Не завжди судом витребується первинне свідоцтво про народження, у якому містяться дані про народження дитини і яке підлягає знищенню. Мають місце порушення норм закону про дачу дитиною згоди на усиновлення.

Ці та інші порушення норм матеріального та процесуального права з питань міждержавного, а в більш широкому сенсі і національного, дозволяють зробити висновок про необхідність внесення змін до діючого законодавства. Так, наприклад, вбачається необхідним надати можливість іноземним громадянам, потенційним кандидатам в усиновлювачі, бути безпосереднім учасником порушення справи про усиновлення, а при подачі заяви щодо усиновлення, визнати необхідність присутності перекладача і відповідно перекладу заяви на мову заявителя. Також можливим є витребування з іноземних громадян, які бажають усиновити дитину, яка є громадянином України, і яка є хворою, письмового зобов'язання – гарантії про надання таким дітям кваліфікованої медичної допомоги.

На мій погляд, позиція законодавця у підході до вирішення питання усиновлення в Україні повинна полягати перш за все у розробленні і прийнятті Державної програми з усиновлення, у якій би детально було сформульовано основні засади та напрямки діяльності відповідних органів та установ з питань усиновлення, як на національному, так і на міждержавному рівнях. Така Державна програма повинна бути спрямована на максимальну підтримку усиновлювачів саме з України, і ставити за ціль відхід практики «донорства» за межі України.

Література: Конституція України; Цивільний Кодекс України; Сімейний Кодекс України; Конвенція ООН про права дитини 1989 р. // – К., – 1997. – с.4; Конвенція про захист дітей та співробітництво в галузі міждержавного усиновлення 1993р. // Законодавство України про сім ю. – К.: – 2002. – с.119 – 129. с.115 – 119.; Цивільно – процесуальний Кодекс України.; Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження порядку передачі дітей, які є громадянами України на усиновлення громадянам України та іноземцям і здійснення контролю за умовами їх проживання в сім'ях усиновителів» від 20.07.1996р. №775 // Законодавство України про сім ю. – К.:2002. – с.287 –

297.; Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження порядку ведення обліку дітей, які можуть бути усиновлені, осіб, які бажають усиновити дитину та здійснення нагляду за дотриманням прав дітей після усиновлення» від 28.08.2003р. №1337 // <http://nau.com.ua>; Правила ведення обліку громадян України, які постійно проживають або тимчасово перебувають за кордоном, та дітей – громадян України, які всиновлені іноземцями (Наказ Міністерства закордонних справ України від 29.11.1999р № 207 // Законодавство України про сім ю. – К.:2002.; Шость Н.Н., Козир М.К., Ситник О.М. Енциклопедія сучасного права неповнолітніх. – К.: 1997р.; Сімейне право України: підручник / За ред. Гопанчука В.С. – К.:2002. – 304с.

Андропова І., студентка 3-го курсу навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ

Моральна шкода: проблемні питання визначеності поняття та розміру відшкодування

На сучасному етапі розвитку, в Україні, як і в інших державах Європи, відчутно актуалізується проблема захисту прав та інтересів людини, в тому числі її право на компенсацію моральної та майнової шкоди. Питання про можливість грошової компенсації завданої шкоди дискутується у вітчизняній правовій науці вже тривалий час. Прояв норм цього правового інституту є закономірним результатом довготривалого історичного процесу, початок якого можна углядіти ще за часів Давньоруської держави. Існують деякі думки щодо того, що джерелом сучасного інституту компенсації моральної (немайнової) шкоди, можна вважати законодавство Київської Русі. Поняття «моральна шкода» хоч і не містилося в Руській Правді, але практично знайшло в ній своє відображення. Це проявляється в тому, що зазначене джерело передбачало відповідальність не за майнову шкоду, а за ушкодження здоров'я, образу, які і означають відшкодування немайнового характеру.

Натомість, ЦК УРСР (ст.440) передбачав, що відшкодуванню підлягає лише та шкода, що полягала для потерпілого у невігідних наслідках(шкода).Об'єктами благ, охоронюваних даною нормою від різного роду посягань, було життя, здоров'я, майно громадян, а також майнові права соціалістичних організацій. А так звана немайнова, моральна шкода, оскільки її неможливо оцінити в конкретній грошовій сумі, не відшкодовувалася. Незважаючи на те, що громадяни мали

право судового захисту, наприклад при розповсюдженні відомостей, що принижують честь та гідність, предметом такого позову було лише визнання розповсюдженої інформації недостовірною або заборона подальшого її розголошення (ст.7 ЦК УРСР).

На відміну від ЦК УРСР чинний ЦК України у главі 3, значно розширив суб'єктивне право особи на захист її порушеного права та інтересу. В цьому випадку повноваження особи складаються з трьох можливостей: право на власні дії, право на дії інших осіб, а також права, у випадку порушення якого, застосувати заходи поновлення свого суб'єктивного права. Дана норма встановлює досить велику кількість способів захисту цивільних прав та інтересів: крім судового захисту, особа має право звернутися до органів державної влади, органів місцевого самоврядування, Президента, нотаріуса або здійснити самозахист. Останнім часом проблема прав і свобод людини є однією з найактуальніших. В цьому напрямку було прийнято ряд міжнародно-правових актів, які визначають людину, як найвищу цінність суспільства, а наслідне забезпечення її прав і свобод – головним обов'язком демократичної держави. Преамбула до Декларації прав людини закріплює положення про те, що визнання гідності, властивої всім особам, є основою свободи та справедливості. Ці ідеї відображені і в Конституції України, а право на відшкодування моральної (немайнової) шкоди є важливою гарантією прав та свобод громадянина та законних інтересів юридичних осіб. Так, розвиток Української держави та формування її правової системи, сприяли закріпленню цих норм і прийняттю відповідних законодавчих актів. Законом від 6 травня 1993 р. в ЦК УРСР була внесена стаття 440(1) «відшкодування моральної (немайнової) шкоди».

Внаслідок цього, положення про відшкодування цієї шкоди було закріплено в ст.32 Конституції України та в інших правових актах. Але на даний час існують деякі проблеми у правозастосувальній практиці. Одна з них пов'язана з тим, що в законах та нормативно-правових актах України, відсутнє єдине визначення поняття моральної (немайнової шкоди).

Щоб правильно обрати спосіб визначення поняття, необхідно передусім вирішити питання про те, наскільки точним повинен бути зміст поняття, який обсяг йому надати. Крім того, одні й ті ж самі терміни, не тільки в одному, а й у різних нормативно-правових актах, повинні мати одну й ту ж правову сутність, відповідати одному правовому поняттю.

Так, наприклад, ст.23 ЦК України, визначає що моральна шкода полягає в :

1).фізичному болю та стражданнях, яких фізична особа зазнало у зв'язку з каліцтвом або іншим ушкодження здоров'я;

2).у душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з протиправною поведінкою щодо неї самої, членів її сім'ї чи близьких родичів;

3).у душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку зі знищенням чи пошкодженням її майна;

4).у приниженні честі та гідності фізичної особи, а також ділової репутації фізичної або юридичної особи;

Отже загалом, стосовно визначення поняття моральної шкоди, яка заподіяна фізичній особі, існують три підходи. Для першого властиве встановлення факту моральних, психічних або фізичних страждань. Для другого недостатньо встановлення цих страждань, а необхідним окрім них, є наявність немайнових втрат або негативних наслідків морального чи іншого немайнового характеру, які виникли внаслідок тих же моральних, психічних або фізичних страждань. Третій підхід полягає в репутації або в моральних переживаннях у зв'язку з ушкодженням здоров'я, а також внаслідок порушення інших прав.

Відносно цього, чинне законодавство, яке регулює правовий режим відшкодування моральної шкоди, в достатній мірі не містить загального поняття цієї шкоди як для фізичних, так і для юридичних осіб. Лише у деяких спеціальних законах зроблена спроба його визначити. Так у ст.12 Закону України «Про охорону праці» від 14.10.92р. йдеться мова про «страждання» потерпілого (людини), а в ст.1 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16.04.91р., вказано про «збитки», що заподіяні особистим немайнових правам юридичних осіб. Верховний Суд України для фізичних осіб дав більш детальне тлумачення поняття цієї шкоди. У п.3 постанови Пленуму Верховного Суду України №4 від 31.03.95р. «Про судову практику у справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» суд роз'яснив, що під моральною шкодою слід розуміти втрати немайнового характеру, внаслідок моральних, фізичних страждань або інших негативних явищ, заподіяних фізичній чи юридичній особі незаконними діями або бездіяльністю інших осіб. Моральною шкодою юридичних осіб, відповідно до роз'яснення Президії Вищого Господарського Суду України від 29.02.96р., визнається

шкода, яка заподіяна організації, порушенням її законних немайнових прав.

Проте, такі визначення викликають деякі зауваження вчених-юристів. Зокрема С.Е.Донський та О.М.Ерделевський висловили думку, що в Постанові Пленуму Верховного Суду України, безпідставно відокремлюються моральні і фізичні страждання, оскільки фізичні – неодмінно викликають і моральні. На мій погляд, ці поняття збігаються частково, оскільки поняття «тілесна шкода» не охоплює душевного і емоційного стану людини, вони співвідносяться як загальне і спеціальне. Щодо роз'яснення Президії Господарського суду, то поняття немайнової шкоди викладено настільки стисло, що навіть не розкриває його змісту. У ньому, на що звертають увагу в наукових публікаціях, не вказано як саме «законні» немайнові права юридичної особи порушені і в чому це порушення повинно проявлятися.

Як вбачається із відповідних узагальнень, проведених Херсонським, Одеським, Миколаївським обласними судами, поняття моральної (немайнової) шкоди на практиці тлумачиться по різному. В одних випадках як «фізичні і душевні страждання», а в інших – суди досліджують «психічні страждання». Крім того, нерідко зустрічаються справи, де моральна (немайнова) шкода, розуміється судами через «втрати немайнового характеру» внаслідок вказаних вище фізичних та психічних страждань.

Щодо юридичних осіб, то застосування до них терміну «страждання» або «переживання» недопустиме, адже вони (ці особи) не мають психіки, не можуть відчувати емоційних реакцій, а тому моральна шкода для них є цілком іншою категорією, ніж стосовно фізичної особи. Під моральною шкодою, завданою юридичній особі, вочевидь слід розуміти втрати немайнового характеру, які наступили у зв'язку з приниженням ділової репутації юридичної особи, посяганням на її комерційне найменування, торгівельну марку, розголошення комерційної таємниці, а також здійснення дій, направлених на підрив довіри до діяльності юридичної особи.

Окрім проблеми визначення самого поняття «моральна шкода», спірною залишається і методика її розрахунку, оскільки в законодавчому порядку вона офіційно не встановлена. Нормативна база, що існує на сьогодні, є недостатньою для вирішення цього питання. Так ст.440(1) ЦК УРСР встановлювала лише мінімальний розмір відшкодування цієї шкоди – п'ять розмірів мінімальної заробітної плати. І в той

же час, деякі законодавчі акти, встановлюють можливість мінімального розміру моральної шкоди. Наприклад Закон України «Про порядок відшкодування шкоди, спричиненої громадянину незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури та суду» від 01.12.94р. в ч3 ст.13 вказує: за час перебування під слідством чи судом, відшкодування моральної шкоди має становити не менше одного мінімального розміру заробітної плати за кожний місяць перебування під слідством чи судом. Якщо врахувати, що слідство чи судовий розгляд було проведено менш ніж за п'ять місяців, то вірогідно, мінімальний розмір буде менший, ніж той, що був встановлений у ЦК УРСР. Чинний же ЦК України мінімального розміру не встановлює, як загалом і максимального. Більш того, п.9 Постанови Пленуму Верховного Суду України №4, вказує, що розміри відшкодування моральної (немайнової) шкоди, суд встановлює виходячи з характеру та об'єму страждань (фізичних, душевних і т.п), котрі переніс позивач, характеру нематеріальних втрат (їх продовжуваність, можливість поновлення) та враховуючи інші обставини, зокрема, важливе значення має стан здоров'я потерпілої особи, тяжкість вимушених змін в його житті, ступінь зниження ділової репутації, престижу, час та зусилля, необхідні для відновлення попереднього стану. При цьому суд має виходити з принципу розумності, виваженості, справедливості. Аналізуючи вищевказану методичку, можна сказати, що вона містить в собі лише перераховані критерії, але вказівки на те, як важливі ті чи інші критерії, та в якому співвідношенні вони знаходяться між собою немає. Наприклад, що важливіше: глибина страждань чи їх продовжуваність, а найголовніше як це впливає на розмір грошової компенсації. Для допомоги у визначенні розміру моральної (немайнової) шкоди, були прийняті методичні рекомендації, затверджені листом Міністерства Юстиції України, від 13.05.04р №35-13\797. Одна з головних тез цих рекомендацій стосується того, що моральну шкоду не можна відшкодувати в повному обсязі, так як не існує точних критеріїв матеріального еквіваленту душевного болю, спокою, честі та гідності особи, тому будь-який її розмір буде мати чисто умовне вираження, але в неодмінно має бути відшкодований. Але згідно з чинним законодавством, потерпілий не завжди може розраховувати на швидке і повне відновлення своїх прав. Є чимало випадків, коли заподіяна шкода не відшкодується через те, що особа, яка вчинила протиправне по-

сягання щодо потерпілої, не має для цього відповідних коштів. Реальне стягнення грошової компенсації із засуджених, що відбувають покарання, як правило, розтягується на довгі роки і буває нерегулярним. Особливо дана проблема актуальна у зупинених провадженнях кримінальних справах. За таких обставин особу, яка вчинила злочин, не встановлено і потерпілий позбавлений права пред'явити цивільний позов. Не кращим є його становище, якщо особа, що вчинила злочин встановлена, але ухиляється від слідства і оголошена в розшук, що не завжди дає бажаний результат. Тому відшкодувати шкоду, завдану особі каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю внаслідок злочину, має держава, адже, відповідно до ст.3 Конституції України, саме держава є відповідальною перед людиною за свою діяльність, а отже і за ефективну діяльність державних органів, в тому числі і правоохоронних. Безперечно, закріплення цього обов'язку сприятиме виконання державою головного обов'язку-затвердити і забезпечити права і свободи людини. Але спеціальний закон, який би більш детально встановлював умови та порядок відшкодування державою шкоди особі, яка потерпіла від злочину, на сьогодні в Україні не прийнятий.

Ще одним фактором, який може стати для потерпілої особи негативним, окрім безпосереднього стягнення грошової компенсації, є саме процес доказування, що дії, які нанесли їй моральну шкоду, є підставою для вимоги відшкодування цієї компенсації. Мова йде про те, що критична оцінка деяких фактів та недоліків, думки та міркування, не можуть бути підставою для задоволення вимог про відшкодування моральної шкоди. Однак, якщо при цьому допускалася образа або порушення інших захищених законом прав особи (наприклад : розголошення без її згоди конфіденційної інформації), то це може потягти за собою відшкодування моральної шкоди. Але встановити факт образи іноді буває досить важко. Адже, як говорить російський вчений Є.В.Васильковський : «суд не має права вірити сторонам на слово. Він не може задовольнити позовну вимогу тільки на тій підставі, що вважає позивача чесною людиною, не здатною пред'явити неправомірну вимогу і так само не може відмовити у позові, керуючись тим, що заперечення відповідача заслуговують на увагу, завдяки його моральним якостям, повній довірі». Суд бере до уваги твердження і заяви сторін лише тією мірою, якою встановлено їх істинність. Тому доказування в цивільному процесі являє собою встанов-

лення істинності тверджень сторін перед судом у визначеній формі. Ця форма передбачає розподіл обов'язків між позивачем і відповідачем, згідно з яким кожна сторона має довести ті обставини, на які вона посилається, як на підставу своїх вимог, заперечень.

Отже можна зробити висновок, що немає такого порушення права, яке не призвело б до виникнення у потерпілої особи, конкретного права на компенсацію моральної шкоди та можливості вимагати її. Але задля ефективної правозастосовчої практики у цій сфері, необхідне подальше доопрацювання законодавства, розробка та прийняття спеціальних законів та усунення існуючих протиріч в діючих нормативно-правових актах з цього питання.

Список використаної літератури: 1.Цивільний Кодекс України; 2.Цивільний Кодекс Української РСР; 3.Постанова Пленуму Верховного Суду України №4 від 31.03.95р. «Про практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди»; 4.Закон України «Про охорону праці» від 14.10.96р.; 5. Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16.04.91р.; 6.К.Кравченко «Моральна шкода: історія та реальність».\|Юридична практика.16.08.2005р.№33.; 7.А.Червянцова «Позитивний»аспект конституційної відповідальності: визначення змісту»\|Права України.2002р.№12.; 8.І.Малютін «Проблеми відшкодування шкоди потерпілим державою»\|Право України.2002р.№10.; 9.П.Рабінович «Моральна шкода та право на її компенсацію: загальнотеоретичний підхід»\| Право України.2002р.№4.; 10.В.П.Паліюк. «Моральна(немайнова) шкода»\|Вісник Одеського інституту внутрішніх справ.1999р.№3.; 11.С.Сиротенко «Становлення та перспективи розвитку інституту компенсації моральної(немайнової) шкоди у вітчизняному законодавстві»\|Вісник ХНУВС 1996р.№6.; 12.В.Чернадчук «До питання про поняття моральної шкоди»\| Право України.2001р.№2.; 13.М.Бондаренко «О тонких материях в юриспруденции»\| Юридична практика 15.08.2006р.№33.; 14.В.С.Бородин «Моральный вред и размеры его возмещения»\| Вісник ХНУВС 2002р.№13.; 15.О.І Сліпченко «Предмет доказування у справах про відшкодування моральної шкоди»\| Вісник Верховного Суду України 2005р№8.

Гога Ю., Омельченко А., студенти 3-го курсу навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ

Проблема теоретичного визначення поняття «сім'я»

Сім'я-складне суспільне явище. Вона займає і завжди займала важливе місце у житті суспільства. Сім'я, за визначенням К.Маркса, – соціальне явище, яке виникає і розвивається у строгій закономірності під впливом суспільного виробництва та інших факторів. «Возьмите определённую ступень развития производства, обмена и потребления, и вы получите

определённый общественный строй, определённую организацию семьи... [4 с.402]

Сім'я являє собою певне цілісне утворення, систему, яка має безліч зв'язків з іншими системами. В.Г.Афанасьєв характеризує сім'ю як елементарну систему соціального порядку, звертаючи увагу на її багатогранність і різні якісні характеристики, що викликані відмінністю видів діяльності, з якими пов'язані окремі її члени. [6 с.67]

Дійсне положення сім'ї, як своєрідної цілісної системи суспільного порядку, не знайшло свого втілення у цивільному та сімейному законодавстві.

Важливість соціальних функцій сім'ї, її роль у житті суспільства, притягують увагу вчених, роблять сім'ю об'єктом дослідження соціології, філософії, біології, права, демографії та інших наук.

Всебічне вивчення сім'ї є необхідним з тої причини, як вказував Ф.Енгельс, що вона «даёт нам в миниатюре картину тех же противоположностей и противоречий, в которых движется общество». [5 с.70]

Виходячи із специфіки задач, які стоять перед кожною галуззю науки, мають місце різні підходи до визначення поняття сім'ї.

З точки зору права сім'я— це така сукупність суспільних зв'язків між людьми, яка піддається законодавчому регулюванню. У раніше діючому законодавстві СРСР, Української РСР не містилося визначення поняття сім'ї. Відсутнє воно і у діючому законодавстві України. Про причини відсутності єдиного, уніфікованого поняття сім'ї писав Ш.Д.Чиквашвілі, відмічаючи, що кожній галузі властиве своє коло (склад) сім'ї. [7 с.8]

На мій погляд, не може бути декілька визначень поняття сім'ї у праві для різних галузей, воно повинно бути єдиним, незважаючи на те, що в понятті члена сім'ї у кожній галузі відображаються тільки її притаманні специфічні ознаки.

У чинному Сімейному кодексі України ми маємо змогу бачити спробу підійти на законодавчому рівні до визначення поняття сім'ї. Так, була врахована пропозиція З.Ромовської про перенесення до кодексу «...положення статті 16 Загальної декларації прав людини, за якими сім'я є природним і основним осередком суспільства», але з деякою відмінністю. У ч.1 ст.3 Сімейного кодексу зазначається, що сім'я є первинним та основним осередком суспільства.

Дефініція поняття «сім'я», яка закріплена у Сімейному кодексі України, не зняла проблему щодо визначення поняття

сім'ї у праві, а навпаки, загострила дискусію навколо цього питання. Так, у літературі, зокрема, зазначається, що питання визначення поняття «сім'я», яке міститься у ст.3 СКУ, є невизначеним, неоднозначним та суперечливим, а також є таким, що не має суто правового змісту, а є об'єднанням економічних, демографічних, трудових ознак. Однією з ознак сім'ї, зазначеною у ст.3 СК України, є спільне проживання. Розкриття змісту поняття «спільне проживання «можливе через поняття «місце проживання громадянина». За ст.29 ЦК України місцем проживання фізичної особи є житловий будинок, квартира, інше приміщення, придатне для проживання у ньому(гуртожиток, готель тощо), у відповідному населеному пункті, в якому фізична особа проживає постійно, переважно або тимчасово. При цьому фізична особа може мати декілька місць проживання.

Можна цілком погодитися з Я.М.Шевченко, що вимога щодо спільного проживання при визначенні поняття «сім'я»порушує конституційні права громадян України (ст.ст. 24,64 Конституції України).[9 с 149] Зокрема, ст.64 передбачає, що конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України. У ст.24 Конституції України зазначено, що не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними чи іншими ознаками. Члени сім'ї – подружжя, батьки, діти мають самі вирішувати, де їм проживати. Спільне чи не спільне проживання зовсім не визначає, є у них сім'я чи ні. Обмежувати право визначати своє місце проживання ніхто не має права, так само як і право позбавляти їх членства у сім'ї тільки на тій підставі, що вони не проживають спільно.

Отже, включення до визначення поняття «сім'я»таких ознак як спільне проживання та спільний побут є недоцільним. Відсутність спільного побуту не свідчить про відсутність сім'ї. Сім'я існує й у тих випадках, коли подружжя тривалий час проживає окремо, має дітей, батьки беруть участь у вихованні та утриманні дитини, а побут окремих. Тобто ч.1 ст. 3 СК України не розкриває ані змісту сім'ї, ані її ознак, а лише вказує на місце сім'ї у суспільстві: первинний та основний осередок суспільства. Відсутність поняття «сім'я»в СК позбавляє сенсу назву галузі сімейним правом.

В правовій літературі під поняттям сім'ї розуміється:

коло осіб, пов'язаних правами та обов'язками; союз осіб [9, 10]; «естественно складывающееся в реальной жизни объединение лиц, основанное на браке, родстве, свойстве, усыновлении или иных формах отношений между этими лицами и характеризующееся общностью духовной, материальной жизни и интересов, обеспечивающих продолжение рода и коммунистическое воспитание детей» [11];

«объединение, основанное на браке или родстве лиц, связанных между собой личными и имущественными правами и обязанностями, моральной и материальной общностью и поддержкой, ведением общего хозяйства и коммунистическим воспитанием детей» [12];

«общность совместно проживающих и ведущих общее хозяйство лиц, обладающих предусмотренными законодательством о браке и семье правами и обязанностями» [13];

«это не просто социальная микросреда, а своего рода социальный микрокосм, ибо её структура являет собой наиболее близкую к «оригиналу» модель структуры общественной» [14];

«Спільність людей, які проживають разом, мають спільний побут, ведуть спільне господарство, турбуються один про одного, об'єднані взаємними правами та обов'язками» [8];

«активная социальная группа, построенная на браке или родственных отношениях» [15].

Як бачимо, у більшості випадків сім'я розглядається як союз осіб, які пов'язані шлюбом, усиновленням або іншими відносинами, що виникли на підставах не заборонених законом та не суперечать моральним засадам.

Сім'ю слід розглядати також як соціальний феномен, якому притаманні свої закономірності розвитку, функціональність та структура.

Дослідження сім'ї здійснюються у багатьох напрямках. І це досить закономірно, оскільки вона є одним із найскладніших соціальних явищ. Складність виявляється в тому, що суб'єктом сімейних відносин виступає не сім'я, як колективне утворення, а кожен член сім'ї окремо.

Функціональні характеристики сім'ї безпосередньо розкривають її сутність як соціального явища, тому є вихідною основою аналізу інших її характеристик. Як зазначає І.Жилінкова, проблема функцій, які виконує сім'я, не належать до числа правових, а становить предмет соціології та демографії. [16] Хоча у сімейно-правовій літературі це питання у ряді випадків отримало своє теоретичне висвітлення, у

певних випадках юристи або побіжно згадують про притаманні їй функції, або ж взагалі випускають цей момент. Поділяючи цю позицію, слід зазначити, що природа сім'ї як соціального утворення має вирішальний вплив на її розуміння і в юридичному сенсі, а висвітлення функціональних характеристик сім'ї є логічним підґрунтям для розкриття її сутності. До того ж нормами права регулюється здійснення сім'єю певних функцій (наприклад, функція сім'ї щодо відтворення особистості, тобто норми Сімейного кодексу України містять статті щодо прав та обов'язків батьків при вихованні дитини, а в певних випадках регулюється і сам процес народження дитини). Група відносин, пов'язаних з виконанням сім'єю своїх соціальних функцій, займає досить значне місце.

Сім'ю відповідно до завдань своїх наук вивчають філософія, етика, соціологія, демографія, психологія, педагогіка, етнографія, економіка, правознавство-кожна з урахуванням цілей, які стоять перед конкретною наукою, та різних методів дослідження формулює своє визначення сім'ї.

У вітчизняній філософії радянського періоду широко відоме визначення сім'ї, сформульоване К.Марксом і Ф.Енгельсом, в якому підкреслювалося, по-перше, первинність суспільних відносин, які складаються в сім'ї; по-друге, їх багатоманітність. Саме ці передумови тривалий час були методологічною основою визначення сім'ї у вітчизняній філософії ХХ ст. Сім'я розглядалася як система соціально-біологічних, господарсько-економічних, моральних та інших суспільних відносин, що виникають з приводу особливого роду людської діяльності – народження та виховання дітей, ведення спільного господарства.

Оцінка сім'ї як особливого системного типу суспільних взаємозв'язків характерна для вітчизняної соціології-науки, яка безпосередньо розглядає даний соціальний інститут відносно його взаємозв'язку з іншими системами, інститутами суспільства, державою та суспільством у цілому. Соціологічні дослідження сім'ї ведуть у двох напрямках: по-перше, сім'я досліджується як соціальний інститут; по-друге, об'єктом пізнання є сім'я як мала соціальна група.

Сім'я в соціологічному значенні – це заснована на шлюбі чи кровному спорідненні невелика група людей, члени якої пов'язані спільністю побуту, взаємною моральною відповідальністю та взаємодопомогою. Хоча сім'я має специфічні біологічні функції відтворення людського роду, вона водночас є формою соціальної спільності людей, характер якої визнача-

ється економічним базисом суспільства і змінюється з історичним розвитком людства. Сім'я в соціологічному значенні є поняттям ширшим порівняно з юридичним її значенням. Це зумовлено тим, що правові норми регламентують лише окремі, визначені в сімейному законодавстві, питання діяльності сім'ї, її створення та припинення як вже об'єктивно існуючого явища.

Учені по-різному пояснюють відсутність легального визначення поняття «сім'я» у законодавстві. На думку одних, поняття «сім'я» не можна визначити в законі тому, що правом не охоплюються всі грані такого складного соціального утворення, як сім'я, і будь-який варіант легального визначення поняття «сім'я» був би незадовільним. Інші виходять з того, що поняття «сім'я» завжди було настільки невизначеним, що його неможливо навіть закріпити в законодавстві. Невизначеність легального поняття «сім'я» породжує труднощі практичного характеру, пов'язані із законотворчістю і правозастосуванням. Законодавцями через цю прогалину кожного разу доводиться давати визначення поняття «сім'я» стосовно житлових, цивільних відносин, відносин по соціальному забезпеченню та інших правовідносин. У зв'язку з цим можна погодитися з точкою зору Є. Ворожейкіна, згідно з якою, якщо в кожній галузі права є своє поняття сім'ї, то це різні поняття, які й позначатися повинні відповідно різними термінами.

Викладене свідчить про необхідність подальшого вивчення перспектив формулювання поняття «сім'я» в юридичній науці, вивчення питань про ступінь впливу права на суспільство в цілому, можливість всебічного детального регулювання сім'ї правовими нормами.

Література: Конституція України.; Сімейний кодекс України.; Цивільний кодекс України.; Маркс К., Энгельс Ф. Соч.т.27.; Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения т.21.-М.-1985.; Афанасьев В.Г. О целостных системах.//Вопросы философии.-1980.-№6.; Чиквашвили Ш.Д. Имущественные отношения в семье.-М.,-1976.; Ромовська З. Сімейне право. Перспективи розвитку/ Актуальные проблемы семейного права Украины.-Х.,-1988.-с.114-124.; Советское семейное право /под ред. В.А.Рябенцева.-М.,-1982.-с.42,43.; Советское семейное право /под общ.ред. В.Ф.Маслова, А.А.Пушкина.-К.,-1981,с.47.; Маслов В.Ф., Подопрігора З.А., Пушкин А.А. Действующее законодательство о браке и семье.-Х.,-1972.-с.123.; Матвеев Г.К. Советское семейное право.-М.,-1978.-с.42.; Нечаева А.М. Семья и закон.-М.,-1980.-с.61-62.; Харчев А.Г. Семья как фактор социально-культурного развития общества.-В кн. Семья и общество.-М.,-1979.; Королёв Ю.А. Конституционная СССР- правовая основа построения брачно-семейных отношений.-М.,-1981,-с.17.; Жилінкова І. Поняття сім'ї в праві.//Вісник університету внутрішніх справ-2000.-№10-с.250.; Сімейне право України/за ред. В.С. Гопанчук. -К.-2002.; Шалагинова Л.И. Семейные отношения в системе социалистических общественных отношений: Автореф. дис. канд. наук -М.1979.; Короткевич Л.П. Необходимо универсальное понятие семьи//правоведение-1980.-№1.

Спадковий договір: деякі питання право розуміння

Спадковий договір є новим правовим інститутом у цивільному законодавстві України. За ознаками він є договірним видом зобов'язання, а за правовою метою тяжіє до спадкового права, певно, законодавець виходив саме з цих підстав, коли відніс його до книги шостої «Спадкове право» цивільного кодексу України.

За визначенням поняття спадкового договору, наведеним у ст. 1302 ЦК це є договір за яким «одна сторона (набувач) зобов'язується виконувати розпорядження другої сторони (відчужувача) і у разі його смерті набуває право власності на майно відчужувача.»

За юридичною характеристикою це двосторонній договір, сторонами якого є відчужувач і набувач.

Набувачем, згідно закону, може бути як фізична особа, так і юридична, тут питань не виникає. Щодо відчужувача, то у ст. 1303 ЦК сказано: «Відчужувачем у спадковому договорі може бути подружжя, один із подружжя або інша особа». Постає питання: кого мав на увазі законодавець під «іншою особою», адже у ст. 1302 ЦК мова йде про смерть відчужувача, а термінологічно «смерть» застосовується тільки по відношенню до таких учасників цивільно-правових відносин, як фізичні особи.

Вбачається, що доцільнішим було б ч. 1 ст. 1303 ЦК викласти у такій редакції: «відчужувачем у спадковому договорі є фізична особа», а статтю 1306 відповідно доповнити ч. 1 такого змісту: «Спадковий договір може бути укладений подружжям або одним із подружжя», тоді частини першу та другу вважати відповідно частинами другою та третьою. Це було б логічно, адже зазначена стаття має назву «особливості спадкового договору за участю подружжя».

Наступне питання виникає по відношенню до обов'язків набувача. Так, за нормами ст. 1302 набувач «зобов'язується виконувати розпорядження відчужувача і у разі його смерті набуває право власності на майно відчужувача».

Згідно положень ст. 1305, що має назву «Обов'язки набувача у спадковому договорі» набувач, як встановлює закон, «може бути зобов'язаний вчинити певну дію» майнового або немайнового характеру «до відкриття спадщини або після її відкриття».

З порівняння видно: норма ст. 1302 ЦК є обов'язковою, отже набувач зобов'язаний виконати певну дію і як слідує із логіки змісту – за життя відчужувача у разі ж смерті останнього – набуває права власності на належне йому майно; норма ст. 1305 не є обов'язковою, оскільки вказує, що набувач «може бути зобов'язаний вчинити певну дію...» і, крім того, дана норма конкретизує час вчинення такої дії – до відкриття або після відкриття спадщини. Неузгодженість вочевидь.

Для усунення такої невідповідності норм права у ст. 1305 ЦК має бути виключено слова «може бути» з тієї причини, що відсутність у набувача обов'язку за спадковим договором по відношенню до відчужувача дозволяє говорити про відсутність самого спадкового договору. Це вже буде зовсім інша правова конструкція договору.

Невизначеними прямо у спадковому договорі є і обов'язки відчужувача. Їх можна вивести тільки з аналізу ст. 1307 ЦК «Забезпечення виконання спадкового договору». Виходячи зі змісту даної статті можна зробити висновок, що відчужувач виходячи зі змісту спадкового договору, обмежений у праві розпорядження належним йому на праві власності майном із приводу якого укладено спадковий договір.

По-перше, він не має права укласти договори щодо цього майна, оскільки у ч. 1 ст. 1307 ЦК «на майно, визначене у спадковому договорі, нотаріус, який посвідчив цей договір, накладає заборону відчуження». Відчужувач не має навіть права укласти договори на передачу майна, визначеного у спадковому договорі, у користування.

По-друге, після укладення спадкового договору відчужувач не має право заповідати майно, обумовлене цим договором. «Заповіт, який відчужувач склав щодо майна, вказаного у спадковому договорі, є нікчемним» (ч. 2 ст. 1307 ЦК України).

Отже, як бачимо, спадковий договір обмежує при житті відчужувача його можливість мати незаборонені законом цивільні права, у даному випадку обмежує можливість розпоряджатися за життя власним майном, яке належить йому на праві власності і є предметом спадкового договору.

Положення загальної частини ЦК України (ч.1 ст. 27) вказують: «правочин, що обмежує можливість фізичної особи

мати не заборонені законом права та обов'язки, є нікчемним». Має місце, на мій погляд, неузгодженість у цій частині положень загальної частини та книги шостої «Спадкове право» ЦК України, зокрема її глава 90.

Спадкування, як відомо, здійснюється за двома підставами: за заповітом та за законом. За законом право на спадкування одержують спадкоємці позачергово, тобто відповідно до черги, виходячи із ступеня спорідненості зі спадкодавцем або перебування на його утриманні на протязі визначеного законом строку. За заповітом спадкове майно переходить після смерті спадкодавця до особи (осіб), вказаних у заповіті в обсязі визначеному заповідачем. При цьому ЦК України у ст. 1241 чітко вказує коло осіб, які мають право на обов'язкову частину у спадщині не залежно від змісту заповіту.

Частина третя ст. 1241 ЦК зазначає, що будь-які обмеження та обтяження для спадкоємця, який має право на обов'язкову частину у спадщині, не можуть бути встановлені окрім тієї частини, яка перевищує його обов'язкову частку.

При цьому повторимося, що коло таких осіб і розміри обов'язкової частини у спадщині встановлені законом, тобто ця норма імперативна.

Виходячи зі спадкового договору, особа (особи), які мають право на обов'язкову частку у спадщині, а це згідно ч.1 ст. 1241 ЦК малолітні, неповнолітні, повнолітні непрацездатні діти спадкодавця, непрацездатна вдова (вдівець) та непрацездатні батьки, такого права позбавляються, що, на мій погляд, є недопустимим і порушує принципи спадкового права.

Спадковий договір, як уже було зазначено, досить новий інститут цивільного законодавства, привнесений з Європи, не адаптований до національного законодавства і тому потребує наукового аналізу, ґрунтовного вивчення та дослідження з урахуванням, як загально правових принципів цивільного права так і спеціальних принципів спадкового права. Норми спадкового права повинні співвідноситися з нормами загальної частини Цивільного кодексу України.

Можливо, враховуючи особливий статус спадкових відносин і юридично-правові характеристики спадкового договору, цей договір не знайшов місця у ЦК Російської Федерації. Україні теж потрібно дуже уважно вирішувати питання адаптації та гармонізації національного законодавства до міжнародного.

Використана література: ЦК України.; ЦК Російської Федерації.; Васильченко В.В. Спадковий договір: деякі міркування з приводу нормотворчості// Підприємство, господарство і право. –2003.-№2 –с.34-37.; Заїка Ю.О. Чи потрібен спадковий дого-

вір?// Держава і право. – 2004. -№5. – с. 287-291.; Мазуренко С.В. Особливості укладення спадкового договору// Право України. – 2004. -№2. с. 111-114.; Ромовська З. Проблеми спадкового договору// Юридична практика. – 2003.- № 44. – с.16.; Чуйкова В. Правова характеристика спадкового договору// Підприємництво, господарство і право. – 2005. № 4. – с. 3-7.

Сербіна О., студентка 3-го курсу навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ

Інститут третейського розгляду в правовій системі держави

Ст.15 ЦК України закріплює право кожної особи на захист цивільного права в разі його порушення, невизнання або оспорювання, а ч.1 ст.16 ЦК конкретизує: кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого майнового або не майнового права та інтересу.

Захист цивільних прав може здійснюватися не тільки державними судами загальної юрисдикції чи спеціалізованими, але і третейськими судами в тих випадках, коли між сторонами укладена угода про розгляд справи у третейському суді.

Третейський розгляд цивільно-правових спорів, що виникали між громадянами допускався ще на початку становлення радянської влади в Декреті про суд №1 1917 року. Такий третейський суд називався ізольованим, бо створювався сторонами для розгляду конкретної справи, з вирішенням якої припиняв своє існування. В подальшому виникли постійно діючі третейські суди при Всесоюзній торговій палаті, а згодом і третейські суди для розгляду господарських спорів.

Третейські суди були особливими правовими установами, заснованими на суспільних засадах, для вирішення спорів, що виникали із цивільних та господарських правовідносин. Третейські суди корінним чином відрізнялися від суду, як органу державної влади, що здійснює правосуддя. В той же час суспільні засади не означали, що сфера їх діяльності не може бути визначена у законодавчому порядку. Так В.П.Єфімочкін стверджував, що «третейский порядок разрешения споров является более прогрессивным, чем существующий ныне порядок рассмотрения споров»[4]. А.А. Волін розглядав третейський суд, як глибоко життєву форму суспі-

льної самодіяльності і пророкував йому широку перспективу розвитку [5].

Однак, як показав час, ідея третейського розгляду спорів не отримала за часів СРСР на практиці широкого розповсюдження. Можливо така форма залучення суспільства не могла випереджати процес суспільного розвитку.

З 1971 року державні арбітражі вже не надавали інформації про кількість справ, розглянутих третейськими судами[6].

У 2004 році Україна повернулася до питання необхідності і можливості альтернативного методу вирішення спорів, що виникають із цивільних та господарських правовідносин. Був прийнятий Верховною Радою України 11 травня 2004 року Закон «Про третейські суди». З введенням його в дію з 16 червня 2004 року було урегульовано і легалізовано роботу третейських судів на Україні, оскільки такі суди, ще до введення вищезазначеного закону, були створені у Київській, Донецькій, Одеській та Дніпропетровській областях.

Згідно закону України «Про третейські суди» третейський суд – це недержавний незалежний орган, що утворюється за угодою або відповідним рішенням заінтересованих фізичних та/або юридичних осіб у порядку, встановленому цим Законом, для вирішення спорів, що виникають із цивільних та господарських правовідносин (ст.2).

В Україні згідно закону можуть бути утворені та діяти як постійно діючі третейські суди, так і третейські суди для вирішення конкретного спору. Але б у якій формі не діяли третейські суди, загальними їх рисами є : по-перше, особливий порядок визначення їх компетенції (згідно закону за взаємною згодою сторін (третейською угодою) на звернення до третейського суду); по-друге, особливий порядок організації для вирішення спору (утворення за угодою або відповідним рішенням заінтересованих осіб, у порядку, встановленому законом); по-третє, особливий порядок розгляду справ; по-четверте, особливий порядок виконання рішень.

На сьогодні є очевидними переваги діючих третейських судів над державними органами юстиції. До таких переваг можна віднести:

- короткі строки розгляду спору;
- сторони вправі самі вільно обирати чи призначати третейського суддю та третейський суд;
- розгляд спору в третейському суді має конфіденційний характер;

- процедура розгляду справ відрізняється від розгляду їх у судах загальної юрисдикції чи господарських;
- процесуальні права та обов'язки сторін можуть бути обумовлені у третейській угоді або регламенті третейського суду;
- добровільне виконання рішення третейського суду зобов'язаною стороною, а у разі його не виконання передбачається і примусове виконання в порядку, передбаченому Законом України «Про виконавче провадження».

Але Закон України «Про третейські суди» нарівні з перевагами містить і певні недоліки. До їх числа, як на мій погляд, можуть бути віднесені положення статті 18 даного Закону, яка містить вимоги до третейських суддів. Мова йде перш за все, що третейські судді не є представниками сторін. Особа, яка призначена чи обрана в якості третейського судді, повинна мати визнані сторонами знання, досвід, ділові та моральні якості, необхідні для вирішення спору. Далі законодавець, у положеннях цієї ж таки статті, зазначає, що у разі одноособового вирішення спору третейський суддя постійно діючого третейського суду повинен мати вищу юридичну освіту, а у разі колегіального вирішення спору така вимога встановлена тільки до головуючого складу третейського суду. Отже, цілком очевидно, що тут є проблема. Третейський суд приймає рішення по справі, керуючись перш за все принципом законності. Якщо ж у складі постійно діючого третейського суду юристом буде тільки головуючий, то виникає дуже велика вірогідність прийняття незаконного рішення, оскільки, ще досить багато норм права мають неузгодженість, навіть суперечать одна одній, можливе їх неоднозначне тлумачення – у чому навіть юристу-правознавцю інколи досить важко розібратися. Крім того, Закон передбачає особливий порядок виконання рішень третейського суду. В більшості випадків його оспорити неможливо. І як наслідок, у такому разі, буде мати місце виконання незаконного рішення.

З вказаним досить тісно пов'язана ще одна стаття Закону, а саме стаття 24 «Контракти третейських суддів», у якій зазначено «у третейському суді для вирішення конкретного спору третейський суддя отримує гонорар за свої послуги, розмір якого обумовлюється в контракті між ним та стороною». У цьому теж є проблема, яка полягає у взаємозв'язку між призначенням, обранням третейського суду, судді, вимогами до третейських суддів та оплатою їх послуг. Постає питання про незалежність суду як такого. Вбачається необхідним надати третейським судам статус юридичної особи, вна-

слідок чого вони могли б, виходячи із цілей та задач, які стоять перед ними, здійснювати відповідні правочини, пов'язані з матеріальним забезпеченням їх діяльності, мати власні банківські рахунки. У цьому разі судді працювали б у такому органі, альтернативному державному суду, на контрактній основі, де і були б визначені умови їх праці. Сторони при цьому, досягнувши згоди про розгляд справи у третейському суді, укладають угоду з юридичною особою, у якій вказують обраних ними для розгляду спору третейських суддів та умови оплати відповідно наданих послуг. За таких обставин більше можливості говорити про неупередженість суддівського корпусу та незалежність суддів.

Третейській розгляд сьогодні переживає нове життя, але вже можна сказати, що третейський суд зі своїми перевагами та недоліками є невід'ємною частиною правової системи України, яка потребує подальшого дослідження та вдосконалення.

Список літератури: ЦК України; Закон України «Про третейські суди» від 11.05.2004; «Положення про третейський суд для вирішення господарських спорів між об'єднаннями, підприємствами, організаціями і установами» Затверджене постановою Державного арбітражу при Раді Міністерств СРСР від 30 грудня 1975р. № 121; Ефимочкин В.П. Вопросы организации рассмотрения имущественных споров между хозяйственными органами в новых условиях //Правовые вопросы управления промышленностью и строительством в СССР/ Под редакцией В. Котока и В.С. Тадевосяна – м., 1960 – с.320; Волин А.А. Разрешение хозяйственных споров третейским судом. – м., 1962. – с.3-4.; Побирченко И.Г. Советский арбитражный процесс. – к., 1988. – с. 250

Чернецька А.В., студентка 3-го курсу навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ

Деякі аспекти: правової природи та правової характеристики заповіту

Спадкування... Ніколи і нікого воно не залишало байдужим. Ні спадкодавця, ні спадкоємців. Актуальним воно є і для правознавців, як з точки зору його дослідження, розвитку та вдосконалення, так і з боку його правозастосування, оскільки воно тісно пов'язує особисте життя особи з суспільним життям, і є відбитком політичного, економічного і соціального життя суспільства.

Свідченням цього і було прийняття у 2004 році Цивільного кодексу України, у якому книга шоста присвячена Спадковому праву.

На відміну від Цивільного кодексу Української РСР 1963 р. у чинному Цивільному кодексі України норми права про спадкування за заповітом передують нормам про спадкування за законом. Законодавець, як бачимо, віддає пріоритет спадкуванню за заповітом перед спадкуванням за законом, оскільки воно безпосередньо пов'язане з вільним волевиявленням спадкодавця (власником) і реалізацією однієї із правомочностей його, як власника, – права розпорядження.

Відповідно до закону, кожна фізична особа, яка є дієздатною або у встановленному порядку набула дієздатності до досягнення повноліття, має право за життя прийняти рішення щодо розпорядження належним їй майном на випадок смерті. Якщо таке розпорядження буде зроблено особисто у встановленному законом порядку та у формі з додержанням відповідних вимог щодо його посвідчення, то таке розпорядження і буде заповітом.

Отже, заповіт, за своєю юридичною природою є одностороннім правочином, окрім заповіту подружжя. Щож до такого субінституту, як заповіт подружжя, то, на мій погляд він потребує дослідження щодо його характеристики як одностороннього волевиявлення (а такий підхід є спірним), а також з точки зору впливу матеріальної, сімейно – забезпечувальної функції спадкового права на вибір виду спадкування та порядок спадкування за заповітом.

В юридичній літературі заповіт розглядають як документ, у якому знаходить своє втілення воля заповідача, та як акт, волевиявлення заповідача. В останньому це є односторонній правочин, тобто дія, яка має певні правові наслідки.

Заповіт можна визначити як юридичний акт, що є одностороннім правочином, вчиненим фізичною особою на випадок своєї смерті, який повинен бути виконаний після її смерті відносно переходу прав та обов'язків належних їй як на момент складання заповіту так і тих, які можуть належати їй після його складання, тобто у майбутньому. За життя цієї фізичної особи (заповідача), даний юридичний акт не має ніякої юридичної сили. Останнє базується на тому, що заповіт є особистим розпорядженням або сукупністю розпоряджень на випадок смерті. За життя заповідача заповіт не створює для осіб, визначених у ньому спадкоємцями, будь-яких прав та обов'язків.

Виходячи з положень закону, заповіту притаманна така ознака як відмінюємість. Заповідач має право на свій розсуд будь-коли змінити або скасувати заповіт (ст. 1254 ЦК Украї-

ни). Новим у законодавстві є застереження, що міститься у частині четвертій зазначеної статті: «Якщо новий заповіт, складений заповідачем, був визнаний недійсним, чинність попереднього заповіту не відновлюється, крім випадків встановлених статтями 225, 231 цього Кодексу». Наступна характерна ознака полягає в тому, що дійсність заповіту не залежить ні в якій мірі від згоди чи незгоди спадкоємців зі змістом заповіту. Заповідач, в залежності від власного розсуду, може сповістити заінтересованих осіб про складення заповіту, його зміст та вручити їм безпосередньо сам заповіт, або ж утриматися від такого повідомлення.

Посмертний характер виконання заповіту пов'язаний з такою його ознакою, як таємниця заповіту. Якщо відносно заповідача ми можемо говорити про диспозитивність положень ст. 1255 ЦК України, то по відношенню до дій нотаріуса, іншої посадової, службової особи, яка посвідчує заповіт, свідків, а також фізичної особи, яка підписує заповіт замість заповідача закон встановлює імперативний припис: зазначенні особи «не мають права до відкриття спадщини розголошувати відомості щодо факту складення заповіту, його змісту, скасування або зміни заповіту».

З метою більш повного і всебічного захисту прав заповідача та забезпечення збереження таємниці заповіту законодавець передбачив можливість складання секретного заповіту, який посвідчується нотаріусом без ознайомлення з його змістом (Ст. 1249 ЦК України).

Секретний заповіт є різновидом заповіту, новим правовим субінститутом у національному законодавстві. На мій погляд, він має бути більш детально дослідженим, оскільки є певні проблеми з його застосуванням. За загальним правилом нотаріус повинен роз'яснити заповідічу значення та правові наслідки зробленого ним заповідального розпорядження, звернувши при цьому увагу заповідача на: – право, визначеного законом кола осіб на обов'язкову частку у спадщині, незалежно від змісту заповіту (Ст. 1241); – не дійсність заповіту щодо майна, що є предметом спадкового договору (Ст. 1307 ЦК). Обов'язок не знайомитись із змістом заповіту покладений тільки на нотаріуса, заповідач не обмежений в праві ознайомити з його змістом заінтересованих осіб.

Вибір виду заповіту, який складає особа на випадок смерті, залежить від самої особи. Тут за законом не має ніяких обмежень. Отже, секретний заповіт може скласти і особа, яка у зв'язку з хворобою або фізичною вадою не може підпи-

сати його власноруч, за її дорученням текст правочину (в нашому випадку – текст заповіту) у її присутності підписує інша особа. Підпис іншої особи на тексті правочину (знову ж таки маємо у розглядаємому прикладі заповіт), що посвідчується нотаріально, засвідчується нотаріусом. Це норми-приписи, встановлені законом до форми заповіту (статті 1247 ЦК України) та щодо письмової форми правочину (ч.4 Ст. 209 ЦК України).

Секретний заповіт, особа яка його склала, подає у заклеєному конверті нотаріусові. На конверті має бути підпис заповідача. Нотаріус повинен поставити свій посвідчувальний напис на конверті, скріпити печаткою і в присутності заповідача помістити його в інший конверт та опечатати. Як вбачається, на стадії посвідчення секретного заповіту особи, яка у зв'язку з хворобою або фізичною вадою не може власноруч підписатися, можуть виникнути певні проблеми правового характеру. З секретним заповітом заінтересовані особи у присутності двох свідків можуть бути ознайомлені після відкриття спадщини у призначений нотаріусом день оголошення змісту заповіту. Отже, відкривши конверт, в наведеному прикладі можемо мати: по-перше, невідповідність розпоряджень заповідача вимогам норм права; по-друге, на заповіті може бути відсутній напис заповідача, або іншої особи, яка підписала його у відповідності до закону. Якщо ж заповіт підписаний іншою особою з додержанням вимог ч. 4 Ст. 209 ЦК, то в такому разі не можна говорити про секретний заповіт. Питання полягає і в тому – чи можливо підпис заповідача на конверті у разі його відсутності у заповіті або підпис іншої особи яка у відповідності до ч. 2 Ст.1247 ЦК України, поставила його на конверті за заповідача, вважати як особистий підпис заповідача; по-третє, неможливість встановлення відповідності змісту заповіту вільному волевиявленню заповідача. Отже, постає питання чи можливо наведене вважати підставами для визнання заповіту недійсним? Як відомо підставами для визнання заповіту недійсним, згідно ч. 1 ст.1257 ЦК є: складання його особою, яка не мала права його складати; заповіт складений з порушенням вимог щодо його форми; порушення вимог щодо його посвідчення.

Вбачається необхідним наголосити на доцільності вивчення таких питань як складання і посвідчення секретного заповіту. Так як заповіт односторонній правочин, то за визначенням правочину, що міститься у ч.1 ст.202 ЦК України це дія особи спрямована на набуття зміну або припинення

цивільних прав та обов'язків. За одностороннім правочином, згідно ч.3 ст.202 ЦК, обов'язок може бути лише у особи, яка його вчинила, тобто обов'язок повинен бути у заповідача, у інших осіб – лише у випадках, встановлених законом або за домовленістю з цими особами. Як слідує зі змісту заповіту для заповідача заповіт, як правочин (дія), не створює прав та обов'язків. Спадкоємці, в свою чергу не забов'язані виконувати волю заповідача. Вони мають право прийняти спадщину або не прийняти її (ч.1 ст.1268 ЦК). Тільки у разі прийняття спадщини спадкоємці повинні виконати певні обов'язки, покладені на них заповідічем. Так, наприклад, заповідач має право: 1) на спадкоємця, до якого переходить житловий будинок, квартира, інша нерухоме або рухоме майно покласти обов'язок надати іншій особі право користуватися ними (ст.1238 ЦК); 2) забов'язати спадкоємця до вчинення певних дій, спрямованих на досягнення корисної мети (ст. 1240 ЦК України). В такому разі мова йде про комплекс розпоряджень заповідача, а більш конкретно, про заповідальний відказ (легат) та покладення, як особливі спеціальні розпорядження заповідача.

Визначене дозволяє виділити заповіт як особливий вид одностороннього правочину.

Вимоги до посвідчення правочину (заповіту), внаслідок якого відбувається перехід прав та обов'язків від однієї особи (у разі її смерті або визнання померлою) до іншої і правовим наслідком якого є виникнення у останньої права власності на спадкове майно, закріплені відповідно у ст.ст. 1248, 1249, 1251-1253 з їх узгодженістю з нормами статті 209 ЦК України. На разі стикаємося у деякому сенсі з невідповідністю використаних законодавцем термінів «зміст», «текст» та «заповіт». У ч.3 ст.209 ЦК мова йде про нотаріальне посвідчення яке може бути вчинене на тексті правочину, а у ст. ст. 1248,1249,1251-1252 ЦК мова йде про посвідчення заповіту, у ст. 1253 також йдеться про посвідчення заповіту.

З аналізу норм ст.1249 ЦК слідує імперативний припис щодо посвідченням нотаріусом секретного заповіту «без ознайомлення з його змістом». У ч.6 ст.1253 Цивільного кодексу України міститься імперативний припис «у текст заповіту заносяться відомості про особу свідків». Вочевидь, термін «зміст заповіту» законодавець ототожнює з терміном «текст заповіту». Крім того, не можна використовувати невірний за лексично-граматичною побудовою вислів в частині... «відомості про особу свідків».

На мій погляд, на законодавчому рівні слід внести відповідні зміни, зокрема, якщо мова йде про посвідчення заповіту, то слід вести мову про текст заповіту.

Заповіт – це правочин, який безпосередньо пов'язаний з особистістю заповідача. Недопустимим на рівні закону є складення заповіту від імені заповідача його представником, навіть уценоваженим на вчинення такого правочину згідно довіреності. Він є не лише особистим, але і одноособово вчиненим актом, тому є недопустимим включення в один заповіт, як документ, розпоряджень декількох осіб на випадок смерті кожного з них, крім випадків спільного заповіту подружжя.

Як було зазначено, юридична природа заповіту подружжя не є однозначно визначеною, а тому потребує глибокого та більш детального аналізу.

Правова характеристика заповіту подружжя дає змогу говорити про критичні підстави для його практичного втілення. Вбачаємо ці підстави у наступному: у разі смерті одного з подружжя, такий заповіт обмежує цивільну правоздатність другого подружжя, який його пережив. З правової точки зору, згідно ч.1 ст. 27 ЦК, правочин, що обмежує можливість фізичної особи мати не заборонені законом цивільні права та обов'язки, є нікчемним. Частка у праві спільної сумісної власності, що належала одному із подружжя, у разі його смерті переходить до другого з подружжя, що його пережив. Слід відмітити, що такий перехід відбувається відповідно до закону (ч. 2 ст.1243 Цк України), а не внаслідок волевиявлення подружжя, який помер (заповідача), за спільним заповітом подружжя. У разі смерті одного з подружжя, майно переходить до другого з подружжя, який його пережив. Законодавець не конкретизує на якій підставі переходить це майно і не вказує конкретно який перехід: у власність чи у користування, чи то в управління. Як слідує з логіки закону та права у власність.

Отже, після смерті одного з подружжя, інший, що його пережив стає єдиним власником майна, що було спільною власністю подружжя, але він обмежений в реалізації правомочностей, що складають зміст права власності, зокрема, обмежений, навіть у разі нагальної потреби, в здійсненні права розпорядження щодо майна, оскільки у ч.4 ст.1243 Цк України, зазначено, що «у разі смерті одного з подружжя нотаріус накладає заборону відчуження майна, зазначеного у заповіті подружжя». Той з подружжя, який залишився жи-

вим не має права ні змінити, ні скасувати цей заповіт, оскільки ч.3 ст.1243 містить норму імперативного характеру дії, яка встановлює, що тільки «за життя дружини чи чоловіка кожен з них має право відмовитися від спільного заповіту. Така відмова підлягає нотаріальному посвідченню.»

Вищенаведене, на мій погляд, свідчить про те, що після смерті одного з подружжя спільний заповіт подружжя стає нікчемним і, відповідно, не встановлює ті правові наслідки, які передбачені законом.

Підсумовуючи наведене, зробимо висновок, що у книзі шостій «Спадкове право «ЦК України міститься досить розширений правовий інститут спадкування за заповітом. Передбачена можливість складення різних видів заповіту: письмовий заповіт, складений у відповідній формі та посвідчений у відповідному порядку; заповіт з умовою, заповіт подружжя, секретний заповіт.

До новел також слід віднести легальне визначення заповіту, що має важливе значення, оскільки «заповіт виступає як первісний юридичний факт юридичного складу – смерті заповідача, відкриття спадщини, її прийняття, який тягне виникнення спадкового правовідношення за заповітом»(ч.4 ст.381 ЦК України).

Список використаної літератури: Цивільний кодекс Української РСР, 1963р.; Цивільний кодекс України, 2004р.; Фурса С.Л., Фурса Є.І. Спадкове право України: теорія та практика. – К., 2002. – С.496.; Цивільне право України. Підручник у 2-х т. // За заг. Ред. В.І. Борисової та В.Л. Яроцького. – т.1, – К.,2004. – С.479.; Нелін О. «До питання спадкування за заповітом за Цивільним кодексом України»// Підприємництво, господарство і право, – 2005. – №11.–с.96-99.; Бараннік Н.М. Сінельник О.П. Спадщина. Спадкоємці. Спадкування: навчально-практичний посібник. – Х., 2005. – С.214.

Кочин В., студент 3-го курсу Національної юридичної академії імені Ярослава Мудрого

Проблема визначення поняття «ділової репутації юридичної особи

На сьогодні для ведення підприємницької діяльності (бізнесу) досить важливим елементом кожної юридичної особи є її моральне обличчя, культура фірми, діловий етикет та престиж. Це має значення головним чином для суспільства, адже саме воно є головним суб'єктом оцінки наведених якостей. Всі ці якості можна звести до одного поняття – ділової репутації юридичної особи.

З наукової точки зору цим питанням займалися такі вітчизняні та зарубіжні вчені як Стефанчук Р.О., Галянтич М., Іванченко А.В., Паліюк В.П., Чернушенко А.В. Кохановська О.В., Тренклер А., Ердельєвський О., Грось Л., Голубєв К., Наріжний С., Єршова Е.А., Овчиннікова К.Д та інші. Практичний досвід у своїх публікаціях висвітлювали Полуйчик Н., Венедиктова В. І., Полудьоний М., Яровикова Л., Андреева О. та інші.

Саме тому у юридичній літературі зустрічаються різні точки зору стосовно визначення ділової репутації юридичної особи (далі – ділова репутація). Аналіз опублікованих праць та нормативно-правових актів наводить на певні висновки щодо тлумачення ділової репутації. Пропонується провести такий огляд даного поняття, який можливо дозволить з'ясувати його та висвітлити з усіх сторін.

Всі ці визначення ділової репутації не повністю відображають змісту даного поняття, лише частково визначаючи його характеристики. Ділову репутацію, на мою думку, можна визначити наступним чином:

ділова репутація як юридична категорія:

- об'єктивна складова – немайнове благо;

- суб'єктивна складова – інформація, яка формує ділову

репутацію:

-- інформація, яка надається самою юридичною особою;

-- оцінка ділової репутації іншими суб'єктами права.

ділова репутація як економічна категорія.

Перш за все варто погодитися про поділ ділової репутації як юридичної та економічної категорій. [1, с.14] Зокрема, з економічної точки зору ділова репутація виражається у формі гудвілу як нематеріального активу підприємства.

Відповідно до Положення (стандарту) бухгалтерського обліку 19 затвердженого наказом Міністерства фінансів України №163 від 07.07.1999 року гудвіл – перевищення вартості придбання над часткою покупця у справедливій вартості придбаних ідентифікованих активів та зобов'язань на дату придбання.

З об'єктивної юридичної сторони ділова репутація є особистим немайновим благом, котре використовує юридична особа. Даний аспект застосовується у ст.ст. 201, 1116 ЦК. Тобто, на підставі даних норм можна зробити висновок, що ділова репутація є немайновим благом, яке охороняється законодавством, і яке особа може надати у користування іншим суб'єктам цивільного права.

З суб'єктивної юридичної сторони ділову репутацію визнають через оцінку ділових якостей особи у громадській думці, [3, с.104] або як всебічне відображення особи в очах інших [2, с.178], або як суспільно-позитивна оцінка у сфері суспільно-виробничих відносин [1, с.13] тощо. Тобто, ідеться про існуючу інформацію щодо ділової репутації юридичної особи.

Слід відзначити те, що у літературі майже не зустрічаються тлумачення ділової репутації через призму особистого немайнового блага, а робиться акцент саме на суспільній чи громадській оцінці, тим самим розглядається лише суб'єктивна сторона даного поняття.

Таким чином, можна прийти до висновку, що ділова репутація юридичної особи – особисте нематеріальне благо юридичної особи, яке формується на основі існуючої інформації про престиж її торгових марок, фірмового (комерційного) найменування, ділових якостей юридичної особи як контрагента у цивільних правовідносинах, оцінки споживачів та інших суб'єктів цивільного права, і яке може знайти своє матеріальне вираження у формі гудвілу (немайнового активу) юридичної особи.

Зовнішнім вираженням ділової репутації буде суспільна оцінка не лише ділової репутації, а й юридичної особи взагалі. Це можна назвати «видимою частиною» ділової репутації, на основі якої контрагенти вирішують питання про вступ у правовідносини з цією особою, а споживачі – про можливість придбання її товарів чи послуг.

З огляду на визначення цього поняття, на мою думку можна говорити і про існування незакріпленого у законодавстві права на ділову репутацію. Це право полягає у можливості особи самостійно формувати свою ділову репутацію (суб'єктивна складова ділової репутації), забороні поширювати неправдиву інформацію про юридичну особу (дотримання ділової репутації іншими) та можливості захисту ділової репутації (наприклад, можливість відшкодування моральної шкоди).

Список використаної літератури: Полудьоний М. Позови про захист честі й гідності в контексті юриспруденції Європейського суду з прав людини // Свобода висловлювань і приватність. – № 3, 2001., – с.9-21.; Полуїчик Н. Некоторые вопросы, возникающие при рассмотрении дел о защите деловой репутации банков в арбитражной практике // Хозяйство и право. – № 12, 1997., – с.177-184.; Эрдельевский А. Защита деловой репутации // Закон. – № 11, 1998., – с.103-106.

Окремі аспекти регулювання договору тюнінгу

З розвитком ринкових відносин в Україні призвели до появи нових інститутів та субінститутів в цивільному праві і в першу чергу договірному праву. Більшість з цих інститутів взагалі не були відомі в цивільному праві. Якщо ж вони рідко і аналізувалися в науці цивільного права та лише як диковинка буржуазного права якраз і являється виникнувший відносно недавно договір тюнінгу, який регулює відносини між підрядчиком та замовником з приводу поліпшення автомобіля (англ. – tuning) – налаштувати, регулювати.

Крім цього тюнінг має ряд специфічних йому ознак, по – перше, задовольняє індивідуальні потреби замовника, по – друге, відражає технічні можливості тюнінгової компанії, по – третє перевищує технічні характеристики серійних автомобілей, по – четверте, не погіршує експлуатаційні характеристики автомобіля. В процесі виконання тюнінгу мова йде обов'язково про створений новий дизайн автомобіля, що відноситься до об'єктів права промислової власності.

Згідно зі ст.5 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки» правова охорона надається промислового зразку якщо він відповідає умовам патентоспроможності, принципам гуманності та моралі. Об'єктом промислового зразка може бути форма, малюнок чи розфарбування або їх поєднання, які визначають зовнішній вигляд промислового виробу і призначені для задоволення естетичних та ергономічних потреб.

Відомо і те, що право власності на промисловий зразок засвідчується патентом. Термін дії патенту на промисловий зразок становить 10 років від дати подання заявки до відповідного державного відомства і продовжується цим відомством за клопотанням власника патенту, але не більш як на п'ять років.

Тому, уклавши договір тюнінгу можна порушити, виключні права автора промислового зразка володаря патенту. продукція стане контрафактною.

В зв'язку з цим виникає питання щодо захисту прав промислової власності та меж здійснення тюнінгової компанії.

Зважаючи на це в договорі тюнінгу автомобіля повинно враховуватися права як замовника, так і власника патенту, якщо він був виданий.

Усе це свідчить про необхідність формування в нашому законодавстві окремого субінституту договірної права.

Таким субінститутом договірної права саме і є договір тюнінгу, який виник нещодавно. Він регулює відносини між підрядником і замовником із приводу поліпшення автомобіля. В силу цього до нього відносяться правила договору підряду. За договором підряду одна сторона (підрядник) зобов'язується на свій ризик виконати певну роботу за завданням другої сторони (замовника), а замовник зобов'язується прийняти та оплатити виконану роботу (ст. 837 ЦК України).

Предмет договору тюнінга являється унікальним, або «відтюнігований» автомобіль, по – перше, задовольняє індивідуальні потреби замовника, по – друге, відражає технічні можливості тюнінгової компанії по-третє перевищує технічні характеристики серійних автомобілей, по – четверте, не погіршує експлуатаційні характеристики автомобіля.

Таким чином за договором тюнінгу підрядчик (тюнінгова компанія) зобов'язується виконати роботи з облюкування автомобіля (чи іншої складної речі) згідно з вимогами замовника, технічною документацією та дотриманням прав інтелектуальної власності, правил безпеки, а замовник зобов'язаний прийняти відтюніговану річ та оплатити. Договором може бути передбачена передоплата «тюнінгових робіт». «За договором може бути виготовлена нова ексклюзивна самостійна річ» або договір тюнінгу – це згода, по якому підрядчик – тюнінгова компанія – зобов'язується провести роботи, зв'язані зі зміною технічних, дизайнерських характеристик автомобіля, або провести новий ексклюзивний варіант автомобіля без погіршення його технічних характеристик, а також повну діагностику і легітимізацію та передати його замовнику, а замовник – прийняти і оплатити виконану роботу в встановленому договором порядку.

По своїй юридичній характеристиці договір являється двухстороннім, відплатним, комплексним, строковий так і безстроковий, імперативний так і диспозитивний.

Це і каже про необхідність в рамках останніх спеціально виділити субінститут тюнінгу, котрий в свою чергу бажано врегулювати на рівні нового ЦК України.[1]

Список використаної літератури: [1] Артем Степанов «Правочини пов'язанні з використанням автомобіля» Харків 2000.