

**НАЦІОНАЛЬНИЙ ЮРИДИЧНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ІМЕНІ ЯРОСЛАВА МУДРОГО**

НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

**ХАРКІВСЬКИЙ ОБЛАСНИЙ ОСЕРЕДОК
ВСЕУКРАЇНСЬКОЇ ГРОМАДСЬКОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ
«АСОЦІАЦІЯ ЦИВІЛІСТІВ УКРАЇНИ»**

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРИВАТНОГО ПРАВА

**Матеріали міжнародної науково-практичної конференції,
присвяченої 92-й річниці з дня народження
доктора юридичних наук, професора,
члена-кореспондента АН УРСР В. П. Маслова**

28 лютого 2014 р.

Харків
2014

УДК 347
ББК 67.34
А 43

Відповідальний за випуск професор *В. І. Борисова*

А43 **Актуальні** проблеми приватного права : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 92-й річниці з дня народж. д-ра юрид. наук, проф., чл.-кор. АН УРСР В. П. Маслова, 28 лют. 2014 р. – Х., 2014. – 376 с.

28 лютого 2014 р. Національним юридичним університетом імені Ярослава Мудрого разом із Національною академією правових наук України і Харківським обласним осередком Всеукраїнської громадської організації «Асоціація цивілістів України» проведена Міжнародна науково-практична конференція, присвячена пам'яті професора, доктора юридичних наук, члена-кореспондента АН УРСР Василя Пилиповича Маслова.

Проведення конференцій, присвячених пам'яті В. П. Маслова, було започатковано ще у 2003 р. і з того часу традиційно щороку збирає видатних цивілістів і молодих вчених із провідних наукових установ, вищих навчальних закладів не тільки України, а й інших країн, а також практичних працівників – суддів, нотаріусів, юрисконсультів.

У матеріалах конференції представлені результати наукових досліджень правників з основних проблем цивільного, сімейного, житлового та господарського права.

Рекомендовано для науковців, аспірантів, викладачів юридичних факультетів і вищих юридичних навчальних закладів, а також для працівників суду, адвокатури, органів юстиції, практикуючих юристів, інших осіб, які вивчають і застосовують цивільне, сімейне, житлове та господарське законодавство.

УДК 347
ББК 67.34

© Національний юридичний
університет імені Ярослава
Мудрого, 2014



В. П. Маслов, ректор Харківського юридичного інституту (нині — Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого) у 1962–1987 роках

ВАСИЛЬ ПИЛИПОВИЧ МАСЛОВ – СЛАВЕТНА ЛЮДИНА, ВИДАТНИЙ ВЧЕНИЙ-ЦИВІЛІСТ

Юридична наука сформувала цілу плеяду великих імен представників цивільно-правової галузі. Серед них визнаною, значною фігурою є відомий спеціаліст у сфері цивільного права Василь Пилипович Маслов – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Академії наук Української РСР, Лауреат Державної премії Української РСР, талановитий організатор юридичної освіти та громадський діяч, ректор Харківського юридичного інституту ім. Ф. Е. Дзержинського з 9 лютого 1962 р. до 1 червня 1987 р. Ім'я В. П. Маслова посідає гідне місце серед таких загальновідомих імен представників різних цивілістичних шкіл, як Ю. Г. Басін, С. І. Вільнянський, В. П. Грибанов, О. С. Йоффе, М. Д. Казанцев, Ю. Х. Калмиков, О. О. Красавчиков, К. Г. Матвеев, В. О. Ойгензіхт, О. А. Підопригора, О. А. Пушкін, В. О. Рясенцев, А. О. Собчак, Р. О. Халфіна, В. Ф. Чигир, В. Ф. Яковлев та багатьох інших. Зусиллями цих вчених були продовжені традиції цивілістики, визначена доля цивільно-правової науки.

Як вчений-цивіліст і педагог Василь Пилипович сформувався і виріс на кафедрі цивільного права Харківського юридичного інституту. Першим успішним кроком В. П. Маслова в науку був достроковий (4 липня 1951 р.) блискучий захист кандидатської дисертації «Право особистої власності на житловий будинок в СРСР», підготовленої дисертантом під науковим керівництвом доктора юридичних наук, професора С. І. Вільнянського. У 1967 р. ним була захищена докторська дисертація «Гражданско-правовые проблемы личной собственности в период строительства коммунизма в СССР», в якій комплексно проаналізовані такі загальнотеоретичні проблеми: економічна природа особистої власності, функції одноіменного інституту, вчення про суб'єкти і об'єкти, право особистої власності, загальні умови її здійснення і захисту.

В. П. Маслов вніс значний внесок у розвиток цивілістичної науки, заснував наукові школи, які і зараз досліджують проблеми відносин власності, житлового і сімейного права. Серед відомих його робіт: «Основные проблемы права личной собственности в период строительства коммунизма в СССР» (1968 р.), «Защита жилищных прав граждан» (1970 р.), «Имущественные отношения в семье» (1973 р.), «Право на

жилище» (1986 р.). Він був співавтором таких праць, як «Действующее законодательство о браке и семье» (1972 р., 1974 р.), «Правовое положение производственных объединений в сельском хозяйстве» (1979 р.). В. П. Маслов був співредактором і співавтором підручника з цивільного права в двох томах (1973 р., 1977 р.), підручника з радянського сімейного права (1982 р.).

Своїми знаннями та накопиченим величезним досвідом у творчій роботі Василь Пилипович щедро ділився із студентами, колегами, аспірантами. Під науковим керівництвом В. П. Маслова було захищено 9 кандидатських дисертацій: С. Д. Волошко, М. М. Сибільовим, В. М. Самойленко, С. Н. Приступою, М. В. Іванчуком, М. К. Підберезьким, Є. В. Сизовим, Є. В. Богдановим.

Учні і послідовники Василя Пилиповича Маслова продовжують справу його життя – служіння науці. Свідченням цьому є проведення кожного року, починаючи з 2003 року, науково-практичної конференції, присвяченій його світлій пам'яті, на якій обговорюються актуальні проблеми цивілістики.

ЧАСТИНА ПЕРША

Богданов Е. В., профессор кафедры гражданского и трудового права Российского экономического университета им. Г. В. Плеханова, доктор юридических наук, профессор

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ГРАЖДАНСКОЕ ОБЩЕСТВО РОССИИ

Идея гражданского общества уже давно привлекает внимание исследователей. Однако на сегодня еще многое остается неясным, непонятым, противоречивым, словом, более – менее полного представления о гражданском обществе наукой не выработано. Это, прежде всего, связано с тем, что с развитием общества, меняются представления людей о гражданском обществе. Однако, несмотря на неполноту имеющихся знаний о гражданском обществе, практически ни в одной стране не ставится под сомнение необходимость формирования гражданского общества, как одного из факторов, свидетельствующих о прогрессивном развитии соответствующей страны. В данной работе, разумеется, не ставится целью рассмотрение всего комплекса проблем гражданского общества, вопрос будет поставлен более узко: какие меры представляются необходимыми, чтобы гражданское право России должным образом выполнило свое предназначение по формированию гражданского общества?

В литературе отмечается, что в настоящее время одним из наиболее характерных признаков гражданского общества является его социализация¹ и в этой связи можно предложить следующие направления социализации гражданского права России. Это, прежде всего, социализация частной собственности. Однако, с одной стороны, частная собственность – это действительно основа рыночного хозяйства и без нее рыночное хозяйство невозможно, а с другой, при понимании частной собственности в России, по сути, как абсолютного господства собственника и проявления им только своего частного интереса, т. е. при практически полном игнорировании общественных интересов, идея граждан-

¹ Лейст О. Э. Гражданское общество, государство и право // Теория государства и права / Под ред. М. Н. Марченко. М., 2004. С. 383.

ского общества не то чтобы недостижима, она, как нам представляется, абсолютно несостоятельна. Частная собственность разъединяет членов общества, «атомизирует» их, превращая в субъектов, интересующихся только своими частными интересами. Решение в теории было найдено уже давно и успешно применяется на практике. Мы имеем в виду идею Л. Дюги о социальной функции собственности: «Собственник, иначе обладатель богатства, должен в силу факта обладания этим богатством, исполнять социальную функцию»¹. Следует особо подчеркнуть, что идея Л. Дюги получила не только европейское, но и мировое признание.

Основываясь на положении о социальном характере собственности, Л. Дюги сделал еще один важный вывод о том, что предприятия имеют социальный характер, а предприниматель, следовательно, выполняет социальную функцию². При этом он неоднократно подчеркивал, что его интересует капитал, капиталистическая собственность, а не собственность на предметы потребления³. Только обладатель капитала «может увеличить общее имущество, давая правильное употребление тому капиталу, которым он обладает. Отсюда он является социально обязанным выполнять эту работу и будет социально защищен лишь в том случае, если он ее выполняет, и в той мере, в какой он ее выполняет»⁴. Поэтому идею Л. Дюги о социальной функции собственности необходимо понимать, прежде всего, в отношении собственности, используемой в производстве, то есть в предпринимательской деятельности, предназначенной для личного, семейного, домашнего или иного подобного использования.

На наш взгляд, следует пересмотреть отношение цивилистов к проблеме общенародной собственности, наличие которой самым существенным образом повлияло бы на формирование гражданского общества и возможно бы стало катализатором объединительного процесса. Довольно часто в качестве возражения против общенародной собственности утверждают об отсутствии субъекта такой собственности, то есть народ в понимании ряда исследователей субъектом права не является. Однако народ, являясь субъектом политики, не может не быть субъектом права, в том числе права гражданского. Если народ не будет субъектом собственности на землю, леса, воды, недра он не сможет ре-

¹ Дюги Л. Общие преобразования гражданского права. М., 1919. С. 19.

² Там же, С. 79.

³ Там же, С. 82.

⁴ Там же, С. 87.

ально использовать свое право на самоопределение. В ст. 1 Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г. и ст. 1 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах 1966 г. говорится: «Все народы имеют право на самоопределение. В силу этого права они свободно устанавливают свой политический статус и свободно обеспечивают свое экономическое, социальное и культурное развитие. Все народы для достижения своих целей могут свободно распоряжаться своими естественными богатствами и ресурсам. Ни один народ, ни в коем случае не может быть лишен принадлежащих ему средств существования».

Народы России необходимо признать собственниками своего имущества; должна быть признана как общенародная собственность, так и собственность народов, населяющих Россию. В этом случае народы России не будут чувствовать себя обойденными или обделенными и на основе общенародной собственности будет более успешно формироваться гражданское общество России.

Формирование гражданского общества должно основываться также на присущих ему правовых принципах. Основопологающими для формирования гражданского общества являются принципы добросовестности и справедливости. Принцип добросовестности направлен на укрепление нравственных начал гражданско-правового регулирования, он будет определять ориентиры поведения, как для общества, так и для отдельных граждан.

Все большее значение для общества приобретает принцип справедливости, который получил закрепление в ряде норм права и в последнее время достаточно широко применяется в судебной практике. И общество в целом, и отдельные граждане остро реагируют на несправедливое отношение к ним, на несправедливость соответствующих решений, что также имеет важное значение для формирования мировоззрения граждан.

Однако и принцип добросовестности, и принцип справедливости, как в отдельности, так и в совокупности еще не в состоянии обеспечить гармоничное развитие общества. Законы развития рыночной экономики по-прежнему будут подталкивать к разобщению членов общества. К жизни по принципу: «каждый сам за себя, один бог за всех». В результате все тот же индивидуализм, частный интерес, а политическая жизнь в таком обществе будет осуществляться по принципу: «разделяй и вла-

ствуй», в то время, как гражданское общество, так и останется нереализованной идеей. Следовательно, необходим еще один принцип, который спланировал бы членов общества, способствовал бы к их объединению, к учету интересов друг друга. Опыт построения гражданского общества в других странах показывает, что таким принципом является принцип солидарности.

Солидарность членов общества проявляется в общности интересов, в их единомыслии и даже в совместной ответственности. В гражданском праве России имеется ряд норм права, в которых в той или иной мере нашел отражение принцип солидарности. Прежде всего, следует указать на нормы, закрепляющие необходимость участников договорных отношений к сотрудничеству при исполнении обязанностей, а также к оказанию содействия партнеру (ст. ст. 483, 743, 753 893 и др. ГК РФ). Если нормы права не содержат на этот счет четких указаний, необходимость учета принципа солидарности обусловлена тем, что отсутствие известного сотрудничества может послужить основанием применения «совместной» ответственности (ст. 404 ГК РФ). В ГК РФ есть нормы, указывающие на необходимость экономичного исполнения обязательства.

Принцип солидарности необходим для консолидации общества, для преодоления его дезинтеграции, атомизации его членов. Только принцип солидарности отражает интересы общества и личности как единой социосистемы и потому поощряются отношения между членами общества на основе солидарности, а не индивидуализма, когда во имя своей прибыли, своих интересов игнорируются интересы общества. При индивидуализме, эгоизме в обществе действуют центробежные силы, которыми оно раздирается на отдельные (атомарные) единицы. В таком обществе мораль становится также атомарной (индивидуальной) и, в конце концов, утрачивает какое – либо общественное значение, общество деморализуется.

При солидарности интересов действуют центростремительные силы, сплачивающие общество, интегрирующие интересы, как членов общества, так и всего общества. Однако принцип солидарности не упомянут в ст. 1 ГК РФ, чем не только ослабляется его значение, оспаривается даже его существование. В целях построения гражданского общества требуется внедрить принцип солидарности в гражданское право России, а для этого необходимо, прежде всего, указать на него в ст. 1 ГК РФ.

Борисова В. І., завідувач кафедри цивільного права № 1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, кандидат юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрНУ

ДО ПРОБЛЕМИ САМОСТІЙНИХ ПРАВОВИХ МОЖЛИВОСТЕЙ СУБ'ЄКТІВ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Здатність (можливість) людини бути суб'єктом права (правоздатність в сучасному розумінні) не була її біологічною властивістю і стала належати їй в силу приписів закону¹. Як зазначається в літературі, правоздатність – продукт юридичної техніки, категорія права, а її виникнення пов'язано з необхідністю позначення самостійної правової можливості особи мати права і обов'язки². Поступово кількість продуктів юридичної техніки (категорій) зростало, що на певному етапі призвело до виокремлення такої правової можливості особи як суб'єктивне право. Таким чином, зазначені категорії пов'язані між собою тим, що входять до такого елемента структури цивільно-правового механізму регулювання як правові можливості суб'єктів цивільних правовідносин.

Разом із тим правоздатність і суб'єктивне право – це самостійні правові можливості суб'єктів. Складовою змісту цивільної правоздатності фізичної особи виступають особисті немайнові права. Так, усі фізичні особи – рівні у здатності мати цивільні права, і кожна з них має усі особисті немайнові права, встановлені Конституцією та ЦК (частина 1 та 2 ст. 26) незалежно від того: є то особисті немайнові права, призначені забезпечити її природне існування, чи то ті, що забезпечують її соціальне буття. У випадках, встановлених законом, здатність мати особисті немайнового права пов'язується з досягненням фізичною особою відповідного віку.

Правоздатність це дещо зовнішня і самостійна правова можливість по відношенню до суб'єктивного права (обов'язку) особи, це правоволодіння, але, як зазначається в літературі, у абстрактному, нереальному вигляді. Реалізація правоздатності як абстрактної правової можливості

¹ Римское частное право: Учебник / Под ред. проф. И. Б. Новицкого и проф. И. С. Перетерского. – М.: ИД «Юриспруденция», 2008. – С. 39.

² Веберс Я. Р. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве. – С. 42.

при наявності певних юридичних фактів породжує у особи суб'єктивне право (суб'єктивний обов'язок), тобто зовсім іншу правову можливість.

Щодо суб'єктивного права, то у доктрині права усталеним є погляд на цю правову категорію як юридично визначену міру можливої поведінки управомоченої особи з метою задоволення потреб (інтересів) останньої¹, хоча існують і інші точки зору. Так, О. О. Поротикова вважає суб'єктивне право сферою зовнішньої свободи особи, яка окреслена правовими нормами². Але навряд чи існує різниця між розумінням суб'єктивного права як юридично визначеної міри можливої поведінки управомоченої особи і розумінням його як сфери зовнішньої свободи особи, яка окреслена правовими нормами, оскільки свобода – це усвідомлена необхідність розпоряджатися своїми можливостями.

Суб'єктивне право – існуюча у силу приписів закону правова можливість конкретної поведінки управомоченої особи з метою задоволення своїх потреб (інтересів), яка забезпечена обов'язками інших осіб. Суб'єктивне право – складне утворення, яке має власний зміст, що складається із юридичних можливостей, наданих суб'єкту. При досить великій різноманітності суб'єктивних цивільних прав можна виявити, що у будь-якому випадку таке право є результатом різноваріантних комбінацій трьох правомочностей: на власні дії, на вимоги та на захист.

До характерних ознак суб'єктивного права як правової можливості відносяться: приналежність особі права у силу закону; визначеність повноважень управомоченої особи, за правилом, в законі; залежність варіативності поведінки управомоченої особи по здійсненню правомочностей від її волі; спрямованість на задоволення потреб (інтересів) управомоченої особи з дотриманням прав і інтересів інших осіб; можливість вимагати належної поведінки від зобов'язаних осіб та можливість його захисту при порушенні.

Однак слід враховувати, що на шляху розвитку від абстрактної можливості мати права до конкретних суб'єктивних прав у певних випадках

¹ Ця думка належить С. М. Братусю // Див. його: Субъекты гражданского права. М., 1950. – С. 8–21. Прихильниками її є С. С. Алексєєв // Общая теория права: В 2-х т., М., 1982. Т. 2. – С. 114.; В. І. Леушін // Теория государства и права. Учебник / Под ред. С. С. Алексєєва. М., 1985. – С. 354.; Н. І. Матузов. Личность. Права. Демократия: Теоретические проблемы субъективного права. Саратов, 1972. – С. 145, Єм В. С. // [] Гражданское право. В 4 т. Т. 1: Общая часть / [Єм В. С. и др.]; отв. ред. – Е. А. Суханов. – 3-е изд., перераб. и доп. – М., 2007. – С. 121; Малиновський О. О. // Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование). – М.: Издательство «Юрлитинформ», 2007-С.93 та інші.

² Поротикова О. А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. – М.: Волтерс Клувер, 2007 – С.13.

особа може наділятися правовими можливостями здійснення односторонніх дій, які однак не є суб'єктивними правами. У цивільно-правовій науці такі правові явища отримали назву – секундарних прав або особливих цивільних прав, що мають секундарний характер¹.

Саме пошук сутності суб'єктивного права свого часу привів учених до висновку, що існують секундарні права, спори відносно правової природи та місця, яке це поняття займає у системі цивілістичних категорій, до речі, не вщухають до сьогодні. Якщо одні вчені негативно ставляться до виокремлення цієї групи правових можливостей учасників цивільних відносин, виходячи з того, що особа може одразу здійснити своє право або відмовитись від нього, причому подібні дії будуть носити розпорядчий, а не правопороджуючий характер, то інші, навпаки вважають, що секундарні права існують, але не можуть дійти згоди щодо їх правової природи.

Труднощі, пов'язані з дослідженням зазначеної категорії, носять, перш за все, методологічний характер, оскільки довгий час у доктрині права домінувала точка зору, що немає практичної необхідності в «примноженні сутностей», оскільки відносини усіх учасників можуть бути пояснені за допомогою усталених конструкцій². Проте, в приватному праві юридичні конструкції покликані не тільки забезпечувати визначеність та надійність юридичного регулювання, а й широкий діапазон юридичних можливостей суб'єктів. Тому в рамках діючого правопорядку й існує загальний дозвіл конструювання «своїх» моделей (кон-

¹ Гурвич М. А. К вопросу о предмете науки советского гражданского процесса. Учёные записки ВЮОН, вып. 4, М., 1955; Певзнер А. Г. Понятие гражданского правоотношения и некоторые вопросы теории субъективных гражданских прав // Учёные записки ВЮЗИ. Вып. V, М. 1958, С. 3–34; Красько И. Е. Правовая природа брачного контракта // Проблемы законности: Респ. міжвід. наук. зб. / Відп. ред. В. Я. Тацій. – Х.: Нац. юрид. акад. України, 1998. – Вип. 33. – С. 79–82; Азимов Ч. Н. Самозащита в гражданском праве // Актуальні проблеми формування правової держави в Україні: До 50-ї річниці Конвенції про захист прав людини та основних свобод: Матеріали міжнар. наук.-практ. конф.: У 2 ч. / За ред. М. І. Панова. – Х., 2000. – Ч. 2. – С. 20–22; Сидельников Р. Право на самозащиту как «вторичное право» // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 6. – С. 42–44; Гринько П. Теорії секундарних прав у доктрині цивільного права [Текст] / П. Гринько // Вісник академії правових наук України. – 2010. – № 2. – С. 207–216; Ізбаш О. О. Організаційні цивільні правовідносини, що виникають при здійсненні авторських прав [Текст]: автореф. дис. на пошук. вчен. ступ. канд. юрид. наук. – Одеса. 2013, с.5.

² Захаров Ю., Фогельсон Ю. Право требования кредитора в договорах в пользу третьего лица // Хозяйство и право. – 2001. – № 10. – С. 22–23.

струкцій – В. Б.), але, як підкреслював С. С. Алексєєв, при певному їх рівні¹.

Розв'язання проблеми секундарних прав дозволяє представити той обсяг правових можливостей, які виникають у суб'єктів цивільних відносин при сукупності певних юридичних фактів, пояснити правову природу тих чи інших конструкцій, які існують в законодавстві, обрати більш адекватні способи захисту прав і законних інтересів зазначених суб'єктів у разі їх порушення.

Секундарне право не можна характеризувати як правоздатність особи, оскільки воно не носить загального характеру, а значить в однаковій мірі не проявляється по відношенню до виникнення будь-яких суб'єктивних прав і обов'язків особи і не є необхідним елементом для цього. І хоча секундарне право, як і правоздатність, не породжує права вимоги відповідної поведінки від визначеної особи, але наслідки його здійснення відбиваються на інтересах цієї особи, а сама вона перебуває у стані «претерпівання».

Секундарне право не можна характеризувати як суб'єктивне право, оскільки навряд чи для нього характерна можливість вимагати належної поведінки від зобов'язаних осіб.

Секундарне право представляє собою різновид суб'єктивної правової можливості втручання особи у чужу правову сферу з метою досягнення правового результату шляхом одностороннього волевиявлення, яка не потребує забезпеченості державним примусом, але тягне за собою пов'язаність третіх осіб. Секундарне право, як вторинне, виконує службову функцію, оскільки породжує основне суб'єктивне право, яке й є його об'єктом.

Яроцький В. Л., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного права № 2, директор Науково-дослідного інституту правознавства Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ЦІННІ ПАПЕРИ ЯК ПРАВОВИЙ ЗАСІБ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ МІНІМІЗАЦІЇ МАЙНОВИХ РИЗИКІВ

Особливе функціональне призначення цінних паперів як об'єкта інструмента посвідчення майнових прав визначає специфіку розподілу

¹ Алексєєв С. С. Юридические конструкции – ключевое звено права // Цивилистические записки. Межвузовский сборник научных трудов. – М.: «Статут», 2002, с. 13–14.

ризиків суб'єктів досліджуваних відносин у ході їх здійснення. Ризики, пов'язані з реалізацією посвідчених цінними паперами майнових прав, особливо наочно виявляються в правовідносинах, заснованих на оформленні й емісії пред'явницьких цінних паперів боргової групи (змістом яких є відповідне грошове зобов'язання їх емітента). Одна з можливих ситуацій, пов'язана з ризиком виконання посвідченого цінним папером майнового права неналежному суб'єкту, визначається особливостями пред'явницьких документів. Такий документ потенційно може вийти з володіння його власника і бути пред'явлений до виконання особою, що придбала його незаконно. Виходячи із загальних положень зобов'язального права (ст. 599 ЦК України), зобов'язання припиняється виконанням, проведеним належним чином. Однією з умов визнання зобов'язання виконаним належним чином є здійснення боржником дій, що становлять його предмет, на користь належного кредитора. Це впливає з положень ст. 527 ЦК України, що передбачають виконання зобов'язання належними сторонами. Визначення належності чи неналежності сторін розглядуваних зобов'язальних правовідносин у момент виконання зобов'язання, заснованого на оформленні та видачі цінного папера, і практична реалізація вказаних положень законодавства залежать від легітимацийно-інструментального значення відповідного їх виду і форми випуску. У документарних цінних паперах на пред'явника, наприклад, необхідним і достатнім для здійснення посвідчених ними майнових прав способом легітимациї управомоченої в даних правовідносинах особи є їх пред'явлення. В іменному чи ордерному цінному паперах (включаючи передані за бланковим індосаментом) у момент здійснення посвідченого цінним папером майнового права управомочена особа повинна бути персоніфікована шляхом вказівки його імені в тексті документа. В іменному й ордерному цінному паперах, що перейшли до набувача прав на них за бланковим індосаментом, останній користується правом власноручно вписати своє ім'я в бланк. У бездокументарних цінних паперах легітимация особи, що претендує на статус управомоченої, має свої особливості. Вона забезпечується шляхом співвіднесення даних, що персоніфікують її в цивільному обороті (вони, як правило, містяться в документах, що засвідчують особистість фізичної особи або повноваження представника юридичної), та імені (найменування) їх власника, зафіксованого в Національній депозитарній системі шляхом здійснення зберігачем облікового запису з вказівкою кількості і виду приналежних йому

цінних паперів одного емітента. Емітент має право виконати своє зобов'язання тільки суб'єкту, правомочності якого на прийняття виконання за цінним папером належним чином підтверджені. Тому прийняття виконання здебільшого здійснюється власником цінного папера особисто. Разом з тим, передача власниками цінних паперів правомочностей на прийняття виконання виражених у їх змісті зобов'язань третім особам на підставі відповідних цивільно-правових правочинів (наприклад, доручення) є припустимою. У цьому разі склад суб'єктів розглядуваних правовідносин, права яких повинні бути належним чином посвідчені, збільшиться.

Аналізована норма встановлює також, що сторони несуть ризик наслідків непред'явлення вимоги навести докази того, що обов'язок виконується належним боржником, а виконання приймається належним кредитором чи уповноваженою ним особою (ч. 2 ст. 527 ЦК України). Отже, виконання боржником зобов'язання неналежному кредитору (наприклад, внаслідок недбалості при перевірці законності його вимоги) за загальними правилами зобов'язального права не звільняє його від здійснення передбачених зобов'язанням дій (чи необхідності стримування від дій) на користь належного кредитора. У цьому разі належний кредитор має право вимоги виконання зобов'язання боржником (з огляду на зроблене неналежному кредитору виконання повторно) на його користь. Боржнику в розглянутому випадку належить право звернення до неналежного кредитора з вимогою про повернення безпідставно отриманого виконання за правилами, установленними положеннями стосовно набуття або збереження майна без достатньої правової підстави (глава 83 підрозділу 2 книги 5 ЦК України).

Полегшений спосіб легітимації правоволодільця за цінними паперами на пред'явника впливає на правові наслідки пред'явлення документа для здійснення посвідчених ними майнових прав неуправомоченим суб'єктом. Отже, боржник підлягає звільненню від відповідальності перед належним кредитором, якщо він виконав зобов'язання пред'явнику пред'явницького цінного папера, який, хоча і володіє ним неправомірно, але заявив свою (фактично незаконну) вимогу до боржника про його виконання відповідно до вимог положень актів цивільного законодавства України. Це правило повинно поширюватися і на випадки, коли цінний папір на пред'явника загублений управомоченою особою, або в неї украдений, або вийшов з її володіння іншим шляхом,

поза її волею. Цінні папери на пред'явника, через найбільш спрощену порівняно з іншими документами процедуру легітимації управомоченої по них особи (тільки пред'явлення документа) піддають їхнього емітента ризику виконання зобов'язання неналежному кредитору найбільшою мірою. Іменні й ордерні цінні папери, що неправомірно вибули з володіння їхнього власника, також можуть бути незаконно пред'явлені до виконання. Однак у цьому разі незаконному власнику цінного папера доведеться удатися до додаткових незаконних дій з метою доказу своїх прав на документ у момент пред'явлення його до виконання. Це обумовлено додатковими вимогами чинного законодавства щодо легітимації управомоченої по таких цінних паперах особи. Наприклад, для здійснення майнових прав, посвідчених ордерними цінними паперами, незаконному власнику доведеться оформити незаконний (як не заснований на законному праві його здійснення) індосамент. Він необхідний йому із метою доказу своїх прав на документ у момент пред'явлення його до виконання в ході вчинення своїх протиправних дій. У ході здійснення прав, посвідчених іменними акціями, може застосовуватись трансферт – здійснення запису про перехід прав на цінний папір (і, як наслідок, статусу акціонера) до іншої особи.

Таким чином, з точки зору функціонального призначення в механізмі правового регулювання розглядуваних відносин цінні папери можуть розглядатися як особливий об'єкт-інструмент, застосування якого забезпечує мінімізацію низки майнових ризиків (вірогідності настання певних небажаних для учасника досліджуваних правовідносин майнових наслідків). Більш того, іноді вірогідність виникнення небажаних наслідків навіть унеможлиблюється за рахунок встановлення особливих нормативних механізмів здійснення посвідчених цінними паперами майнових прав. При цьому проблематика зниження або повного усунення ризиків суб'єктів досліджуваних правовідносин у ході здійснення належних їм майнових прав і виконання обов'язків не вичерпується наведеними міркуваннями. З огляду на це цілком слушною слід вважати пропозицію В. Г. Марчинського стосовно розробки Положення «Про страхування ризиків від здійснення довірчих операцій» у контексті забезпечення механізму обліку довірчих операцій у реєстрі власників іменних цінних паперів¹. Прогнозування таких ризиків дає змогу не тільки уникнути

¹ Див.: Марчинський В. Г. Правовий статус довірчого товариства як суб'єкта цивільно-правових відносин: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – К., 2003. – С. 19.

можливих негативних наслідків їх настання, але і висловити пропозиції стосовно подальшого вдосконалення чинного законодавства України про цінні папери.

Галянтич М. К., доктор юридичних наук, професор, заступник директора з наукової роботи Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

ЗАХИСТ ЖИТЛОВИХ ІНТЕРЕСІВ ФІЗИЧНИХ ОСІБ

ЦК України 2003 р. широко використовує категорію «інтерес», зокрема, про захист інтересів йдеться в ст.ст. 3, 15–21, 69, 67, не розкриваючи його змісту. Чепис О. І. під законними інтересами у цивільно-правовому змісті пропонує розуміти лише не опосередковані правом інтереси, що у широкому змісті збігаються в обсязі з соціально-економічними (фактичними) інтересами, що не суперечать нормам права, основам праву порядку й моральності найбільше відповідає основним началам цивільного права, заснованого на диспозитивному регулюванні відносин юридично рівних суб'єктів¹. В Конституції України, ЦК та деяких інших нормативних актах використовуються поняття «інтерес», «законні інтереси» та «охоронювані законом інтереси», хоча і неможливо зрозуміти значення яке вкладається у поняття інтерес².

Як зазначає П. П. Андрушко, законний інтерес відбиває лише прагнення свого носія до того, що не заборонено законом, тобто тільки його бажання, мрію, це прагнення у межах сфери правового регулювання до користування якимось конкретним матеріальним або нематеріальним благом³.

¹ Чепис О. І. Законний інтерес як категорія цивільного права / О. І. Чепис // Форум права. – 2009. – № 1. – С. 551–559 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2009-1/09hoiker.pdf>

² Венедиктова І. В. Охраняемый законом интерес в гражданском праве : монография / И. В. Венедиктова. –Х: Точка, 2012 – с.165.

³ Андрушко П. П. Категорія «інтерес» у кримінальному праві / Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. 81/2009. – С.85.

Зважаючи на те, що цивільне законодавство регулює майнові та немайнові відносини, тому поняттям «житлові інтереси» мають охоплюватися різні види інтересів.

Житлові інтереси є різноманітними, вони стосуються невизначеного кола фізичних осіб, поєднанні з інтересами окремих груп та категорій таких осіб. Тому житлові інтереси ми розглядаємо незалежно від того, чи виникли на його основі права у окремих осіб. Житлові інтереси слід розглядати як вкрай різноманітні і різнорівневі інтереси, поза яких не може існувати ні людина, ні будь-яке суспільство, в тому числі держава. Адже саме намагання реалізації житлових інтересів є тим фактором, що зумовлює набуття особою певних суб'єктивних прав. З іншого боку, більшість правомірних інтересів задовольняється і отримує захист саме у складі того чи іншого суб'єктивного права. Тобто суб'єктивні житлові інтереси мають знаходитися у структурі суб'єктивного житлового права.

Також можна констатувати, що між загальними нормами, що містяться в ЦК і спеціальним житловим законодавством є певні неузгодженості, що виявляються у різному змісті житлових прав та інтересів фізичних осіб, які визначається різними нормативними актами приватно і публічно-правового спрямування. Інтереси можуть залежати від виду житлового фонду, наприклад: у державному, комунальному житловому фонді (включає фонд соціального забезпечення і спеціального призначення); в приватному житловому фонді; в житлово-будівельних кооперативах (ЖБК) і товариствах співвласників багатоквартирного жилого будинку.

Оцінюючи дане Конституційним судом визначення поняття «охоронюваний законом інтерес», І. О. Дзера робить висновок, що його треба розуміти як прагнення до користування конкретним матеріальним та/або нематеріальним благом, як зумовлений загальним змістом об'єктивного і прямо не опосередкований у суб'єктивному праві¹. Поняття «охоронюваний законом інтерес», вживається в ст. 15 ЦПК України у зв'язку з поняттям «права, що виникає з житлових відносин», треба розуміти як прагнення до користування конкретним житлом та/або нематеріальним благом, яке забезпечує житло, як зумовлений загальним змістом об'єктивного права і прямо не опосередкований у суб'єктивному праві, що є самостійним об'єктом судового захисту та інших засобів правової

¹ Дзера І. О. Загальні правові засади захисту цивільних прав та інтересів// Договірне право. Загальна частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова, та ін.; за ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2008. -С.685.

охорони з метою задоволення індивідуальних і колективних потреб, які не суперечать Конституції і законам України, суспільним інтересам, справедливості, добросовісності, розумності та іншим загальноправовим засадам.

Від інтересу особи значною мірою залежить і захист суб'єктивного права, зокрема, звернення чи ні особи з вимогою захисту права до відповідного державного органу, вибір самого органу, а в ряді випадків і способу захисту права, коли закон йому таке право вибору надає. В свою чергу задоволення інтересу уповноваженої особи є метою будь-якого суб'єктивного права, що виступає як правовий засіб задоволення інтересів¹.

В умовах реформування житлового законодавства України питання захисту житлових прав фізичних осіб в більшій міні не конкретизовані за умов чинності застарілого ЖК УРСР 1083 р. та недостатності їх нормативно-правового забезпечення.

Таким чином, житлові інтереси необхідно також розуміти як передбачену законом можливість реалізації житлових прав для задоволення власних житлових потреб, при забезпеченні державою режиму недоторканості жилих приміщень². Є. О. Харитонов цілком правомірно вважає, що конституційне право на житло не є суб'єктивним правом, а елементом правоздатності фізичної особи, що розуміється як загальна можливість (здатність) мати права і обов'язки. Воно, як вважає автор, є лише передумовою для набуття конкретних суб'єктивних прав і обов'язків. При цьому суб'єктивні житлові права учасників відповідних відносин виникають в ході реалізації конституційного права на житло, а їх наявність або відсутність у певної людини не впливає на наявність і зміст його конституційного права³.

І. О. Дзера правомірно звертає увагу на те, що ні в ЦК, ні в інших актах законодавства не дається визначення поняття інтерес, а єдине за-

¹ Малько А. В. Субъективное право и законный интерес // Правоведение / А. В. Малько. – 1998. – №4. – С. 26.

² Галяннич М. К. Актуальні питання розвитку житлового законодавства / М. К. Галяннич // Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої пам'яті Василя Пилиповича Маслова «Актуальні проблеми цивільного, житлового та сімейного законодавства» 25 лютого 2011 р. – С. 88–91.

³ Харитонов Є. О. До визначення сутності права на житло / Є. О. Харитонов // Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої пам'яті Василя Пилиповича Маслова «Актуальні проблеми цивільного, житлового та сімейного законодавства» 25 лютого 2011 р. – С. 78–81.

стереження, яке міститься у ЦК про те, що захисту підлягає лише той інтерес, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства¹. Тому питання захисту житлових інтересів фізичних осіб вважаємо за доцільне розглядати в структурі захисту належних суб'єктивних житлових прав фізичних осіб. А під реалізацію житлового інтересу слід розуміти не абстрактну, потенційну можливість користування житлом, а реальне домагання через правові механізми здійснення особою прав проживання.

Отже, визначення суті житлових інтересів громадян полягає головним чином в визначенні їх кола. Житловим інтересам притаманні риси однорідності, які дозволяють їх виділити у специфічно відокремлений вид інтересів, які становлять предмет правового захисту. Питання захисту суб'єктивних житлових прав та законних інтересів фізичних осіб врегульовано правовими нормами ст. 16 ЦК України, але мають корелюватися із визначеними категоріями, оскільки захист в межах різних категорій прав має певну специфіку. Право на захист цивільних прав та інтересів, відповідно до ст. 15 ЦК, має кожна особа, у випадку порушення, невизнання або його оспорування.

Як підсумок можна зробити висновок, що житловий інтерес фізичних осіб: відображається в об'єктивному праві і впливає з його загальних засад; відповідає загальному благу направлено на забезпечення права кожного на житло і законним інтересам фізичної особи на задоволення житлової потреби; правовий захист гарантується державою. У зв'язку з тим, що житлові інтереси регулюються, перш за все, нормами приватноправового характеру, і відповідно, при порушенні або оспоруванні права фізична особа має право застосовувати способи захисту прав, передбачені ст. 16 ЦК України.

В широкому розумінні інтерес в житловому праві – це перш за все право на житло, а також особисте немайнове право на недоторканість житла та вільний вибір місця проживання. В вузькому змісті – це прагнення до користування конкретним житлом та відповідним нематеріальним благом, яке воно забезпечує, зумовлений загальним змістом об'єктивного і прямо не опосередкований у суб'єктивному праві.

Право на житло необхідно розглядати в сукупності конституційно-правового і цивільно-правового аспектів, яке має співвідноситися із

¹ Дзера І. О. Загальні правові засади захисту цивільних прав та інтересів// Договірне право. Загальна частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова, та ін.; за ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2008. -С.685.

поняттям здійснення житлового інтересу, що включає реалізацію цивільної правоздатності. А захист житлових інтересів фізичних осіб можливий за наявності суб'єктивних житлових прав.

Харитонов Є. О., завідувач кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ СПІВВІДНОШЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО ТА СІМЕЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Щодо співвідношення та взаємодії цивільного і сімейного законодавства у вітчизняному правознавстві точаться давні дискусії¹, котрі зі сфери теоретичної цілком логічно переходять у галузь практичної законотворчості, що, зокрема, знайшло відображення у складному перебігу процесу прийняття ЦК України та СК України

Одним з основних чинників цієї дискусії є подібність предмету правового регулювання, яким є немайнові та майнові відносини між юридично рівними суб'єктами. При цьому між цивільними та сімейними відносинами відсутні принципово сутнісні відмінності. Досить складно виокремити самостійний сімейно-правовий метод правового регулювання. Внаслідок цього нерідко розмежування сфери дії цивільного і сімейного законодавства проводиться «вольовим шляхом», що створює певні незручності при обґрунтуванні зазначеного розмежування.

Основним спеціальним джерелом сімейного законодавства України є СК України, котрий поряд із ЦК України, належить до найважливіших законодавчих актів, що визначають та забезпечують статус приватних осіб.

Оскільки СК України є основним спеціальним джерелом сімейного законодавства України, то звідси впливає той практично важливий висновок, що коли йдеться про відносини, пов'язані із шлюбом; стосунки між подружжям, батьками і дітьми, членами сім'ї та родичами (коло яких

¹ Сімейне право України : підруч. / за ред. Ю. С. Червоного. – К. : Істина, 2004. – С. 5–22

визначає СК), керуватися, передусім, слідує нормами СК України, якщо інше прямо не застережене у законі. Разом із тим, оскільки сімейні відносини за своєю сутністю є цивільно-правовими, то зазначене не виключає, а навпаки, припускає застосування до їх регулювання також і норм ЦК України.

Такий висновок не лише ґрунтується на теоретичних конструкціях, але має під собою і легальну основу. Зокрема, ст. 8 СК України встановлює, що майнові відносини між подружжям, батьками та дітьми, іншими членами сім'ї та родичами, не врегульовані СК України, регулюються відповідними нормами ЦК України, якщо це не суперечить суті сімейних відносин. Таким чином, зазначена норма СК України визначає засади субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до регулювання сімейних відносин.

На перший погляд, може здатися, що зі змісту названої норми, нібито, випливає, що умовами застосування норм ЦК України до регулювання сімейних відносин є: 1) майновий характер сімейних відносин; 2) неврегульованість їх СК України; 3) відповідність такого регулювання суті цих відносин.

Однак такий висновок суперечить засадам субсидіарного застосування Цивільного кодексу, встановленим ст. 9 ЦК України, котра передбачає, що положення останнього застосовуються до сімейних відносин, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства.

З врахуванням існування зазначеної колізії правових норм, при вирішенні питання про застосування норм ЦК України до сімейних відносин, слід виходити з того, що ЦК України за своєю концепцією та змістом є кодексом приватного права, якому відводиться провідна роль у системі законодавства, що регулює відносини за участю приватної особи. Отже положення ЦК України мають застосовуватися не лише до «суто цивільних» відносин (у вузькому розумінні цього поняття), але й до будь-яких взаємин (як майнових, так і немайнових) суб'єктів приватного права, що не врегульовані спеціальним законодавством. Інше рішення неминуче погіршує становище осіб, які перебувають у сімейних відносинах, порівняно з тими, що не є учасниками таких відносин.

До цього слід додати, що, як випливає з суті додаткового застосування норм однієї галузі законодавства до відносин іншої галузі, має йтися про субсидіарне застосування не лише ЦК України, але й інших актів цивільного законодавства. Разом із тим, для субсидіарного застосування

цивільного законодавства до сімейних відносин норм ЦК України необхідною є неврегульованість сімейних відносин не тільки нормами СК України, але й іншими актами спеціального сімейного законодавства.

Що стосується вимоги відповідності норм ЦК України «суті сімейних відносин», до яких вони можуть застосовуватися субсидіарно, то така вимога є надто неконкретною, щоб мати значення критерію визначення кола норм ЦК України, які підлягають застосуванню. Натомість, більш правильним є керуватися тими міркуваннями, що норми ЦК України можуть застосовуватися у випадку прогалин в сімейному законодавстві до будь яких сімейних відносин, що мають майновий характер, а також до тих немайнових відносин, зміст яких охоплюється положеннями книги другої ЦК України «Особисті немайнові права фізичної особи».

Оскільки зазначені питання є дискусійними, що знайшло відображення у правовій доктрині, постає питання, чому виникла така ситуація?

У пошуках відповіді на нього необхідно повернутися в початкову точку, поглянути на ті основи, які визначають в нашому суспільстві розуміння суті шлюбно-сімейних відносин. У зв'язку з цим, доречно пригадати те, що право є елементом культури (цивілізації), відображаючи особливості світогляду того або іншого співтовариства людей. Оскільки, у свою чергу, світогляд більшої частини суспільства формується (відбивається, трансформується) на основі певної релігії (або схожого по суті філософського учення), то і суть, принципи, зміст права, в значній мірі (прямо або опосередковано), визначаються цим чинником. Саме вказаними обставинами обумовлено існування в Європі Західної і Східної традицій, в рамках яких відбувається розвиток окремих галузей права.

Філософсько-етична основа християнського шлюбу починає впливати на правове регулювання цього суспільного інституту вже незабаром після надання християнству статусу офіційної релігії в Римській імперії. У міру формування двох гілок християнства – західної (католицизму) і східної (православної) відбувається диференціація розуміння значення шлюбу на Заході і Сході Європи.

Одним з головних положень православного християнства в цій сфері є визнання ним «помилковості» характерного для Заходу так званого «реалістичного» підходу до оцінки мети шлюбу, суть якого полягає в тому, що шлюб розцінюється, перш за все, як засіб створення умов для продовження роду, внаслідок чого знижується значення духовного і інтелектуального аспектів шлюбу. Саме ж православ'я практично від часів

свого виникнення як гілка християнства дотримується протилежного підходу – ідеалістичного, згідно з яким головна мета шлюбу полягає не в задоволенні потреби продовження роду, а в прагненні до розвитку, вдосконалення, повноти буття. Обґрунтування такого бачення суті шлюбу Іоанн Златоуст бачив у тому, що людина, яка не перебуває в шлюбі, це не людина, а тільки її половина. Чоловік і дружина не двоє людей, а одна людина.

З цих позицій сімейні (шлюбно-сімейні) відносини не можуть розглядатися як складова предмету цивільно-правового регулювання, оскільки це приземлює їх, позбавляє духовності і применшує значення морально-етичних основ. Звідси випливає той висновок, що вони мають регулюватися спеціальним законодавством, яке визначає особливий характер шлюбу як соціального інституту. З цих позицій, прийняття СК України, як окремого кодифікованого акту, виглядає цілком логічним, хоча й викликає істотні зауваження щодо визначення особливостей останнього та співвідношення його норм з положеннями ЦК України.

Таким чином, проблема визначення місця сімейного законодавства в системі вітчизняного права полягає в тому, що недостатньо враховуються особливості традиції приватного права в Україні, які полягають у співіснуванні та одночасному впливі в Україні Західної та Східної традицій приватного права. Це зумовило ту особливість українського цивільного права, що інститути речового і зобов'язального права мають основою засади римського права (як правило, в німецькій інтерпретації), в той час як сімейне і, частково, спадкове право тяжіють до Східної традиції.

Ця особливість мала б враховуватися і в процесі правотворчості, і при тлумаченні та застосуванні норм права, які регулюють відносини за участю приватної особи. Однак, поки що враховується цей чинник недостатньо. У результаті, наприклад, через дискусії стосовно місця сімейного права у системі українського права, співвідношенні ЦК України та СК України створюються додаткові перешкоди комплексному оновленню цивільного законодавства, а головне, формуванню сучасної концепції останнього.

В Україні поділ права на приватне і публічне, а також віднесення сімейних відносин до сфери цивільно-правового регулювання досі залишається предметом більш чи менш жвавих дискусій, про які вже згадувалося вище. Крім того, особливістю цивільного права України на

сучасному етапі його розвитку є реформування концепції цивільного права, результатом чого має стати (при сприятливих умовах) перехід від радянської доктрини цивільного права до нового розуміння його як категорії, практично тотожної приватному праву, що є проявом останнього на рівні національного законодавства. Очевидно, у процесі зазначеного реформування має бути точно визначене й місце сімейного права у системі вітчизняного права, як підгалузі (розділу) цивільного права.

Харитонова О. І., завідувач кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України

ДО ПИТАННЯ ПРО ПОНЯТТЯ ПІРАТСТВА, КОНТРАФАКЦІЇ ТА ПЛАГІАТУ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА ПОЛЬЩІ

Питання належного забезпечення ефективної правової охорони результатів інтелектуальної діяльності від неправомірного використання дедалі більше стають предметом наукових досліджень. Це пов'язане з тим, що сучасний рівень науково-технічного прогресу, попри всі переваги для подальшого розвитку людства, призводить до відчуження автора від процесу користування твором. Здійснивши перший випуск твору у світ, автор надалі практично не може контролювати різноманітне за характером і масштабом користування ним. Тому основним питанням стає правове забезпечення дотримання майнових і моральних прав автора, захист від піратства та плагіату.

Порушення в сфері права інтелектуальної власності охоплюються, таким чином, такими поняттями, як «піратство», «плагіат», «контрафакція».

Слід зазначити, що проблема захисту авторських прав від піратства, контрафакції та плагіату є глобальною і стосується всіх держав, незалежно від економічного та соціального розвитку, від притаманної їм правової традиції і системи права. Однак, Україні, як країні, що тяжіє до романо-германської правової системи, ближчим є досвід країн відповід-

ної групи у вирішенні зазначених проблем. Не в останню чергу інтерес викликають правові рішення країн Східної і Центральної Європи, які ще донедавна будували своє законодавство на схожих засадах, до числа яких належить один з наших найближчих сусідів – Республіка Польща.

Порівняння норм законодавства польського та українського свідчить про існування певних проблем, зокрема, у визначенні поняття «піратство» та «плагіат».

Слід зазначити, що в Україні, незважаючи на широке вживання терміна «піратство» у літературі й у засобах масової інформації, книга четверта ЦК України не містить його визначення, та й взагалі не згадує про це явище.

Закон України «Про авторське право й суміжні права» визначає поняття плагіату і піратства.

Так, до порушення особистих немайнових прав закон відносить плагіат (ст. 50 Закону України «Про авторське право й суміжні права») – оприлюднення (опублікування), повністю або частково, чужого твору під іменем особи, яка не є автором цього твору. Таким чином, законодавець виділяє дві ознаки плагіату: по-перше, оприлюднення (опублікування твору), по-друге, оприлюднення під іменем особи, яка не є автором цього твору. Ознаками плагіату є те, що це посягання на об'єкт авторського права, яке є активною дією, форму якої законодавець визначив як оприлюднення (опублікування) твору; ця дія є незаконною (протиправною); вона може проявлятися в оприлюдненні (опублікуванні) твору як повністю, так і частково; оприлюднення (опублікування твору) чужого твору відбувається під іменем особи, що не є автором цього твору.

Слід зазначити, що у польському законодавстві відсутнє легальне визначення поняття «плагіату», яке тлумачиться виходячи зі значення слова «plagiatus» (крадіжка). У різних наукових виданнях плагіат розуміється як порушення особистого права автора – а саме – права авторства на твір; крадіжка літературна або артистична; як привласнення чужого твору, видання його під своїм іменем, дослівне запозичення з чужих творів і подання як власної творчості¹.

Плагіат поділяють на два види: явний (простий, очевидний, безпосередній) та прихований (складний, опосередкований). Явний плагіат є запозиченням чужого твору повністю або значної його частини у не-

¹ Prawo własności intelektualnej / pod redakcją Joanny Sienczyło-Chlabicz. – Wydanie 1. – Warszawa : LexisNexis, 2009. – s. 181–182.

змінному вигляді або з мінімальними змінами. Відповідно явний плагіат може бути вчинений у формі плагіату повного, часткового або цитатного (цитатним є представлення в якості власних фрагментів чужого твору без якихось додатків або змін).

Прихованим плагіатом є змішування власної творчості з творчістю іншої особи, від чого цей вид плагіату є важким для кваліфікації. Такий вид плагіату може поставати у формах плагіату редакційного, інкорпораційного, адаптаційного, співавторського, інформаційного та ін.

До ознак плагіату належить те, що він є порушенням прав авторства, привласненням собі прав авторства, таке привласнення має здійснюватися на власну користь, воно має порушувати чуже авторство, не має значення наявність або відсутність матеріальної шкоди, плагіат має бути навмисним та усвідомленим. При цьому предмет плагіату повинен мати ознаки творчості, які вимагаються від об'єктів права власності¹.

Крім плагіату, у судовій практиці зустрічаються й інші порушення особистих немайнових прав автора, такі як невірна вказівка співавторства, порушення права автора на псевдонім або анонімність і т.п., однак плагіат серед них найпоширеніший і заподіює найбільшу шкоду авторові.

Щодо піратства, то воно визначається у Законі «Про авторське право і суміжні права» як опублікування, відтворення, ввіз на митну територію України, вивіз із митної території України й поширення контрафактних екземплярів твору (у тому числі комп'ютерних програм і баз даних), фонограм, відеограм і програм організацій віщання (ст.50 Закону). З поняттям піратства, таким чином, тісно зв'язане поняття контрафакції, або контрафактних товарів. Контрафактні товари – товари, що містять об'єкти права інтелектуальної власності, ввіз яких на митну територію України або вивіз із цієї території приводить до порушення прав власника, охоронюваних відповідно до законодавства України й міжнародними договорами України, укладеними у встановленому законом порядку. Для розмежування піратства та контрафакції пропонується два критерії: якість механічного відтворення, яка при контрафакції залишається незмінною порівняно з оригіналом (при піратстві контрафактний примірник, як правило, значно нижчий за якістю), а також прагнення контрафактора ввести в оману споживача при

¹ Prawo własności intelektualnej / pod redakcją Joanny Sienczyło-Chlabicz. – Wydanie 1. – Warszawa : LexisNexis, 2009. – s. 191–192

розповсюдженні контрафактних примірників, та відсутність такого наміру при піратстві внаслідок явної підробки примірнику, що містить об'єкти авторського права та суміжних прав.

Для кваліфікації протиправних дій як піратства істотне значення має мета таких дій, що дозволяє відмежувати неправомірне використання без згоди автора від вільного (тобто, правомірного) використання без такої згоди. Тому при оцінці відтворення й поширення твору як протиправних дій, слід установити їх мета, враховуючи при цьому, що згідно із Проектом типових положень ВОИС, виготовлення екземплярів становить піратську дію лише в тому випадку, коли ці екземпляри виготовляються в комерційних масштабах і без згоди правовласника. Про комерційні масштаби як критерії піратства говориться й у ст. 61 Угоди TRIPS, де встановлена вимога про встановлення карної відповідальності за піратське використання творів у комерційних масштабах (підкреслене мною – Е. Х). Зокрема, названа стаття Угоди передбачає, що країни-члени зобов'язано забезпечити карні процедури й покарання у відношенні контрафактних товарних знаків або піратства авторських прав. Але за умови, що контрафакт і піратство мають навмисний характер або здійснюються в комерційних масштабах. Крім того, покарання повинне бути відповідно до ваги злочину. Згідно із цією статтею, у якості додаткового обтяження передбачається й конфіскація контрафактних товарів, матеріалів і встаткування, які переважним образом використовувалися при скоєнні правопорушень. Остання пропозиція ст. 61 Угоди ТРІПС містить, по думках деяких авторів, найважливіше положення, що здатні мати для країн-членів істотні наслідки в сфері обороту інтелектуальної продукції¹.

Підводячи підсумок досить стислому дослідженню питань плагіату і піратства в Україні та Республіці Польща, слід акцентувати увагу на спільних зусиллях у цьому напрямку. І тут не можна не згадати, зокрема, Проект Європейського кодексу авторського права, метою якого є гармонізація й уніфікація авторського права на європейському рівні, оскільки, незважаючи на двадцятилітній досвід гармонізації авторського права шляхом прийняття Директив і зростання значення прецедентів Європейського суду, законодавство в державах – членах ЄС дотепер суттєво відрізняється. Це феноменальне явище в розвитку й зближенні доктринальних основ європейського авторського права, подоланні розбіжностей між

¹ Пирогова В. Контрафакт и пиратство: вопросы теории и практики // Режим доступа: http://www.juristlib.ru/book_7590.html

різними системами й моделями авторського права, тим більше, що основу цього документа становлять норми семи директив ЄС про авторське право. Однак він не виходить за рамки, встановлені Бернською конвенцією про охорону прав інтелектуальної власності й договорів ВОИС, що є дійсними для ЄС і його держав-членів¹.

Кохановська О. В., професор кафедри цивільного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України

ДО ПИТАННЯ ПРО ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ ОБ'ЄКТІВ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ У ЦК УКРАЇНИ І В ПРОПОЗИЦІЯХ РОЗРОБНИКІВ ЙОГО ПРОЕКТУ

Цивільний кодекс України, задуманий як Кодекс громадянського суспільства або Кодекс приватного життя за минулі роки став також воістину Кодексом ринкової економіки і своєрідною Економічною Конституцією України, довівши своє виняткове значення у процесі побудови самостійної і незалежної системи відносин між юридично вільними і рівноправними учасниками і партнерами у всіх сферах життя людини.

Проект Цивільного кодексу створювався, як відомо, у надзвичайно стислі строки для кодифікації подібного масштабу, але із натхненням і майстерністю розробників, які довели високий рівень свого професіоналізму і громадського патріотизму, охопивши усі сфери життя суспільства, урахувавши досвід минулих вітчизняних кодифікацій і провідні риси приватноправових кодифікацій зарубіжних країн.

Аналіз норм ЦК України, в яких закріплені положення щодо об'єктів цивільних прав, має на меті ще раз підтвердити думку, висловлену під час підготовки проекту Цивільного кодексу її розробниками: «...все

¹ Комзюк Л. Значення проекту Європейського кодексу авторського права для гармонізації авторського права у процесі європейської інтеграції / Л. Комзюк // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2011. – №4. – С.5.

право України, як і право всіх сучасних цивілізованих держав, має чітко поділятися на право приватне і право публічне. З цього виходить і нова Конституція України, в якій центральними є норми про права і свободи людини, а всі інші її норми покликані слугувати забезпеченню цих прав і свобод. Розроблений проект ЦК – це кодекс приватного права, згідно з яким мають діяти всі ділянки громадянського суспільства, як особи фізичні (люди), так і особи юридичні (організації)»¹.

Як відомо, під об'єктами цивільних прав у вітчизняній теорії і на практиці розуміють сьогодні матеріальні та нематеріальні блага, з приводу яких виникають цивільні правовідносини; або все те, з приводу чого виникають та здійснюються цивільні права та обов'язки, а об'єкти цивільних правовідносин і об'єкти цивільних прав розглядаються як поняття тотожні. Цивільні правовідносини виникають і складаються між особами щодо матеріальних чи нематеріальних благ для задоволення своїх потреб. Отже, об'єктом цивільних прав (правовідносин) може бути те, заради чого суб'єкти вступають у правовідносини і на що спрямовані їхні суб'єктивні права та обов'язки з метою здійснення своїх законних прав та інтересів.

ЦК УРСР 1963 р. на містив будь – яких норм чи статей, які б окремо визначали загальні положення про об'єкти цивільних прав. За словами О. А. Підпригора: «Ці положення були розсіяні по всьому Кодексу, що ускладнювало користування ними. Тому виклад загальних положень про об'єкти цивільних прав в окремому розділі Проекту є доцільним і обґрунтованим. Передусім, зазначені норми визначають правовий режим окремих видів об'єктів цивільного права; по – друге, визначають коло об'єктів цивільних прав; по – третє, чітко регламентують співвідношення окремих видів об'єктів»².

Розділ III чинного ЦК України поділяється на 15 глав і складається з 24 статей. Глава 12 присвячена загальним положенням про об'єкти цивільних прав, в Главі 13 йдеться про речі і майно. Глава

¹Сергій Головатий, Анатолій Довгерт, Опанас Підпригора, Олександр Пушкін, Діна Боброва, Наталія Кузнецова, Володимир Луць, Зоряна Ромовська, Віктор Мусіяка, Михайло Сібільов, Ярославна Шевченко Передмова до проекту Цивільного кодексу України // Українське право. Науково – практичний часопис – Число 1(11)², 1999. – 61с. – С.8.

²О. Підпригора Об'єкти цивільних прав у проекті Цивільного кодексу України / Українське право. Число 1. Проблеми приватного права. – Українська правничка фундація., Київ. – 1998. – 1 (9), 98. – 372с. – С.61

14 містить норми про цінні папери. Глава 15 присвячена нематеріальним благам¹.

У ст. 177 Глави 12 Загальних положень ЦК України наводиться перелік видів об'єктів цивільних прав: речі, у тому числі гроші та цінні папери, інше майно, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, а також інші матеріальні і нематеріальні блага. Цей перелік об'єктів цивільних прав, який так само пропонувалося унормувати свого часу у різних редакціях ст.161 проекту ЦК України², не є вичерпним і його можна поділити умовно на дві групи – нематеріальні і матеріальні блага, хоча цей поділ є відносним і в цілому не відображає динаміки цивільних правовідносин. Не завжди можна також з точністю визначити – до якої саме групи об'єктів цивільних прав належить в тій чи іншій життєвій ситуації той чи інший об'єкт.

Термін «благо», який застосовується у законодавстві і доктрині цивільного права, означає цінність, яка притаманна матеріальним предметам оточуючого світу, які створені природою або людиною; а також людські цінності, які належать людині від природи, в силу самого її фізичного існування чи які набуваються в результаті існування в соціумі і які не мають майнової цінності і можуть усвідомлюватися людиною, як живую істотою, чи бути притаманні створюваним нею утворенням.

Група матеріальних благ складається з таких видів об'єктів цивільних прав як речі, майно тощо. При цьому майно – це особливий об'єкт, яким вважається як окрема річ, так і сукупність речей, а також майнові права та обов'язки. Тому речі, гроші, цінні папери, майнові права (а також кореспондуючі правам обов'язки), утворюють поняття «майна». До цієї групи об'єктів цивільних прав відносять також виконання робіт і послуги, основою яких є певні дії.

¹ В Проекті ЦК України Розділ третій поділявся на п'ять глав і складався з 31 статті. Глава перша була присвячена загальним положенням про об'єкти цивільних прав, в другій главі йшлося про речі і майно. Третя глава містила норми про цінні папери. Вона складалася із двох параграфів: I – загальні положення про цінні папери і 2 – окремі види цінних паперів. Нематеріальні блага як об'єкти цивільних прав розглядалися в останній п'ятій главі.

² Редакція проекту ЦК України: «Стаття 161. Види об'єктів цивільних прав. До об'єктів цивільних прав належать речі, включаючи гроші та цінні папери, інше майно, у тому числі майнові права, роботи та послуги, результати творчої діяльності, *службова та комерційна таємниця*, особисті немайнові блага, а також інші матеріальні та нематеріальні блага» або наступна редакція: «...Об'єктами цивільного права є речі, у тому числі гроші та цінні папери, інше майно, майнові права, *результати* робіт, послуги, результати *інтелектуальної* діяльності, *конфіденційна* інформація, а також інші матеріальні і нематеріальні блага».

До групи нематеріальних благ належать життя, здоров'я, честь, гідність, свобода, ділова репутація, інформація, особиста і сімейна таємниця, результати інтелектуальної творчої діяльності.

Оскільки перелік об'єктів цивільних прав невичерпний, до такого переліку на практиці прийнято відносити і інші об'єкти, які не увійшли до вище вказаних груп, наприклад, корпоративні права, під якими розуміють близько чотирнадцяти взаємопов'язаних прав.

Об'єкти цивільних прав можна також класифікувати й за іншими критеріями. Наприклад, за критерієм оборотоздатності об'єкти цивільних прав поділяються на: об'єкти, що обертаються вільно; об'єкти обмежено оборотоздатні; об'єкти, вилучені з обороту.

Згідно із ст. 178 ЦК України, яка має назву «Оборотоздатність об'єктів цивільних прав», об'єкти цивільних прав можуть вільно відчужуватися або переходити від однієї особи до іншої в порядку правонаступництва чи спадкування або іншим чином, якщо вони не вилучені з цивільного обороту, або не обмежені в обороті, або не є невід'ємними від фізичної або юридичної особи. При цьому види об'єктів цивільних прав, вилучених з цивільного обороту, або обмежено оборотоздатних, встановлюються лише законом. Отже, оборотоздатність об'єктів цивільних прав означає можливість вчинення правочинів та інших не заборонених законодавством дій щодо таких об'єктів, спрямованих на передачу останніх у межах цивільного обороту. Такий обіг не обмежується виключно переходом права власності. Підставою оборотоздатності може бути правочин, адміністративний акт, інші юридичні факти. Проект ЦК України із самого початку не визначав якихось певних вимог чи ознак до об'єктів цивільних прав, крім однієї, зате досить важливої – оборотоздатності об'єктів цивільних прав: «Об'єктом цивільних прав може бути лише те, що має здатність бути об'єктом цивільного обороту. Без цієї ознаки будь – яка річ, робота, послуга, результат творчої діяльності не можуть бути визнані об'єктом цивільного права»¹.

Більшість об'єктів цивільних прав, згідно ЦК України, обертаються вільно і вільно відчужуються чи переходять від однієї до іншої особи в порядку спадкування або правонаступництва, або в інший спосіб. Якщо

¹ О. Підпригора Об'єкти цивільних прав у проекті Цивільного кодексу України / Українське право. Число 1. Проблеми приватного права. – Українська правничка фундація., Київ. – 1998. – 1 (9), 98. – 372с. – С.62.

немає спеціальної вказівки закону, діє презумпція щодо вільного обігу об'єктів (за умови, що вони не вилучені з обігу, не обмежені в обігу, не є невід'ємними від фізичної чи юридичної особи)¹.

Спасибо-Фатєєва І. В., професор кафедри цивільного права № 1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрНУ

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ РЕСТИТУЦІЇ

Зазвичай реституція застосовується в якості наслідку недійсності правочину задля повернення його сторін в первісний стан. Адже сам по собі факт недійсності договору не достатній ані для його сторін, ані для суспільного порядку і цивільного обороту.

Оскільки реституція є наслідком звернення сторони договору або іншої особи до суду, то для її застосування слід додержуватися загальних вимог про позовну давність (ст. 257 ЦК). Якщо особа не звертається до суду протягом трьох років, то в подальшому захистити своє право на майно стає для неї проблематичним, хоча й не виключається, що пропущені строки суд відновить (ст. 267 ЦК).

На практиці склалися такі варіанти звернення особи до суду з вимогою про визнання правочину недійсним: (а) в позовній заяві не міститься інших

¹ За загальним правилом ст. 162 Проекту ЦК України, об'єкти цивільних прав могли вільно відчужуватися або переходити від однієї особи до іншої в порядку *універсального* правонаступництва (успадкування) або іншим чином, якщо вони не вилучені з обороту, або не обмежені в обороті, або є невід'ємними від фізичної або юридичної особи. Вилучення речей із цивільного обороту могло мати місце лише на підставі закону. Вилучення речей із цивільного обороту означало також, що деякі окремі об'єкти можуть бути у власності лише певних суб'єктів цивільного права. Так режим передбачався, як і сьогодні, для надр, вод і лісів, які, згідно Конституції України, є у виключній власності народу України і надаються тільки у володіння і користування. Деякі види об'єктів цивільного права, як і нині, могли бути лише в обмеженому обороті, тобто допускалися до обороту лише за спеціальним дозволом. Перелік таких речей також передбачалося визначати законом (наприклад, зброя, вибухові та радіоактивні речовини, сильнодіючі отрути тощо). Спеціальний правовий режим було встановлено Проектом ЦК України для таких об'єктів як земля та інші природні ресурси, який визначався законодавством про землю.

вимог, крім вимоги про визнання правочину недійсним; (б) позивач вимагає повернення йому майна; (в) позивач вимагає застосування наслідків недійсності правочинів – реституцію та відшкодування збитків.

В першому випадку виникає питання про допустимість застосування судом наслідків недійсності правочину. Ч.5 ст.216 ЦК передбачено, що суд *може* застосовувати наслідки недійсності нікчемного правочину з власної ініціативи. Однак, постає питання про те, в яких випадках суд здійснює цю можливість, а в яких він може пройти поза неї. Згідно ст.83 Господарсько-процесуального кодексу України господарський суд, приймаючи рішення, має право виходити за межі позовних вимог, якщо це необхідно для захисту прав і законних інтересів позивачів або третіх осіб із самостійними вимогами на предмет спору і про це є клопотання заінтересованої сторони. Виходить, що, по-перше, для захисту відповідача суд не може виходити за межі позовних вимог; по-друге, без відповідного клопотання (відсутності в процесі відповідача) це зробити не можливо.

Згідно ч.1. ст.11 ЦПК України суд розглядає цивільні справи не інакше, як за зверненням фізичних чи юридичних осіб, поданими відповідно до цього кодексу, в межах заявлених ними вимог.

Що стосується ситуації, коли позивач заявляє про повернення *йому* одержаного другою стороною правочину (а саме така вимога є найбільш поширеною на практиці), то це можна пояснити тим, що позивач захищає своє право і дбає про себе і про відновлення саме свого становища. Проте, його позов не можна вважати таким, що містить реституційну вимогу. У такому разі нехтується припис ч.1 ст.216 ЦК, що *кожна* сторона має повернути другій стороні все, що вона одержала на виконання такого договору. Якщо одна сторона договору заявила такий позов, і суд виніс рішення про його задоволення, в неї буде й те, що вона отримала від іншої сторони, і те, що їй повернено за рішенням суду. А це недопустимо.

До 2004 р. в Україні існувала дво- та одностороння реституція. З 2004 р. до 2011 р. за ЦК передбачається тільки двостороння реституція (тобто взаємне повернення майна, переданого за недійсним договором), а за ГК – й одностороння реституція і навіть недопущення реституції, а стягнення всього отриманого за недійсним договором в доход держави (ст.208). З 2011 р. і в ЦК передбачений випадок, коли може застосовуватися одностороння реституція (ст.228).

У випадку ж задоволення судом вимоги про повернення майна лише одній стороні договору на її вимогу ми будемо мати своєрідну односто-

ронню реституцію. Своєрідність її у тому, що вона не відбиває розуміння односторонньої реституції як певної санкції, коли одній стороні правочину повертається майно, а з другої стягується одержане нею за недійсним правочином на користь держави. Тому такий спосіб захисту видається невірним.

У ч. 2 ст. 236 ЦК України встановлене особливе правило, згідно з яким, якщо за недійсним правочином права й обов'язки передбачалися лише на майбутнє, можливість їхнього настання в майбутньому припиняється. Із цього випливає, по-перше, що йдеться про наслідки як нікчемного, так і оспорюваного договору; по-друге, якщо ч. 1 ст. 236 ЦК України стосується зворотної сили норми, то ч. 2 – майбутнього часу; по-третє, з ч. 2 (як і ч. 1) не впливає також нічого, що стосується долі договору в період від його вчинення до винесення рішення судом про визнання його недійсним.

Інакше кажучи, ч. 2 сприймається досить вузько – на майбутнє договір не повинен виконуватися. І це зрозуміло, тому що права та обов'язки у його сторін не виникають.

Інша справа, що повсюдно складаються ситуації, коли договір з моменту його укладення й до винесення рішення судом про його недійсність існував й виконувався, наприклад, за договором оренди сплачувалася орендна плата. Тоді, застосовуючи ч. 2 ст. 236 ЦК України, на майбутнє орендна плата не сплачуватиметься, але постає питання, як бути з тією орендною платою, яка вже сплачена. Адже договір оренди недійсний з моменту його укладення. Відтак, чи може орендар, який виконав вимоги орендодавця про повернення йому орендованого майна, зажадати у свою чергу повернення сплаченої ним орендної плати?

Задоволення такого позову було б порушенням принципу справедливості, оскільки передбачається, що будь-яке користування чужим майном є оплатним, навіть за відсутності договору як підстави користування.

Якщо ж орендар сплачував платежі орендодавцеві, який не мав права здавати в оренду майно, то при визнанні договору оренди недійсним, орендареві повертаються всі та платежі, які він сплачував. Інакше орендодавець би безпідставно збагатився (набув коштів без достатньої правової підстави).

Ще складніше сприймається вимога про застосування реституції при недійсності договору про надання послуг, адже вони вже були надані і повернути сторони в первісний стан або відновити становище особи, якій надавалися послуги, не виявляється можливим. І оскільки послуга вже спожита, залишається відшкодувати її вартість. Відтак, наслідки

недійсності договорів про надання послуг співпадатимуть з наслідками виконання цих договорів, адже в обох випадках замовник матиме платити за надану послугу виконавцю, хоча б договір між ними і не існував (оскільки недійсний договір вважається таким з моменту укладення і не породжує правових наслідків).

Не виключаються й випадки, коли визнання договору підряду недійсним не тягне за собою відмову від оплати вартості тих робіт, які були прийняті замовником, оскільки підписання ним акту свідчить про те, що виконані підрядником роботи мають для нього цінність і він скористується їх результатами. Тому вони мають бути оплачені замовником.

Отже, що стосується наслідків недійсності договорів, то попри загальне зазначення про застосування реституції, можливі різні варіанти. Якщо договір визнано судом недійсним, то іноді може йтися тільки про припинення його дії (наслідків його як юридичного факту, спрямованого на виникнення, зміну або припинення прав і обов'язків) лише на майбутнє. Це, як правило, договори з триваючим виконанням, наприклад, договір позики, у разі визнання якого недійсним підлягає поверненню позичена сума, а сплату відсотків, передбачених договором на цю суму, суд може припинити на майбутнє. Однак невірно було б не нараховувати відсотки до моменту набрання чинності рішенням суду про визнання оспорюваного договору недійсним. Після набрання чинності рішенням суду відсотки за користування коштами нараховуються на підставі ч. 2 ст. 625 ЦК України, тобто в розмірі трьох відсотків річних.

Коссак В. М., завідувач кафедри цивільного права та процесу Львівського національного університету імені Івана Франка, доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України

ПЕРЕДУМОВИ УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ БУДІВЕЛЬНОГО ПІДРЯДУ

Правова природа договорів у сфері будівництва не відрізняється кардинально від інших видів договорів, як опосередковують відносини в цивільному обороті. Учасниками останнього можуть бути фізичні та

юридичні особи. В тому числі суб'єкти підприємницької діяльності Статус сторони договору та мета, яку вона намагається досягти не може бути правовим чинником різних підходів до регулювання схожих відносин в ринкових умовах.

Регламентация договірних відносин в будівництві повинно здійснюватися, виходячи з уніфікованої нормативної бази, яка є джерелом регулювання певних відносин. Договірне правовідношення за своєю суттю є вільним волевиявленням контрагентів, що базується на загальновизначених приватного права. Договори в сфері будівництва в умовах ринкової економіки не відрізняються за своєю природою від інших договорів, що опосередковують цивільний в т.ч. господарський оборот.

В умовах адміністративно-планового господарювання укладенню договору передували визначені законодавством певні передумови, що дало підстави для тривалої дискусії щодо можливості укладення договору на виконання будівельних робіт. Зокрема, обґрунтовувалася позиція, що договір може бути укладений лише за наявності планових передумов. Для цього об'єкт будівництва повинен бути включений в план капітального будівництва. При цьому необхідна проектно-кошторисна документація, визначені джерела фінансування, затверджені титульні списки будівництва. Зазначені чинники мали значення в умовах практично стовідсоткового планування будівництва. Лише незначна частина здійснювалася господарським способом. Але в таких випадках договір підрядного типу не укладався. Фінансування здійснювалося за рахунок державних капіталовкладень. Цим пояснювалося існування планових передумов необхідних для укладення договору.

Договір будівельного підряду укладається з конкретною метою – спорудження нового об'єкта реконструкції або капітального ремонту існуючого. Тому договір будівельного підряду є результат досягнення згоди стосовно інтересів сторін, які хочуть реалізувати сторони. Договором будівельного підряду реалізується баланс інтересів сторін – замовника і підрядника. Перший хоче отримати передбачений договором результат, а другий – отримати матеріальну винагороду за належне використання умов договору. Реалізація інтересів сторін здійснюється шляхом укладення договору на основі вільного волевиявлення.

Водночас, у випадках встановлених законодавством сторони зобов'язані укласти договір за наявності певних передумов. Зокрема, відповідно до постанови Кабінету Міністрів України «Про порядок затвердження титулів будов (об'єктів), будівництво яких здійснюється із

залученням бюджетних коштів або коштів підприємств державної власності» від 8 вересня 1997 р. фінансування капітальних вкладень із залученням зазначених джерел здійснюється лише за наявності погоджених та затверджених у встановленому порядку титулів будов.

Титули будівельних об'єктів визначають основні техніко-економічні показники будови (реконструкції) її місцезнаходження сфера управління галузь, до якої належать, характер будівництва (нове будівництво, реконструкція тощо), обсяг капіталовкладень та завдання щодо введення в дію потужностей та основних фондів на весь період будівництва з розподілом за роками та врахуванням нормативних строків тривалості будівництва.

Але укладення договору в капітальному будівництві на підставі державного замовлення та фінансування не применшує роль договору в регулюванні взаємовідносин сторін. Договори в капітальному будівництві мають триваючий характер. Тому важливе значення має визначення істотних умов договору, які встановлюють права та обов'язки учасників договірних відносин інвестиційної діяльності в будівництві.

Так, згідно із загальними умовами укладення та виконання договорів підядру в капітальному будівництві і затверджених постановою Кабінету Міністрів України, від 1 серпня 2005 р. їх положення є обов'язковими для врахування під час укладення та виконання договорів підядру в капітальному будівництві незалежно від джерел фінансування робіт, а також форми власності замовника та підрядника (субпідрядників).

В умовах переходу до ринкової економіки відпала необхідність в т. зв. планових передумовах укладення договору на виконання будівельних робіт. Хоча це не виключає наявності певних умов для укладення договору в будівельній області. Зокрема, для виконання договору та визначення його змісту важливе значення має затверджена проектно-кошторисна документація. Остання визначає технічно-фінансові параметри об'єкта будівництва (реконструкції, капітального ремонту) і є підставою для характеристики предмета договору. Проектно-кошторисна документація дозволяє визначити складність майбутніх будівельних робіт і відповідно встановити строки їх виконання. Тому підставою для визначення змісту договору є проектно-кошторисна документація. Адже неможливо досягти згоди щодо предмету договору не маючи відомостей про техніко-економічні параметри об'єкта будівництва (реконструкції). Тому важливою передумовою укладення договору і погодження його змісту є наявність затвердженої проектно-кошторисної документації.

В проектно-кошторисній документації визначаються фінансові показники, які є, підставою погодження вартості будівельно-монтажних

робіт в договорі. Фінансування будівельно-монтажних робіт здійснюється замовником, а при будівництві (реконструкції) на підставі державного замовлення з державного бюджету.

Водночас, наявність чи відсутність проектно-кошторисної документації не можна вважати обставиною, яка юридично унеможлиблює укладення договору будівельного підряду. Адже умовою договору може бути покладено обов'язок підготовки проектно-кошторисної документації підрядником. Укладення договору будівельного підряду без погодження істотних умов, які визначають його зміст слід трактувати як попередній договір.

Згідно з ст. 635 ЦК України попереднім є договір, сторони якого зобов'язуються протягом певного строку (у певній термін) укласти договір в майбутньому (основний договір) на умовах встановлених попереднім договором. Істотні умови основного договору, що не визначені попереднім договором погоджуються в порядку встановленому сторонами у попередньому договорі, якщо такий порядок не встановлений актами цивільного законодавства. Зобов'язання, встановлене попереднім договором припиняється, якщо основний договір не укладений протягом строку (у термін), визначений попереднім договором або, якщо жодна із сторін не направить другій стороні пропозицію про його укладення. Договір про наміри (протокол про наміри тощо), якщо в ньому немає волевиявлення сторін щодо надання йому значення попереднього договору не вважається попереднім договором. Тому залежно від змісту договору укладеного між замовником та підрядником останній можна трактувати як договір будівельного підряду або попередній договір.

Мошак Г. Г., завідувач кафедри цивільного і трудового права Одеського національного морського університету, доктор юридичних наук, професор

ДОСЛІДЖЕННЯ ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНИХ ТРАНСПОРТНИХ ВІДНОСИН ПРОФЕСОРОМ К. ОТТЕ (ФРН)

Німецький професор Карстен Отте відомий у колах європейських цивілістів дослідженнями зобов'язальних відносин і норм, їх регулюючих. Увага до творів вченого серед іншого обґрунтовується їх належністю до

транспортного – однієї із найбільш уніфікованих частин права. Основні ідейного викладено у працях «Міжнародне договірне право»¹, «Торговий кодекс. Параграфи 407–475. Транспортне право» (Мюнхенський коментар)², Право внутрішнього судноплавства.³ Його доповідь «Розвиток європейського транспортного права» перекладена і видана мною російською мовою у м. Одеса. Подібних за глибиною та обсягом досліджень зобов'язального транспортного права в Україні не здійснювалося.

К. Отте очолює управління регулювання доступу до залізничних шляхів у Федеральному агентстві мереж ФРН. За службовим обов'язком він розробляє для ФРН і Євросоюзу доктрину і нормативні пропозиції щодо вдосконалення регулювання відносин у сфері залізничних перевезень, а також втілює їх у юридичну практику. Ідеї і досвід вченого цінні з точки зору можливості їх використання в Україні.

К. Отте здійснив систематизацію і періодизацію норм зобов'язального транспортного права, вніс значний вклад у вдосконалення регулювання відносин у сфері залізничних перевезень.

К. Отте виділяє публічні і приватні відносини, що існують у сфері транспорту. Приватно правовими зобов'язальними відносинами він вважає ті, що виникають при визначенні умов перевезень, чартеру, цивільно-правової відповідальності взагалі і у колізійних випадках зокрема, а також відносини, які виникають у зв'язку з наданням допомоги та при рятунні.

Систематизація актів законодавства, що регулюють транспортні відносини, знайшла відображення у створеному К. Отте у Мангеймському університеті фаховому сайті «Транспортне право»⁴. На ньому

¹ У «Міжнародному договірному праві» професору К. Отте належить коментар до Конвенції про договір міжнародного автомобільного перевезення вантажів від 19 травня 1956 р. (з сторінки 779 по 1024 сторінку, всього коментар на 245 сторінках; Вийшов у Мюнхені у 2007 році, видавництво Бек).

² У «Торговому кодексі. Параграфи 407–475. Транспортне право» 2-е видання, Мюнхен, 2009 рік, Видавництво «Бек» професору К. Отте належить коментар до «Будапештської конвенції про договір перевезення вантажів внутрішніми водними шляхами» (КПВВ) від 22.06.2001. Коментар розміщений на сторінках з 1769 по 1955, всього 186 сторінок. Коментар вийшов у книзі «Торговий кодекс. Параграфи 407–475. Транспортне право» 2-е видання. – Мюнхен, 2009 рік. – Видавництво Бек.

³ Двохтомне видання нормативних актів по 700 сторінок кожен том, видавництво «Фоос», 2003.

⁴ TRANSPORTRECHT.DE erscheint unter redaktioneller Aufsicht der Forschungsstelle für Europäisches Transport- und Verkehrsrecht der UNIVERSITÄT MANNHEIM. – Режим доступу: <http://www.transportrecht.de/> – Назва з екрана.

зібрані акти німецького законодавства і законодавства ЄС, що регулюють зобов'язальні відносини при автомобільних вантажних перевезеннях, внутрішньому судноплаванні, залізничних перевезеннях, морському судноплаванні, транспортно-експедиційних операціях, транспортному страхуванні, повітряному сполученні та у сфері прикордонної охорони.

К. Отте виділяє щонайменше три етапи розвитку зобов'язального права у ФРН. Перший – початок бурхливого розвитку у Німеччині і Європі – розпочався у 1985 р., коли Європейський суд задовольнив позов Європейського парламенту до Ради Міністрів ЄС у зв'язку з законотворчою бездіяльністю у транспортному секторі. Європейське Співтовариство вимушено прискорило запровадження уніфікованих, що усувають дискримінацію, умов допуску і діяльності транспортних підприємств на територію держав-учасниць ЄС, на яких вони самі не знаходилися. Зобов'язальні відносини лібералізувалися завдяки відкриттю ринків, наданню доступу до ринків повітряного і залізничного сполучення, внутрішнього судноплавання – іноземним перевізникам.

Другий етап розвитку зобов'язальних відносин, на думку К. Отте, співпав з початком здійснення загальноєвропейської уніфікації діючих на національних транспортних ринках конкурентних умов, з оптимізацією конкуренції на національних транспортних ринках, і не тільки всередині транспортної інфраструктури, але також і між ними. У цей період запроваджується допуск до внутрішніх перевезень іноземних підприємств і, відповідно, приймається законодавство, що передбачає регулювання зобов'язальних відносин у внутрішньому судноплаванні з 1992 р., у повітряному сполученні з 1997 р., у дорожньому транспорті – з 1998 р. Третій етап К. Отте пов'язує із умовним завершенням європейських інтеграційних процесів і створенням бази правових актів Євросоюзу, що забезпечують здійснення спільної транспортної політики. Деякі з них мають пріоритет над актами внутрішнього права. У 2004 р. ЄС запровадив пакет законів щодо рамкових умов створення уніфікованого європейського повітряного простору. У цей же час вводиться дія окремих актів ЄС безпосередньо у внутрішні правопорядки держав ЄС.

Зміни зобов'язального права залізничних перевезень К. Отте також обумовлює розвитком і інтернаціоналізацією інфраструктури та зародженням нових зобов'язальних відносин. Хоч залізничне сполучення

у Німеччині та країнах Західної Європи за його первісною цільовою установкою не мало на меті здійснення діяльності на чужої інфраструктурі. Звідси випливала необхідність взаємного відкриття за допомогою низки пакетів законодавства. Так було здійснено поступові відділення: економічне відділення мережі залізничних доріг від обслуговуючих їх підприємств; потім спрощувався доступ іноземних залізничних підприємств в ешелонованій формі: для вантажообігу на певних трасах, потім у загальній мережі; спочатку транскордонне, пізніше також і у формі каботажу; спочатку тільки вантажообіг, потім і пасажирське сполучення. Виникли нові за природою самостійні зобов'язальні відносини, пов'язані з використанням доріг, приміщень залізничних станцій та вокзалів, підприємств, обслуговуючих експлуатацію техніки. Народилося нове законодавство, що відобразило специфіку названих зобов'язань.

З 2006 р. К. Отте у Федеральному агентстві мереж ФРН стежить за дотриманням недискримінаційних умов доступу до залізничної інфраструктури, зокрема при прийнятті рішень щодо виділення маршрутів руху поїздів, доступу до сервісних об'єктів (на вокзалах, обслуговуючих об'єктах, портах і під'їзних шляхах), а також за дотриманням рівних умов для всіх операторів залізничної інфраструктури та обслуговування об'єктів регулювання, незалежно від їх положення на ринку (симетричне регулювання).

В Україні ще не спостерігається прогресу у створенні норм, котрі регулювали б подібні зобов'язальні відносини, оскільки відсутні процеси роз'єднання.»Укрзалізниця» забезпечують монопольне функціонування як єдиному розпоряднику всього, що забезпечує залізничне сполучення, не зважаючи на погіршення її фінансового стану¹. Регулювання залізничних перевезень лише нормами ЦК України і законів»Про транспорт», «Про залізничний транспорт»недостатньо враховує сучасні інтеграційні процеси,що впливають на різні види транспорту та темпи інтернаціоналізації їх діяльності,не захищають інтереси інших користувачів залізничних шляхів. Викладене дає підставу для висновку, що поштовхом до розвитку сучасного зобов'язального транспортного права в Україні має бути прискорення змін у транспортних відносинах.

¹ За 6 місяців 2013 року у порівнянні за той же період минулого року прибуток «Укрзалізниця» зменшився майже втричі, пасажирськими перевезеннями залізниця нехтує, розвиваючи лише вантажні перевезення і збільшує витрати на адміністративний апарат.

Грияк А. Б., доктор юридичних наук,
учений секретар НДІ приватного права
і підприємництва імені академіка
Ф. Г. Бурчака НАПрН України, старший
науковий співробітник

СПІВВІДНОШЕННЯ ПОРУШЕННЯ ДОГОВІРНОГО ЗОВОВ'ЯЗАННЯ З ТАКОЮ СУМІЖНОЮ ПРАВОВОЮ КАТЕГОРІЄЮ, ЯК ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ

Договірне зобов'язання протягом свого існування потенційно може мати декілька послідовних стадій – укладення, забезпечення, виконання, припинення. Звичайно, будь-який договір має стадії виникнення та припинення, але далеко не завжди вони бувають забезпеченими, а іноді навіть належно виконані. Однак кожна з цих стадій є свідченням «позитивного» перебігу договірної правовідносини. Тобто вони мають місце у разі нормального розвитку договірних відносин. Однак може виникнути ситуація, коли сторони не виконують належним чином своїх зобов'язань, що призводить до порушення договірної зобов'язання.

Порушення договору є негативним відображенням існування правовідносин і не може розглядатися як звичайна стадія його розвитку. Порушення договору є повною протилежністю його належного виконання, оскільки характеризує аномальну, нетипову поведінку сторін й означає такий стан правовідносин, коли одна, а іноді обидві його сторони не дотримуються приписів досягнутої домовленості або законодавчо встановлених правил.

Не торкаючись детально триваючої дискусії з приводу зловживання правом та добросовісності учасників цивільних відносин, все ж зазначимо, що питання співвідношення договірної правопорушення з суміжними правовими категоріями (неможливість виконання, зловживання правом тощо) не є достатньо вивченими в цивілістиці.

Зважаючи на це спробуємо з'ясувати одне з цих питань, а саме: чи існують об'єктивні підстави для ототожнення порушення договірної зобов'язання та зловживання правом, чи все ж це нетотожні хоча й близькі категорії?

Насамперед розпочнемо пошук відповіді на поставлені запитання з аналізу тих спільних ознак, які дозволять визначити їх схожість, а,

можливо, й тотожність. Отже, по-перше, порушення договірних зобов'язань як і зловживання правом є недозволеними діями, оскільки законодавець в обох випадках закріпив вказівку на те, що вони суперечать правилам виконання зобов'язання та здійснення суб'єктивних цивільних прав відповідно. Виходячи зі змісту ч. 3 ст. 13 ЦК України зловживання правом є також своєрідним «порушенням», адже особа, що зловживає своїм правом тим самим порушує передбачену в наведеній нормі імперативну заборону щодо свідомого завдання шкоди іншим особам, а також щодо зловживання правом в будь-яких інших формах.

По-друге, виходячи зі змісту ст. 13 ЦК України у договірних зобов'язальних правовідносинах зловживання правом також виступає у вигляді неналежного здійснення суб'єктивного права, що спрямоване виключно на заподіяння шкоди боржнику, а не на досягнення мети зобов'язання. Правові наслідки такого зловживання правом – відмова суду у задоволенні позову про примусове виконання боржником обов'язку в натурі через порушення особою вимог закону про недопустимість зловживання правом. Тобто слід звернути увагу, що при виконанні договірних зобов'язань реалізація прав вимоги і вчинення дій щодо виконання зобов'язання є тісно взаємопов'язаними, що неодноразово призводить до їх ототожнення на практиці. Так, непоодинокими є випадки, коли суди при розгляді спорів щодо неправомірних дій сторони договірних зобов'язань, що призвели до порушення прав іншої сторони, кваліфікують їх як зловживання правом, а не як порушення договірних зобов'язань¹ що не могло не призводити до застосування різних правових наслідків (порушення договірних зобов'язань зумовлює застосування ст. 611 ЦК, зловживання ж правом призводить до застосування ч. 6 ст. 13, ч. 3 ст. 16 ЦК України).

Нічого дивного у відображеному прикладі з судової практики щодо ототожнення порушення договірних зобов'язань та зловживання правом не має, оскільки ні законодавець, ні доктрина не запропонували чітких критеріїв такого розмежування для їх правильної кваліфікації на практиці. Так, порушення договірних зобов'язань є цивільним правопорушенням, наслідки якого визначені ст. 611 ЦК України. Водночас питання про поняття та наслідки зловживання правом залишається дис-

¹ Постанова Одеського апеляційного господарського суду від 15 травня 2007 року. Справа № 30/277-06-8278 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://www.reyestr.gov.ua/Review/678244>.

кусійним. Прикладом чого можуть слугувати різні підходи до розуміння зловживання правом, а саме як: 1) окремий вид цивільного правопорушення (В. П. Грибанов)¹; 2) делікт (М. О. Стефанчук)²; 3) порушення договірної зобов'язання (Є. Бутенко)³; 4) дія, яка може мати як правомірний, так і протиправний характер (О. О. Малиновський)⁴.

Аналізуючи наведені підходи, вважаємо такими, що не витримують критики три останні позиції, оскільки, по-перше, не витримує критики позиція щодо ототожнення зловживання правом з деліктом, адже наявність чи відсутність шкоди не може розглядатися як кваліфікуюча ознака зловживання правом, як і порушення договірної зобов'язання. До такого висновку приходимо аналізуючи законодавчий підхід у ст. 13 ЦК, де вказується саме на намір завдати шкоду, а не безпосередню наявність такої шкоди, її розмір тощо. Спірною видається й позиція про правомірний характер зловживання правом, оскільки порушення імперативно визначеного в ч. 3 ст. 13 ЦК правила про заборону зловживання правом в будь-яких формах не може становити вид правомірної поведінки. Не можна сприйняти третю точку зору за якою зловживання правом є формою порушення договірної зобов'язання поряд із невиконанням і неналежним виконанням зобов'язання.

Отже, із проаналізованих чотирьох підходів до розуміння зловживання правом найбільш прийнятною є позиція за якою зловживання правом, як і порушення договірної зобов'язання, є окремим видом цивільного правопорушення. Водночас такий висновок не слід трактувати як аргумент для ототожнення досліджуваних категорій, оскільки існують ряд відмінних ознак, що дозволяють дійти висновку про їх різну правову природу.

Так, розмежування досліджуваних категорій слід проводити зважаючи на те, що основу порушення договірної зобов'язання складає невиконання цивільно-правового зобов'язку, що в свою чергу є елементом змісту договірної зобов'язання, в той час як основою зловживання правом є неналежне здійснення суб'єктивного цивільного права. Крім

¹Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав / В. П. Грибанов. – М.: Статут, 2000. – С. 63.

²Стефанчук М. О. Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав / М. О. Стефанчук. – К.: КНТ, 2008. – С. 121.

³Бутенко Е. В. Вина в нарушении договорных обязательств: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Е. В. Бутенко. – Краснодар, 2002. – С. 5.

⁴Малиновский А. А. Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование) / А. А. Малиновский. – М.: Юрлитинформ, 2007. – 268.

того важливою ознакою за якою слід проводити таке розмежування розглядуваних понять є їх різні правові наслідки: порушення договірного зобов'язання зумовлює застосування способів захисту порушеного права, наслідком зловживання правом є можливість примусового припинення таких дій, а також відмова у захисті цивільного права.

Зважаючи на наведене, вважаємо, що ототожнення розглядуваних понять порушення договірного зобов'язання та зловживання правом є не доцільним та ще раз підкреслює потребу проведення наукових досліджень в цьому напрямі з метою пошуку критеріїв їх розмежування для правильного застосування судами належних правових наслідків кожного з цих юридичних фактів.

Труба В. И., декан економіко-правового факультета Одеського національного університету імені І. І. Мечникова, кандидат юридических наук, доцент

О СЕМЕЙНОМ ПРАВЕ УКРАИНЫ

Вопрос о месте семейного права в общей системе права до последнего времени, как известно, остается дискуссионным. Часть представителей юридической науки стоит на позициях признания семейного права в качестве самостоятельной отрасли права. По мнению других, семейное право является лишь одним из институтов гражданского права¹. Эти слова О. А. Красавчикова в спорах относительно места советского семейного права в системе советского права не только не утратили своей актуальности, а стали еще более насущными, учитывая возобновившиеся дискуссии о праве частном и праве публичном. И тут, безусловно, прав М. К. Сулейменов, говоря, что деление права на право публичное и право частное – главное в структуре права, но это деление напрямую связано с делением права на отрасли².

¹ Красавчиков О. А. Категории науки гражданского права. Избранные труды: В 2 т. Т. 1. М.: Статут, 2005. – С. 423–424.

² Сулейменов М. К. Предмет, метод и система гражданского права: проблемы теории и практики / Основные проблемы частного права. Сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора А. Л. Маковского / Отв. ред. В. В. Витрянский и Е. А. Суханов. – М.: Статут, 2010. – С. 443.

Как правило, принадлежность семейного права к праву гражданскому отстаивается со ссылкой на начала равенства положения участников семейных отношений (отношений между супругами, отношений между родителями и детьми), единством предмета и метода правового регулирования. При этом некоторые ученые не возражают против существования семейного права как учебной дисциплины и науки, предметом которых является правовое регулирование семейных отношений и изучения семейного законодательства.

По нашему мнению, семейное право имеет свой предмет, метод правового регулирования, определённый законом круг участников семейных правоотношений.

Так, предметом семейного права как отрасли является вся совокупность брачно-семейных отношений: отношения по заключению брака и отношения между супругами в браке, семейные отношения между родителями и детьми, между усыновителями и усыновленными, между родственниками установленных нормами семейного права степеней родства и между другими членами семьи. Предмет семейного права характеризует то, что отношения, подпадающие под его регулятивное воздействие между названными лицами являются брачно-семейными. Они призваны обслуживать интересы семьи, интересы каждого из ее членов.

Предметом же гражданского права являются имущественные (имущественно-стоимостные) отношения и личные неимущественные отношения, которые имеют взаимооценочный характер, что обуславливает применение к ним единого метода правового регулирования – метода юридического равенства сторон. Именно принципами равенства положения участников гражданских и семейных отношений обосновывают принадлежность семейного права к праву гражданского. Однако равенство в этих отраслях права имеет разную смысловую нагрузку.

Равенство участников гражданских правоотношений состоит в том, что все субъекты гражданского права участвуют в гражданских правоотношениях как лица равноправные, ни одно из них не может иметь преимуществ и привилегий, противоречащих закону.

Равенство не присуще большинству семейно-правовых отношений, в частности в отношениях между детьми и родителями (лицами, заменяющими родителей). С одной стороны, дети «подчинены» родителям и лицам, их заменяющим, с другой – права детей являются преимущественными согласно законодательству и должны быть таковыми непосредственно в семье и обществе.

Акты реализации прав и обязанностей в гражданском и семейном праве обычно осуществляются добровольно, без участия государства. Последствием неисполнения гражданских обязательств является прежде всего применение соответствующих видов обеспечения исполнения обязательства, вмешательство государства здесь не предусмотрено. Следствием же невыполнение обязанностей и нарушение прав в семейном праве является вмешательство государственных органов с целью устранения нарушений и применение в необходимых случаях принуждения для надлежащего исполнения участниками семейных отношений своих обязанностей.

Имущественное положение участников семейных правоотношений, а также их правовой статус (в частности, гражданство) не могут влиять на степень их участия в этих отношениях, тогда как имущественное положение участников гражданских отношений и их правовой статус в отдельных гражданских правоотношениях имеет большую значение, например в акционерных, земельных правоотношениях т.п.

Различные критерии лежат в основе разграничения имущественных отношений в гражданском праве, и имущественных отношений, которые относятся к предмету права семейного. Если в гражданском это – имущественная самостоятельность его субъектов, что включает в себя самостоятельное владение, пользование, распоряжение на условиях равноправия, то в семейном праве имущественная самостоятельность может отсутствовать или ограничиваться. Так, для заключения одним из супругов договоров, требующих нотариального удостоверения и/или государственной регистрации, а также договоров относительно ценного имущества, согласие второго из супругов должно быть подано в письменном виде (ч. 3 ст. 65 СК), управления имуществом малолетнего ребенка осуществляют его родители (ст. 177 СК) и т.п.

Таким образом, материальность брачно-семейных правоотношений кардинально отличается от материальности гражданско-правовых. В имущественном аспекте основным в отношениях между членами семьи является то, что семейные отношения, как правило, длительные, им присущ особый лично-доверительный характер, отсутствуют эквивалентно-отплатные начала, а основаниями возникновения семейных правоотношений, в том числе и имущественного характера, являются не юридические факты – действия, а юридические акты – события.

Специфика имущественных отношений в семейном праве менее выражена, чем в гражданском, нельзя сравнивать отношения, складывающиеся в семье, даже с учетом брачного контракта, с предприниматель-

скими или хозяйственными отношениями. Хотя брачный договор (контракт) соответствует общим признакам, присущим гражданско-правовым сделкам, мотивом, который побуждает заключить такой договор, является не потребность в осуществлении на свой риск деятельности, направленной на получение прибыли (предпринимательской деятельности), а, в частности, упорядочение имущественных отношений на случай развода, с целью предотвратить лишние споры. Тем более трудно представить стоимостной характер отношений, вытекающих из регистрации актов гражданского состояния, установления опеки и попечительства.

Четкое различие между гражданским и семейным правом существует и в части определения участников этих правоотношений.

Так, участниками семейных отношений являются: супруги, родители и дети, усыновители и усыновленные, баба, дед, прабабушка, прадед и внуки, правнуки, родные братья и сестры, мачеха, отчим и падчерица, пасынок, другие члены семьи, определенные СК.

Участниками гражданских отношений являются физические лица и юридические лица, государство Украина, Автономная Республика Крым, территориальные общины, иностранные государства и другие субъекты публичного права.

Участники гражданских правоотношений не всегда могут быть строго индивидуализированы, в отличие от участников семейных правоотношений, где правовое регулирование ограничивается четко определенными участниками семейных правоотношений.

Таким образом, семейное право имеет свой предмет и свой метод правового регулирования. С помощью предмета и метода можно не только выделить семейное право из единой системы права, но и выявить такие его особенности, которых вполне достаточно для того, чтобы сложилось четкое представление о семейном праве как отрасли.

Шишка Р. Б., завідувач кафедри господарського права і процесу Юридичного інституту Національного авіаційного університету, професор, доктор юридичних наук

ЩОДО ПОДАЛЬШОГО РОЗВИТКУ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Десятирічний досвід застосування ЦК України як вдалої кодифікації цивільного законодавства на пострадянському просторі на основі засад не-

припустимості свавільного втручання у сферу особистого життя людини та неприпустимості позбавлення права власності, крім випадків встановлених Конституцією України та законом, проявив його життєвість і здатність регулювати приватні правовідносини у тому числі в господарській сфері. Водночас йдеться постійне відточення його окремих інститутів із врахуванням об'єктивних закономірностей у соціумі, приватній сфері, економіці та інтеграційних процесів. Це зумовлює формування доктринальної основи вдосконалення позитивного права і тактики внесення в нього змін та доповнень.

Формалізований дуалізм приватного права актуалізував завдання універсалізації конструкцій в ЦК України та інших актах приватного права. Однозначно, що не може один і той самий інститут законодавства формулюватися в різних нормативних актах по різному. Насамперед не може бути різних легальних дефініцій одного і того ж правового явища. Йдеться про договори, які в ЦК змодельовані на консенсуальній та правочинній основі, а в ГК – на конструкції господарського зобов'язання. Це призводить до неоднорідності правозастосування, судової практики та маніпулювання законом, що є неприпустимим .

Априорі універсалізацій ний напрям правового регулювання приватних правовідносин є основним і невідворотним. Він – логічне продовження вдосконалення вироблених та відточених тисячолітньою практикою конструкцій. Відповідно ті інституту, які побудовані або на основі національної самобутності, небезпечні для ідеї його адаптації до законодавства ЄС. З одного боку вони є відправними і повинні безумовно враховуватися при проведенні досліджень, а з другого – вони не остання істина і не беззаперечна. Але йдеться лише про їх застосування до нових умов та форм, віртуальних, але і відповідність засадам розумності, добросовісності та справедливості.

Проявилось ряд моментів, які слід враховувати в визначені його розвитку: 1) необхідність усвідомлення того, що ця кодифікація попри її позитивні наслідки відстала від економічної та гуманітарної основи та не стикуються із головним спрямуванням регулювання цивільних суспільних відносин; 2) цивілістична наука «завинила» перед практикою, чи не завжди встигає за вимогами практики, що пов'язано із неналежним залученням провідних науковців до нормотворчої діяльності і формування судової практики; 3) глобальні процеси на універсалізацій ній основі вимагають створення єдиного позитивного регулювання відносин у приватній сфері; 4) проявились недоліки конструкцій низки інститутів цивільного законодавства; 5) законодавець за суб'єктивних причин чи за рівня розуміння невідкладності законотворчої діяльності не реагує вчасно на пропозиції правників щодо удо-

сконалення актів цивільного законодавства за чого проявився розрив між станом наукового обґрунтування шляхів подолання лукунізму, зіткнення, недосконалості окремих актів цивільного законодавства та його норм; 6) ведуться роботи по створення міждержавних та світових актів цивільного законодавства на ідеї всесвітнього цивільного права; 7) правозастосувальна та судова практика стикнулася із низкою проблем, які потребують невідкладного вирішення; 8) про адаптацію законодавства у приватній сфері більше говориться чим це реалізується у нормотворенні та науковій діяльності, де значна кількість робіт цей напрям просто ігнорує.

Специфіка цивільно-правового регулювання – у його життєвій і природній зумовленості: з моменту свого народження і до смерті людина знаходиться під впливом норм цивільного права. Одні із них є об'єктивними, зокрема у сфері особистих немайнових відносин, другі суб'єктивно-зумовлені і їх учасники задовольняють своїх життєві потреби, треті – винятково суб'єктивні та залежні від психомоторної діяльності людини.

Участь у цих правовідносинах може бути далекоглядною (стратегічною) і найближчою (тактичною). Стратегічні інтереси можуть мінятися на історичних, особливо таких переломних етапах розвитку суспільства, що ми маємо наразі. що проявляється в праві та висхідних ідеях правового регулювання (на користь суспільства, на користь бізнесу, на користь еліти, на користь ідеї, на користь людини, зокрема пересічної). Для них потрібні самодостатність їх учасників, можливість проявити себе та свої інтелектуальні здібності, само реалізуватися, майнова самодостатність. Приватне право повинне гармоніювати із внутрішнім правом людини, слугувати її правам і інтересам, що відповідає теорії природного права, де ним є внутрішня воля вільної і правослухняної людини.

З реформуванням правової системи України та потребою її приведення відповідно до потреб соціально-орієнтованої економіки, а останнім часом до вимог ЄС, посилилися процеси запозичення кращих зразків правового регулювання суспільних відносин, універсалізації права, особливо того що регулює відносини у сфері економіки. Це призвело до урізноманітнення джерел (форм) права. В науці це ознаменувалось цікавими та результативними дослідженнями. Проте можна погодитися, що робота науковців-цивілістів не добре скоординована і «важливо проводити підготовку середньо- і довгострокових наукових програм перспективного нормотворення та прогнозування правозастосовної практики за ра-

хунок бюджетних чи позабюджетних коштів»¹. В тому аспекті було б корисним розробити перелік актуальних для цивільного права проблематик, тої ж концепції правового регулювання нерухомості, зокрема правового регулювання ринку землі, ринку нематеріальних активів, фінансових послуг, способів і меж судового захисту, помірності обмежень приватних прав тощо. Такий перелік могла б сформувати НАПрН України.

Наприкінці слід відмітити вплив інтеграційних процесів на становлення джерел цивільного права. Йдеться про уніфікацію цивільного законодавства на засадах поваги до людини, врахування закономірностей ринкової економіки та цінностей. В Європі розроблено окремі положення загальної частини проекту Цивільного кодексу ЄС. Розробка всього кодексу за прогнозами – справа не одного десятиріччя і ці роботи ведуться досить в'яло. З прийняттям принципів Європейського контрактного права і появою Проекту Загальної системи рекомендацій (Draft Common Frame of Reference) це стандартом при оцінці рівня наукового дослідження та його емпіричної бази.

Демидова Г. С., заведуюча кафедрою громадянського права і процесу Южно-Уральського державного університету (Национальный исследовательский университет), кандидат юридических наук, професор

Ряполова О. А., аспірант кафедри громадянського права і процесу Южно-Уральського державного університету (Национальный исследовательский университет)

К ВОПРОСУ О СОВЕРШЕНИИ ДЕЙСТВИЙ В ОБХОД ЗАКОНА С ЦЕЛЬЮ ПРИОБРЕТЕНИЯ ИЛИ ОТЧУЖДЕНИЯ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ

В рамках работы по реализации Концепции совершенствования гражданского законодательства Российской Федерации в ст. 10 Граждан-

¹ Київська школа цивілістики /До 175-річчя Київського національного університету імені Тараса Шевченка. 1834–2009 / За ред. члена-кореспондента АПрН України Р. А. Майданика. –К.: Алерта ; КНТ ; ЦУЛ, 2009, – С. 197.

ского кодекса РФ законом № 302-ФЗ от 30.12.2012г. были внесены изменения: в качестве одной из форм злоупотребления правом было включено «совершение действий в обход закона с противоправной целью».

Стоит отметить, что запрет на обход закона в законодательство пришёл из судебной практики. Арбитражные суды в России квалифицируют действия участников гражданского оборота как совершённые в обход закона ещё с 2008 года, ссылаясь при этом на ст.10 ГК РФ и применяя правовые последствия, характерные для злоупотребления правом.

Обход закона представляет собой форму поведения, характеризующуюся следующими признаками:

- а) отсутствие прямого нарушения конкретной правовой нормы;
- б) открытое декларирование сторонами сделки, совершаемой в обход закона, достижения правового результата, который не может быть получен законным образом при использовании предназначенных для этого правовых средств, четкого следования предписаниям закона;
- в) универсальность в применении последствий квалификации действий как попытки обхода закона;
- г) возможность охарактеризовать действия, направленные на обход закона, как злоупотребление правом с намерением причинить вред публичным интересам.

Поскольку право собственности является одним из основных институтов гражданского права, особый интерес представляют случаи, когда действия, совершаемые в обход закона, направлены на приобретение или отчуждение права собственности.

Одними из самых распространённых в судебной практике стали попытки обхода закона через признание права собственности на самовольную постройку. Например, обращение в третейский суд для признания права собственности на самовольную постройку с целью последующей государственной регистрации права собственности (обход процедуры признания права собственности на самовольную постройку в судебном порядке и законодательства о государственной регистрации прав на недвижимое имущество); ещё чаще встречается обращение с иском о признании права собственности на самовольную постройку в случае неполучения (и непринятия мер к получению) застройщиком разрешения на строительство.

Суды в таких случаях применяют правовое последствие совершения действий в обход закона, характерное для злоупотребления правом

в общем – отказ в защите права. При этом акцентируется особое внимание на том, что с учетом статьи 4 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации и статьи 12 Гражданского кодекса Российской Федерации, обращение с иском о признании права собственности возможно лишь в том случае, если для заявителя по не зависящим от него обстоятельствам оказался недоступным общеустановленный административный порядок введения в гражданский оборот и регистрации прав на вновь созданные объекты недвижимости. Суды также указывают, что иск о признании права собственности является исключительным вещно-правовым способом защиты и не может быть применен для упрощения регистрации прав на вновь созданные объекты недвижимости с целью обхода норм специального законодательства, предусматривающего разрешительный порядок создания и ввода в гражданский оборот новых недвижимых вещей (решение Арбитражного суда Астраханской области от 17 января 2014г. по делу №А06-6725/2013). Таким образом, определяющим фактором в квалификации действий лиц как обхода закона является наличие противоправной цели при формально правомерном поведении.

В качестве обхода закона квалифицируется также требование признать право собственности на нежилое помещение, которое в действительности является жилым, поскольку такое требование преследует цель обойти процедуру перевода жилого помещения в нежилое.

Попытки обхода закона, осуществляемые посредством подачи иска о признании права собственности, представляют собой комбинированное злоупотребление правом: обход закона (одна форма злоупотребления правом) сопряжён с применением недозволенного средства защиты права (другая форма злоупотребления правом).

Отдельный блок составляют случаи обхода законодательства о приватизации недвижимого имущества. Очень показательна, в частности, следующая ситуация.

Распоряжением Комитета по управлению имуществом администрации муниципального образования здание кирпичного завода и газораспределительный пункт были предоставлены в аренду предприятию. Между муниципальным образованием, предприятием и обществом был заключен договор о совместной деятельности, которым предусмотрено создание предприятием и обществом в срок не позднее июня 2008 года юридического лица в форме общества с ограниченной ответственностью.

В указанном договоре было предусмотрено участие муниципального образования в виде передачи предприятию права пользования спорным недвижимым имуществом на праве аренды. Кроме того, в обязанность муниципального образования включено совершение действий по передаче указанного недвижимого имущества в хозяйственное ведение предприятия. На основании дополнительного соглашения к этому договору и распоряжения Комитета по управлению имуществом администрации муниципального образования договор аренды спорных объектов недвижимости, заключенный между Комитетом и предприятием, был расторгнут.

После этого главой муниципального образования было издано постановление, в соответствии с которым кирпичный завод и газораспределительный пункт передавались из состава муниципальной казны в хозяйственное ведение предприятия. Глава муниципального образования на основании ходатайства предприятия согласовал совершение крупной сделки – передачи кирпичного завода и газораспределительного пункта, в виде вклада в имущество нового общества, участником которого является предприятие.

Прокурор, ссылаясь на то, что сделка по внесению предприятием имущества в уставный капитал общества является притворной, прикрывающей сделку приватизации, обратился в суд с исковыми требованиями: 1) о признании недействительной в силу ничтожности сделки по передаче предприятием здания кирпичного завода и газораспределительного пункта в собственность новому обществу; 2) о применении последствий недействительности ничтожной сделки путем приведения сторон в первоначальное положение – возврата указанного имущества в хозяйственное ведение предприятия.

Суд первой инстанции не усмотрел признаков притворной сделки. Судом апелляционной инстанции было установлено, что прекращение арендных отношений с предприятием, передача ему имущества в хозяйственное ведение и последующая его передача в качестве вклада в имущество нового общества преследовали цель отчуждения муниципального имущества в собственность названного общества в обход Закона о приватизации № 178-ФЗ, что свидетельствует о притворности оспариваемой сделки.

Суд кассационной инстанции, поддержав позицию суда апелляционной инстанции, в своём постановлении указал, что выраженная в совокупности вышеназванных действий сделка по передаче спорного имущества из муниципальной собственности в качестве вклада в имущество хозяйственного общества не предусмотрена действующим законодатель-

ством как способ приватизации имущества и направлена на отчуждение объекта муниципальной собственности в обход порядка, установленного Законом о приватизации № 178-ФЗ, в целях передачи имущества конкретному лицу (см.: постановление ФАС Уральского округа от 03.10.2012 № Ф09-8105/12. Аналогичную позицию содержит Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 10.09.2012 № 15АП-9077/2012 по делу № А32-43704/2011, поддержанное Постановлением ФАС Северо-Кавказского округа от 24.12.2012 по делу № А32-43704/2011 (Определением ВАС РФ от 29.04.2013 № ВАС-5174/13 отозвано в передаче дела № А32-43704/2011 в Президиум ВАС РФ для пересмотра в порядке надзора данного постановления).

Значимость права собственности побудила законодателя урегулировать его приобретение и отчуждение императивными нормами. При этом многообразие субъективных гражданских прав и форм их реализации в российском гражданском законодательстве таково, что императивная норма просто не может вместить всех их комбинаций, которые считались бы нарушением такой нормы. Именно поэтому возникает такая форма поведения, как обход закона – формально правомерная, однако преследующая противоправную цель, ведущая именно к тому правовому результату, для предотвращения которого и была принята избегаемая императивная норма.

Таким образом, введение запрета на обход закона в гражданское законодательство Российской Федерации представляется важным с точки зрения фактической реализации императивных норм.

Яворська О. С., професор кафедри цивільного права і процесу Львівського національного університету імені Івана Франка, доктор юридичних наук, професор

СПІЛЬНЕ ІНВЕСТУВАННЯ В УКРАЇНІ: НОВЕЛИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

З 1 січня 2014 р. набув чинності Закон України «Про інститути спільного інвестування» (далі Закон «Про ІСІ»). Серед основних новел Закону «Про ІСІ» – законодавче розширення класифікації інститутів спіль-

ного інвестування. Окрім поділу ІСІ залежно від порядку здійснення діяльності на відкритого, інтервального, закритого типу, передбачено створення спеціалізованих ІСІ нормативно визначених класів та кваліфікаційних ІСІ за класами активів, біржових ІСІ, цінні папери яких підлягають обов'язковому обігу на визначеній проспектом емісії фондовій біржі із залученням андеррайтера.

Інститутами спільного інвестування є корпоративний (далі КФ) та пайовий (далі ПФ) фонди. Принциповою новелою є чітко урегульована процедура створення КФ як акціонерного товариства, недотримання якої має наслідком відмову Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку (далі Комісія) у видачі свідоцтва про реєстрацію випуску акцій КФ, реєстрації регламенту та звіту про результати приватного розміщення акцій серед засновників. КФ може бути створений виключно шляхом заснування. Злиття, поділ, виділ, приєднання чи перетворення КФ забороняється. КФ вважається створеним з дня його державної реєстрації в установленому законодавством порядку, а статусу ІСІ набуває з дня внесення відомостей про нього до Реєстру ІСІ. Установчим документом КФ є статут. Протягом шести місяців з дня державної реєстрації КФ зобов'язаний зареєструвати регламент, складовою частиною якого є інвестиційна декларація.

Як у попередньому, так і у новому законі передбачено, що органами КФ є загальні збори та наглядова рада. Утворення інших органів КФ законодавчо забороняється. Загальні збори є вищим органом КФ, які скликаються щороку. Зважаючи на ту обставину, що у КФ немає постійно діючого виконавчого органу, скликання ним загальних зборів є неможливим. Їх скликання може здійснювати лише КУА. Такий підхід може спричинити певні зловживання інтересами учасників КФ з боку компанії.

Серед низки принципових новел варто звернути увагу на такі: деталізовані організаційні питання скликання, проведення, компетенції, прийняття рішення загальними зборами КФ; встановлення кумулятивного голосування при обранні членів наглядової ради, що сприятиме захисту інтересів міноритарних учасників; проведення загальних зборів шляхом опитування без скликання його учасників для обговорення питань порядку денного. Така можливість може передбачатися статутом, а відповідне рішення приймається наглядовою радою; визначені особливості проведення загальних зборів КФ, що складається з однієї особи; деталізовано правовий режим цінних паперів ІСІ, процедуру емісії акцій

для формування статутного капіталу КФ та для мети спільного інвестування тощо.

Управління активами КФ здійснює компанія з управління активами (далі КУА). За організаційно-правовою формою компанія є господарським товариством у формі акціонерного товариства або товариства з обмеженою відповідальністю. Це юридична особа з виключною правосуб'єктністю, що не може поєднувати діяльність з управління активами з іншими видами професійної діяльності на фондовому ринку, із застереженням, крім випадків, передбачених законом, які наразі не встановлені. Для провадження такої діяльності необхідно отримати ліцензію, що видається Комісією.

Підставою взаємодії КФ і КУА є відповідний договір. Регламент КФ повинен містити відомості про умови, за яких може бути здійснено заміну компанії та порядок такої заміни із зазначенням дій, спрямованих на захист прав учасників КФ, а також порядок визначення розміру винагороди КУА та покриття витрат, пов'язаних з діяльністю КФ, що відшкодовуються за рахунок його активів. Видається, що такі вагомні для індивідуального інвестора питання як умови заміни компанії та визначення дій, спрямованих на захист прав учасників мали б вирішуватися на законодавчому рівні з подальшою їх конкретизацією у локальних актах. Поза увагою законодавця залишилися питання контролю за виконанням компанією договору про управління активами КФ.

Таким чином, КУА фактично заміняє виконавчий орган КФ, наділена широкими повноваженнями щодо управління активами із встановленням законодавчих обмежень. З урахуванням такого статусу КУА мала б розглядатися як один з інституційних інвесторів, а відтак закон відносить її до суб'єктів, які лише обслуговують діяльність ІСІ. Видається, що для індивідуального інвестора не зовсім зрозумілими є механізми, за яких його інвестиціями, що вкладені у КФ, управляє КУА, яка за статусом не є інституційним інвестором і питанням виплати винагороди якої присвячена більша увага, ніж питанням її відповідальності перед індивідуальним інвестором. Адже безпосередній правовий зв'язок існує між індивідуальним інвестором і КФ через придбання акцій і не існує між ним та компанією, яка управляє залученими інвестиціями.

Як у попередньому, так і у новому Законі ПФ – це активи, що належать інвесторам на праві спільної часткової власності та перебувають в управлінні компанії. Особливості функціонування ПФ визначаються

його регламентом, складовою частиною якого є інвестиційна декларація. ПФ створюється КУА у законодавчо визначеній послідовності (ст. 42 Закону). Одним з етапів у процесі створення ПФ є затвердження уповноваженим органом КУА регламенту, що слідує за прийняттям рішення про створення ПФ. Оскільки на етапі створення ПФ, окрім КУА, не задіяні інші суб'єкти, то, отже сама компанія і має розробити регламент ПФ, який сама ж і затверджує. За такого підходу компанія фактично зможе фіксувати вигідні для себе умови.

Правовий режим активів ПФ як спільної часткової власності, як це закріплювалося у попередньому і пропонується у новому Законі, викликає певний сумнів як щодо доцільності його встановлення, так і можливості функціонування. Адже жодних механізмів здійснення права спільної часткової власності учасниками ПФ Законом не визначено. Ураховуючи, що за імперативним приписом Закону учасники ПФ не мають права впливати на діяльність компанії, здійснення їхніх повноважень як співвласниками стає ще більш проблематичним. Очевидно має йтися про право учасника на частку у активах ПФ, що є пропорційною до вкладених інвестицій, розмір яких підтверджується інвестиційним сертифікатом.

Нормами ст. 45 Закону встановлено, що учасником ПФ може бути юридична або фізична особа, яка є власником інвестиційного сертифіката такого фонду. Оскільки ПФ це активи, то не може йтися ні про участь у цих активах, ні про учасників ПФ, ні про інвестиційні сертифікати фонду, ні про його припинення, адже у таких словосполученнях під ПФ треба розуміти учасника відносин – суб'єкта, а не активи. Через придбання інвестиційних сертифікатів фізична чи юридична особа висловлюють свою згоду брати участь у спільному інвестуванні через професійного суб'єкта. Логічно таким є компанія з управління активами (юридична особа), а не пайовий фонд (активи). Недостатньо прозорим є питання про правові підстави управління активами ПФ. Адже між КУА і індивідуальними інвесторами, об'єднані інвестиції яких і передаються в управління компанії, немає жодного правового зв'язку, окрім прямої законодавчої констатації про те, що такі активи перебувають в управлінні компанії.

Попереднім законом передбачалася можливість створення наглядової ради учасниками ПФ, на яку покладался нагляд за виконанням інвести-

ційної декларації, зберіганням активів фонду, проведенням аудиторських перевірок діяльності та оцінки майна фонду тощо. Утворення наглядової ради з числа учасників без участі КУА практично неможливе. У новому законі відмовилися від створення такого органу, хоча це єдиний орган, що складається з самих учасників і міг би представляти їхні інтереси у процесі спільного інвестування за наявності дієвих законодавчих механізмів.

Кройтор В. А., завідувач кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук, професор

ДОСТУПНІСТЬ ПРАВОСУДДЯ ЯК ПЕВНИЙ МІЖНАРОДНИЙ СТАНДАРТ СПРАВЕДЛИВОГО ПРАВОСУДДЯ

Одним із ефективних шляхів використання можливостей нинішнього розширення Європейського Союзу для України є інтенсифікація нею роботи в напрямку адаптації національного законодавства, зокрема, у галузі прав і свобод людини, до відповідних норм законодавства Європейського Союзу, загальновизнаних принципів і норм міжнародного права та міжнародних стандартів та розробка ефективно діючого механізму їх реалізації і захисту.

Велике значення в прав, передбачених Європейською Конвенцією з захисту прав людини і основних свобод (ст. ст. 6, 13), відводиться праву громадян на доступ до правосуддя, яке є загальновизнаною, однією з невід'ємних складових основних прав людини в сучасній демократичній державі¹. Стаття 55 Конституції України закріпила доступність правосуддя, зокрема, у цивільних справах, гарантуючи кожному судовий захист його прав і свобод. Питання доступності судового захисту на сьогодні є вкрай актуальним. Воно дискутується парламентаріями

¹ Конвенція про захист прав людини та основних свобод (Конвенцію ратифіковано Законом України N 475/97-ВР від 17.07.97) // «Голос України», 10 січня 2001 року. N – 3 (2503). С. 6–8

і є об'єктом відповідних наукових дискусій¹. Сьогодні є достатні підстави стверджувати про наявність принципу доступності правосуддя в цивільному процесі, який у юридичній літературі розуміють як забезпечену законом можливість безперешкодно звернутись до суду за захистом своїх прав, і отримати судовий захист².

Говорячи про міжнародно-правове регулювання доступу до правосуддя, слід відзначити, що сама по собі ідея безперешкодного доступу до правосуддя була визнана в Загальній декларації прав людини 1948 року (ст. 6 Декларації)³. Завдання Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу, затвердженої Законом України від 18 березня 2004 року актуалізували дослідження законодавства Європейського Союзу в сфері судового захисту прав та інтересів людини і громадянина з метою перенесення Європейських правничих цінностей на український ґрунт⁴.

Слід брати до уваги існуючі міжнародно-правові стандарти розуміння та вирішення цієї проблеми. При цьому уваги потребують як нормативно-правові акти Європейського Союзу, так і норми Європейської конвенції про захист прав людини і основних свобод, оскільки ст. 6 Договору про Європейський Союз установлює, що Союз шанує засадничі права, що їх гарантовано Європейською Конвенцією про захист прав людини та основних свобод, та, що впливають з конституційних традицій, спільних у державах-членах, і трактує їх як загальні принципи права Спільноти⁵. Дослідженню також підлягає прецедентна практика

¹ Марочкін І. Є. Доступність правосуддя та гарантії його реалізації // Судова реформа в Україні: проблеми і перспективи. Матеріали наук. – практ. конф., 18–19 квітня 2002 р., м. Харків / Редкол.: Сташич В. В. (голов. ред.) та ін. – К.; Х.: Юрінком Інтер, 2002. – с.31–34.; Сакара Н. Проблема доступності правосуддя у цивільних справах // Право України. – 2004. – № 1. – С.105–110.; Еременко М. С. Стандарти Совета Европы в области гражданского судопроизводства и проблема доступа к правосудию // http://www.legist.ru/conf/_Eremenko.htm;

² Заметки о современном гражданском и арбитражном процессуальном праве / Под ред. М. К. Треушников. – М.: ОАО «Издательский дом «Городец»», 2004. – С.21, 57; Гражданский процесс: Учебник / Отв. ред. проф. В. В. Ярков. – 5-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – с. 41–43.

³ Загальна декларація прав людини від 10.12.1948// <http://www.zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>.

⁴ Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: Закон України від 18 березня 2004 року № 1629-IV// Урядовий кур'єр. – 2004. № 74 від 20.04.

⁵ Консолідовані версії Договору про Європейський Союз та Договору про застосування Європейської Спільноти // <http://www.eclg.gov.ua/new/html/ukr/main.html>.;

Європейського суду з прав людини, як основного органу, створеного відповідно до ст. 19 Конвенції для забезпечення встановлених нею прав і свобод. Європейський суд під час розгляду спорів про порушення прав людини наділений певною автономією з питань тлумачення Конвенції, не залежить від національного законодавства і практики національних судів. При цьому цей судовий орган не просто вирішує конкретну справу, але й створює правову судову доктрину, що дозволяє прецедентному праву Конвенції фактично перетворитись систему, що динамічно розвивається, і за допомогою якої і формуються європейські стандарти в галузі прав людини.

Оскільки в правовій літературі всі міжнародні норми в галузі прав і свобод людини прийнято називати міжнародними стандартами, а Європейську конвенцію з прав людини – деяким «мінімальним» стандартом, можливо стверджувати, що доступність правосуддя є певним міжнародним стандартом справедливого правосуддя. Дотримання цього стандарту дає можливість говорити, що діяльність суду з розгляду та вирішення справ та винесення рішень, яка здійснюється органами судової влади, є правосуддям і забезпечує справедливий розгляд та поновлення порушених прав¹.

Як зазначено Європейським судом з прав людини в справі *Goldier v. United Kingdom (1975)*, було б немислимо, щоб пункт 1 ст. 6 Конвенції містив опис гарантій, що надаються сторонам у цивільних справах, і не захищав б, у першу чергу, те, що дає можливість практично скористатись такими гарантіями – доступ до суду. Такі характеристики процесу, як справедливість, публічність, динамізм позбавлені сенсу, якщо немає самого судового розгляду .

В іншому рішенні в справі *Airey v. Ireland (1979)*, Європейський суд відзначив, що фактичні перепони можуть порушувати Конвенцію також, як і юридичні. Виконання зобов'язань по Конвенції вимагає не тільки того, щоб держава не перешкоджала реалізації прав, але й потребує здійснення певних позитивних дій. Обов'язок забезпечити ефективність права доступу до правосуддя підпадає під категорію таких зобов'язань. При цьому слід зазначити, що під правом доступу до правосуддя слід розуміти не тільки можливість ініціювати судовий розгляд справи,

¹ Сакара Н. Проблема доступності правосуддя у цивільних справах // Право України. – 2004. – № 1. – С. 108; Еременко М. С. Стандарты Совета Европы в области гражданского судопроизводства и проблема доступа к правосудию // http://www.legist.ru/conf/_Eremenko.htm;

а й можливість отримання належного виконання рішення, винесеного судом по справі. Так, у рішенні Європейського суду з прав людини в справі *Hornsby v. Greece (1997)* зазначено, що право доступу до правосуддя стало б ілюзорним, якщо б правова система держави дозволяла, щоб кінцеве, обов'язкове судове рішення залишалось невиконаним для одної зі сторін. Важко уявити, що ст. 6 Конвенції, детально описуючи процесуальні гарантії, що надаються сторонам – справедливий, публічний судовий розгляд у розумний строк, – залишила реалізацію судових рішень без захисту; якщо вважати, що ст. 6 говорить тільки про доступ до правосуддя і судовий процес, то це, імовірно, призвело б до ситуацій, несумісних з принципом верховенства права, який Держави, що Домовляються зобов'язувались дотримуватись коли вони ратифікували Конвенцію.

Радою Європейського Союзу була прийнята програма взаємного визнання судових рішень, яка визначила головні заходи та потреби зближення судових систем держав-членів Європейського Союзу. Кінцева мета полягає в тому, що судові рішення постановлені в одній державі-члені повинні бути визнані та виконані в іншій державі-члені Європейського Союзу без будь-якого додаткових проміжних заходів. У цьому контексті законодавство Європейського Союзу було доповнено рядом нормативних інструментів, наприклад, Регламент Ради ЄС № 44/2001 від 21 грудня 2000 р. про юрисдикцію та визнання й виконання рішень з цивільних та комерційних питань (справ), іноді відомий як I Брюссельський Регламент (Council Regulation (EC) No 44/2001 (Brussels I Regulation) on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters). Цей Регламент, котрий замінив Брюссельську Конвенцію 1968 року, дає відповіді на два основних питання, які виникають у випадку спору між двома особами, які живуть у різних державах: які суди мають юрисдикцію на розгляд спору, що виникнув, і які правила застосовують щоб вирішити, чи буде рішення, постановлене в даній державі-члені визнане іншою.

Починаючи з прийняття Єдиного європейського акту (Single European Act) 1986 року і реалізації концепції Європейської економічної спільноти без кордонів, розвивається ідея щодо створення Європейського простору свободи, безпеки та правосуддя. Головна мета створення Європейського простору правосуддя – спростити юридичне (законне) середовище, що існує в Європейському Союзі, ліквідувати несумісності між судовими системами держав-членів з метою надання громадянам можли-

вості реалізувати їх права на судовий захист усюди, де вони могли б бути на території Європейського Союзу. З цією метою європейські закони чи європейські рамкові закони закладають заходи, спрямовані, поміж іншого, на те, щоб забезпечити високий рівень доступу до правосуддя та належне функціонування цивільного провадження, у разі потреби – через сприяння узгодженості правил цивільного процесу, чинних у державах-членах (ст. III-170 Проекту Договору про запровадження Конституції для Європи)¹10].

Відповідно до преамбули Хартії основних прав Європейського Союзу підвалинами Європейського Союзу є принцип верховенства права, один із численних аспектів якого пов'язаний з роллю незалежних і неупереджених судів, що діють у межах правової системи. Ця роль знайшла відображення в статті 47, відповідно до якої «...кожен, чий гарантовані правом Союзу права та свободи порушено, має право на ефективні засоби захисту в суді згідно з умовами, закладеними в цій статті. Кожен має право на те, щоб незалежний та неупереджений суд, попередньо створений за законом, справедливо та відкрито розгляне його справу протягом розумного строку. Кожному належить дати змогу користуватися консультаціями, захистом та представництвом. Тим, кому бракує достатніх засобів, належить удоступнити правову допомогу у випадках, коли така допомога потрібна, щоб забезпечити ефективний доступ до правосуддя»².

Наведена вище норма закріплює право кожного на ефективні засоби судового захисту і встановлює гарантії доступу до правосуддя згідно вимог «...Спільноти, що керується нормами закону». Положення цієї норми безпосередньо впливають зі змісту ст. 6 «Право на справедливий судовий розгляд» та ст. 13 «Право на ефективний засіб правового захисту» Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод і дещо розширюють можливості звернення до суду за захистом порушених прав і інтересів. Так, Хартія прямо передбачає право звертатися за захистом порушених прав саме до судів, тобто це право вище за процесуальні гарантії звернення до «національних органів», які могли б бути і несудовими, як передбачено в ст. 13 Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод. Вирішуючи всі спірні питання, фундаментальні принципи, пов'язані з доступом до правосуддя отримують більш широке поле дії.

¹ Договір про запровадження Конституції для Європи // <http://www.eclj.gov.ua/new/html/ukr/3/constitution.html>.

² Там само.

Янкова Е. С., заведующая кафедрой гражданского права и процесса Донецкого национального университета, кандидат юридических наук, доцент

К ВОПРОСУ О ФОРМЕ ДОГОВОРА АРЕНДЫ ЗДАНИЙ И СООРУЖЕНИЙ ГОСУДАРСТВЕННОЙ И КОММУНАЛЬНОЙ ФОРМЫ СОБСТВЕННОСТИ

Аренда государственного и коммунального имущества является важной для государства и территориальных громад, которые получают доход от сданного в пользование государственного или коммунального имущества. Этим определяются публичные интересы. Вместе с тем регулирование этих отношений затрагивает и частные интересы, так как арендаторами в соответствии с положениями ст.12 Закона Украины «Об аренде государственного и коммунального имущества» могут быть «юридические лица и граждане Украины, физические и юридические лица иностранных государств, международные организации и лица без гражданства». Потому четкость действующих законоположений об аренде государственного и коммунального имущества и однозначность их понимания и применения призваны охранять как частные, так и публичные интересы.

Развернувшиеся в последнее время дискуссии среди правоприменителей в отношении формы договора аренды государственных зданий и других капитальных сооружений наглядно демонстрируют имеющиеся разночтения и проблемы. Фактически можно обозначить две противоположные позиции. Первая позиция состоит в том, что форма договора аренды зданий и других капитальных сооружений, находящихся в государственной или коммунальной собственности, определяется нормой ч.2 ст.793 ГК Украины, которой предписывается нотариальное удостоверение, если срок договора составляет три и более года. Сторонники такой позиции расценивают указанную норму в качестве общей. Ее распространение на отношения аренды государственного и коммунального имущества обосновывается тем, что ГК Украины был введен в действие позже Закона Украины «Об аренде государственного и коммунального имущества». Потому возникшее противоречие между нормами ч.2 ст.993 ГК Украины и ч.1 ст.12 указанного Закона должно решаться в пользу ГК Украины.

Вторая позиция состоит в том, что отношения аренды всего государственного имущества регулируются указанным специальным Законом. В нем имеется и специальная норма, содержащаяся в ч.1 ст.12 Закона: «Договор аренды считается заключенным с момента достижения договоренности по всем существенным условиям и подписания сторонами текста договора». Из приведенной нормы делается вывод о том, что договор аренды, во-первых, должен заключаться в простой письменной форме, во-вторых, является консенсуальным. Учитывая имеющиеся противоречия при определении формы договора между общей нормой ч.2 ст.793 ГК Украины и специальной нормой ч.1 ст.12 указанного Закона, применению подлежит норма специальная в силу известного принципа: специальная норма отменяет норму общую.

В связи с изложенным требует уяснения круг законодательных актов, которыми регулируются отношения аренды государственного и коммунального имущества. К ним, безусловно, относится Закон Украины «Об аренде государственного и коммунального имущества», действующий в редакции от 16.05.1995 г. Кроме того, указанные отношения регулируются нормами ХК Украины. Однако, посвящая аренде государственного и коммунального имущества отдельные положения (ст.ст.287–289 ХК), специальных предписаний в отношении формы договора аренды ХК Украины не содержит. В нем имеется лишь общее указание о том, что «к отношениям аренды применяются соответствующие положения Гражданского кодекса Украины с учетом особенностей, предусмотренных этим Кодексом» (ч.6 ст.283 ХК).

В то же время в отличие от указанных законов, ГК Украины, во-первых, не выделяет аренду государственного и коммунального имущества в качестве вида, во-вторых, не содержит норм, где бы упоминалось об аренде государственного и коммунального имущества. И такое положение дел вполне соответствует примененному законодателем подходу. В самом начале гл.58 «Наем (аренда)» предусмотрено: «Законом могут быть предусмотрены особенности заключения и исполнения договора найма (аренды)» (ч.2 ст.759 ГК). Включение данного положения объясняется тем, что на тот момент уже действовал Закон «Об аренде государственного и коммунального имущества», в пользу которого законодатель прямо и отказывается от регулирования аренды в ГК. Понимание, причем безусловное, что в таких случаях сам ГК отказывается в пользу специального закона разделяют даже самые активные сторон-

ники приоритета ГК перед другими гражданско-правовыми законами, в так называемой иерархии по горизонтали, где ГК характеризуется первым среди равным. Учитывая, что ГК Украины отказывается от регулирования аренды государственного и коммунального имущества, к этим отношениям содержащиеся в нем положения об аренде могут быть применены только по аналогии.

Закрепление в ч.2 ст.759 ГК Украины отказа ГК от регулирования в пользу специального закона вполне логично и по другой причине. ГК Украины, как известно, характеризуемый как Кодекс частного права, исключил из предмета своего регулирования статус субъектов публичного права, в т. ч. юридических лиц публичного права. Такой вывод следует, во-первых, из строения ст.2 ГК Украины «Участники гражданских отношений», во-вторых, из предписаний ч.3 ст.81 ГК Украины. Последними прямо предусмотрено: «Этим Кодексом устанавливаются порядок создания, организационно-правовые формы, правовой статус юридических лиц частного права. Порядок образования и правовой статус юридических лиц публичного права устанавливаются Конституцией Украины и законом». При таком подходе логично, что ГК Украины отказывается регулировать как правовой статус субъектов публичного права, так и форму реализации их компетенции по передаче в пользование находящихся в их собственности объектов.

Простая письменная форма договора аренды государственного имущества, в т. ч. зданий, других капитальных сооружений, доказывается и неизменностью нормы ст.12 указанного Закона, определяющей такую форму. Законом Украины «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно арендных отношений» от 21.04.2011 г. законодатель ограничился лишь уточнением содержащегося в абз.4 ч.1 ст.1 Закона «Об аренде государственного и коммунального имущества» словосочетания «объект недвижимости» как «здания, сооружения, нежилые помещения». Они и выступают одним из объектов аренды и предметов договора аренды государственного и коммунального имущества.

Обоснованным следует признать закрепление в Законе наряду с простой письменной формой вне зависимости от срока и объекта аренды и консенсуальный характер договора аренды государственного и коммунального имущества. Будучи по общему правилу хозяйственным договором, характерной для него функцией является функция планирования,

выполнение которой возможно лишь при консенсуальном характере этого договора. Как и любой консенсуальный договор, договор аренды государственного и коммунального имущества считается заключенным с момента достижения соглашения по всем существенным условиям. С этим моментом связывается возникновение у сторон прав и обязанностей. И потому пользование государственным и коммунальным имуществом при неподписанном договоре обосновано оценивается в судебной практике как вытекающее из договора.

Все изложенное доказывает необходимость уточнения положения ч.1 ст.12 Закона о том, что моментом подписания определяется момент заключения договора аренды государственного и коммунального имущества. Кроме того, целесообразно ч.2 ст.759 ГК Украины изложить в следующей редакции: «Форма и содержание договора найма государственного и коммунального имущества устанавливаются законом».

Зайцев О.Л., начальник кафедры охорони інтелектуальної власності, цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук, доцент

ДОГОВІР ЗАКУПІВЕЛЬ ТОВАРІВ, РОБІТ І ПОСЛУГ ЗА ДЕРЖАВНІ КОШТИ

Постановка проблеми в закупівлях у загальному вигляді полягає в багатогранності правової природи відносин, що виникають у зв'язку зі здійсненням державних закупівель. Та протиріччя серед нормативних актів, які ці відносини регулюють.

Автор може зазначити, що останнім часом здійснювались дослідження в цьому напрямку. Так наприклад дисертаційні дослідження Юдіцького О.Л. «Правове регулювання закупівель товарів, робіт і послуг за державні кошти» та Петруненко Я.В. «Господарсько-правові основи державних закупівель в Україні» у яких започатковано вирішення даних проблем, оскільки завдання, які будуть вирішуватися, знаходяться на межі цивільного, господарського та адміністративного права.

Для спрощення аналізу матеріалу тез та природи відносин, що виникають у державних закупівлях, визначимо основні етапи закупівлі. Це обумовлено тим, що укладення договору в період оскарження процедури закупівлі, а також у разі його укладення з порушенням строків оприлюднення інформації про закупівлю – договір про закупівлю вважається нікчемним, таким чином відповідно до ст. 215 ЦК України визнання такого правочину недійсним судом не вимагається. Цей наслідок поширено використовується як підстава для відмови в оплаті укладеного і вже виконаного договору.

Етап перший (організаційний). Державні закупівлі розпочинаються з затвердження Річного плану закупівель на засіданні комітету з конкурсних торгів. Недосконалість процедури на цьому етапі полягає в тому, що законодавець не передбачив часові рамки щодо складання річного плану, відповідальності за нездійснення публікації, процедури погодження річного плану з основним розпорядником коштів тощо. Для майбутнього договору цей етап має важливе значення, оскільки саме в Річному плані вказується найменування предмета закупівлі – товари, роботи чи послуги, які закуповуються замовником.

Етап другий (оприлюднення інформації про закупівлю). Протягом усієї процедури закупівлі замовник здійснює періодичні дії для публічного інформування спільноти про хід процедури із закупівлі. За загальним правилом, публікації здійснюються безкоштовно у «Віснику державних закупівель» та за плату в «Announcer of the public purchasing» у письмовій та електронній формі. Порушення правил публікації нездійснення публікації перерахованої інформації тягне відповідальність за ст. 164–14 КоАП України.

Етап третій (безпосередньо закупівля). Закупівля може здійснюватися шляхом застосування однієї з таких процедур: відкриті торги; двоступеневі торги; запит цінкових пропозицій; попередня кваліфікація учасників; закупівля в одного учасника; електронний реверсивний аукціон. Зазначимо лише, що критерії їх поділу законодавцем є скоріше не юридичними, а економічними. Якщо основним критерієм проведення закупівлі традиційно є вартість предмету договору, то процедури закупівлі навмисно не уніфіковані.

Етап четвертий (акцептування пропозиції). Хоча і має традиційну цивілістичну назву, але для нього характерні певні особливості. Акцепт пропозиції конкурсних торгів або цінової пропозиції – прийняття за-

мовником пропозиції конкурсних торгів або цінової пропозиції, яку визнано найбільш економічно вигідною за результатами оцінювання, та надання згоди на взяття зобов'язань на оплату предмета закупівлі або його частини (лота). Пропозиція конкурсних торгів, цінова пропозиція, пропозиція за результатами застосування процедури закупівлі в одного учасника вважається акцептованою, якщо замовником подано учаснику у визначений строк письмове підтвердження про акцепт такої пропозиції. Недоліки законодавства, що регулює цей етап, такі: законодавець навмисно ігнорує п. 1 ст. 642 ЦК України, відповідно до якого відповідь особи, котрій адресована пропозиція укласти договір, про її прийняття (акцепт) повинна бути повною і безумовною. Акцептування в закупівлях здійснюється не шляхом підписання договору, а оприлюдненням «повідомлення про акцепт пропозиції конкурсних торгів» (див. другий етап). Таким чином акцептування не обов'язково тягне наслідком укладання та підписання договору.

П'ятий етап (укладання договору). Договір про закупівлю – договір, який укладається між замовником і учасником за результатами процедури закупівлі та передбачає надання послуг, виконання робіт або набуття права власності на товари за державні кошти. Договір про закупівлю укладається в письмовій формі, а у разі здійснення закупівель за процедурою електронного реверсивного аукціону – у формі електронного документа відповідно до положень Цивільного та Господарського кодексів України, законів України «Про електронний цифровий підпис», «Про електронні документи та електронний документообіг». Зрозуміло, що сторонам договору дуже важко, а інколи і неможливо вкласти в «прокрустове ложе» однієї форми договору всю багатогранність і різноманітність цивільно-правових відносин.

По-перше, договір про закупівлю не є «результатом процедури закупівлі» тому, що Держказначейство до здійснення оплати за договорами про закупівлю перевіряє наявність та відповідність укладеного договору про закупівлю звіту про результати проведення процедури закупівлі та річному плану закупівель. Тобто договір про закупівлі повинен відповідати звіту про закупівлі, а не навпаки. А звіт і буде «результатом процедури закупівлі».

По-друге, в законодавстві про закупівлі не коректно використовуються конструкції з «умовами договору». Так, умови договору про закупівлю не повинні відрізнятися від змісту пропозиції конкурсних торгів або

цінової пропозиції (у тому числі ціни за одиницю товару) переможця процедури закупівлі. Істотні умови договору про закупівлю не можуть змінюватися після його підписання до виконання зобов'язань сторонами у повному обсязі, крім випадків прямо передбачених. Тобто у всіх договорах на закупівлю до істотних умов законодавець відніс лише умови про предмет та ціну. Як бути з іншими умовами, віднести їх до звичайних? Ми можемо вказати на те, що в пропозиції конкурсних торгів (цінової пропозиції) містяться не умови договору, а виключно інформація про предмет закупівлі (лоти) та ціну пропозиції.

По-третє, нова для цивілістів правова конструкція «строк на укладання договору». Кожна з процедур характеризується власними строками, але порядок їх визначення приблизно однаковий. Так, наприклад у відкритих торгах, замовник укладає договір про закупівлю з учасником, пропозицію конкурсних торгів якого було акцептовано, не пізніше ніж через 30 днів з дня акцепту пропозиції відповідно до вимог документації конкурсних торгів та акцептованої пропозиції. З метою забезпечення права на оскарження рішень замовника договір про закупівлю не може бути укладеним раніше ніж через 14 днів з дати публікації у державному офіційному друкованому виданні з питань державних закупівель повідомлення про акцепт пропозиції конкурсних торгів. Тобто з урахуванням графіку публікацій та дати акцепту у сторін фактично залишається «вікно» в 5–6 робочих днів на підписання договору. Цей безпідставно скорочений строк фактично обмежує сторони в часі та правовому просторі та не має прямих аналогів в цивільному праві.

Шостий етап (виконання договору). Виконання договору здійснюється за загальними правилами ЦК та ГК України. Виходячи з особливостей бюджетного законодавства замовник державних закупівель знаходиться в переважному перед контрагентами стані: ціна договору може змінюватись лише в бік зменшення; продукцію замовник може отримувати в обсягах фінансування, а не зазначених у договорі; оплата може здійснюватись не раніш ніж 90 днів з моменту подання документів на оплату тощо.

Як висновок можемо зазначити, що, по-перше, автор вважає, що природа відносин із закупівлі – цивільно-правова; відповідно Цивільний та Господарський кодекси України повинні бути загальними нормативними актами до наказів та інструкцій Міністерства економічного розвитку і торгівлі з означених питань; по-друге, законодавство з державних закупівель потребує цивільно-правової уніфікації та удосконалення.

Сліпченко С. О., професор кафедри охорони інтелектуальної власності, цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук

ЩОДО ПРАВОПРИПИНЯЮЧИХ ЮРИДИЧНИХ ФАКТІВ У МЕХАНІЗМІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ВІДНОСИН З ОБОРОТОЗДАТНИМИ ОБ'ЄКТАМИ

У теорії права правоприпиняючими юридичними фактами прийнято вважати ті, з якими норми права пов'язують припинення певних правовідносин. Зазначається, що оскільки будь-які цивільні правовідносини складаються з трьох обов'язкових елементів (об'єкт, суб'єктний склад і зміст), зникнення (припинення) навіть одного з них припиняє існування правовідносин у цілому. Причому, як справедливо стверджував В. О. Лапач, правоприпинення повинно характеризуватися незворотністю правових наслідків.

Під припиненням об'єкта необхідно розуміти випадки, коли він або повністю зникає (припиняє своє існування), або коли норми права припиняють забезпечення можливості здійснювати чи вимагати здійснення певних дій та необхідності утримуватися від них чи вчиняти їх по відношенню до такого блага. В останньому випадку предмети матеріального світу чи нематеріальні цінності, що колись були об'єктами цивільних прав, не зникають. Змінюється лише їх юридична якість, тобто вони втрачають юридичний характер.

Припинення змісту повинно характеризуватися тим, що права та обов'язки, які припинилися, ніколи вже не виникнуть знову ні в осіб, яким вони належали, ні в інших осіб. Таким чином, відбувається абсолютний розрив юридичних зв'язків між суб'єктами певних правовідносин.

Припинення суб'єкта – це зникнення учасників певних правовідносин (носія права чи носія обов'язку). При цьому на їх місці не з'являються нові особи, які набули прав та обов'язків тих, хто зник.

Щодо правоприпинення особистих немайнових правовідносин, то в науці цивільного права панівною є думка, що смерть фізичної особи є єдиним чи головним правоприпиняючим юридичним фактом. Наведе-

на позиція обґрунтовується наступним чином. Правами в особистих немайнових правовідносинах особа володіє довічно, а значить, поки жива людина, то «живуть» і її права. Смерть носія особистих немайнових прав припиняє й останні.

Аналіз чинного законодавства України та юридичної літератури дає змогу погодитись із тим, що зі смертю фізичної особи норми права пов'язують припинення особистих немайнових прав. Разом з тим, таке судження потребує певних уточнень.

1. Характеристика елементів особистих немайнових правовідносин з оборотоздатними об'єктами дозволяє стверджувати, що смерть управомоченої особи є правоприпиняючим для них юридичним фактом. Це пов'язано з тим, що у більшості таких правовідносин об'єкти носять природній характер, тобто належать суб'єкту як біологічній істоті. Тому смерть фізичної особи припиняє існування й об'єктів. Зважаючи ж на те, що безоб'єктних і безсуб'єктних правовідносин не існує, то припиняється і правовідношення у цілому. Наведене стосується таких прав, як право на життя, право на усунення небезпеки, яка загрожує життю, право на охорону здоров'я, право на медичну допомогу, право на свободу тощо. Подібна ситуація виникає і щодо тих об'єктів особистих немайнових правовідносин, які носять соціальний характер, тобто властиві людині як соціальній істоті, але є оборотоздатними. Наприклад, такі нематеріальні блага, як гідність, особисте життя, індивідуальність нерозривно пов'язані із особою-носієм, тому смерть останнього припиняє і самі особисті немайнові правовідносини.

2. Що стосується особистих немайнових правовідносин з оборотоздатними об'єктами, то залежно від виду юридичних наслідків, які для них виникають зі смертю, їх можна поділити на дві групи. Перша – ті, що завжди припиняються у зв'язку зі смертю особи, якій належав об'єкт правовідносин. До таких належать особисті немайнові правовідносини, що виникають стосовно житлового простору. І це пов'язано з тим, що корисність об'єкта права на недоторканність житла полягає у можливості відмежуватися від суспільства, усамітнитися, відокремитися від нього у своїх прагненнях, поглядах, відносинах тощо. Тому зі смертю обладателя розглядуваного блага відповідно зникає і потреба в ньому. Наведене дає можливість дійти висновку, що зі смертю особи, якій належав житловий простір, останній, як об'єкт, зникає. Відтак припиняються і самі правовідносини. Друга – ті, що, як правило, не припиняються

у зв'язку зі смертю особи, якій належав об'єкт правовідносин. Такі права, як право на використання оборотоздатного нематеріального об'єкта особистих немайнових правовідносин та право надавати згоду на його використання, не припиняються, а після смерті суб'єкта, якому належав об'єкт, переходять, за умови їх існування, до правонаступників, указаних у законі. Разом з тим, особиста немайнова складова цих правовідносин припиняється. Отже, для даної групи особистих немайнових правовідносин, за наявності кола правонаступників, поіменованих у законі, смерть особи, якій належить нематеріальне благо цих правовідносин, не є правоприпиняючим юридичним фактом. Лише смерть правонаступників повністю припиняє такі правовідносини. Разом з тим, у такому правоприпиненні є два винятки.

Перший – це відсутність правонаступників. У цьому випадку повне припинення особистих немайнових правовідносин з оборотоздатними об'єктами норми права пов'язують зі смертю суб'єкта, якому належало благо. Таким чином, для даної групи особистих немайнових правовідносин смерть особи, якій належав об'єкт, за наявності її правонаступників, є правозмінюючим юридичним фактом, а за відсутності – правоприпиняючим.

Другий виняток – правовідносини, складовою змісту яких є право участі в товаристві. Їх припинення взагалі не пов'язується зі смертю управомоченої особи.

3. Серед юридичних фактів-подій, які здатні припинити правовідносини, Я. М. Магазінер називає загибель (знищення) об'єкта.

Здатність оборотоздатних об'єктів особистих немайнових правовідносин до об'єктивації дає їм можливість бути сприйнятими іншими особами, автономно існувати не тільки за життя, а навіть після смерті особи, якій вони належали. Такі об'єкти, як правило, не можуть бути знищеними (зникнути, загинути), як певні соціальні явища. Разом з тим, і така правоприпиняюча підстава міститься в механізмі правового регулювання особистих немайнових правовідносин з оборотоздатними об'єктами. Наприклад, пожежа, що виникла в результаті удару блискавки та знищила житловий будинок, припиняє не тільки правовідносини власності, а й особисті немайнові правовідносини, зміст яких складало право на недоторканність житла. Якщо ж разом з будинком знищено особисті папери, кореспонденцію, зображення фізичної особи, то в разі неможливості їх відновлення припиняються і особисті немайнові правовідносини, у яких вони були об'єктами.

Таким чином, механізм правового регулювання особистих немайнових відносин містить у собі не тільки такий правоприпиняючий юридичний факт як смерть управомоченої особи, а й знищення (загибель) нематеріального блага. Причому специфіка механізму правового регулювання особистих немайнових відносин з оборотоздатними об'єктами полягає в тому, що:

1. На відміну від механізму регулювання особистих немайнових відносин з необоротоздатними об'єктами, смерть не є безумовною підставою правоприпинення. Для особистих немайнових правовідносин з оборотоздатними об'єктами юридичні наслідки смерті особи, якій належали такі об'єкти, поставлено в залежність від наявності чи відсутності в останньої правонаступників. У першому випадку відбувається зміна таких правовідносин, у другому – правоприпинення. Повністю припиняються особисті немайнові правовідносини з оборотоздатними об'єктами й у разі смерті правонаступників.

2. На відміну від механізму регулювання особистих немайнових відносин з необоротоздатними об'єктами, правоприпинення може бути пов'язане й із такою подією як знищення (загибель) об'єкта, яке не пов'язане зі смертю (припиненням) особи, якій належить об'єкт.

Патрюк М. В., суддя Верховного Суду України, заступник секретаря Судової палати у цивільних справах

Сліпченко О. І., суддя апеляційного суду Київської області, викладач Національної школи суддів України, кандидат юридичних наук

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПУ ЗМАГАЛЬНОСТІ СТОРІН ПРИ РОЗГЛЯДІ ЦИВІЛЬНИХ СПРАВ

Змагальність – один із найбільш важливих конституційних принципів судочинства, який набув свого подальшого розвитку з новим ЦПК України та тісно пов'язаний із проблемами доказового права.

Збирання необхідних суду відомостей про існування обставин, що мають значення для справи, можна було б покласти виключно на сторо-

ни, на суд або в певних пропорціях на сторони та на суд, чим би визначалася і відповідна форма процесу. Від форми процесу залежить уся його система й доказова активність сторін.

Змагальна форма процесу передбачає покладання тягаря доказування на самі сторони та зняття із суду обов'язку щодо збирання доказів. Суд при цьому тільки дає оцінку доказам. Судочинство має характер спору, змагання сторін перед судом у доведенні обставин, узятих сторонами як підставу своїх вимог та заперечень. Змагальні засади процесу мотивують поведження сторін у суді, тому що результат вирішення спору залежить цілком від активності сторін. Такий спосіб організації судочинства називають змагальними засадами чи принципом змагальності.

Принцип змагальності й змагальна форма процесу є тісно пов'язані між собою, але є різними процесуальними явищами. Принцип змагальності взаємодіє зі змагальною формою процесу, що фактично є нічим іншим, як способом вираження змісту цього принципу.

Якщо обов'язок збирання доказів буде покладено на суд, то незалежно від діяльності сторін зміниться і зовнішня форма процесу, який набуде характеру розслідування, а відтак його можна буде визначити як слідчий процес.

Можлива побудова процесу і шляхом поєднання обох засад. Як правило, необхідні суду відомості про обставини справи надають насамперед сторони, а суд у цьому випадку зі своєї ініціативи збирає тільки відсутні докази.

У дореволюційному цивільному процесуальному праві після судової реформи 1864 року панівним визнавався принцип формальної істини, а змагальна засада підтримувалася принципом суддівського керівництва (або інструкційним принципом)¹.

Після подій 1917 року в науці панівною залишалася точка зору про докази як засоби переконання суддів в істинності тверджень та заперечень сторін². У науці цивільного процесуального права отримала розвиток тенденція до посилення слідчої засади в цивільному процесі.

¹ Васильковський Е. В. Курс гражданского процесса. Т.1 Субъекты и объекты процесса, процессуальные отношения и действия. / Васильковський Е. В. – М.: Изд. Бр. Башмаковых, 1913. – С. 375–376.

² Краснокутський В. А. Очерки гражданского процессуального права. Опыт систематизации законодательства РСФСР и СССР по судоустройству и судопроизводству. – Кинешма, 1924. (Цит. по Хуан Сян. Судебные доказательства в гражданском процессе (опыт сравнительного правоведения на примере России и Китая) / Хуан Сян. – М.: Городец, 2009..). – С. 126.

У повоєнні роки в цивільній процесуальній літературі з'явилася думка про те, що за своєю суттю судові докази є не засобами переконання суду зацікавленими особами, а засобами досягнення істини у справі.

У теорії цивільного процесуального права на той час закріпився принцип об'єктивної (матеріальної) істини, сутність якої визначалась як засіб установлення об'єктивної істини¹.

Так, у юридичній літературі зазначається, що «зміст ст. 16 Основ і ст. 15 ЦПК України полягає в тому, що суд зобов'язаний встановлювати в кожній справі, яку він розглядає, об'єктивну істину»².

Аналіз висловлених на сьогодні поглядів на поняття судового доказування вказує на те, що В. В. Комаров³, А. К. Сергун⁴, М. І. Балюк та Д. Д. Луспенік⁵, В. В. Бабенко⁶ включають до поняття доказування розумову та процесуальну діяльність відповідних учасників судочинства зі встановлення обставин судової справи за допомогою судових доказів.

Таким чином, судове доказування зводиться до дії суб'єктів доказування, якими є сторони та інші особи, що беруть участь у справі, з обставин, які є предметом спору.

Таке судження закріплене в ст. 10 ЦПК України та в частинах 1 і 2 ст. 60 ЦПК України, у яких зазначається, що кожна сторона зобов'язана довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог та заперечень.

¹ Курылев С. В. Объяснение сторон как доказательство в советском гражданском процессе // С. В. Курылев. – М. : Гос. издат. юрид. лит., 1956. – С. 5.; Юдельсон К. С. Проблема доказывания в советском гражданском процессе // Избранное: / К. С. Юдельсон; редкол.: В. В. Ершов, О. В. Лужина, С. В. Никитин, В. Д. Первалов, В. В. Ярков. – М.: Статут, 2005. – С. 32.

² Цивільний процесуальний кодекс Української РСР. Науково-практичний коментар /відп. ред. І. П. Кононенко; /автор розд. І. А. Беленчук. – К. : Політвидав України, 1973. – С. 37.

³ Комаров В. В. Доказування та докази в цивільному судочинстві : текст лекцій В. В. Комаров. – Х.: Укр. юрид. акад., 1991. – С. 3..

⁴ Сергун А. К. Судебные доказательства / Гражданское процессуальное право России: учебник /А. Т. Боннер, Н. А. Громошина, Р. Е. Гукасян, Е. В. Кудрявцева, [и др.]; отв. ред.: М. С. Шакарян. – М.: Былина, 1996. – 400 с. – С. 149.

⁵ Балюк М. І. Практика застосування цивільного процесуального кодексу України (цивільний процес у питаннях і відповідях). Коментарії, рекомендації, пропозиції /М. І. Балюк, Луспенік Д. Д. – Х.: Харків юридичний, 2008. – 708 с. – (Сер. «Судова практика»). – С. 143.

⁶ Бабенко В. В. Доказування в господарському процесі : автореф. дис. на здобуття наук ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.04. «Господарське право і господарський процес» / В. В. Бабенко. – К., 2007. – 19 с. – С. 7.

Згідно зі ст. 129 Конституції України до основних засад судочинства відноситься принцип змагальності сторін і свободи в наданні ними суду своїх доказів та в доведенні перед судом переконливості цих доказів. У ст. 10 ЦПК України також підкреслюється, що цивільне судочинство здійснюється на засадах змагальності сторін. Сторони та інші особи, які беруть участь у справі, мають рівні права щодо подання доказів, їх дослідження та доведення перед судом їх переконливості. Кожна сторона повинна довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог та заперечень, крім випадків, установлених ЦПК України.

Обов'язок з доведення фактичних обставин, що мають значення для справи, повною мірою покладається на сторони, а суд може за клопотанням сторін сприяти в отриманні доказів шляхом їх витребування у разі виникнення відповідних ускладнень. Нині суд перестав виконувати роль слідчого в цивільних справах, самостійно збирати докази, а зобов'язаний забезпечувати сторонам та іншим особам, які беруть участь у справі, рівні можливості з надання доказів, а також брати участь у дослідженні цих доказів та реалізації інших прав.

До прийняття чинного ЦПК України сторони могли не звертати уваги на дії суду, що роз'яснював сторонам їхній обов'язок надавати докази та встановлював строки для надання цих доказів, оскільки закон не передбачав ніяких правових наслідків невиконання такого обов'язку. Суд був зобов'язаний замість сторін витребувати необхідні докази. Зараз же, якщо сторони не надають докази, це може мати для них негативні наслідки: ухвалене рішення буде ґрунтуватися тільки на тих доказах, які були подані до суду. Тому можна погодитися з висловленим у процесуальній науці положенням про існування нині не принципу об'єктивної істини, а принципу законної (судової) істини¹.

Маємо наголосити, що саме через докази, які досліджуються в судовому процесі, відповідно до вимог процесуального та матеріального закону та діяльності всіх учасників процесу й суду, останній зважає аргументи «за» і «проти», перед тим як прийняти законне й обґрунтоване судове рішення. Слід погодитися з І. В. Решетніковою, що рішення в цивільних справах ухвалюється на балансі ймовірності. Це означає, що суд може сказати: «Ми віримо: більш імовірно, чим ні, що відбувалося те, про що говорить одна із сторін»².

¹ Кройтор В. А. Гражданский процесс : учебное пособие / В. А. Кройтор. – [Изд. 4-е, перераб. и доп.] – Харьков: Эспада, 2007. – С. 43.

² Решетникова И. В. Гражданское право и гражданский процесс в современной России / И. В. Решетникова, В. В. Янков; редкол.: С. С. Алексеев, В. С. Бельх, А. В. Казаков [и др.]. – М.: Екатеринбург: Норма, 1999. – С. 169.

У зв'язку з цим зазначимо, що досягти остаточної істини в принципі неможливо. Це пов'язано з тим, що у справі можуть бути латентні докази, про які можуть не знати ні сторони, ні суд¹.

Таким чином, є всі підстави стверджувати, що право як фізичної, так і юридичної особи реалізується, зокрема, через збирання, дослідження й оцінювання доказів (доказування) на підставі норм матеріального права і в межах процесуальної форми. У цій частині Є. В. Васьковський мав рацію, коли зазначав, що суд не має права вірити сторонам на слово. Суд 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 в позові, керуючись тим, що заперечення відповідача заслуговують на увагу з огляду на його моральні якості, повну довіру. Доказування в процесуальному значенні є встановленням істинності тверджень сторін перед компетентним судом у визначеній законом формі².

Враховуючи викладене, необхідно погодитися з висновком, зробленим В. В. Комаровим, що основним елементом змагальності є право та обов'язок сторін указувати на факти, що обґрунтовують вимоги та заперечення сторін, надавати докази з метою підтвердження цих фактів, брати участь у дослідженні доказів. У зв'язку з цим слід виокремлювати такі елементи принципу змагальності: 1. Участь у процесі. 2. Обґрунтування вимог та заперечень. 3. Надання доказів суб'єктами, на яких розподілений тягар доведення. 4. Заява клопотань. 5. Надання нових і додаткових матеріалів у суді апеляційної інстанції тощо³.

При цьому необхідно звернути увагу, що :

1. Відповідно до вимог ч. 1 ст. 131 ЦПК України сторони зобов'язані надати свої докази суду або під час попереднього судового засідання у справі, або, якщо попереднє судове засідання у справі не проводиться, – до початку розгляду справи по суті. Частина 2 вказаної статті передбачає, що подані з порушенням вимог, установлених ч. 1 цієї статті, докази не приймаються, якщо сторона не доведе, що вони подані несвоєчасно з поважних причин.

¹ Ясинок М. М. Докази та психологічний процес ухвалення судових рішень / М. М. Ясинок // Актуальні проблеми цивільного права та процесу : матеріали наук. практ. конф. пам'яті О. А. Пушкіна, 27 травня 2006 р. – Х., 2006. – С. 166–169.

² Васьковський Е. В. Учебник гражданского процесса / Е. В. Васьковский; под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. – М.: Зерцало, 2003. – С. 238.

³ Комаров В. В. Курс гражданского процесса: підручник / В. В. Комаров, В. А. Бігун, В. В. Баранкова та інш.; за ред. В. В. Комаров – Х.: Право, 2011. – с. 190–191.

2. Відповідно до вимог ч. 2 ст. 303 ЦПК України апеляційний суд досліджує докази, які судом першої інстанції були досліджені з порушенням установленого порядку або в дослідженні яких було неправомірно відмовлено, а також нові докази, неподання яких до суду першої інстанції було зумовлено поважними причинами.

3. Частина 1 ст. 335 ЦПК України вказує, що під час розгляду в касаційному порядку суд перевіряє в межах касаційної скарги правильність застосування судом першої або апеляційної інстанції норм матеріального чи процесуального права і не може встановлювати або (та) вважати доведеними обставини, що не були встановлені в рішенні чи відкинуті ним, вирішувати питання про достовірність або недостовірність того чи іншого доказу, про перевагу одних доказів над іншими.

У змагальному процесі, зазначає В. В. Комаров, встановлення обставин справи стає результатом як діяльності сторін (осіб, які беруть участь у справі) з наданням доказів, так і дослідження цих доказів судом за участі зазначених осіб, а також оцінки судом лише доказів, наданих йому сторонами (самостійно чи за їх клопотанням за допомогою суду). При цьому судове керівництво відповідно до вимог ч. 4 ст. 10 ЦПК України полягає в тому, що суддя скеровує розгляд справи на забезпечення пропорційності використання процесуальних засобів сторонами, а також контролює та регулює рух цивільного процесу¹.

Враховуючи викладене, варто зробити нижче висновки.

1. Частина перша та друга коментованої статті закріплюють одну з передбачених ст. 129 Конституції України основних засад судочинства – принцип змагальності сторін і свободи в наданні ними суду своїх доказів та в доведенні перед судом переконливості цих доказів.

2. Частина третя коментованої статті закріплює, що відповідно до вимог принципу змагальності сторони та інші особи, які беруть участь у справі, зобов'язані повідомити суд про істотні для справи обставини, надати суду докази, які підтверджують або спростовують вимоги та заперечення, а також вчиняти процесуальні дії, спрямовані на те, щоб переконати суд у необхідності постановлення бажаного для них рішення. При цьому в змагальному процесі беруть участь не тільки сторони, а й інші учасники, якими можуть бути: треті особи, судові представники, органи, які звертаються до суду на захист прав та інтересів інших осіб. Ці учасники мають власні інтереси у справі, матеріальні або процесу-

¹ Комаров В. В. Курс цивільного процесу: підручник. – С. 200.

альні, тому теж зацікавлені в наданні суду своїх доказів. Також, коментуючи п. 3 ст. 10 ЦПК України, необхідно взяти за основу правило, яке сформувалося ще в римському праві: «хто стверджує, той і доводить». Але в окремих випадках, прямо передбачених законом (ст. 61 ЦПК України), особа звільняється від обов'язку доказування обставин, що мають значення для справи. Реалізацію принципу змагальності передбачено ст. 27 ЦПК України, яка гарантує права та відповідно обов'язки осіб, які беруть участь у справі.

Принцип змагальності відображається в багатьох інших нормах ЦПК України, насамперед тих, що стосуються надання доказів та процесу доказування.

3. Частина четверта коментованої статті вказує, що змагальність сторін не означає пасивної (наглядової) позиції суду, який розглядає справу. Судове керівництво відповідно до вимог ч. 4 ст. 10 ЦПК України, полягає в тому, що суддя скеровує розгляд справи на забезпечення пропорційності використання процесуальних засобів сторонами, а також контролює та регулює рух цивільної справи. Саме суд визначає коло фактів, які слід установити у справі (предмет доказування); визначає, які обставини кожна зі сторін повинна довести; роз'яснює сторонам необхідність надання доказів, якщо їх на думку суду недостатньо.

Так, п. 12 постанови Пленуму Верховного Суду України від 12.06.2009 №5 «Про застосування норм цивільного процесуального законодавства, що регулюють провадження у справі до судового розгляду» вказує, що якщо при проведенні попереднього судового засідання з'ясується, що в позивача є до того чи іншого відповідача (відповідачів) вимоги, які впливають з пред'явленого позову й не зазначені в ньому, або у відповідача є зустрічні вимоги до позивача, то суд відповідно до вимог ч. 4 ст. 10 ЦПК України повинен роз'яснити право як на пред'явлення позивачем додаткових позовних вимог, так і на пред'явлення відповідачем зустрічного позову.

Таким чином, саме п. 4 коментованої статті закріплює та зобов'язує суд: сприяти всебічному і повному з'ясуванню обставин справи; роз'яснити особам, які беруть участь у справі, їх права та обов'язки; попередити про наслідки вчинення або невчинення процесуальних дій; сприяти здійсненню прав особам, які беруть участь у справі, у випадках, передбачених ЦПК України.

З огляду на викладене необхідно зробити висновок, що принцип змагальності сторін та свобода в наданні ними своїх доказів і доведення

перед судом їх переконливості, який передбачений ст. 10 ЦПК України, відноситься до визначених ст. 129 Конституції України основних засад судочинства та є процесуальною гарантією забезпечення права на справедливий суд й відповідно на судовий захист на основі застосування ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 року.

ЧАСТИНА ДРУГА

Антонюк О.І., доцент кафедри цивільного права і процесу Донецького національного університету, кандидат юридичних наук, доцент

СПОСОБИ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ СУБ'ЄКТІВ СПІЛЬНОЇ ЧАСТКОВОЇ ВЛАСНОСТІ

Захист прав та інтересів суб'єктів спільної часткової власності може відбуватися за допомогою способів, що встановлені договором або законом. Крім того, як було зауважено Верховним Судом України у постановках від 21 травня 2012 р. у справах №№ 6-20цс11, 6-69цс11, 6-18цс11, від 12 червня 2013 р. у справі № 6-32цс13, суд має враховувати, що законодавчі обмеження матеріально-правових способів захисту цивільного права чи інтересу підлягають застосуванню з дотриманням положень ст. ст. 55, 124 Конституції України та ст. 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, відповідно до яких кожна особа має право на ефективний засіб правового захисту, не заборонений законом. Оскільки положення Конституції України та Конвенції мають вищу юридичну силу (ст. ст. 8, 9 Конституції України), а обмеження матеріального права суперечать цим положенням, порушення цивільного права чи інтересу підлягають судовому захисту і у спосіб, не передбачений законом, але який є ефективним засобом захисту, тобто таким, що відповідає: 1) змісту порушеного права; 2) характеру його порушення; 3) наслідкам, спричиненим цим порушенням.

Такий підхід до способів захисту був нормативно закладений стосовно самозахисту (ч. 2 ст. 19 ЦК України), для якого не було передбачено переліку способів захисту, а за управненою особою було визнане право обирати й такі способи, що не були передбачені у договорі або актах цивільного законодавства, які відповідають трьом зазначеним вище умовам.

Співвласники можуть захищати свої права та інтереси за допомогою позовів про визнання, перетворення та присудження. Так, у судовому порядку вони можуть вимагати збільшення своєї частки у праві спільної

часткової власності на підставі ч. 3 ст. 357 ЦК України, визнання права на прибудову або добудову, створену за власний рахунок, встановлення порядку користування спільним майном, стягнення майнової компенсації у разі неможливості отримання у користування частини спільного майна в натурі відповідно до своєї частки у праві власності на нього, переведення прав і обов'язків покупця у разі продажу іншим співвласником частки з порушенням права на переважну купівлю, виділу частки з майна в натурі, поділу майна.

Разом з цим, судовий порядок реалізації зазначених прав обумовлюється відсутністю можливості їх здійснення повністю або частково у позасудовому порядку, оскільки відповідно до ст. 3 ЦПК України кожна особа має право звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод та інтересів. Відсутність спору про право має бути підставою для відмови у задоволенні позову на підставі ч. 3 ст. 13 ЦК України, оскільки його пред'явлення є зловживанням правом на судовий захист. Право на захист у суб'єкта спільної часткової власності виникає у разі порушення, оспорення, невизнання його прав, а також наявності підстав передбачати можливість порушення права власності іншою особою (ч. 2 ст. 386, 1163, 1164 ЦК України). Зазначені підстави можуть виникати внаслідок дій (бездіяльності) як інших співвласників, так і третіх осіб.

Право на виділ частки зі спільного майна в натурі може бути реалізоване, якщо такий виділ є можливим. Реалізація цього права призводить до перерахунку часток у праві спільної часткової власності на такий об'єкт інших співвласників (п. 57 Порядку державної реєстрації прав на нерухоме майно та їх обтяжень, затвердженого Постановою КМУ від 17 жовтня 2013 р. № 868). Другим способом задоволення інтересу співвласника у виділенні частки зі спільного майна є отримання від інших співвласників грошової чи іншої майнової компенсації вартості його частки. Право вимоги компенсації обумовлюється наявністю однієї з двох підстав: 1) відповідно до закону виділ в натурі частки зі спільного майна не допускається; 2) об'єкт є неподільним.

Цивільний кодекс України передбачає два випадки припинення частки співвласника за умови отримання компенсації – за позовом співвласника, який бажає отримати компенсацію вартості своєї частки (ч. 2 ст. 364), і за позовом співвласника, який бажає припинити частку іншого співвласника взамін грошової компенсації (ст.365). Вбачається, що при-

пинення у судовому порядку права на частку співвласника у спільному майні може бути здійснене у разі, якщо між співвласниками не досягнуто згоди про викуп частки.

Положення ст.ст. 364, 365 ЦК України не можуть бути застосовані одночасно, оскільки вони стосуються різних юридичних питань – можливість припинення права особи на частку в спільному майні без її згоди передбачена ст. 365, тоді як ст. 364 стосується ситуації, коли співвласник бажає виділення частки зі спільної власності та не проти одержання компенсації за свою частку в спільному майні.

При цьому, зі змісту ст. 365 ЦК України випливає, що припинення права співвласника на частку у спільному майні не обумовлюється (хоча і не виключається) його протиправною поведінкою – для припинення необхідно встановити наявність будь-якої із обставин, передбачених пп. 1–3 ч. 1 ст. 365 ЦК України, за умови, що таке припинення не завдасть істотної шкоди інтересам співвласника та членам його сім'ї та попереднього внесення позивачем вартості цієї частки на депозитний рахунок суду (постанови ВСУ від 15 травня 2013 р. у справі №6-37цс13, від 16 січня 2012 р. у справі №6-81кс11). Згода співвласника на припинення права на частку за таких підстав не є умовою для задоволення позову. Законодавець забезпечує баланс інтересів сторін виключно за рахунок внесення на депозит суду вартість частки, яка припиняється, що у разі задоволення позову присуджується відповідачу.

У п. 57 рішення Європейського суду з прав людини у справі «Україна-Тюмень» проти України» №22603/02 від 22 листопада 2007 р. зазначається, що позбавлення власності без сплати суми її вартості становитиме непропорційне втручання та що відсутність будь-якого відшкодування може бути виправданою відповідно до п.1 ст. 1 Першого протоколу лише за виключних обставин.

У рішенні Європейського суду з прав людини у справі «Руденко проти України» №35041/05 від 21 грудня 2010 р. встановлене порушення ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, а саме: незаконне позбавлення заявника майна у зв'язку з порушенням правил щодо попереднього депонування суми відшкодування, оскільки така вимога не є просто технічною складовою процедури відчуження майна, яка встановлена законом, а є основною вимогою, на якій повинно ґрунтуватися рішення суду про позбавлення особи майна без її згоди, тому суди свавільно відхилились від писаного

права, не надавши обґрунтування відхиленню вимоги заявника щодо справедливої сатисфакції. Крім того, положення ст. 365 ЦК України відображає конституційну гарантію попередньої компенсації за будь-яке позбавлення власності, за винятком умов воєнного чи надзвичайного стану (п. 43).

Захист права співвласника на частку у праві власності може здійснюватися і за допомогою загальних способів цивільно-правового захисту права власності, проте з певною специфікою. Наприклад, як було зазначено у п.29 постанови Пленуму ВССУ «Про судову практику в справах про захист права власності та інших речових прав» від 07 лютого 2014 р. №5, суди під час розгляду спорів про *поновлення права на частку у спільній частковій власності* повинні враховувати, що якщо частка у праві спільної часткової власності за відплатним договором придбана в особи, яка не мала права її відчужувати, про що набувач не знав і не міг знати, то особа, яка втратила частку, має право вимагати *поновлення права* на неї за умови, що ця частка вибула з її володіння не з її волі. Під час розгляду такої вимоги за аналогією закону (ч. 1 ст. 8 ЦК України) підлягають застосуванню положення статей 387, 388 ЦК України.

Отже, захист прав та інтересів суб'єктів спільної часткової власності може відбуватися як за допомогою загальних способів захисту, так і спеціальних способів захисту права власності та права спільної часткової власності. Обрання способу захисту залежить від змісту порушеної правомочності, підстави захисту (порушення, оспорення, невизнання прав, можливість порушення) та наслідків порушення.

Баранова Л. М., доцент кафедри цивільного права №1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, кандидат юридичних наук, доцент

НЕВИКОНАННЯ ТА НЕНАЛЕЖНЕ ВИКОНАННЯ ЯК ВИДИ ПОРУШЕННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

Стаття 610 ЦК України містить норму-дефініцію, яка закріплює легальне визначення поняття «порушення зобов'язання». Це є новелою у вітчизняному цивільному законодавстві, оскільки у попередніх кодексах

сах подібні статті відсутні. Зобов'язання вважається порушеним у разі його невиконання або виконання з порушенням умов, визначених змістом зобов'язання (неналежне виконання). Таке визначення дозволяє стверджувати, що «порушення зобов'язання» є родовою категорією, яка складається з двох видів: невиконання зобов'язання і неналежне виконання зобов'язання. Деякі науковці вважають, що «невиконання» і «неналежне виконання» розуміються як явища, що залежать від ступені виконання зобов'язання боржником. Однак, на нашу думку, цей критерій поділу категорії «порушення зобов'язання» на два види не відображає сутності останніх. У більшості випадках неналежного виконання зобов'язання, зокрема, якщо порушені умови щодо строку або місця виконання, неможливо визначити ступінь виконання зобов'язання. Вважаємо, що таке визначення поняття порушення зобов'язання співвідноситься із загальними принципами його виконання. Для того, щоб зобов'язання припинилося його виконанням, останнє має бути реальним і належним.

Законодавець здійснює диференціацію порушення зобов'язання на два види: невиконання та неналежне виконання. Вважається, що «невиконання зобов'язання має місце тоді, коли боржник не здійснив на користь кредитора жодної дії, що становить предмет зобов'язання». В більшості випадків таке визначення відповідає дійсності. Залежно від змісту обов'язку невиконання зобов'язання може полягати в тому, що боржник не передає річ, не виконує роботи, не надає послуги, не сплачує гроші тощо.

Визначення невиконання зобов'язання як таких дій чи бездіяльності сторони зобов'язання, внаслідок яких зобов'язання не виконане ні повністю, ні в частині більшою мірою відображає сутність цього поняття. Однак, не завжди невиконання зобов'язання полягає в бездіяльності боржника. Основною метою і результатом виконання боржником свого обов'язку є задоволення потреб кредитора. На практиці кредитор може не одержати виконання зобов'язання навіть при вчиненні боржником певних дій, що складають його обов'язок. Наприклад, за договором підряду підрядчик виконав певний обсяг роботи, але її результат був знищений до моменту передачі замовнику. Або перевізник прийняв вантаж, здійснив його перевезення, але з якихось причин, зокрема, у разі втрати вантажу в дорозі, не передав вантажоодержувачеві. Таким чином, визнаючи зміст поняття «невиконання зобов'язання», необхідно акцентувати увагу не на діях (бездіяльності) боржника, а на їх результаті для

кредитора. Отже, під невиконанням зобов'язання розуміється неодержання кредитором виконання обов'язку боржником.

Неналежне виконання зобов'язання – це порушення умов, визначених змістом зобов'язання. При неналежному виконанні боржник виконує обов'язок, але з порушенням певних умов, які складають зміст договору або визначених законом. Іншими словами неналежне виконання – це виконання зобов'язання з певними дефектами. При неналежному виконанні зобов'язання може мати місце недодержання умов щодо кількості, якості, асортименту товару, якості виконаної роботи чи наданої послуги, розміру оплати, строку, способу або місця виконання тощо. Залежно від умов договору чи приписів закону, які були порушені при виконанні зобов'язання, неналежне виконання може визначатися як прострочення, заборгованість тощо.

Виокремлення двох видів порушення зобов'язання за чинним законодавством не має практичного значення, тому що правові наслідки невиконання чи неналежного виконання зобов'язання, як правило, є однаковими. В ч.1 ст. 622 ЦК України зберігся загальний принцип «виконання зобов'язання в натурі», відповідно до якого застосування до порушника зобов'язання мір цивільно-правової відповідальності та (або) реалізація інших заходів захисту цивільних прав потерпілої особи, не є підставою для звільнення боржника від виконання зобов'язання.

Аналізуючи проект чинного ЦК України, можна стверджувати, що розробники кодексу надавали практичне значення диференціації поняття «порушення зобов'язання». Так, пропонувалося закріпити різні правові наслідки невиконання і неналежного виконання зобов'язання щодо подальшого виконання боржником свого обов'язку. Сплата неустойки та відшкодування збитків, при неналежному виконанні не звільняли боржника від виконання зобов'язання в натурі. І навпаки, при невиконанні зазначені заходи звільняли боржника від такого обов'язку. На жаль, запропонована розробниками ЦК диференціація принципу виконання зобов'язання в натурі залежно від виду порушення не знайшла свого закріплення. Саме тому, деякою мірою втратило значення й розмежування поняття «порушення зобов'язання» на такі його види як «невиконання» та «неналежне виконання».

Розподіл порушення на дві складові частини має юридичне значення лише в певних випадках. Так, при зустрічному виконанні зобов'язання (ст. 538 ЦК) одна сторона може зупинити виконання свого обов'язку або

відмовитися від його виконання повністю чи частково у разі невиконання іншою стороною свого обов'язку. У разі невиконання боржником для кредитора певної роботи чи ненадання йому послуги кредитор має право виконати цю роботу власними силами або доручити її виконання чи надання послуги третій особі (ст. 621 ЦК).

Незважаючи на вищезазначене, не завжди доцільно кваліфікувати той чи інший вид порушення зобов'язання. Тим більше, що невиконання та неналежне виконання зобов'язання не завжди можна чітко розмежувати. В окремих випадках неналежне виконання зобов'язання може перетворитися у його невиконання. Наприклад, якщо за договором перевезення вантажу перевізник не видає вантаж на вимогу одержувача протягом тридцяти днів після спливу строку його доставки (ч. 2 ст. 919 ЦК), то прострочення виконання (неналежне виконання) трансформується у невиконання договору.

Блажівська О.Є., кандидат юридичних наук, суддя Господарського суду м. Києва

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОКРЕМИХ ВИДІВ ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН ЗА ЗАГАЛЬНИМ ЦИВІЛЬНИМ УЛОЖЕННЯМ АВСТРІЙСЬКОЇ ІМПЕРІЇ 1811 р.

Необхідність здійснення історико-правового аналізу особисто-майнових прав за Загальним цивільним уложенням Австрійської імперії 1811 року (далі АЗЦУ) зумовлена двома чинниками. По-перше необхідністю врахування історичного досвіду кодифікації австрійського законодавства під час удосконалення чинного цивільного законодавства України. По-друге в АЗЦУ одне із центральних місць займає особисто-майнове право, зокрема на укладення договору, що дозволяло його учасникам координувати свою поведінку у виробничій та інших сферах людського життя.

У АЗЦУ одержали правове регулювання окремі різновиди договорів: дарування, поклада, позичка, позика, доручення, міна, купівля, майновий найм, спадкова оренда, спадкове оброчне утримання, найм послуг, ви-

давничий договір, договір про майнову спільність. При цьому *договори дарування, міни, купівлі, позики визнавалися титулами (правовою підставою) набуття права власності.*

На особливу увагу заслуговує договір дарування, який визнавався укладеним лише за умови передання подарунку (ст. 945). Винятком із цього правила був договір дарування з обов'язком передання речей у майбутньому (ст. 945). Таким чином у АЗЦУ було виділено два різновиди договору дарування: із переданням речей на момент укладання та без такої передачі (ст. 945). У АЗЦУ було закріплено правило про те, що договори дарування не підлягають відміні. Водночас були винятки із цього правила у випадках, передбачених цим уложенням. Так, дарувальник мав право вимагати розірвання договору з вимогою вилучення переданого майна у обдаровуваного чи виплати певної компенсації з таких причин: 1) бідності дарувальника (ст. 947); 2) невдячності обдаровуваного (ст. 948–949); 3) внаслідок зменшення належного утримання (950); 4) внаслідок зменшення обов'язкової частки (ст. ст. 951–952); 5) внаслідок завдання шкоди дарувальнику (ст. 955); 6) у випадках народження дітей у дарувальника (ст. 954).

Договір поклажі виникав тоді, коли хтось приймав на зберігання чужу річ (ст. 958). Водночас законодавець наголошував, що за цим договором поклажоприймач не набував ні права власності, ні права володіння, ні права користування річчю. Він виступав лише як її утримувач із обов'язком оберігати довірену йому річ від пошкодження (ст. 958). За загальним правилом договір поклажі вважався безоплатним. Лише у випадку, коли винагорода була прямо передбачена умовами договору чи за майновим становищем поклажоприймача цей договір набував відплатного характеру (ст. 969). До різновидів договору поклажі законодавець відносив секвестр (ст. 968). Разом з тим до поклажоприймача прирівнювали хазяїв готелей, корабельних шкіперів і перевізників, які несли відповідальність за втрату речей мандрівників (ст. 970). У АЗЦУ було детально врегульовано права і обов'язки одержувача позички щодо: 1) споживання; 2) повернення; 3) пошкодження; 4) витрат на утримання (ст. ст. 972–981).

На увагу заслуговує й *договір позики* за яким передавалася споживча річ, яку слід було повернути зі впливом встановленого строку у відповідній кількості, роду і якості (ст. 983). До різновидів договору позики відносили 1) грошову позику і позику іншими споживчими предметами; 2) позику із процентами і без процентів (ст. ст. 993–1000). Щодо грошо-

вої позики, то передбачалося можливість її здійснення дзвінкою монетою, паперовими грошима і процентними паперами (ст. ст. 985–991). Уперше було закріплено правило про те, що «не можна стягувати проценти на проценти». Однак проценти, які нараховані за два чи більше років могли бути за взаємною згодою перетворені на новий борг, що породжувало нове зобов'язання (ст. 998).

Цікавим був підхід законодавця щодо правового регулювання договору доручення. Так, договори доручення могли укладатися в усній чи письмовій формі. Водночас актом, що засвідчував факт укладення цього договору була довіреність (ст. 1005). За тих часів уже розрізняли загальні і спеціальні довіреності залежно від кількості справ до введення яких уповноважувалися особи. Якщо загальна довіреність надавала повіреному право вести всі справи довірителя, то спеціальна мала за предмет лише судові справи чи лише позасудові справи, чи вчинення окремих дій (ст. 1006).

У АЗЦУ значну увагу було приділено й міні як договору за яким одна річ передавалася взамін іншої (ст. 1045). Предметом цього договору могли бути будь-які речі. При цьому гроші не становили предмет цього договору, однак вони могли обмінюватися як товар (золото на срібло чи в якості монет) (ст. 1046).

Законодавець встановлював вимоги до правової природи договору майнового найму. Так, за цим договором передавалася у користування лише неспоживча річ. Договір вважався строковим і відплатним (ст. 1090). Щодо оплати за користування річчю, то у АЗЦУ розрізняли грошову і натуральну (плодами) плату (ст. ст. 1100–1108). Слід зазначити, що уперше виділяються різновиди договору майнового найму: найм і оренда. Так, якщо предметом договору виступає річ, придатна до споживання без подальшої обробки, то виникав договір найму; якщо річ можна було споживати лише шляхом додавання праці і зусиль, то мав місце договір оренди (ст. 1091). Законодавець урегулював можливість поновлення договору найми і оренди як прямо, так і побічно (шляхом мовчання). Побічно договір поновлювався тоді, коли наймач чи орендар після спливу строку договору найму чи оренди продовжує користуватися річчю, а наймодавець чи орендодавець допускав це. При цьому договір найму чи оренди поновлювався на таких самих умовах, що і попередній. Це правило діяло за єдиним винятком: договір оренди поновлювався лише на один рік (ст. ст. 1114–1115).

Уперше набули правового регулювання договори спадкової оренди і спадкового оброчного утримання. Так, за договором спадкової оренди

власник маєтку передавав його у користування іншій особі із правом наступної передачі своїм спадкоємцям з умовою, що орендар зобов'язувався сплачувати щорічний оброк грошима, плодами чи послугами (ст. 1124). Договір спадкового оброчного утримання укладався у тому випадку, коли власник одноразово сплачував незначний оброк лише для визнання поземельної власності (ст. 1123). При цьому, якщо виникав сумнів щодо правової природи договору оренди (спадкова оренда чи спадково-оброчна оренда), то слід було з'ясувати суму щорічного оброку та інші виплати. Якщо ця сума не залежала від щорічного чистого доходу, то предмет підпорядкованого права становив спадково-оброчний маєток, а якщо така залежність мала місце, то – спадково-орендний маєток (ст. 1124).

Уперше одержав правове регулювання у АЗЦУ видавничий договір за яким автор передавав іншій особі право відтворення твору через друк і його поширення (ст. 1164). На особливу увагу заслуговують наступні умови видавничого договору. По-перше, за цим договором встановлювалася заборона передавати цей твір іншому видавцю (ст. 1164). По-друге, у разі необхідності перевидання твору необхідною була згода на це автора і виникало нове зобов'язання (ст. 1167). По-третє, якщо письменник здійснював лише обробку будь-якого твору за планом видавця, то він мав право лише на умовну винагороду, а видавець мав безумовне право на його видання (це правило застосовувалося також до створення географічних карт, топографічних креслень і музичних творів) (ст. 1170–1171). По-четверте, майнові права автора переходили до його спадкоємців; винятком із цього правила було право автора щодо нового видання, що не переходило до спадкоємців (ст. 1169).

У АЗЦУ було присвячено окрему главу 29 правовому регулюванню ризикових договорів за якими давалася і приймалася обіцянка щодо одержання вигоди, настання якої наперед невідоме (ст. 1267). Специфіка таких договорів полягала у тому, що не допускався спір про збитки на суму більш ніж за половину ціни (ст. 1268). До ризикових договорів було віднесено: парі, гра і лотерея; всі договори купівлі й інші договори, що мали предметом очікувані чи майбутні права, ще невідомі речі; довічна рента; договори страхування і бодмерейні договори (ст. 1269).

Таким чином, вивчення історичної спадщини у сфері договірних прав у АЗЦУ свідчить про те, що основні засади договірного права Австрійської імперії стали ефективним підґрунтям для формування сучасного цивільного права в Україні.

Богдан В. В., доцент кафедры гражданского права, ФГБОУ ВПО «Юго-Западный государственный университет»

К ВОПРОСУ О ПОНИМАНИИ ДЕФИНИЦИИ «ПОТРЕБИТЕЛЬ» В ЗАКОНАХ О ЗАЩИТЕ ПРАВ ПОТРЕБИТЕЛЕЙ РОССИИ И УКРАИНЫ

Исторические процессы, повлекшие за собой распад СССР и образования новых суверенных государств, возникновение СНГ, обусловили те обстоятельства, что в новых государствах развитие института защиты прав потребителей шло самостоятельным путем.

Первыми среди бывших союзных республик законы о защите прав потребителей приняли Украина и Российская Федерация. В результате их принятия и в России и в Украине была создана правовая основа для формирования и реализации целенаправленной государственной политики области защиты прав граждан в сфере торговли и услуг. Вопросы правового регулирования защиты прав потребителей являются актуальными для любого государства. Среди стратегических проблем современного социально-экономического развития как России, так и Украины проблема обеспечения населения качественными жизненными благами является одной из главных и острых. Ее практическое решение во многом определяет рост качества жизни, уровня реального благосостояния граждан и непосредственно влияет на обеспечение социальной стабильности и национальной безопасности государства.

Национальная политика в сфере защиты прав потребителей двух государств основывается на Конституции, Гражданском кодексе¹, Законах «О защите прав потребителей» (Закон Украины «О защите прав потребителей» № 1023-ХІІ (далее – Закон Украины) был принят 12 мая 1991 года, Закон РФ «О защите прав потребителей» № 2300–1 (далее – Закон России) – 07 февраля 1992 года.), иных законах и нормативно-правовых актах, регулирующих отношения в области защиты прав потребителей.

Необходимо отметить, что в Украине государственная защита прав потребителей опирается на Конституцию: государство защищает права

¹ В Украине наряду с Гражданским кодексом действует Хозяйственный кодекс Украины, который также включен в систему законодательства о защите прав потребителей.

потребителей, осуществляет контроль за качеством и безопасностью товаров и всех видов услуг и работ, способствует деятельности общественных организаций потребителей (ст. 42). В Конституции РФ положения, касающиеся прав потребителей и их реализации, не нашли своего прямого отражения.

Расхождения в украинском и российском законах начинаются с легальной дефиниции «потребитель». Согласно п. 22 ст. 1 Закона Украины потребитель – физическое лицо, которое приобретает, заказывает, использует или намеревается приобрести или заказать продукцию для удовлетворения личных потребностей, непосредственно не связанных с предпринимательской деятельностью или выполнением обязанностей наемного работника.

Преамбула Закона России определяет потребителя как гражданина, имеющего намерение заказать или приобрести либо заказывающего, приобретающего или использующего товары (работы, услуги) исключительно для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности.

Следует отметить, что определение потребителя как «физическое лицо» в украинском законе представляется предпочтительней, чем в российском – «гражданин». В исследованиях российских ученых отмечается тот факт, что использование термина «гражданин» «свойственно для нормативных правовых актов начала 1990-х гг. и далеко не всегда является обоснованным ... необоснованное использование нетождественных понятий в качестве синонимов («гражданин» и «физическое лицо» – прим. авт.), безусловно, является недостатком юридической техники, хотя и вполне привычным для российского законодательства»¹.

Тем не менее, в России есть как сторонники замены термина «гражданин» на «физическое лицо»², так и его противники³. Стоит заметить, что Гражданский кодекс РФ (далее – ГК РФ) не содержит легального определения «физическое лицо» в отличие от Гражданского кодекса Украины (ст. 24, далее – ГКУ).

¹ Гафарова Г. Р. Защита прав потребителей / под ред. З. М. Фаткудинова. М., 2008. / СПС «КонсультантПлюс»: поиск по автору.

² См.: Агафонов А. В. Ответственность за посягательства на безопасность жизни или здоровья потребителей (историко-правовой анализ). СПб, 2004. С. 107; Богдан В. В. Эволюция понятия «потребитель»: анализ новых подходов // Известия Юго-Западного государственного университета. 2012. №4.

³ Райлян А. А. Гражданско-правовая защита прав потребителя: вопросы теории и судебной практики // Арбитражный и гражданский процесс. 2008. № 10. / СПС «Консультант Плюс»: поиск по автору.

Из приведенного определения Закона Украины следует, что, во-первых, потребителем считается исключительно физическое лицо, во-вторых, приобретать или заказывать товары (работы, услуги) возможно только для удовлетворения собственных потребностей, не связанных с предпринимательством и выполнением обязанностей наемного работника, то есть не с целью получения прибыли. Как отмечает В. Г. Шинкаренко, «именно это дополнение позволяет объяснить исключения возможностей принятия предприятий, организаций как потребителей, ведь целью любого предприятия бесспорно является получения доходов»¹. При этом авторы замечают отсутствие в Законе России упоминания об обязанностях наемного работника, что, по их мнению, является недостатком, поскольку наемный работник при выполнении своих служебных обязанностей является представителем юридического лица (предприятия), в котором работает и, совершая покупки для организации, удовлетворяет не личные потребности, а потребности своего работодателя в товарах (работах, услугах).

Таким образом, Закон Украины на законодательном уровне определил, что субъекты предпринимательской деятельности (юридические лица, индивидуальные предприниматели), не могут использовать для защиты прав дополнительные гарантии, предоставленные потребителям. В России по данному вопросу идет научная полемика², а судебное толкование Закона России позволяет распространять его положения на индивидуальных предпринимателей: гражданин, зарегистрированный в качестве индивидуального предпринимателя, вправе обратиться в суд общей юрисдикции за защитой по сделкам, заключенным им с продавцом (исполнителем) при продаже товаров (выполнении работ, оказании услуг) исключительно для личных, семейных, домашних, бытовых и иных нужд, не связанных с осуществлением им предпринимательской деятельности³.

¹ Шинкаренко В., Ананко І. Етимологія понять «споживач», «покупець» і «клієнт» та їх використання на автотранспортних підприємствах // Экономика транспортного комплекса. 2012. №20. С. 123.

² См. подр.: Ситдикова Л. Б. Гражданско-правовой статус потребителя в сфере оказания информационных услуг // Юридический мир. 2010. №9; Корнилов Э. Юридическое лицо как потребитель // Закон. 1999. №3; Данилов В. В. Защита прав потребителя в системе конституционных прав человека в России. Автореферат на соискание ученой степени канд. юр. наук. М., 2009.

³ П. 17 Постановления Пленума Верховного Суда РФ «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей» от 28 июня 2012 г. №17 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2012. №9.

Такой подход Верховного суда РФ не бесспорен, но объективен, так как индивидуальные предприниматели зачастую лишались права защищать свои нарушенные права при помощи норм Закона России, даже если приобретение товаров (выполнение работ, оказание услуг) не были связаны с предпринимательской деятельностью. Пленум Верховного суда Украины в своем Постановлении от 12 апреля 1996 г №5 «О практике рассмотрения гражданских дел по искам о защите прав потребителей» указывает, что на случаи приобретения товаров, пользования услугами гражданином только для предпринимательской деятельности или предпринятиями, учреждениями, организациями действия закона не распространяется (абз. 4 п. 1)¹.

Полагаем, что российская дефиниция «потребитель» требует корректировки с использованием украинского опыта легализации данного понятия, которую можно представить в следующем виде: «потребитель – физическое лицо, в том числе зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя, имеющего намерение заказать или приобрести либо заказывающего, приобретающего или использующего товары (работы, услуги) на законном основании вследствие таких отношений исключительно для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности или выполнением обязанности наемного работника».

Богданов Д. Е., доцент кафедры гражданского права Российской правовой академии Министерства юстиции Российской Федерации, кандидат юридических наук, доцент

К ВОПРОСУ О СУЩНОСТИ ПРЕДДОГОВОРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

В современной цивилистической литературе, как иностранной, так и отечественной, все большее внимание уделяется рассмотрению спец-

¹ См.: Постановление Пленума Верховного суда Украины от 12 апреля 1996 г №5 «О практике рассмотрения гражданских дел по искам о защите прав потребителей». Электронный ресурс. Доступ к электронному ресурсу: http://pravo.ligazakon.ua/document/view/VS96004?edition=1998_05_25. Дата обращения: 08.08.2013 г.

ифики преддоговорной стадии развития отношений и проблематике преддоговорной ответственности. Серьезным препятствием в разработке концепции преддоговорной ответственности в гражданском праве России, как считают отдельные авторы, является то, что в праве не существует нормы, которая бы придавала значение юридического факта началу переговорного процесса в качестве общего правила¹. Поэтому планируется дополнить ГК России статьей 434.1, которая предполагает в качестве общего правила ответственность в виде возмещения убытков за недобросовестное ведение или прерывание переговоров.

В связи с этим представляет интерес вопрос о сущности и правовой природе преддоговорной ответственности. Разные авторы высказываются как в пользу договорной (квази-договорной), так и деликтной (квази-деликтной) природы ответственности на преддоговорной стадии. Распространенной является позиция о самостоятельной природе преддоговорной ответственности, как ответственности *suigeneris*, занимающей промежуточное положение «между контрактом и деликтом»². Н. Янсен считает, что преддоговорная ответственность одновременно основывается как на принципах договорной, так и деликтной ответственности, то есть занимает не промежуточное положение между договорной и деликтной ответственностью, а основывается одновременно как на деликтной, так и договорной сферах правового регулирования³.

В ряде европейских стран ответственность за убытки, возникшие на преддоговорной стадии, традиционно рассматривается в качестве деликтной. Например, во Франции отсутствуют специальные нормы устанавливающие ответственность за недобросовестное поведение на преддоговорной стадии, однако, это не препятствует судам в ее возложении, поскольку они имеют возможность использовать правило о генеральном деликте (ст.ст. 1382–1383 ФГК). В качестве деликтной трактуется ответственность за причинение убытков на преддоговорной стадии в цивилистической доктрине Бельгии и Испании, поскольку в гражданских кодексах этих стран также закреплен принцип генерального деликта (ст. 1382 ГК Бельгии, ст. 1902 ГК Испании).

¹ Овчинникова К. Д. Преддоговорная ответственность // Законодательство. 2004. №4. С. 32.

² См.: Precontractual liability in European Private Law / edited by John Cartwright and Martijn Hesselink. Cambridge University Press, 2009. P. 122, 457.

³ Nils Jansen. The concept of non-contractual obligations: rethinking the divisions of tort, unjustified enrichment, and contract law // Journal of European Tort Law. 2010. № 1. P. 22–24.

Специальные нормы, посвященные преддоговорной ответственности, закреплены в ст.ст. 1337–1338 ГК Италии. Так, согласно ст. 1337 установлена общая обязанность по добросовестному поведению на преддоговорной стадии и запрет на недобросовестное прерывание переговоров. Однако наиболее распространенной в доктрине и судебной практике является позиция, трактующая данную ответственность в качестве внедоговорной, имеющей деликтную природу¹.

В этой связи представляет интерес еще один подход в определении сущности преддоговорной ответственности, поскольку он связан с признанием особого типа обязательственного отношения – преддоговорного обязательства. К данному подходу тяготеют правовые системы ФРГ, Австрии, Греции, Нидерландов, Португалии, Швейцарии, Эстонии и др.

Судебной практикой и доктриной была разработана концепция основанного на доверии специального преддоговорного отношения, возлагаемого законом обязательства (*gesetzlichesschuldverhältnis*), в силу которого обе стороны переговорного процесса обязаны к добросовестному ведению дел и принятию во внимание интересов другой стороны, лояльности друг к другу (*schutzpflichten*)². Как отмечается в литературе, речь идет об идее ответственности *suigeneris*, «идеи третьего пути», свободно блуждающей между концепциями контракта и деликта, при этом такая преддоговорная ответственность *suigeneris* способна приобретать черты, как договора, так и деликта³.

После реформы обязательственного права в Германии, данная идея получила свое прямое закрепление в специальных нормах ГГУ (п.2 ст. 241, п.2 ст. 311 ГГУ). Помимо ГГУ ФРГ, в кодификациях еще ряда европейских стран имеются общие нормы, регулирующие ответственность на преддоговорной стадии отношений. В этой связи можно указать, например, на ст. 197–198 ГК Греции, ст. 227 ГК Португалии, ст. 111–7 ГК Каталонии (Испания) и т.д.

Применительно к российскому праву представляется, что возложение преддоговорной ответственности могло бы осуществляться на основании п.1 ст. 1064 ГК РФ, которая, как и ст.ст. 1382–1383 ФГК, предусматрива-

¹ См.: Guido Alpa, Vincenzo Zeno-Zencovich. Italian Private Law. Routledge-Cavendish, 2007. P. 218.

² Precontractual liability in European Private Law / edited by John Cartwright and Martijn Hesselink. Cambridge University Press, 2009. P. 33.

³ B. Markesinis, H. Unberath, A. Jonston. The German law of contract. A comparative treatise. Second edition. Oxford and Portland, Oregon, 2006. P. 92.

ет правило о генеральном деликте. Поэтому, российское право не имеет такой острой потребности, как например, немецкое право (ФРГ, Австрия), в выработке самостоятельной модели преддоговорной ответственности, поскольку генеральный деликт позволяет возмещать любые потери, в том числе и чистые экономические на преддоговорной стадии отношений¹.

Следует также отметить, что в отличие от законодательств ряда стран (ФРГ, Австрия, Финляндия, Швейцария и др.), предусматривающих дифференцированное регулирование деликтной и договорной ответственности, Российский ГК во многом унифицировал правила о договорной и деликтной ответственности. Так, в качестве общего правила закреплен принцип полного возмещения убытков (ст. 15 ГК РФ), унифицированы правила об ответственности за вред (убытки), причиненные действиями работников должника (ст.ст. 402, 1068 ГК РФ), презюмируется вина должника при возложении как договорной, так и деликтной ответственности (п.2 ст. 401, п.2 ст. 1064 ГК РФ).

Однако представляется, что деликтный подход несколько упрощает природу преддоговорной ответственности и выхолащивает сущность преддоговорных отношений. Так, К. В. Гнищевич в этой связи указывает, что вступление в переговоры относительно заключения договора вызывает к жизни особого рода преддоговорное отношение, которое следует относить к организационным².

Необходимо отметить, что обязанности участников переговорного процесса не ограничиваются лишь отрицательным содержанием (не прерывать переговоры без уважительных причин, не вступать в переговоры без намерения заключить договор, не вести переговоры с третьими лицами и др.), поскольку участники переговорного процесса должны нести и положительную обязанность по предоставлению, раскрытию информации (*duty of disclosure*), которая имеет существенное значение для принятия другой стороной решения о вступлении в договор, выработку его условий и т.д.

Представляет интерес и то, что во французской доктрине уже высказывалась позиция, что обязанность вести переговоры добросовестно имеет «деликтный» характер лишь на ранних стадиях переговорного процесса, но если переговоры уже достигли «зрелой» стадии, то между сто-

¹ См. подробнее: Богданов Д. Е. Справедливость как основное начало гражданско-правовой ответственности в российском и зарубежном праве. – М.: Проспект, 2013. С. 83–99, 166–190.

² Гнищевич К. В. Преддоговорная ответственность в гражданском праве: Автореф. дисс...к.ю.н. СПб., 2009. С. 10.

ронами складається подібне «договорному» зобов'язання продовжувати переговори добросовісно. Як вказує J. Jauffer-Spinosi, це зобов'язання іноді являється вираженим, але звичайно вбудовано в структуру переддоговірних дій. Свого роду *affection contrahendi* виростає між сторонами, і це зобов'язання укріплює переддоговірний процес¹.

По своїй суті, переддоговірна відповідальність ґрунтується на переддоговірному зобов'язанні, виниклому при вступленні учасників зобов'язання в переговори по приводу закінчення угоди. Обидві сторони даного зобов'язання наділені законом обов'язком добросовісного поведіння на переддоговірній стадії. Данна відповідальність направлена на надання гарантій учасникам переговорного процесу по реалізації їх позитивної угоди вільності.

На наш погляд, виходячи з аналізу проекту ст. 434.1 ГК РФ, в національному законодавстві переддоговірна відповідальність конструюється як самостійний вид громадянсько-правової відповідальності в зв'язі з порушенням переддоговірного зобов'язання, змістом якого є зобов'язання сторін добросовісно вестися на переддоговірній стадії стосунків. Це відповідає сучасним світовим тенденціям по гармонізації і уніфікації права, наприклад, правилам Draft Common Frame of Reference (ст. II-3:301DCFR)².

Герц А. А., доцент кафедри цивільного права та процесу Львівського національного університету ім. І. Франка, кандидат юридичних наук, доцент

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ ЛІКАРСЬКОЇ ПОМИЛКИ

Латинський крилатий вислів свідчить: «Errare humanum est» – «Людині властиво помилятися». Не є виключенням і медичні працівники.

¹ Jauffer-Spinosi J. The Domain of Contract – French Report //Contract Law Today: Anglo-French Comparisons /D. Harris and D. Tallon (eds), 1989. P. 113,131.

² См.: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) / Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) // http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf.

В світі не існує єдиного загальноприйнятого визначення лікарської помилки.

На жаль, в юридичній науці загалом, та в медичному праві зокрема, немає чіткого визначення цього поняття. Така ситуація є неприпустимою, оскільки повинні існувати єдиний методологічний підхід і єдині принципи правової оцінки лікарських помилок.

Безперечно, що відсутність в законодавстві України закріпленого поняття «лікарська помилка» – серйозне недоопрацювання законодавця. Але у випадку виникнення спорів між пацієнтом і лікарем про якість проведеного лікування і його відповідності стандартам перше, до чого звертаються посадові особи системи охорони здоров'я, це протоколи надання медичної допомоги.

В медичній літературі під лікарською помилкою часто розуміють дії (бездіяльність) лікаря, що мають в своїй основі недосконалість сучасної медичної науки, об'єктивні умови роботи, недостатню кваліфікацію або нездатність використовувати наявні знання; або ж як незловмисна помилка лікаря (або будь-якого іншого медичного працівника – медична помилка) в його професійній діяльності, якщо при цьому виключається халатність і несумлінність.

Правовідносини з надання медичних послуг передбачають наділення пацієнта додатковими правами споживчого та договірною характеру. Крім того, діють норми законодавства про цивільно-правову відповідальність за заподіяння шкоди.

Лікарські помилки можуть бути викликані суб'єктивними і об'єктивними причинами.

Суб'єктивні причини допущення лікарських помилок дуже різноманітні. Це може бути і неповноцінне обстеження або огляд пацієнта, неправильна або невчасна діагностика захворювання, зайва самовпевненість лікаря, небажання прислухатися до думки колег або відмова від їх порад, бажання приховати свою некомпетентність прикриваючись авторитетом консультантів і т.д.

Об'єктивними причинами для здійснення лікарської помилки можуть стати відносність і недостатність медичних знань, нетиповість або патологічний перебіг захворювання у конкретного пацієнта, обумовлений особливостями його організму, наявність істотних відмінностей в рівні кваліфікації, досвіді лікарів, забезпеченості медичних установ сучасною медичною технікою і достатньою кількістю ліків.

Із вищенаведеного витікає, що суб'єктивними будуть фактори, які пов'язані з особою та діями (бездіяльністю) медичного працівника, а об'єктивними – всі інші, які заважали йому надати належну медичну допомогу. Тобто другий тип медичних помилок не залежить від особи медичного працівника.

Проаналізувавши причини виникнення та ознаки помилок, викликаних суб'єктивними факторами, можна дійти висновку, що такі помилки містять вину медичного працівника і, відповідно, обумовляють застосування цивільно-правової відповідальності. Причому, єдиною формою вини у цьому разі буде необережність. Наявність умислу автоматично переводить помилку до розряду злочинів. Такі висновки дозволяють припустити, що кваліфікацію поняття «лікарська помилка» слід проводити в контексті можливості застосування цивільно-правової відповідальності.

Коли ж мова йде про лікарські помилки, в основі яких лежать суб'єктивні причини, необхідно передбачити персональну відповідальність медичних працівників. В даному випадку мова може йти також про відшкодування збитку і компенсації моральної шкоди пацієнтові. Тут також може йти мова про цивільно-правову відповідальність лікувальних установ, але вже з можливістю регресного позову до певного лікаря.

Варто погодитися з позицією А. М. Савицької, яка вважала, що лікарська помилка сама по собі не може служити ні підставою відповідальності, ні обставиною, що її виключає. Помилки можуть бути викликані різними чинниками і в тому числі містити вину. Тільки наявність вини особи, що припустилася лікарської помилки, є підставою для притягнення її до цивільно-правової відповідальності. Неможливість передбачення негативних результатів, що перебувають у причинно-наслідковому зв'язку з протиправною поведінкою, у юридичній літературі кваліфікується як випадок («casus minor», казус). Він і виступає межею відповідальності. З цього випливає, що ступінь помилковості дій медичних працівників буває різним.

Отже, поняття «лікарська помилка» можна характеризувати як неналежне проведення діагностики і/або лікування хворого, неналежну організацію надання медичної допомоги, обумовлені незловмисними дією чи бездіяльністю лікаря, що в результаті призвело або могло призвести до несприятливого результату медичного втручання.

Гужва А. М., Харківський національний університет ім. В. Н. Каразіна, кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільно-правових дисциплін

ПОГАСУВАЛЬНА ДАВНІСТЬ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

Цивільний кодекс України не містить поняття «погашувальна давність» або «погашувальні строки», хоча таке явище присутнє в окремих інститутах цивільного права України. Деякі дослідники у цивільному праві погашувальну давність прирівнюють до позовної давності. Втім це доволі вузьке тлумачення цього поняття, оскільки позовна давність обмежується лише обмеженням строку, у межах якого особа може звернутися до суду за захистом свого права чи інтересу. У цивільному ж праві встановлено чимало інших строків, із закінченням яких законодавець пов'язує втрату того чи іншого права.

Так, наприклад, однією з підстав припинення сервітуту є невикористання сервітуту протягом трьох років підряд (п. 5 ч. 1 ст. 406 ЦК України). До речі, така ж підстава припинення сервітуту була у римському приватному праві (*non usus*). Аналогічною є підстава припинення суперфіцію – невикористання земельної ділянки для забудови протягом трьох років підряд (п. 4 ч. 1 ст. 416 ЦК України).

Схожі норми щодо припинення права є щодо об'єктів промислової власності (торгівельної марки, промислового зразка, винаходу, корисної моделі). Так, наприклад, якщо знак не використовується в Україні повністю або щодо частини зазначених у свідоцтві товарів і послуг протягом трьох років від дати публікації відомостей про видачу свідоцтва або від іншої дати після цієї публікації, будь-яка особа має право звернутися до суду із заявою про дострокове припинення дії свідоцтва повністю або частково (ч. 4 ст. 18 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг»). Схожі положення знаходимо щодо винаходу, корисної моделі та промислового зразка (ч. 1 ст. 30 Закону України «Про охорону прав на винаходи та корисні моделі», ч. 1 ст. 23 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки»).

Якщо об'єднати ці випадки, то можна помітити, що спільною для них усіх умовою є невикористання уповноваженою особою свого права протягом певного строку.

Маючи у цивільному законодавстві чимало положень, де застосовується погашувальна давність, загального поняття не міститься у розділі V ЦК України «Строки та терміни. Позовна давність».

Не вдаючись до аналізу причин такого вирішення законодавця, вкажемо, що цивільні кодекси багатьох інших країн світу мали і сьогодні мають визначення поняття «погашувальна давність».

Так, Цивільний кодекс Східної Галичини 1797 р. містив поняття погашувальної давності: право, яке не було використане у встановлений законом строк, припиняється, і таке припинення називається прескрипцією. Таке скасоване право називається «*jus praescriptum*» (ст. 589). Погашувальна давність розуміється у вказаному Кодексі як зворотна сторона набувальної давності: погашене право, перенесене в силу закону на іншу особу, є правом, набутим за набувальною давністю. І цей спосіб набуття називається власне набувальною давністю (ст. 590).

Схожий підхід міститься у ЦК Франції: законодавець не розділяє набувальну, позовну та погашувальну давність, оперуючи лише загальним терміном «давність». Давність, за ЦК Франції є засобом набуття прав чи погашення зобов'язань в силу впливу певного строку і за наявності умов, передбачених законом (ст. 2219 ЦК Франції). Л. Ж. Морандьєр визначає погашувальну чи звільняючу від зобов'язань давність як підставу припинення майнових прав внаслідок їх нездійснення упродовж певного, за загальним правилом – тридцятилітнього строку. Раціональне обґрунтування погашувальної давності автор прирівнює до обґрунтування набувальної давності: інтереси публічного порядку та соціального миру вимагають закріплення усталених положень. Довготермінове нездійснення права вимагає визнання його носія таким, що відмовився від свого права.

У ст. 2921 Цивільного кодексу Квебеку визначається, що погашувальна давність є засобом погашення права, яке не було використано, або відсилання на неприпустимість позову. Наступна стаття ЦК Квебеку проголошує, що строк погашувальної давності складає десять років, якщо інше не встановлено законом.

Містить поняття погашувальної давності Цивільний кодекс Японії. Погашувальна давність настає при збереженні упродовж певного часу того становища, при якому, незважаючи на можливість здійснення суб'єктивного права, воно не реалізується уповноваженою особою. Спливання строку давності починається з моменту можливості здійснен-

ня права, а саме у випадку строкової зобов'язальної вимоги – з моменту закінчення строку, при зобов'язальній вимозі з відкладною умовою – з моменту настання умови. ЦК Японії встановлює строк погашувальної давності щодо зобов'язальних прав – у 10 років, щодо інших, крім права власності, майнових прав – у 20 років (ст. 167 ЦК Японії).

Погляд на правову природу погашувальної давності як давності позовної зустрічаємо у працях російських вчених-цивілістів.

Так, російський цивіліст І. Є. Енгельман прирівнював погашувальну давність до позовної: «руське право не визнає абстрактного поняття про давність; те, що, за думкою різних письменників, має вигляд погашувальної давності, є не що інше, як позовна давність».

У радянській цивілістичній літературі широко використовувалося поняття «присічний строк».

Присічним строкам приділив окреме дослідження радянський правознавець М. А. Гурвич. Строки, які припиняють суб'єктивне цивільне право чи обов'язок, вчений розділяв на присічні строки і давнісні (тобто строки позовної давності). Присічний строк, на відміну від позовної давності діє безпосередньо. Ліквідація права відбувається у цьому разі не як наслідок втрати їм правоохоронної здатності: остання ліквідується разом з охоронюваним правом у його складі. Присічний строк – один з вимірів об'єму суб'єктивного права.

Проф. В. В. Луць також називає в своїй монографії такі строки присічними або преклюзивними. До таких строків В. В. Луць відносить, зокрема строк дії довіреності, бо з його закінченням припиняється право представника діяти від імені особи, яку він представляє. Також, автор відносить до присічних строків строки для здійснення переважного права купівлі частки у праві спільної часткової власності. У корпоративних відносинах: для здійснення переважної купівлі частки учасниками товариств з обмеженою чи додатковою відповідальністю (ст. ст. 147 та 151 ЦК України) і переважного права акціонерів ПАТ щодо купівлі акцій, які відчужуються іншими акціонерами (ст. 7 Закону України «Про акціонерні товариства»).

З урахуванням умов, встановлених у цивільному законодавстві України, щодо можливості припинення окремих прав внаслідок впливу певного строку, можна вказати на такі загальні риси погашувальної давності: 1) погашувальна давність щодо певного права застосовується внаслідок його невикористання уповноваженою особою; 2) строки погашувальної дав-

ності встановлюються у суспільному інтересі, тобто з метою можливості реалізації невикористаного права іншими особами; 3) позовна давність і погашувальна співвідносяться як видове поняття з родовим.

Вважаємо, що численні спеціальні норми щодо можливості втрати певних прав внаслідок спливу строку давності потребують розробки визначення загальних положень погашувальної давності у цивільному праві.

Потрібність запровадження загального поняття погашувальної давності у ЦК України є дискусійним, але безперечно заслуговує на увагу науковців.

Домашенко М. В., доцент кафедри цивільного права №2 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, кандидат юридичних наук, доцент

ПРАВОВИЙ МЕХАНІЗМ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ДАРУВАННЯ

Цивільно-правові договори, що регулюють суспільні відносини, становлять єдину систему договірної права України та, враховуючи їх конститутивні ознаки, мають відповідну класифікацію. В теорії цивільного права їх умовно поділяють на відповідні типи, види та підвиди (різновиди), зокрема, до типів відносяться договори про передання майна у власність, договори про передання майна в користування, договори, які опосередковують підрядні відносини, договори про надання послуг (фактичних, юридичних, змішаних), договори, які регулюють розрахунково-кредитні відносини, договори, які регулюють відносини з використання об'єктів інтелектуальної власності тощо.

Серед договорів, предметом регулювання яких є відносини про передання майна у власність, відповідно до глави 54 ЦК України виділяють договори купівлі-продажу (роздрібної купівлі-продажу, поставки, контракції сільськогосподарської продукції, постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, міни). Разом із тим, нормами глави 55 ЦК України врегульовані два договори (дарування та пожертви), які також опосередковують відносини з передання майна у влас-

ність. Правовий механізм регулювання даних договірних відносин свідчить про наявність у кожного з них своїх конститутивних ознак. Основною ознакою, котра відокремлює договір дарування від договорів купівлі-продажу є його безоплатність, тобто дарувальник (власник майна), передаючи своєю волею майно (рухоме, нерухоме, майнові права, гроші, цінні папери) в якості дарунка у власність обдаровуваної особи, має намір поліпшити її майновий стан за рахунок свого майна, яким він володіє як власник. При цьому виконання зустрічного обов'язку обдаровуваною особою не вимагається, так як в протилежному випадку дарування буде відсутнє.

Науковці (М. І. Брагінський, В. В. Новікова, О. С. Яковлев та інші) зазначають і такі ознаки договору дарування як наявність у дарувальника наміру (тобто волі власника) передати у власність майно саме конкретній (обдаровуваній) особі та згоди останньої на отримання дарунка. Необхідно зазначити, що наявність наміру дарувальника може мати місце тільки тоді, коли він має у власності майно, яке він своєю волею визначає як предмет дарунка, а не уявний намір передати в дар те, чого він сам ще не має (можна пообіцяти в якості дарунка весь світ, простір, небеса, місяць як планету тощо). Таким чином, договір дарування може бути тільки реальним, а не консенсуальним правочином, як це зазначено в легальному визначенні, що викладене в ст. 717 ЦК України. Якщо відповідно до договору дарування особа бере на себе обов'язок передати безоплатно в майбутньому майно в якості дарунка, яке ще не існує або якого ще не має в природі (квартиру, садибу, житловий будинок, автомобіль тощо), то, як наслідок, власник, який бажає укласти договір дарування відносно конкретної особи, програмує можливість своєї поведінки, обмежуючи свою абсолютну (лат. *absolutus* – безумовний) волю на користь цієї особи. Необхідно зазначити, що особа своєю волею вирішує питання свого правового, економічного та соціального стану, питання власності, переліку майна, яким вона хоче і може володіти, користуватись та розпоряджатися. Не може власник розпоряджатися на майбутнє тими матеріальними благами (об'єктами), якими він не володіє, яких він не має в наявності. Тим більше, якщо сторони договору дарування домовились про предмет дарунка на майбутнє, то логічно обов'язку дарувальника передати таке майно в майбутньому протистоїть право обдаровуваної особи вимагати виконання своєї обіцянки, тобто обов'язку дарувальником, що протирічить самій природі дарування: дарувальник

своєю волею передає майно у власність, а обдаровувана особа має право прийняти дарунок або відмовитись від нього.

Зокрема, норми спадкового права зазначають, що у спадщину переходить тільки те майно, яким володів спадкодавець як власник протягом свого життя та є в наявності на момент відкриття спадщини, а не те, яким він хотів (бажав, мріяв) володіти. Зрозуміло, що і в якості дарунка може бути тільки те майно, яким володіє та може розпорядитись власник як дарувальник, а не те майно, яке він хоче (може чи не може) набути, створити, переробити та заздалегідь пообіцяти передати його в якості дарунка в майбутньому відповідно до консенсусу.

На нашу думку, дарувальник та потенційно конкретна обдаровувана особа можуть укласти відповідно до ст. 635 ЦК України попередній договір дарування, згідно з яким сторони будуть зобов'язані (в даному випадку дарувальник) протягом певного строку (у певний термін) укласти договір в майбутньому (основний договір) на умовах, встановлених попереднім договором. Але і в цій ситуації обдаровувана особа не позбавляється права відмовитися від дарунка в строки (терміни) укладення основного договору дарування.

Стосовно форми договору дарування необхідно зазначити, що відповідно до ст. 719 ЦК України договір дарування може укладатися в усній, письмовій та письмовій нотаріально посвідченій формі. Зокрема, дарування нерухомої речі, як вказано в ч. 2 ст. 719 ЦК України, здійснюється у письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню, що викликає питання з приводу ч. 4 ст. 334 ЦК України, в якій зазначено про те, що права на нерухоме майно, які підлягають державній реєстрації, виникають з дня такої реєстрації відповідно до закону. Така ж модель регулювання відносин поширена і на договори ренти, довічного утримання та (або) догляду відповідно до змін, які були внесені в ЦК України в 2010 році стосовно нерухомого майна (ст.ст. 732, 745 ЦК України). На нашу думку, вищевказані договори стосовно нерухомого майна повинні здійснюватись з подальшою державною реєстрацією.

Наступне питання стосується розірвання договору дарування на вимогу дарувальника відповідно до ст. 727 ЦК України. Договір дарування як юридичний факт є підставою виникнення права власності, тобто абсолютних правовідносин. Таким чином, обдарована особа, як управомочена стосовно конкретного майна, яке перейшло до неї у власність в якості дарунка є єдиною, яка має право володіння, користування та

розпорядження (скоєння відносно цього майна будь-яких фактичних та юридичних дій відповідно до діючого законодавства), а всі інші особи, в тому числі і минулий власник, мають обов'язок утримуватися від будь-яких дій, що порушують інтереси власника. Відносно цього, назва ст. 727 ЦК України «Розірвання договору дарування на вимогу дарувальника» з юридичної точки зору є, принаймні, некоректною. Не вдаючись до правового аналізу підстав «розірвання» договору дарування можна пояснити, що договір дарування не породжує відносних правовідносин, тому розірвати, припинити на майбутнє дію цих відносин не має юридичної можливості. Враховуючи те, що в науці цивільного права будь-який цивільно-правовий договір розглядається з трьох точок зору, а саме як юридичний факт, тобто підстава виникнення прав та обов'язків між суб'єктами цивільного права, як саме цивільне правовідношення і як відповідна правова форма (конструкція), яку приймає це правовідношення (О. С. Йоффе, М. Д. Єгоров), то можна зазначити, що договір дарування необхідно не розривати, а скасовувати у встановленому законодавством порядку як юридичний факт, і тому ст. 727 ЦК України слід було б назвати «Скасування договору дарування на вимогу дарувальника».

Таким чином, виходячи з вищевикладеного, необхідно зробити висновок, що договір дарування, як один із найдавніших інститутів цивільного права, потребує на сучасному стані подальшої правової регламентації та уніфікації окремих правових норм чинного цивільного законодавства України.

Євко В. Ю., доцент кафедри охорони інтелектуальної власності, цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук, доцент

ПРАВО ДРУЖИНИ НА УТРИМАННЯ ПІД ЧАС ВАГІТНОСТІ

Відповідно до чинного сімейного законодавства дружина, чоловік повинні матеріально підтримувати один одного. Якщо з боку одного з подружжя така підтримка не здійснюється у добровільному порядку,

то у іншого з подружжя при наявності зазначених у законі підстав виникає право на утримання, а у іншого – обов'язок надавати таке утримання. Таким чином, зазначені право та обов'язок утворюють зміст зобов'язання подружжя щодо утримання.

Однією з підстав виникнення такого зобов'язання є вагітність дружини (ч. 1 ст. 84 СК України). Через фізіологічні особливості жінки право дружини на утримання під час вагітності є єдиним правом, яке не ґрунтується на засадах рівності жінки та чоловіка у сімейних відносинах.

Даний вид аліментного зобов'язання має значну специфіку. Перш за все це стосується підстав його виникнення. Такою підставою є юридичний склад, який включає в себе наступні елементи:

1) вагітність дружини. Дружина має бути вагітною на момент подання позову про стягнення аліментів на своє утримання. З огляду на те, що, відповідно до ч. 1 ст. 89 СК України, аліменти присуджуються за рішенням суду від дня подання позовної заяви, важко погодитися з думкою, що дружина має бути вагітною на час розгляду справи;

2) наявність зареєстрованого шлюбу між позивачем та відповідачем. Дана підстава може вважатися у деякій мірі факультативною, оскільки, відповідно до ч. 1 ст. 76 СК розірвання шлюбу не припиняє права особи на утримання, яке виникло у неї за час шлюбу. З цього можна зробити висновок про те, що якщо жінка завагітніла під час шлюбу, а на момент подання позову шлюб розірвано, то ця обставина не позбавляє її права на утримання від свого колишнього чоловіка. Не має права на утримання під час вагітності жінка, яка проживала з чоловіком без реєстрації шлюбу і на момент звернення нею до суду з відповідним позовом шлюб між ними не зареєстрований;

3) наявність у чоловіка можливості надавати утримання дружині під час вагітності. Вказівка на зазначений факт міститься у ст. 84 СК України. Для його встановлення суди за аналогією застосовують положення ст. 182 СК. При встановленні наявності у чоловіка можливості надавати утримання, суд враховує стан вагітності позивача, матеріальне становище відповідача, і в тому разі, якщо відповідач є здоровим та працездатним, не працює та не довів суду спроб знайти роботу, суд вважає відповідача таким, що має можливість утримувати дружину та зобов'язує його знайти роботу.

Спірним є віднесення до юридичного складу, який є підставою виникнення у вагітної жінки права на утримання від чоловіка або колишньо-

го чоловіка, походження дитини від цього чоловіка. З цього приводу необхідно зазначити, що, на нашу думку, даний факт неможна включати до зазначеного юридичного складу. Виникнення у вагітної дружини права на аліменти пов'язується лише з однією умовою – відповідне матеріальне становище чоловіка. Невизнання чоловіком свого батьківства щодо зачатої дитини не є перешкодою для виникнення у дружини права на аліменти, оскільки батьківство чоловіка впливає із шлюбу (презумпція батьківства) і може бути спростоване лише після народження дитини. Після народження дитини право дружини на утримання у зв'язку з вагітністю переростає у її право на утримання у зв'язку з доглядом за дитиною.

Немає необхідності також включати до юридичного складу, що породжує аліментні зобов'язання, і рішення суду про присудження аліментів вагітній жінці, оскільки воно спрямоване на захист вже існуючого суб'єктивного права, а не на його виникнення.

Відповідно до ч. 5 ст. 84 СК України аліменти, присуджені дружині під час вагітності, сплачуються після народження дитини без додаткового рішення суду. Дане положення викликає подив і видається вкрай необґрунтованим, оскільки під час вагітності жінка вимушена проходити численні медичні огляди, має отримувати посилене харчування, багато відпочивати, відповідно одягатись, а також докласти додаткових зусиль для того, щоб підтримувати свою фізичну форму. Для здійснення цих завдань необхідні чималі грошові витрати. Саме тому доцільно було б отримувати аліменти, присуджені дружині під час вагітності, саме в цей час.

Судова практика знайшла вихід з цього непорозуміння постановляючи рішення відповідно до ч. 1 ст. 367 ЦПК, якою суду надане право у справах про стягнення аліментів допускати негайне виконання рішень у межах суми платежу за один місяць. Проте, таке рішення зазначеної проблеми, на наш погляд, не усуває всіх матеріальних труднощів, які можуть виникнути у жінки під час вагітності. Тому вважаємо за доцільне вирішувати ситуацію що склалася, відповідно до положень ч. 2 ст. 367 ЦПК, яка надає судам право, ухвалюючи рішення, допустити негайне його виконання шляхом стягнення всієї суми боргу.

Крім того, у ст. 85 СК зазначено, що право дружини на утримання, передбачене ст. 84 СК, припиняється в разі припинення вагітності, народження дитини мертвою або якщо дитина передана на виховання іншій особі, а також у разі смерті дитини. Якщо співставити положення ч. 1 ст. 84, ч. 5 ст. 84 та ч. 1 ст. 85 СК України, то виникає питання: на якій

підставі після народження дитини дружині будуть сплачуватися аліменти, якщо після припинення вагітності право на аліменти у дружини припиняється? Нажаль дане питання доки що залишається без відповіді.

Ще одним актуальним питанням є те, чи можуть застосовуватись до відносин подружжя щодо утримання норми, які регулюють аліментні відносини батьків та дітей? Наприклад, норми ст. ст. 182, 187, 194, 195, 196, 197 СК України мають вигляд загальних норм та могли б розцінюватися як загальні щодо всіх видів зобов'язань з утримання, які регулюються СК України. У судових рішеннях зустрічаються посилання на деякі з зазначених статей.

Таким чином, норми, які регулюють відносини жінки та чоловіка щодо утримання під час вагітності дружини потребують подальшого удосконалення. Крім того, слід зазначити, що на сьогоднішній день бракує досліджень, які б містили глибокий аналіз правового регулювання відносин щодо утримання подружжям один одного та практики застосування відповідного законодавства.

Жорнокуй В. Г., старший викладач кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук

ПРО ЗДАТНІСТЬ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ УЧАСНИКІВ ГОСПОДАРСЬКИХ ТОВАРИСТВ ДО ЦИВІЛЬНОГО ОБОРОТУ

Відповідно до ст. 178 ЦК України об'єкти цивільних прав можуть вільно відчужуватись або переходити від однієї особи до іншої в порядку правонаступництва чи спадкування або іншим чином, якщо вони не вилучені з цивільного обороту, або не обмежені в обороті, або не є невід'ємними від фізичної чи юридичної особи.

Яким же чином правила ст. 178 ЦК України поширюються на оборотоздатність немайнових корпоративних прав? Коли йдеться про неможливість (згідно зі ст. 100 ЦК України) передачі права участі іншій особі, то це стосується передачі в широкому розумінні. Передачею як родовим поняттям охоплюється і відчуження (яке, в свою чергу, при-

пускає ще дрібніші підвиди – продаж, міна, дарування тощо), і видача довіреності. Отже, заборону передачі права участі (ст. 100 ЦК України) слід розуміти як заборону наділення повноваженнями, що не можуть бути відокремлені від особи – учасника (акціонера) товариства. Права учасників (акціонерів) господарських товариств з самого початку існування корпорації стають предметом цивільно-правового обороту між майново відокремленими суб'єктами. Вказані права можуть бути відступлені їх володільцем на оплатній або безоплатній основі, заставлені, передані у порядку універсального правонаступництва.

Комплекс прав учасників (акціонерів) господарських товариств є особливим об'єктом цивільних прав, який якщо і можливо визначати як суб'єктивне цивільне право, то з великою часткою умовності, оскільки такий об'єкт має особливий правовий режим, відмінний від правил, яким підпорядковується оборот суб'єктивних цивільних прав.

Теза про неподільність корпоративних прав породжує певні сумніви. На переконання В. М. Кравчука корпоративні права в цілому, а також окремі їх складові (елементарні корпоративні права) можуть бути самостійним об'єктом цивільних правовідносин¹. Певні засади для такого твердження дали висновки С. С. Кравченка про те, що складові корпоративних прав можуть мати елементи оборотоздатності, але виходячи із загального правила, вони не призначені для виступу як об'єкти і є змістом внутрішніх (корпоративних) правовідносин².

Корпоративне право як самостійний оборотоздатний об'єкт, з позицій вчень В. А. Васильєвої, охоплюється поняттям «майнові права» і тому може виступати предметом різних цивільно-правових договорів. При цьому, на думку вченої, слід звернути увагу на те, що корпоративне право є складним об'єктом і містить низку прав, які прийнято розділяти на майнові, немайнові та організаційні. Чи може кожне із перелічених прав обертатися окремо? Напевне, що ні. Адже не можна особі продати право на участь у товаристві без права на отримання дивідендів. Або не може особа бути власником права на дивіденди без права участі в статутному капіталі юридичної особи. Визнання корпоративного права як об'єкта цивільних прав дозволяє йому виступати

¹ Кравчук В. М. Припинення корпоративних правовідносин в господарських товариствах : моногр. / В. М. Кравчук. – Львів : Край, 2009. – С. 58.

² Кравченко С. С. Юридична природа прав учасників господарських товариств / С. С. Кравченко : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / НАН України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2007. – С. 39.

предметом договорів, а вартісна сутність корпоративного права робить його привабливим для цивільного обороту, і такий оборот опосередковує ціла низка договірних видів, таких, наприклад, як продаж, дарування, міна¹. Уповноваження іншої особи на представництво інтересів учасника (акціонера) корпорації перед третіми особами опосередковують договори доручення, довірчого управління. Суб'єктами таких правочинів можуть виступати учасники (акціонери) товариства – як юридичні, так і фізичні особи. Уповноваження може стосуватися як відчуження прав учасниками (акціонерами) господарських товариств, так і вчинення дій на реалізацію інших повноважень власника.

Визнання оборотоздатності за окремими елементарними правами учасників (акціонерів) не суперечить інтересам розвитку правовідносин у господарських товариствах, створює нові можливості використання корпоративних прав, а отже, відповідає їх інтересам. Висновок про поділ прав учасників (акціонерів) господарських товариств на майнові та немайнові важливий не лише з точки зору їх оборотоздатності. За його допомогою можна обґрунтувати встановлення різного правового режиму набуття та припинення того чи іншого елементарного корпоративного права, в т. ч. немайнового.

Отже щодо оборотоздатності прав учасників (акціонерів) господарських товариств мова йде про певне поєднання немайнових і майнових корпоративних прав (правомочностей), яке призводить до єдності їх сприйняття. Розірвати їх і врегулювати окремо буде помилкою, що і демонструє ст. 100 ЦК України, якою окремо регулюється право участі в товаристві як особисте немайнове право. Така недосконала конструкція викликала значну кількість непорозумінь і проблем щодо застосування цієї статті.

У цілому ж права учасника (акціонера) можуть переходити до інших осіб, і про це безпосередньо зазначається в ст. ст. 127, 135, 147 ЦК України. При цьому йдеться про майнові права, які є оборотоздатними, але з переходом їх до іншої особи остання, в свою чергу, стає учасником

¹ Васильєва В. А. Корпоративні правочини: поняття та особливості / В. А. Васильєва // Проблеми охорони прав суб'єктів корпоративних відносин : Матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 10-й річниці створення Лаб. з вивч. проблем корпоративного права Наук.-дослід. ін-ту приватного права і підприємництва Нац. акад. правових наук України (провед. Лаб. з вивч. проблем корпоративного права НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України спільно з Юрид. ін-том Прикарпат. нац. ун-ту ім. Василя Стефаника 23–24 верес. 2011 р.). – Івано-Франківськ : Прикарпат. нац. ун-т ім. Василя Стефаника, 2012. – С. 25–26.

замість попередньої. Тобто в первісного учасника (акціонера) припиняється зв'язок з товариством, а отже, немайнове право участі в ньому, а в наступного учасника – ці права виникають. Право участі у товаристві є особистим немайновим правом і не може окремо передаватись іншій особі (ст. 100 ЦК України). Слід особливо відзначити, що це правило зовсім не стосується питань участі в управлінні товариством через представника. Отже право участі може обертатися, але «в парі» з майновим правом учасника – на частку в статутному капіталі.

Будучи неподільними, завдяки чому і виникає можливість їх ефективною реалізації, тим не менше, кожне з парних прав може існувати і реалізовуватись окремо, тобто певною особливістю наділена і їх оборотоздатність. Стосовно зазначеного в юридичній літературі наводиться приклад з правами акціонера, які є «правами на акцію» і «правами з акції», або майновими, і правами змішаними – майново-немайнового характеру¹. Отже, реалізуючи права на акцію, акціонер може її продати або вчинити з нею інші дії (теж саме стосується частки в статутному капіталі інших господарських товариств). Тобто в цій площині особи поводяться з власними правами як з майновими, хоча до їх складу входять і немайнові права. Права ж з акції – це права, що надаються нею, – право брати участь у загальних зборах, право на інформацію, право на дивіденди і т. д. На довершення слід зазначити, що кожне право, яке входить до складу корпоративного права, має власний механізм здійснення. І в цьому розумінні вони (права) начебто розщеплюються на окремі права і цим відрізняються від правомочностей володільця.

На підставі викладеного вважаємо, що немайнові права учасника господарського товариства є оборотоздатними. Передумовою їх оборотоздатності є те, що вони можуть виступати як об'єкт цивільного обороту виключно в парі з майновими правами такого учасника. Об'єднуючою категорією для цих двох груп прав є частки (акції), які згідно зі ст. 177 ЦК України визнаються об'єктами цивільних прав і одночасно є способами посвідчення відповідних прав (майнових і немайнових) учасників

¹ Спасибо-Фатеева И. В. Парные права или еще одна попытка разобраться с личными неимущественными правами, сопоставить их с имущественными правами и раскрыть значимость категории «парные права» и их виды / И. В. Спасибо-Фатеева // Личные неимущественные права : проблемы теории и практики применения : сб. ст. и иных материалов / Под ред. Р. А. Стефанчука. – К. : Юринком Интер, 2010. – С. 153.

(акціонерів) господарського товариства. З переходом права власності на частку (акцію) набувач отримує і комплекс таких прав. Також звернемо увагу й на те, що немайнові права учасника господарського товариства можуть визнаватись оборотоздатними і на підставі передачі їх у користування (наприклад, представництво учасника (акціонера) на загальних зборах іншим учасником чи третьою особою) як на оплатній, так і безоплатній основі.

Жорнокуй Ю.М., доцент кафедри правового забезпечення хозяйственной деятельности Харьковского национального университета внутренних дел, кандидат юридических наук, доцент

НАРУШЕНИЕ ПРАВ МАЖОРИТАРНЫХ АКЦИОНЕРОВ: МИФ ИЛИ РЕАЛЬНОСТЬ?

Корпоративная практика последних лет доказывает необходимость защиты и хозяйственного общества, и мажоритарных акционеров¹ от миноритарных акционеров, часто мешающих нормальной жизнедеятельности АО и других корпораций. Прежде всего, необходимо понимать, что права мажоритарных акционеров могут быть нарушены как действиями самого общества, так и миноритарных акционеров. Особенностью первой группы отношений является корпоративная связь между обществом и акционером. В отличие от указанного, между миноритарными акционерами и мажоритарием фактических корпоративных отношений нет, но осуществление каждым из указанных участников своих правомочий и исполнение обязанностей напрямую влияет на правовое положение другого из указанных субъектов. Так права мажоритарных акционеров могут быть нарушены вследствие:

¹ Поскольку действующее законодательство Украины не содержит легального определения категории «мажоритарный акционер», а в юридической литературе по этому вопросу нет единого мнения, считаем, что мажоритарным следует понимать акционера имеющего возможность определять решения общего собрания. В разных раскладах (распределение акций между остальными акционерами), это от 30 до 75% акций, наиболее характерный случай – 50% + 1 акция.

1) подачи иска о запрете общему собранию акционеров принимать какие-либо решения¹. Принимая решение по данному исковому требованию, суд не только запрещает общему собранию акционеров принимать какие-либо решения, но и ограничивает акционера в осуществлении его права на управление АО.

Суды не имеют права запрещать хозяйственному обществу, его органам либо участникам проводить общее собрание участников общества путем применения мер по обеспечению иска в спорах о признании недействительными решений органов управления хозяйственного общества, признания недействительными сделок с акциями общества, применения последствий недействительности таких сделок, а также по другим спорам. Суды не имеют также права применять меры по обеспечению иска, фактически означающие запрет на проведение общего собрания участников общества, а именно регистрироваться для участия в общем собрании, запрещать регистратору предоставлять реестр акционеров на день проведения общего собрания и т.д.²

Одним из наиболее распространенных способов нарушения правомочия участника на управление хозяйственным обществом является требование о применении мер по обеспечению иска, в котором истец требует запретить проведение общего собрания или принимать какие-либо решения. В соответствии с п. 43 Постановления Пленума Верховного суда Украины (далее – ВСУ) от 24.10.2008 г. № 13 «О практике рассмотрения судами корпоративных споров» запрет проведения общего собрания акционеров общества фактически обозначает запрет обществу

¹ Например, Определением Хозяйственного суда Одесской области от 20 июля 2009 года по делу № 4/113-09-3537 по иску Лицо_1 к ответчикам Лицо_2 и ЗАО «Агроспецтранссервис» о признании недействительными решений общего собрания, судьей принято решения применить в качестве обеспечительной меры запрет общему собранию ЗАО «Агроспецтранссервис» принимать какие-либо решения по вопросам прекращения общества путем его преобразования в командитное общество до решения дела по существу // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/5464936>.

² Например, в Постановлении Львовского апелляционного хозяйственного суда от 02.02.2011 г. по делу № 2/119 указано, что, запрещая осуществлять какие-либо действия реестродержателю, суд первой инстанции нарушил требования ст. 67 ХПК Украины, поскольку фактически запретил обществу осуществлять свою деятельность в части компетенции общего собрания. Оспариваемое постановление подлежит отмене // Постановова Львівського апеляційного господарського суду від 02.02.2011 р. у справі № 2/119 // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/13701031>.

осуществлять свою деятельность в части компетенции общего собрания. При этом в указанном Постановлении прямо закреплено, что запрет проведения общего собрания акционеров общества нарушает также правомочие акционеров общества принимать участие в управлении обществом.

Результатом подачи соответствующего иска и принятия судом решения о его удовлетворении является нарушение права мажоритарного акционера на участие в управлении обществом. Соглашаясь с позицией о том, что содержание права на участие в управлении хозяйственным обществом составляют такие правомочия: 1) на участие в подготовке к проведению общего собрания акционеров; 2) принимать участие в общем собрании; 3) голосовать по всем вопросам повестки дня общего собрания; 4) требовать проведение внеочередного общего собрания, следует обратить внимание, что таким решением может быть нарушено одно либо несколько из указанных правомочий мажоритарного акционера. Наша позиция основана на ч. 3 ст. 42 Закона Украины «Об акционерных обществах» которая закрепляет, что решения общего собрания АО по вопросу, вынесенному на голосование, принимается простым большинством голосов акционеров, зарегистрировавшихся для участия в общем собрании и являются собственниками голосующих по этому вопросу акций, кроме случаев, установленных указанным Законом. То есть именно такой акционер фактически определяет судьбу решений принятых общим собранием.

Обеспечивая иск путем запрета ответчику совершать определенные действия, хозяйственные суды только при наличии оснований, предусмотренных ст. 66 Хозяйственного процессуального кодекса Украины, вправе запретить обществу принимать на общем собрании решения по конкретным вопросам, включенных в повестку дня, и лишь при условии, что эти вопросы непосредственно связаны с предметом спора. Меры по обеспечению иска не должны приводить к фактической невозможности осуществлять деятельность хозяйственным обществом, а также нарушения обществом действующего законодательства, отмечено в п. 44 Постановления Пленума ВСУ № 13 от 24.10.2008 г. «О практике рассмотрения судами корпоративных споров».

2) наложения ареста на акции (после составления списка акционеров, непосредственно перед собранием или в ходе его проведения становится известно о том, что судом наложен арест на акции и ими запрещено голосовать. Информация может быть предоставлена обществу и (или)

регистратору по почте в виде копии судебного акта. Кроме того, на собрание акционеров может непосредственно явиться представитель государственной исполнительной службы и потребовать не учитывать голоса акционера, на акции которого наложен арест)¹. Как видим из приведенного примера, суд вопреки рекомендациям п. 48 Постановления Пленума ВСУ № 13 от 24.10.2008 г. «О практике рассмотрения судами корпоративных споров» (обеспечение иска путем наложения ареста на акции не уменьшает их количество в уставном фонде общества и не влияет на объем корпоративных прав их собственников) вынес определение, в котором ограничил акционера в праве созывать общее собрание акционером, в т.ч. подавать свой голос за тот либо иной вопрос повестки дня такого собрания.

Указанные примеры судебной практики свидетельствуют о том, что случаи нарушения правомочий мажоритарных акционеров являются единичными. Проводя анализ судебной практики можно сделать вывод о том, что практически невозможно нарушить права мажоритарного акционера, поскольку все решения общего собрания акционеров принимаются под его четким контролем. В случае же созыва внеочередного общего собрания, если это не устраивает мажоритарного акционера, он просто может на него не явиться, тем самым не обеспечить кворум (при отсутствии кворума в 60% и более общее собрание считается несостоявшимся).

Фактически о нарушении прав мажоритарного акционера можно говорить в случаях, когда миноритарными акционерами подаются иски, в которых в качестве обеспечительных мер заявляются требования о запрете общему собранию акционеров принимать какие-либо решения или наложении ареста на акции, что не позволяет мажоритарному акционеру осуществить правомочие на управление обществом.

¹ Например, в Определении Днепропетровского районного суда г. Херсона от 23 декабря 2011 года по делу № 2–3774/11 судьей, в качестве обеспечения иска по гражданскому делу по иску ООО «Спельта» к Лицу_1, Лицу_2 о признании права собственности на ценные бумаги, принято решение запретить ответчикам совершать какие-либо действия в отношении пользования, распоряжения, отчуждения ценных бумаг – простых именных акций, эмитированных ОАО «Херсонское областное предприятие по племенному делу в животноводстве» в количестве 2357892 шт., номинальной стоимостью одной акции – 0,25 грн., в том числе созывать собрание акционеров, голосовать на собраниях, и т.д. // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/21406762>.

Зеліско А. В., доцент кафедри цивільного права Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника, кандидат юридичних наук, доцент

ПРОБЛЕМИ СИСТЕМАТИЗАЦІЇ СТАТУСУ ПІДПРИЄМНИЦЬКИХ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ ПРИВАТНОГО ПРАВА

Законодавство України протягом останніх двадцяти років проходило етап активного формування та напрацювання доктринальних і практичних положень щодо діяльності підприємницьких юридичних осіб приватного права. Вказані утворення цілком природно опинилися в епіцентрі законодавчих процесів з огляду на те, що вони є ефективним інструментом розвитку бізнесу у державі та породженням ринкової економіки. Проте стрімкість створення законодавчої основи діяльності досліджуваних нами юридичних осіб зумовила, в кінцевому результаті, певне відходження практики від наукової доктрини. Така ситуація спричинена також фактором специфіки правового регулювання підприємницьких юридичних осіб приватного права в Україні, що відображається у наявності двох кодифікованих нормативних актів – Цивільного та Господарського кодексів України, які встановлюють різні системи юридичних осіб приватного права. Тому на сьогодні *одним із основним завдань* у сфері систематизації чинного законодавства є доктринальна розробка правової моделі підприємницьких юридичних осіб приватного права, котра стала б своєрідною «калькою», на яку накладатимуться їх існуючі та новостворені організаційно-правові форми.

Не підлягає сумніву те, що наявні проблеми чинного законодавства є здебільшого наслідком недосконалості законодавчої техніки, яка, на думку Ж. О. Дзейко, ґрунтується на досягненнях науки і яка використовує знання, які дає наука для досягнення визначеної цілі¹. У зв'язку із цим наукова розробка моделі підприємницьких юридичних осіб приватного права має цілком прикладне значення. Адже саме наука повинна породжувати правові засоби, які будуть забезпечувати відповідність законо-

¹ Дзейко Ж. О. Законодавча техніка в Україні (теоретико-історичне дослідження): автореф. дис... доктора юрид. наук: 12.00.01 / Ж. О. Дзейко / Київський національний ун-т імені Тараса Шевченка. – К., 2011. – с.13.

давства сучасним соціально-економічним умовам. На жаль, як зазначає І. В. Спасибо-Фатєєва, «доводиться констатувати той факт, що до сьогоднішнього дня юридична наука не виявляє будь-яких тенденцій до того, щоб запропонувати такі правові засоби, які були б адекватними економічному і суспільному вектору, а також концентровано спрямовували його потенціал на благо розвитку цивілізації»¹.

Сучасний стан функціонування підприємницьких юридичних осіб слід охарактеризувати як «полісистемний», що зумовлено, як нами уже наголошувалося раніше, наявністю різних систем юридичних осіб в Цивільному та Господарському кодексах України. З'ясовуючи специфіку такої ситуації, слід наголосити на тому, що ЦК України фрагментарно регулює підприємницькі юридичні особи приватного права, оскільки його норми містять лише положення стосовно підприємницьких товариств, вичерпний перелік яких подано у ст. 84 (це господарські товариства і виробничі кооперативи). Водночас, ст. 83 ЦК України вказує, що юридичні особи можуть створюватися не лише у формі товариств та установ, а й в інших формах, встановлених законом. І справді, нормами ЦК України система юридичних осіб приватного права, спрямованих на отримання прибутку, не вичерпується. Існують інші організаційно-правові форми підприємницьких юридичних осіб, створені в результаті ініціативного волевиявлення засновників на основі установчих документів.

До «інших форм, встановлених законом» належать, зокрема, підприємства, передбачені Господарським кодексом України. Саме наявність вказаного кодифікованого акта спричиняє полісистемність юридичних осіб приватного права, притаманну для чинного законодавства України. Серед юридичних осіб, які за своєю природою належать до підприємницьких юридичних осіб приватного права, в першу чергу слід вказати на передбачені ст. 63 ГК України корпоративні та унітарні приватні підприємства. За своєю правовою природою поняття «корпоративне підприємство» та «підприємницьке товариство» накладаються одне на одне, маючи, проте, одну істотну відмінність: ГК України, на відміну від ЦК України, визначає невичерпність переліку корпоративних підприємств, підкреслюючи, що до них належать також «інші підприємства, в тому числі засновані на приватній власності двох або більше осіб». Дещо складнішою є ситуація із унітарними приватними підприємствами,

¹ Спасибо-Фатєєва І. В. Цивілістика: на шляху формування доктрин : вибр. наук. пр. / І. В. Спасибо-Фатєєва. – Х. : Золоті сторінки, 2012. —с. 234.

оскільки їх статус ГК України не врегульовує, а звернутися до інших правових актів немає можливості, тому що така організаційно-правова форма не належить за своєю правовою природою до жодної із організаційно-правових форм підприємницьких товариств, передбачених ЦК України. В результаті створилася ситуація, за якої унітарне підприємство фактично випало із сфери правового регулювання підприємницьких юридичних осіб приватного права.

Отже, є цілком обґрунтовані підстави стверджувати, що загальні норми ЦК та ГК України не містять єдиної доктринальної концепції регулювання юридичних осіб приватного права, які є за своєю природою підприємницькими. Відсутність належним чином закріплених загальних норм спричиняє викривлення спеціальних норм стосовно статусу окремих організаційно-правових форм таких юридичних осіб. Адже згідно із основними правилами законодавчої техніки, норма, визначена у загальній формі в одному законодавчому акті, в процесі нормативної спеціалізації конкретизується у спеціальній законодавчому акті в частині гіпотези, диспозиції або санкції¹.

Отже доктринальної концепції регулювання підприємницьких юридичних осіб приватного права в загальних нормах ЦК та ГК України немає, що спричиняє в результаті невідповідність норм спеціальних законодавчих актів положенням інституту юридичних осіб. Особливо яскраво це проявляється на прикладі тих організаційно-правових форм підприємницьких юридичних осіб, які регулюються спеціальними нормативно-правовими актами – фермерських господарств, наукових парків тощо.

Вказані положення свідчать про потребу наукової розробки правової конструкції підприємницьких юридичних осіб приватного права, яка уніфікуватиме функціонуючі в різних правових площинах досліджувані нами юридичні особи та дозволить на перспективу вивіряти нові організаційно-правові форми щодо дотримання концептуальних положень інституту юридичних осіб.

Потрібно сформувати такі правові критерії, які дозволять вести мову про модель підприємницьких юридичних осіб приватного права як уніфікуючу категорію. Самої ознаки, пов'язаної із метою отримання прибутку, недостатньо. Усі вказані юридичні особи приватного права створюються шляхом ініціативного волевиявлення засновників на основі об'єднання їх

¹ Риндюк В. І. Проблеми законодавчої техніки в Україні: теорія та практика: монографія / В. І. Риндюк / [відп. ред. Ющик О. І.]. – К. : Вид-во «Юридична думка», 2012. – с.62.

майнових внесків – маємо ще один із кваліфікуючих критеріїв, який, у поєднанні із попереднім, зумовлює потребу з'ясування механізму утворення майна майбутньої юридичної особи за рахунок внесків засновників. Специфіка такого механізму ґрунтовно розкрита І. В. Спасибо-Фатєєвою при дослідженні корпоративних юридичних осіб, яка зазначає, що при їх виникненні відбувається «видозміна об'єктів», так як засновник (учасник) товариства, сплачуючи певні внески в майно товариства, отримує взамін сукупність майнових та особистих немайнових прав, що іменуються корпоративними¹. Отже, між засновником (учасником) юридичної особи і юридичною особою зберігається особливий правовий зв'язок майнового характеру, який притаманний для усіх без винятку підприємницьких юридичних осіб приватного права. В теорії корпоративного права такий зв'язок визначають як властивий для корпоративних юридичних осіб. Зокрема, В. А. Васильєва наголошує на тому, що юридична особа створюється в результаті реалізації засновницьких прав інших суб'єктів і з метою, яка ними визначається, а тому вона завжди буде залежною від засновника, незважаючи на те, що, з точки зору цивільного права, юридична особа та її засновник – окремі, самостійні суб'єкти правовідносин. Тому можна констатувати існування постійного особливого суспільного зв'язку між засновником і юридичною особою, для позначення якого і застосовується термін «корпоративне право». Організаційно-правова форма створеної юридичної особи не буде впливати на факт існування корпоративного зв'язку, а тільки буде визначати зміст корпоративних прав того чи іншого суб'єкта корпоративних відносин².

Викладені положення свідчать про існування комплексу кваліфікуючих критеріїв, які визначають можливість об'єднання функціонуючих в різних правових площинах юридичних осіб в межах категорії підприємницьких юридичних осіб приватного права, а також дають можливість обґрунтувати практичну потребу подальшої наукової розробки правової моделі таких юридичних осіб для реалізації завдання стосовно систематизації чинного законодавства.

¹ Спасибо-Фатєєва І. В. Правовий аспект корпоративної власності / І. В. Спасибо-Фатєєва // Корпоративне управління : Монографія / І. Спасибо-Фатєєва, О. Кібенко, В. Борисова; [За ред. проф. І. Спасибо-Фатєєвої]. – Х. : Право, 2007. – С. 250.

² Васильєва В. А. Поняття та юридична природа корпоративних відносин і корпоративних прав / В. А. Васильєва // Охорона прав суб'єктів корпоративних відносин : монографія / [за заг. ред. академіка НАПрН України В. В. Луця]. – К. : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2012. – С. 11.

Зилковская Л. М., заместитель декана
экономико-правового факультета Одес-
ского национального университета
имени И. И. Мечникова, кандидат юри-
дических наук, доцент

ПРАВО РЕБЕНКА ЖИТЬ И ВОСПИТЫВАТЬСЯ В СЕМЬЕ

Каждый ребенок с момента своего рождения имеет право на проживание и воспитание в семье. Сегодня ни у кого не возникает сомнений, что семья – это природная среда существования ребенка, источник его мировоззрения, культуры, языка, поэтому именно семейное, а не общественное воспитание должно иметь приоритет в законодательстве. Но так было не всегда. Ещё недавно, в советское время, звучали тезисы о замене семейного воспитания, якобы более эффективным и рациональным, общественным воспитанием (Гойхбарг А. Г., Юркевич Н. Г. и др.). Время показало ошибочность такого утверждения. Однако действующее законодательство в части закрепления права ребенка жить и воспитываться в семье ещё далеко от совершенства.

Конституция, как Основной закон Украины, была принята Верховной Радой Украины «от имени Украинского народа, сознавая ответственность перед Богом, собственной совестью, предыдущими, нынешним и грядущими поколениями». Однако анализируя сегодняшнее состояние законодательства об охране и защите прав детей, судебную и административную практику в данной сфере, сложно говорить об ответственном отношении к нынешним и грядущим поколениям.

Так, Конституция Украины провозглашает обязанность родителей содержать детей до их совершеннолетия, возлагает на государство обязанность охранять семью, детство, материнство и отцовство (ст. 51), признает равенство детей в своих правах независимо от происхождения, а также от того, рождены они в браке или вне его, возлагает на государство обязанность содержания и воспитания детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей (ст. 52). Однако Конституция Украины не содержит положения о необходимости обеспечения каждому ребенку семейного воспитания.

Не говорится о приоритетности права ребенка жить и воспитываться в семье ни в основных принципах государственной семейной поли-

тики, определенных Концепцией государственной семейной политики, одобренной Постановлением Верховной Рады Украины от 17 сентября 1999 г. № 1063-ХІV, ни в Законе «Об охране детства».

Следует заметить, что в СК Украины, несколько детализируются конституционные принципы семейных отношений, но в то же время не упоминается о принципе приоритетности семейного проживания и воспитания ребенка. Хотя, по нашему мнению, право ребенка жить и воспитываться в семье, должно быть закреплено и в задачах СК Украины как цель регулирования семейных отношений, и как общая основа, на которой зиждется регулирование семейных отношений.

Несмотря на отсутствие нормативного закрепления в Конституции Украины права ребенка на проживание и воспитание в семье, другие статьи СК Украины пронизаны идеей необходимости обеспечения каждого ребенка семьей (непосредственно – в ч. 2 ст. 1, ч. 3 ст. 5 СК Украины, опосредованно – во многих других статьях).

На отсутствие законодательного закрепления принципа приоритета семейного воспитания детей, обращала внимание И. В. Жилинкова. Её вывод о логичности закрепления приоритета семейного воспитания детей среди основных принципов регулирования семейных отношений (ст. 7 СК Украины) должен быть услышан законодателем.

Именно в семье ребенок приобретает первые навыки социального общения, формируется как личность, имеющая определенные культурные, языковые, религиозные убеждения, которые выделяют его среди других людей. Этим объясняется и то обстоятельство, что ребенок, который по тем или иным причинам был лишен родительской заботы, в первую очередь должен быть устроен в семью и только в случае невозможности предоставления ему условий семейного воспитания должен направляться в государственное детское учреждение или учреждение здравоохранения.

Соблюдение права детей проживать и воспитываться в семье невозможно без вмешательства государства в семейную жизнь ее граждан. Такое вмешательство строго ограничено законом, а деятельность органов государственной власти и местного самоуправления, прежде всего, органов опеки и попечительства, должна быть направлена на предотвращение нарушений прав детей. Одним из вариантов решения проблемы может быть введение института частичного лишения родительских прав, что включает в себя, в частности, осуществление социального патронажа в отношении

семьи, в которой нарушаются права детей. Такой патронат может осуществляться лицом, специально назначенным органом опеки и попечительства (или службой по делам детей), права же родителей в таком случае должны быть несколько ограничены. Такой патронат не должен предусматривать общего проживания с ребенком, а только предоставление родителям помощи в воспитании ребенка, контроль за его содержанием и воспитанием, возможно – в представительстве его интересов, решении вопроса о совершении сделок ребенком и его родителями.

По нашему мнению, частичное лишение родительских прав с осуществлением патронирования такой семьи органами опеки и попечительства (или службой по делам детей) будет в большей степени отвечать защите прав детей, чем отобрание ребенка у родителей.

Известно, что зарубежное законодательство предусматривает возможность частичного лишения родителей родительских прав. Так, по законодательству Франции вместо полного лишения родительских прав, решение суда может предусматривать частичное их лишение, ограниченное лишь указываемыми в нем полномочиями. Суд также может постановить, что полное или частичное лишение родительских прав будет распространяться лишь на определенных детей, которые уже родились. Вынося решение о полном или частичном лишении родительских прав, либо права держать ребенка при себе, суд, рассматривающий дело, обязан – если другой супруг умер или если он утратил правомочия осуществлять родительские права – либо назначить третье лицо, которому ребенок будет временно передан с возложением на это лицо обязанности требовать учреждения опеки, либо передать ребенка службе социальной помощи детям департамента (ст. ст. 379–1, 380 ГК Франции).

Исходя из изложенного считаем, что содержание принципа приоритетности семейного воспитания ребенка заключается в предоставлении ребенку, с момента его рождения, права на проживание и воспитание в семье, а также в создании государством условий и принятия уполномоченными им органами мер, направленных на возможность родителями и лицами, их заменяющими, реализовать свои права и выполнять свои обязанности по воспитанию ребенка в семье.

Подытоживая, можно сделать следующие выводы:

Отсутствие закрепления принципа приоритетности семейного воспитания ребенка в Конституции Украины влечет отсутствие его общеобязательности в правоприменении.

Положение ст.5 СК Украины относительно приоритетности семейного воспитания ребенка должно быть закреплено в Конституции Украины, нормы которой являются нормами прямого действия, а также в ст. 7 СК Украины, которая определяет общие принципы регулирования семейных отношений.

В качестве превентивной меры защиты прав детей, в том числе и права на проживание и воспитание в семье, предлагаем закрепить в СК Украины такую санкцию как частичное лишение родительских прав с одновременным установлением патроната над такой семьей. Что послужит больше интересам соблюдения прав детей, чем отобрание ребенка от родителей с лишением последних родительских прав или без лишения родительских прав.

Зозуляк О.І., доцент кафедри цивільного права Юридичного інституту Прикарпатського національного університету ім. В. Стефаника, кандидат юридичних наук, доцент

ПРО ЗАКРИТИЙ ПЕРЕЛІК ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВИХ ФОРМ НЕПІДПРИЄМНИЦЬКИХ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ

Сучасний стан вітчизняного цивільного обороту вирізняється появою нових різновидів непідприємницьких структур зі статусом юридичної особи, які однозначно потребують адекватного правового регулювання. Втім, відсутність у ЦК України належної нормативної основи щодо регулювання відносин зазначеної сфери дозволила спеціальному законодавству розвиватись непослідовно, через нагромадження одних нормативно-правових актів на інші, шляхом багатоманіття їх організаційно-правових форм. І саме остання теза – багатоманіття організаційно-правових форм непідприємницьких юридичних осіб чи закритий їх (організаційно-правових форм) перелік є чи не найактуальнішою проблемою, яка потребує урегулювання і саме до її теоретико-правового аналізу звернемося в рамках цієї статті.

Якщо прослідкувати за тенденцією розвитку спеціальних нормативно-правових актів у досліджуваній сфері відносин, то можна констату-

вати, що більшість організаційно-правових форм, які претендують на самостійність, доволі часто виділені штучно, коли насправді відсутні явні цивілістичні ознаки, які б впливали на певну особливість або винятковість їх становища як суб'єктів цивільного права та можливість виділення в самостійну організаційно-правову форму. Саме тому на сьогодні очевидно є потреба у ретельному перегляді законодавчих підходів до визначення організаційно-правових форм непідприємницьких юридичних осіб та їх адекватним корегуванням.

Вважаємо, що з цією метою слід звернутись до організаційно-правових форм підприємницьких товариств, які представлені господарськими товариствами та виробничими кооперативами. Видами цих організаційно-правових форм виступають різні суб'єкти: банки, страхові компанії, пайові інвестиційні фонди, корпоративні інвестиційні фонди тощо (підкреслюємо, видами організаційно-правових форм, а не самостійними організаційно-правовими формами). У наведеному напрямі варто скорегувати й організаційно-правові форми непідприємницьких структур. Навіть поверхневий аналіз чинного законодавства дозволяє констатувати, що громадське об'єднання є організаційно-правовою формою непідприємницького товариства, а видами організаційно-правової форми громадського об'єднання виступають політичні партії, благодійні організації (зокрема ті, що побудовані на засадах членства) та інші непідприємницькі структури, для яких спільними є більшість цивілістичних ознак.

Самостійною організаційно-правовою формою непідприємницьких товариств є споживче товариство, а різновидами його організаційно-правової форми виступатимуть різновиди кооперативів (гаражні, житлові тощо). Із наведеного вбачається самостійність двох організаційно-правових форм непідприємницьких товариств – громадських об'єднань та споживчих товариств. Але чи їх тільки дві? Питання дискусійне. Дві наведені просто лежать на поверхні, в них очевидними є відповідні ознаки, характерні для організаційно-правової форми, які зовсім не складно помітити і саме вони названі на рівні ЦК України як непідприємницькі товариства. Як і ж риси у них є спільними? Це, передусім, приналежність до непідприємницьких товариств. Разом з тим, якщо для споживчого товариства характерний майновий зв'язок членів із товариством, право на пай, субсидіарна відповідальність членів за зобов'язаннями товариства, то для громадського об'єднання членство не породжує жодних майнових прав, адже вступні членські внески не передбачають одержан-

ня доходу за ними, а відтак обумовлюють відсутність субсидіарної відповідальності членів за зобов'язаннями останнього. Крім того, якщо споживче товариство створюється з метою задоволення споживчих потреб його членів, то мета діяльності громадського об'єднання – задоволення інтересів у певній сфері невизначеного кола осіб. В окреслених відмінностях і криється специфіка їх організаційно-правової форми.

Ретельний аналіз чинного законодавства дозволяє прослідкувати тенденцію до закріплення в окремих законах надання права як підприємницьким, так і непідприємницьким юридичним особам засновувати непідприємницькі об'єднання юридичних осіб (асоціації, спілки) з метою належної координації своєї діяльності. Йдеться, зокрема, про банківські асоціації, асоціації страховиків, об'єднання організацій роботодавців, об'єднання професійних спілок, об'єднання професійних учасників фондового ринку, об'єднання нотаріусів, адвокатів та інші. Найчастіше законодавець наведені об'єднання називає асоціаціями. Засновниками зазначеного непідприємницького об'єднання можуть виступати як підприємницькі, так і непідприємницькі товариства, фізичні особи-підприємці, фізичні особи. Наведені непідприємницькі об'єднання своєю метою можуть мати координацію своєї підприємницької діяльності чи діяльності за професійною спрямованістю, будуються на засадах членства, проте без майнового зв'язку між членами та юридичною особою. Від громадського об'єднання асоціація відрізняється суб'єктним складом засновників, а також специфічною метою. Окреслені суб'єкти цивільного права, маючи свої специфічні риси, примикають до непідприємницьких товариств і ймовірно в перспективі становитимуть їх самостійну організаційно-правову форму. Проте, щоб дати абсолютно ствердну відповідь на окреслену перспективу щодо виділення їх в самостійну організаційно-правову форму, слід провести ряд теоретичних досліджень за цим напрямом.

Поширеними на сьогодні у законодавстві є використання таких термінів як установа, заклад, фонд без регламентації їх кваліфікуючих їх ознак, що дає можливість у науковій літературі знаходити як міркування щодо тотожності зазначених понять і розуміння їх як установ, так і щодо пошуку ознак, які вказують на сприйняття зазначених суб'єктів як самостійних організаційно-правових форм непідприємницьких юридичних осіб. Так, для прикладу, музей визначається як культурно-освітній та науково-дослідний заклад; театр – це заклад культури; бібліотека – це

інформаційний, культурний та освітній заклад, що обумовлює існування специфічної непідприємницької юридичної особи – закладу. Наведені, а також чисельні не наведені заклади (зокрема, освіти, охорони здоров'я) та їх специфіка як суб'єктів цивільного права дають можливість І. М. Кучеренко вважати заклад самостійною організаційно-правовою формою непідприємницьких юридичних осіб, істотними ознаками якої є обов'язок учасника брати майнову участь у діяльності закладу, тобто постійно фінансувати його, і право закладу вимагати виконання цього обов'язку не тільки під час заснування, як це встановлює ЦК України щодо засновників установи, а й протягом всього строку діяльності (існування) закладу, повну відповідальність за зобов'язаннями закладу, а також право на отримання майна після його ліквідації¹. Видається, що із запропонованим визначенням слід погодитись та є сенс його врахування при проведенні відповідної законопроектної роботи, пов'язаної із удосконаленням цивільного законодавства про непідприємницькі юридичні особи. Не слід також відкидати міркування щодо можливості виокремлення фонду як самостійної організаційно-правової форми непідприємницької юридичної особи.

Вирішенню проблеми щодо окреслення на рівні ЦК України певного замкнутого кола організаційно-правових форм непідприємницьких юридичних осіб не сприяє і той факт, що у цивільному законодавстві України відсутній поділ юридичних осіб на юридичні особи унітарного та корпоративного типу (корпорації). У тому разі, якщо б законодавець рухався у напрямку поділу юридичних осіб за критерієм їх устрою на корпорації та унітарні юридичні особи була б можливість серед непідприємницьких корпорацій (за термінологією ЦК України – непідприємницьких товариств) виокремити такі організаційно-правові форми як громадське об'єднання, споживче товариство, (можливо непідприємницьке об'єднання юридичних осіб (асоціація)), та організаційно-правові форми непідприємницьких юридичних осіб, що не побудовані на засадах членства – установа, заклад (можливо, фонд). Наведений перелік організаційно-правових форм відображав би сутнісні характеристики кожної із них та носив би замкнутий характер.

Підсумовуючи, варто відзначити, що при удосконаленні чинного цивільного законодавства України слід системно підходити до переліку

¹ Кучеренко І. М. Організаційно – правові форми юридичних осіб приватного права [Текст]: дис. доктора юрид. наук : 12.00.03 / Ірина Миколаївна Кучеренко. – К., 2004. – 468 с.

організаційно-правових форм непідприємницьких юридичних осіб з урахування їх правової природи та ознак, що їх об'єднують за певними цивільно-правовими критеріями. Запорукою успішного реформування законодавства про непідприємницькі юридичні особи вважаємо правильним напрямом щодо вичерпного переліку організаційно-правових форм, що їх утворюють, із збереженням законодавчого механізму для появи їх нових видів.

Игнатенко В. Н., доцент кафедры гражданского права № 1 Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого, кандидат юридических наук, доцент

ДЕЙСТВИЯ В ЧУЖОМ ИНТЕРЕСЕ БЕЗ ПОРУЧЕНИЯ КАК СПОСОБ САМОЗАЩИТЫ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ

В последнее время пристальное внимание учёных-цивилистов обращено на проблему защиты гражданских прав и интересов. Это объясняется тем, что ценность гражданского права состоит в его беспрепятственной реализации, а в случае возникновения преград в эффективной защите. Задачей науки выступает исследование защитных механизмов, выработка предложений по их совершенствованию. Научный поиск в этой области ведется по различным направлениям, с учетом специфики защищаемых гражданских прав, способов и порядка защиты и других факторов. Так, Л. Н. Баранова рассмотрела механизм защиты гражданских прав юрисдикционными органами, определив, право на защиту в субъективном смысле как юридически обеспеченную возможность лица требовать от уполномоченных органов (лиц) принудительного применения к нарушителю соответствующих способов. И. В. Венедиктова сформулировала модель механизма защиты охраняемых законом интересов, который в широком смысле непременно включает в себя принципы, регулятивные и охраняемые правоотношения, способы, формы и меры защиты и формы ответственности. В. Л. Яроцкий проанализировал становление и развитие института самозащиты вещных прав в Украине, подчеркнув значение вещных прав для любого общества. При этом самозащита является одной из важных форм возможных правомерных дей-

ствий собственника и приобретателя прав на чужие вещи, направленных на защиту и восстановление предоставленных им правовых возможностей. А. Ю. Бабаскин исследовал защиту гражданских прав и интересов в договорных отношениях, отдельно остановившись на правовых основаниях защиты гражданских прав и интересов в договорных отношениях, а также способах их защиты среди которых наиболее распространенным способом выступает возмещение убытков.

В тоже время недостаточно внимания уделяется защите гражданских прав и интересов во внедоговорных регулятивных обязательствах. К последним относятся: публичное обещание вознаграждения (без объявления конкурса и по результатам конкурса); совершение действий в имущественных интересах другого лица без его поручения; спасание здоровья и жизни физического или юридического лица; завещательный отказ и завещательное возложение. Общей чертой указанных обязательств является их возникновение из правомерных действий субъектов гражданского права. Подобный подход разделяют Е. О. Харитонов и Н. Ю. Голубева за исключением отнесения к указанным обязательствам завещательного отказа и завещательного возложения.

При анализе внедоговорных регулятивных обязательств нельзя не обратить внимание на их неоднородность с точки зрения характера юридических фактов, лежащих в их основании. Так, качественной однородностью обладают обязательства из совершения действий в имущественных интересах другого лица без его поручения, спасания здоровья и жизни физического лица, имущества физического и юридического лица, поскольку одновременно выступают и формой вторжения в имущественную или личную неимущественную сферу другого лица и формой защиты гражданских прав и интересов. В последнем случае, на наш взгляд, речь идет о самозащите гражданских прав, причем не лица, совершившего правомерные действия, а другого лица от нарушений и противоправных посягательств (ст. 19 ГК Украины). Как верно отмечает в этой связи Г. А. Свердлык и Э. Л. Страунинг, способы самозащиты гражданских прав могут быть реализованы по общему правилу лицом, чьи права нарушены, или находятся под реальной угрозой такого нарушения. Но в некоторых случаях закон допускает в рамках самозащиты и действия третьих лиц, направленные на защиту нарушенных прав без обращения к соответствующим компетентным органам или должностным лицам (так называемая товарищеская взаимопомощь). Что же касается обяза-

тельств из публичного обещания вознаграждения, из завещательного отказа и из завещательного возложения, они не являются формой реализации самозащиты другого лица и возникают не из единичных правомерных действий, а из юридического состава, включающего ряд таких действий. Например, в публичном обещании вознаграждения без объявления конкурса: публичное обещание вознаграждения и передача результата. По общему правилу при реализации внедоговорных регулятивных обязательств речь идёт о защите гражданских прав и интересов сторон этих обязательств. Однако, может возникнуть ситуация, когда лицо, чьи гражданские права и интересы защищались путем совершения правомерных действий не становится стороной гражданско-правового обязательства. Так должник в обязательстве по возмещению вреда, причиненного лицу, которое без соответствующих полномочий спасало здоровье и жизнь физического лица от реальной угрозы для него в силу ст. 1161 ГК становится государством. Данное положение выступает развитием конституционной обязанности государства защищать жизнь человека (ч. 2 ст. 27 Конституции Украины).

Также следует учесть, что глава 50 ГК РФ «Действия в чужом интересе без поручения» своим регулирующим воздействием охватывает отношения, предусмотренные следующими главами ГК Украины: «Совершение действий в имущественных интересах другого лица без его поручения» «Спасание здоровья и жизни физического лица, имущества физического лица или юридического лица».

Согласно ч. 2 ст. 19 ГК Украины – способы самозащиты должны соответствовать содержанию нарушенного права, характеру действий, которыми оно нарушено, а также последствиям, причинённым этим нарушением, позволяет утверждать, что участие третьих лиц в реализации права на самозащиту может состоять как в осуществлении фактических, так и юридических действий. Как при реализации лицом права на самозащиту своего права так и права другого лица от нарушений и противоправных посягательств важным моментом выступают пределы осуществления такого права. В соответствии с ч. 1 ст. 1158 ГК Украины, если имущественным интересам другого лица угрожает опасность наступления невыгодных для него имущественных последствий, действующее лицо имеет право без поручения совершить действия, направленные на их предупреждение, устранение или уменьшение. Реализуя это право, последнее может понести расходы во время совершения действий в иму-

щественных интересах другого лица без поручения. Исходя из того, что действия в имущественных интересах без поручения, являются одновременно и способом самозащиты прав другого лица и основанием возникновения внедоговорного обязательства, то условия возникновения этого обязательства одновременно выступают и критерием правомерности самозащиты.

Ісаєв А. М., доцент кафедри цивільного права № 1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, кандидат юридичних наук

ДО ПИТАННЯ ПРО ОBOB'ЯЗКИ ДАРУВАЛЬНИКА ЗА ЦИВІЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ

Сьогодні Цивільний кодекс України (далі ЦК України) передбачає низку нових прав та обов'язків сторін за договором дарування. Оновлені стосуються в тому числі обов'язків дарувальника.

Треба зазначити, що зміст зобов'язання, яке виникає з договору дарування, має свої особливості. ЦК України передбачає цілу низку обов'язків дарувальника. Комплексний аналіз вказаних обов'язків, дозволяє класифікувати їх залежно від моменту виникнення та існування на такі, що:

- а) виникають в момент укладення договору дарування;
- б) впливають із укладеного договору дарування.

До обов'язків, які виникають в момент укладення договору дарування, треба віднести обов'язок дарувальника щодо попередження обдарованого про недоліки речі, що є дарунком, або її особливі властивості, які можуть бути небезпечними для життя, здоров'я, майна обдарованого або інших осіб. Зазначений обов'язок має відігравати визначальну роль при укладенні договору дарування, як такий, що пов'язаний з встановленням предмета договору.

До обов'язків, що впливають із укладеного договору дарування, необхідно віднести обов'язок дарувальника щодо передання дарунку обдарованому за договором дарування з обов'язком передати дарунок у майбутньому.

Виходячи з вищевикладеного можна дійти висновку про те, що в повному розумінні до змісту договору дарування можна віднести лише ті обов'язки дарувальника, що випливають із укладеного договору дарування як договірною зобов'язання. При цьому слід зауважити, що у деяких випадках договір дарування не породжує договірною зобов'язання. Як правило, це реальний усний договір дарування, який виконується та припиняється в момент отримання дарунку обдаровуваним, а отже, має речовий характер.

Виходячи з визначення договору дарування, дарувальник зобов'язується передати безоплатно у власність обдаровуваного дар. Ключовим юридичним обов'язком дарувальника є обов'язок щодо передання дарунку. Виконання цього обов'язку здійснюється шляхом передання дарунку, якщо це можливо (це стосується невеликих речей), або передання документів, що підтверджують право власності на річ, або інших документів, що підтверджують належність дарунку дарувальникові. Обов'язок передання нерухомого майна та інших габаритних речей здійснюється шляхом вручення обдаровуваному символів такого дарунку (ключів від квартири або машини, макету будинку і т. п.).

Порушення обов'язку дарувальника щодо передання дарунку є простроченням боржника у зв'язку з чим обдаровуваний може зазнати збитків. Проте не зовсім зрозуміло, чи зобов'язаний дарувальник відшкодувати такі збитки поряд із переданням самого дарунку або його вартості? Вказана ч. 2 ст. 723 ЦК України свідчить про обмеження відповідальності дарувальника за прострочення виконання зобов'язання та за неможливість виконання зобов'язання, що випадково настала після прострочення. Як зазначалось, у разі настання строку виконання зобов'язання, обдаровуваний може вимагати від дарувальника або передання дарунку, або відшкодування вартості дарунку. Тобто відсутня правомочність обдаровуваного щодо відшкодування збитків, завданих простроченням дарувальника. Певною мірою такий підхід законодавця виправданий відсутністю витрат на придбання дарунку з боку обдаровуваного. Таким чином, аналіз ч. 2 ст. 723 ЦК України свідчить про відсутність цивільно-правової відповідальності дарувальника за порушення зобов'язання щодо передання речі. На дарувальника, який припустився такого порушення, може бути покладений лише обов'язок виконати зобов'язання в натурі, а якщо це стало неможливим – від-

шкодувати вартість дарунку. Обидва наслідки не є мірами цивільно-правової відповідальності, адже не відповідають такій її ознаці, як додатковість обтяження.

Виходячи з вищевикладеного можна зробити висновок про певний вплив ознаки безвідплатності на правову регламентацію обов'язків дарувальника за ЦК України.

Калаур І. Р., доцент кафедри цивільного права і процесу, юридичний факультет Тернопільського національного економічного університету, кандидат юридичних наук, доцент

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРАВОВУ ПРИРОДУ ПРАВА НАЙМАЧА

Питання правової природи права користування річчю, яке належить наймачу, залишається дискусійним у цивілістичній доктрині. Усі теоретичні підходи до вирішення піднятого питання можна виокремити в окремі групи за критерієм сутності цього права, яку доводять представники кожного із них.

Перша група дослідників вважає, що право найму є виключно речовим правом. Основними доводами, на які посилаються представники цієї наукової позиції є законодавче закріплення слідування права за річчю, зокрема, при зміні власника речі, яка передана у найм, до нового власника переходять права і обов'язки (ст. 770 ЦК України) та можливість наймача використовувати речово-правові способи захисту своїх прав. Однак, з нашого погляду більш умотивованими є доводи авторів одного із підручників цивільного права Російської Федерації, які вважають, що речова природа права орендаря слідує із можливості орендаря користуватися індивідуально визначеною річчю, а не з властивості слідування права оренди чи надання орендарю речово-правових способів захисту. Вказані обставини слідують із визначення прав орендаря як речових і не потребують додаткового нормативного підтвердження.

Принцип, що «купівля не анулює найм» існує у законодавстві деяких європейських прав, проте для окремих видів майна. Так, «за

французьким законодавством новий власник речі, що передана в найм, не може висилити наймача фермера чи наймача, які мають посвідчуючий акт. Для цього можливість виселення повинна бути обумовлена у самому договорі, проте у цьому випадку наймодавець зобов'язаний відшкодувати наймачу збитки». Подібна норма передбачена у параграфі 571 Цивільного кодексу Німеччини на випадок найму земельної ділянки.

Речовими правами визначив вітчизняний законодавець право оренди земельної ділянки та право користування (найм, оренди) будівлі або іншої капітальної споруди, їх окремими частинами у Законі України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень».

Однак слід погодитися з думкою Л. Кокоєвої, що після передання орендованого майна орендарю, відносини оренди не припиняються, оскільки вони не вичерпуються фактом надання речі: орендодавець зобов'язується здійснювати, за загальним правилом капітальний ремонт, має право вимагати розірвання договору тощо.

Друга група дослідників відстоюють суто зобов'язальну правову природу прав наймача. Зазвичай, основними аргументами доводу істинності цієї наукової позиції називаються той факт, що вказане право виникає у результаті укладання договору, основною направленістю якого є надання наймачеві користування річчю, а також тимчасовість, строковість права користування наймача. Водночас, допустимість застосування речово-правових засобів захисту прав наймача та закріплення властивості слідування щодо зобов'язального права дослідники визначають, як «спеціальний засіб юридичної техніки, який підтверджує не зміну сутності зобов'язального права, а спробу законодавця надати суб'єктові зобов'язання додаткові можливості з метою охорони його прав».

Слід зауважити, що зобов'язально правова природа права наймача послідовно відстоювалася цивілістами дореволюційного періоду. У правовідносинах, підставою виникнення яких був договір майнового найму, виключалася будь-яка можливість наявності речово-правових елементів, а наймач не розцінювався як титульний володілець, наділений речово-правовими способами захисту.

Прихильники антитетичної концепції прав наймача, заперечуючи їхню зобов'язальну природу, зазначають, що тимчасовий характер прав

наймача не може слугувати причиною опротестування речово-правової природи цих прав, оскільки безстроковість не може розцінюватися як властивість речового права через те, що не притаманна всім їхнім видам. Для прикладу, сервітут, право користування житловим приміщенням за заповідальним відказом, прямо визначені у законі як речові права зі встановленим строком існування.

Виникнення симбіозуречових і зобов'язальних правовідносин у результаті укладання договору найму вбачають представники третьої групи, розцінюючи право наймача як «змішане». Так, в результаті зробленого дослідження В. В. Вітрянськи вбачає за доцільне виокремити у предметі вказаного договору два об'єкти: об'єкт першого роду – відповідні дії зобов'язаних осіб, і об'єкт другого роду – майно.

Таким чином, при дослідженні правової природи права наймача прослідковуються як полярні концепції так і намагання зблизити ці позиції, шляхом моделювання нової субстанції – «змішаних» прав, яким притаманні речові і зобов'язальні властивості.

З нашого погляду, доречною є позиція тих дослідників, які вважають, що в результаті укладання договору найму виникають не змішані правовідносини, а існують паралельно два самостійні види правовідносин: відносини між наймодавцем і наймачем, які за своєю суттю є зобов'язальними та відносини між наймачем, який володіє річчю наймодавця, та третіми особами в тому числі і його контрагентом. У контексті такого підходу до вирішення питання правової природи права наймача слушною є думка М. М. Агаркова про те, що «відмінність абсолютних і відносних правовідносин є відмінністю саме правовідносин, а не інститутів. У межах одного і того ж інституту можуть бути правовідносини як абсолютні так і відносні. Так, наприклад, інститут майнового найму охоплює речові правомочності ... і чисто зобов'язальні».

Підсумовуючи зроблений аналіз теоретичних концепцій вирішення питання правової природи права наймача, вважаємо, що у результаті укладання договору найму виникають два види правовідносин. Перші – це зобов'язання із передання майна у користування, оплати за користування річчю та інші. Другі правовідносини виникають у зв'язку з володінням наймачем річчю. Проте для їх виникнення, крім укладання договору найму, необхідно здійснити передання речі, момент здійснення якого необхідно вважати моментом виникнення цих правовідносин.

Коваль І. Ф., доцент кафедри цивільного права і процесу Донецького національного університету, кандидат юридичних наук, доцент

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ЗАСТОСУВАННЯ ОДНОРАЗОВОГО ГРОШОВОГО СТЯГНЕННЯ У СФЕРІ ПРОМИСЛОВОЇ ВЛАСНОСТІ

Національне законодавство передбачає самостійну майнову санкцію, застосування якої спрямовано на відновлення майнового становища суб'єкта прав інтелектуальної власності, – «одноразове грошове стягнення» (ч. 2 ст. 432 Цивільного кодексу України). Запровадження цієї санкції до системи способів захисту виключних прав зумовлено розумінням законодавцем об'єктивних складнощів, які виникають кожного разу у зв'язку із відшкодуванням збитків, заподіяних порушенням прав на нематеріальні результати інтелектуальної діяльності. Вперше ця санкція була передбачена у 1993 р. у Законі України «Про авторське право і суміжні права» під назвою «компенсація» (ст. 52). Широка практика захисту авторських прав із використанням можливості вибору виду майнових санкцій на користь саме цієї одноразової компенсації (замість відшкодування шкоди) довела ефективність такого способу відновлення майнового становища праволодильця. З огляду на це з прийняттям ЦК України сфера застосування компенсації була поширена на всі об'єкти інтелектуальної власності. Відповідно до ч. 2 ст. 432 ЦК України суд у випадках та в порядку, встановлених законом, може постановити рішення про застосування разового грошового стягнення замість відшкодування збитків за неправомірне використання об'єкта права інтелектуальної власності.

Підставою застосування разового грошового стягнення ЦК України визнає неправомірне використання об'єкта права інтелектуальної власності. При цьому склад такого правопорушення характеризується лише протиправною поведінкою порушника безвідносно конкретного розміру завданої шкоди, що логічно слідує із правил застосування такого стягнення – «замість відшкодування збитків». Однак на практиці це правило

застосовується неоднозначно¹. За умов такої невизначеності на рівні вищої судової інстанції місцеві й апеляційні суди нерідко вимагають від позивачів доведення фактичного розміру майнових втрат. Тим самим фактично нівелюється ключова особливість цієї майнової санкції, яка відрізняє її від відшкодування збитків. Тому важливо нормативно закріпити підставу застосування разового стягнення із застереженням про звільнення особи, право якої порушено, від доведення розміру збитків. Подібне формулювання закріплено у російському законодавстві: «Компенсація підлягає стягненню в разі доведення факту правопорушення. При цьому правовласник, який звернувся за захистом прав, звільняється від доведення заподіяних йому збитків» (ч. 3 ст. 1252 ЦК РФ).

Водночас, розуміючи необхідність дотримання принципу законності притягнення правопорушника до відповідальності у формі одноразового стягнення і співрозмірності заявлених вимог про захист із реальним масштабом і обсягом правопорушення, постає питання про розробку критеріїв, які мають враховуватися при визначенні конкретного розміру стягнення. Так, за загальним правилом, встановленим у нормі ч. 2 ст. 432 ЦК України, розмір одноразового грошового стягнення «визначається відповідно до закону з урахуванням вини особи та інших обставин, що мають істотне значення». Стосовно сфери авторських правовідносин закон пов'язує розмір компенсації із обсягом порушення та (або) намірами відповідача (ч. 2 ст. 52 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Зазначені критерії надто поверхнево окреслюють правила обчислення розміру стягнення. Через це у судовій практиці у сфері захисту авторських прав застосовуються різні й такі, що вільно обираються сторонами, показники для визначення конкретних сум компенсації.

Сфера промислової власності, на відміну від авторських відносин, взагалі не забезпечена яким-небудь нормативним розвитком загальних положень про розмір одноразового стягнення. Більш того, закріплена в ч. 2 ст. 432 ЦК України умова застосування цього стягнення – «розмір стягнення визначається відповідно до закону» блокує можливість його

¹ Це може бути проілюстровано на прикладі декількох суперечливих роз'яснень ВГС України. Так, у Рекомендаціях Президії ВГС України від 10 червня 2004 р. «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» зазначено, що грошове стягнення підлягає сплаті *в разі доведення факту порушення майнових прав, а не розміру збитків*. Згодом в іншому документі ВГС України наголошує, що розмір компенсації за порушення авторського і суміжних прав *має співвідноситись відповідним чином із розміром заподіяної шкоди*.

реалізації у відносинах промислової власності, оскільки спеціальні норми відповідного розміру не встановлюють. Відсутність необхідної деталізації порядку визначення розмірів разового грошового стягнення стає підґрунтям формування суперечливої судової практики. При цьому більшість судових рішень пов'язано з відмовою в застосуванні цієї санкції для захисту прав промислової власності саме через відсутність конкретизації в законі її розміру.

Аналіз зарубіжного досвіду застосування майнових санкцій за порушення прав промислової власності свідчить, що законодавство іноземних країн забезпечує правовласникам широкі права у виборі способу відшкодування майнових втрат. Так, Акт Ленхема США передбачає у справах про порушення прав на товарні знаки можливість відшкодування збитків або мінімального розміру компенсації (у розмірі від 500 до 100 000 дол. США). ЦК РФ надає правовласнику торговельної марки право вимагати замість відшкодування збитків виплату компенсації, розмір якої обчислюється двома способами: у розмірі від десяти до п'яти мільйонів рублів, що визначається на розсуд суду, виходячи з характеру порушення; у двократному розмірі вартості товарів, на яких розміщено товарний знак, або у двократному розмірі вартості права використання товарного знака, що визначається виходячи з ціни, яка за порівняних обставин звичайно стягується за правомірне використання товарного знаку (ч. 4 ст. 1515).

У науці пропонуються різні критерії визначення розміру одноразового грошового стягнення. Існує точка зору, що такий розмір необхідно диференціювати залежно від виду порушення, характеру завданих негативних наслідків. О. Б. Андрейцева вважає, що за відсутності в діях порушника вини розмір компенсації має визначитися співрозмірно завданним збиткам, а за наявності умислу чи грубої необережності – визначитися таким чином, щоб компенсація спричиняла додаткові майнові обтяження для порушника й виконувала стримуючу роль до майбутніх порушень. Зазначена позиція видається дискусійною і такою, що зменшує ефективність захисту, оскільки, по-перше, необхідність встановлення умислу чи грубої необережності в діях порушника (особливо юридичних осіб) може ускладнити доведення підстав і умов застосування одноразового стягнення, що навряд чи сприятиме досягненню мети, заради якої цю санкцію було запроваджено. По-друге, оскільки правовий режим об'єктів промислової власності пов'язаний з обов'язковою легітимацією

та публічним сповіщенням про факти набуття і припинення правової охорони об'єкта, добросовісний суб'єкт підприємництва має дбати про «чистоту» прав промислової власності, які він намагається використувати у своїй професійній діяльності. По-третє, диференціація ознак суб'єктивної сторони набуває кваліфікуючого значення для встановлення підстави притягнення до кримінальної відповідальності. Застосування ж заходів господарсько-правової та цивільно-правової відповідальності, враховуючи властиву їм компенсаційну спрямованість, як правило, не залежить від форми вини порушника. І сфера промислової власності навряд чи має бути виключенням з цього правила.

Підхід до визначення критеріїв обчислення розміру одноразового грошового стягнення має будуватися з огляду на вихідні вимоги, які ставляться до юридичної відповідальності як засобу забезпечення правопорядку в суспільстві. Це, насамперед, принципи співрозмірності, справедливості й індивідуалізації застосування заходів відповідальності. Спираючись на зазначені засади, в законодавстві доцільно встановити відповідну шкалу розмірів стягнення, котра включатиме мінімальну і максимальну сумму стягнення. При цьому уявляється можливим пов'язувати відповідний розмір не з конкретною твердою сумою, а визначати його більш гнучким способом – співрозмірно певному еквіваленту, наприклад, мінімальній заробітній платі (в національному законі про авторське право діапазон становить від 10 до 50 000 мінімальних заробітних плат).

Для забезпечення справедливості і індивідуалізації застосування даної майнової санкції доцільно закріпити комплекс показників, які в сукупності здатні скласти дійсну «картину» вчиненого правопорушення та його наслідків. До таких критеріїв можуть бути віднесено, зокрема: показники, які стосуються обсягів і масштабів правопорушення – обсяг реалізованої контрафактної продукції, територія та місця розповсюдження контрафактної продукції, тривалість порушення тощо; показники, які характеризують особу порушника та його ставлення до правопорушення – правовий статус порушника (приватний підприємець, велике промислове підприємство), повторність здійснюваних ним неправомірних дій, його місце в ланцюжку порушників (виробник, розповсюджувач, зберігач), поведінка після отримання попередження тощо; показники, які характеризують об'єкт посягання і правовласника – рівень попиту на оригінальну продукцію, що стала предметом контрафакції, термін ви-

користання об'єкта промислової власності на відповідному ринку, наявність і кількість конкурентів на відповідному ринку тощо.

Нормативна формалізація наведених пропозицій щодо уточнення підстави застосування одноразового грошового стягнення у сфері промислової власності буде сприяти розширенню можливостей правовласників щодо захисту прав на об'єкти промислової власності і підвищить ефективність захисту цих прав у цілому.

Коструба А. В., доцент кафедри цивільного і трудового права Таврійського національного університету імені В. І. Вернадського, кандидат юридичних наук, доцент

НАСЛІДКИ ПРАВОПРИПИНЯЮЧИХ ЮРИДИЧНИХ ФАКТІВ У ФОРМІ НЕДІЙСНИХ ПРАВОЧИНІВ ТА ВИЗНАННЯ ЇХ ЗАКОНОМ

Більшість дослідників єдині у своїх позиціях, що дійсний правочин є одним з юридичних фактів, з якими закон пов'язує динамічний розвиток правовідносин, зокрема їх припинення. У той же час недійсний правочин, як вказується в частині першій статті 216 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), не створює юридичних наслідків крім тих, що пов'язані з його недійсністю (відповідно, не впливає на правовідносини) і є недійсним з моменту його вчинення. Існування правоприпиняючих юридичних фактів у оболонці недійсних (оспорюваних) правочинів може поставити під сумнів правомірність наслідків, до яких він призводить, але не встановлює цю обставину заздалегідь.

Заслуговує на увагу думка, відповідно до якої недійсність правочину повинна означати відсутність будь-яких цивільно-правових наслідків такої недійсності. Наслідки ж виконання нікчемного правочину мають бути ті самі, що й у разі безпідставного набуття майна. Натомість оспорюваний правочин створює саме ті наслідки, що й відповідний дійсний правочин, до визнання оспорюваного правочину недійсним він є дійсним. У разі визнання оспорюваного правочину недійсним, наслідки його виконання мають бути ті самі, що й у разі, коли підстава набуття майна згодом відпала.

У ЦК України відсутня окрема стаття, в якій би перелічувалися всі нікчемні правочини, але за його текстом можна відшукати норми про нікчемність тих або інших правочинів, наприклад, вчинених із порушенням вимог про нотаріальне посвідчення правочину (статті 219, 220), малолітньою особою у разі відсутності наступного схвалення правочину її законними представниками (частина друга статті 221), без дозволу органу опіки та піклування (частина перша статті 224) та багато інших (частина друга статті 586, частина третя статті 614, частина шоста статті 633, частина друга статті 661 ЦК тощо). З цього приводу існує думка про зайвість звернення до суду з вимогою про визнання нікчемного правочину недійсним, бо в суді нема чого доводити та спростовувати, адже наявність порушень припису закону – очевидна, а відтак – очевидна й нікчемність. В якості прикладу вченими наводиться наступна ситуація: якщо договір купівлі-продажу нерухомості нотаріально не посвідчено, то це само по собі вже свідчить про його нікчемність. І все ж таки, беручи до уваги зазначений приклад виникає питання про те, як оцінити ситуацію, за якої відчужувач ухилився від нотаріального посвідчення договору, проте отримував усю суму коштів за об'єкт нерухомого майна, який відчужував. Крім того, як оцінити наслідки зазначеного правочину на прикладі з нерухомим майном у випадку, коли набувач за договором звернеться до суду з вимогою визнати договір купівлі-продажу таким, що мав місце. У разі задоволення позовних вимог, рішення суду замінить нотаріальне посвідчення договору, а реєстратор буде змушений зареєструвати право особи, яка набула нерухомість за нотаріально не посвідченим договором. Крім того, якщо все так просто з нікчемними правочинами, чому учасники цивільно-правових відносин звертаються до суду з вимогами повернення безпідставно набутого за недійсними договорами майна або про визнання договорів дійсними. Якщо другий випадок обґрунтовується необхідністю легалізації правових наслідків недійсного договору, то у випадку звернення з вимогами повернення безпідставно набутого учасники цивільно-правових відносин прагнуть реституції та виключення або зменшення розміру завданої їм шкоди.

З даного приводу дуже вдалою, на нашу думку, є позиція Ю. С. Гамбарова, який вказував на наступне: «якщо нікчемність правочину настає відповідно до закону, не вимагаючи ні позову, ні судового рішення, тоді б вона ніколи не призводила б до судового розгляду. Якщо нікчемність викликає сумнів і проти неї виникає спір, то судовий розгляд стає не-

минучим, оскільки ніхто не може бути суддею у своїй справі, і самоуправство не заохочується при вирішенні юридичних спорів. Проте, як зазначає Ю. С. Гамбарова, судді обмежені в таких випадках констатуванням нікчемності угоди».

У зв'язку з цим, не можна твердо стояти на позиціях, що нікчемні правочини як правоприпиняючі юридичні факти мають дефекти настільки сильні, що не породжують наслідків, бо це те саме, що стверджувати про безпідставність і необґрунтованість рішень судів, які задовольняли позови про повернення безпідставно набутого за недійсними договорами майна.

Як мінімум, недійсні правочини породжують фактичні наслідки, не кажучи про те, що у певних випадках ці наслідки можуть бути і юридичними.

У цьому у випадку з нікчемним правочином можна змоделювати три основні ситуації:

1) юридичний факт мав місце у зв'язку з чим правова модель була реалізована на практиці, але в той же час, наслідки спричинені цим юридичним фактом, мали лише фактичний характер;

2) юридичний факт мав місце в реальній дійсності, але в той же час породив лише юридичні наслідки;

3) юридичний факт мав місце, у зв'язку з чим правова модель була реалізована на практиці, але в той же час, наслідки, спричинені цим юридичним фактом, мають як юридичний, так і фактичний характер.

В усіх випадках мають місце вади умов реалізації правової моделі поведінки на практиці (юридичного факту). У той же час неможна сказати, що недійсні правочини не породжують наслідків, зважаючи на наведені вище приклади й винятки, за яких навіть недійсний правочин може стати дійсним.

У цьому ключі варто зазначити, що О. О. Кот у своїх працях використовував такий термін, як «зцілення правочину» або його «конвалідація», зокрема наводив слова Д. О. Тузова, про те, що суть зцілення (конвалідації) полягає в наданні нікчемному правочину юридичної чинності з моменту його укладення. Такий підхід дозволяє казати й про те, що юридичні факти можуть бути конвалідовані, однак виникає питання про суб'єктів, які уповноважені на здійснення такої операції. Адже суд за своєю природою не наділений повноваженнями надавати правомірності діям чи подіям об'єктивної дійсності, а лише встановлює факти, аналізує

їх і робить висновок про реальний стан речей. Що стосується сторін, то, на нашу думку, вони також не можуть «надавати правомірності» тим чи іншим правовідносинам, учасниками яких вони є. Хоча, з іншого боку, сторони можуть встановлювати правопріпиняючі юридичні факти шляхом їх трактування. У зв'язку з цим, виходить, що сторони можуть суб'єктивно конвалідувати правочин, якщо дійдуть висновку, що він влаштовує їх в тій формі, в якій вони уклали його на початку. Для цього потрібно належним чином оформити факти й умови існування правовідносин між ними до моменту такого встановлення й правильно встановити ці обставини під час конвалідації, а також відповідним чином оформити цей процес і його результати.

Тобто можна стверджувати, що самі сторони або сторона правовідносин, в залежності від того односторонній чи двосторонній правочин було укладено, здатні конвалідувати його. Тобто вчинити дії, які доводять усім іншим учасникам обороту й державі як регулятору цивільних відносин те, що в даному випадку вони (сторони) бажали настання саме цих наслідків і саме в такій формі, навіть не заважаючи на його вади. У такому ключі можна казати про існування механізмів об'єктивної конвалідації. Тобто сторони нікчемного або оспорюваного правочину можуть вчинити дії, які призведуть до визнання наслідків їх правочину державою та іншими учасниками цивільного обороту лише в тому випадку, коли існують правові механізми виправлення ситуації та обставини дозволяють це зробити, у іншому випадку конвалідація є неможливою.

Коробцова Н. В., доцент кафедри цивільного права № 1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, кандидат юридичних наук, доцент

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ ОСОБИСТИХ ПРАВ ЛЮДИНИ

Однією з гарантій існування будь-якого суб'єктивного права є можливість його захисту. Віднесення особистих прав до категорії абсолютних суб'єктивних прав, дає можливість користуватися ними без спеціально на те дозволу і захищати їх проти будь-якого суб'єкта.

У статті 16 ЦК України визначено способи захисту цивільних прав. Однак застосування конкретного способу захисту має відповідати підставі захисту, виду й характеру суб'єктивного цивільного права, тому *не всі* із запропонованих у ЦК способів можна використовувати при захисті особистих прав.

Так, складно уявити, як за допомогою такого способу як *примусове виконання обов'язку в натурі* можна захистити порушене особисте право, оскільки даний спосіб застосовується в тому випадку, коли на особу покладений певний обов'язок, але вона не виконала його, порушивши тим самим, суб'єктивні права іншої сторони. Даним способом можна захистити тільки майнові права, порушені внаслідок невиконання уречевленого зобов'язання. Крім того, окремі способи, зазначені в ЦК, застосовуються для захисту лише окремих видів (груп) особистих прав. Так, *припинення або зміна правовідносин* як спосіб захисту застосовується у випадках укладення правочинів з приводу особистих благ.

Не завжди можна в повному обсязі використовувати і такий спосіб захисту, як *відновлення становища, яке існувало до порушення права*. Мова йде про випадки розголошення інформації особистого конфіденційного характеру про суб'єкта, його діяльність, стан здоров'я тощо, що є предметом адвокатської, банківської, медичної таємниці.

Враховуючи це, способи, що містяться в ст. 16 ЦК, не можна розглядати в якості *загальних* способів захисту *всіх* цивільних прав. Вони повністю застосовуються при захисті майнових прав, однак не всі їх можливо використовувати для захисту особистих немайнових прав, посягання на які може завдати і завдає, як правило, значно більшої шкоди людині, ніж применшення її майнового інтересу.

Законодавець не обмежує можливість суб'єктів застосовувати тільки зазначені у відповідній статті ЦК способи, тому окремі способи захисту можуть міститися як в інших законодавчих актах, так і передбачатися договором.

Так одним із спеціальних способів захисту саме особистих прав є *заборона на поширення інформації, яка порушує особисті права*. Суть даного способу захисту полягає в тому, що суд може заборонити випуск у світ друкованої, кінематографічної та іншої продукції, в якій міститься інформація, що порушує особисті права, до відповідного усунення, а також заборонити або припинити поширення відповідної продукції до усунення порушень.

Даний спосіб захисту використовується для заборони розповсюдження навіть правдивої інформації, яка порушує особисті права (таємницю особистого життя).

Спростування як спосіб захисту особистих прав проявляється в праві вимоги особи, чиї права порушені шляхом поширення неправдивої інформації, визнати інформацію недостовірною, тобто довести до відома осіб, встановлений судом або добровільно, факт невідповідності її дійсності.

Суть даного способу захисту особистих прав зводиться до визнання поширених раніше відомостей такими, що не відповідають дійсності, тобто неправдивими і доведення цієї інформації до відома осіб, серед яких вона була поширена. Цей спосіб захисту використовується при посяганні на такі права, як честь, гідність, репутація. Вимагати спростування можуть особи, чиї права безпосередньо порушені недостовірною інформацією, а у випадках передбачених законом, особи, які не мають прямого відношення до даної інформації (наприклад, члени сім'ї), проте, її поширення порушує їхні права. Члени сім'ї виступають в якості належних суб'єктів і при пред'явленні вимоги спростувати недостовірну інформацію щодо їхнього померлого родича. При цьому, використовуючи даний спосіб захисту, члени сім'ї захищають свої особисті права і добре ім'я померлого.

Спосіб спростування залежить від способу розповсюдження відомостей. Якщо інформація поширена через друковані органи, то і спростування має бути здійснено шляхом публікації.

Особа має право застосувати даний спосіб захисту, якщо:

- доведено факт недостовірності поширеної інформації, оскільки достовірна інформація, якщо вона навіть порушує особисті права, не дає права вимагати спростування;

- недостовірна інформація стала відома третім особам, при цьому спосіб і форма розповсюдження значення не мають. Якщо інформація доведена лише до суб'єкта, якого вона стосується, то подібні дії, нехай навіть і винні, не є підставою для спростування;

- поширення недостовірної інформації прямо або опосередковано стосується особи, яка заявляє вимогу про спростування;

- ця інформація порушує особисті немайнові права даного суб'єкта, ставить їх під загрозу порушення або перешкоджає суб'єкту здійснювати, реалізовувати їх.

Тільки за наявності в сукупності зазначених умов можна використовувати спростування як спосіб захисту особистих прав.

Спростувати можна відомості фактичного характеру. Оціночні ж судження, не засновані на фактах, не можуть бути спростовані в цивільно-

правовому порядку, оскільки неможливо перевірити їх відповідність дійсності. Крім того, використовуючи такий спосіб захисту як спростування при захисті особистих прав, потрібно пам'ятати про проголошені у Конституції принципи свободи вираження думки, слова. Тому іноді буває складно відмежувати твердження про факти від вираження власної суб'єктивної думки, оціночного судження щодо того чи іншого вчинку.

Публікація відповіді як спосіб захисту особистих прав передбачений для випадків поширення засобами масової інформації відомостей, які порушують особисті права, що не підлягають спростуванню (наприклад, інформації, що відповідає дійсності, однак порушує таємницю особистого життя). У таких випадках суб'єкт, чий особисті права порушені, має право опублікувати відповідь в тих же засобах масової інформації. Хоча в певних випадках (коли поширені відомості не підлягають перевірці) це може розглядатися як певного роду «виправдання».

Принесення публічного вибачення як спосіб захисту використовують при порушенні таких особистих прав як честь, гідність, репутація. Застосовується він у разі поширення наклепницької інформації, що не відповідає дійсності, або навіть такої, що відповідає, однак вираженої в образливій формі. Цей спосіб часто використовують в сукупності з іншим способом захисту – відшкодуванням шкоди.

При захисті особистих прав можливе застосування як одного способу захисту так і використання в сукупності декількох.

Особисті права мають ряд особливостей, які, перш за все, містяться в самому об'єкті і повинні кожен раз враховуватися при виборі відповідного способу.

Кравцова Л.Н., доцент кафедри громадянського права юридического факультета Южного федерального университета (РФ), кандидат юридических наук, доцент

ФАКТОРЫ, ОПРЕДЕЛЯЮЩИЕ МЕТОД СЕМЕЙНОГО ПРАВА

В науке семейного права немало внимания уделяют методу семейно-правового регулирования. И, как известно, по этому поводу есть различные точки зрения. Не будем распространяться на этот счет, поскольку

ку задачей в нашем случае является не определение метода семейного права, а обнаружение тех моментов, которые влияют на тот или иной метод. В таком случае мы, по сути, приходим к и выводу о методе семейно-правового регулирования, который представляется нам наиболее приемлемым.

Здесь потребуется исследование специфики семейных отношений, ведь метод целиком зависит от предмета. Отметим при этом, мы исходим из положения о том, что метод семейного права, является императивным с ситуационной диспозитивностью. Постараемся привести доводы в пользу данного утверждения. А для этого следует обратиться к положениям, которые могут рассматриваться как факторы, влияющие на метод семейно-правового регулирования.

Известно два основных метода: императивный и диспозитивный. Императивный предполагает властные установки законодателя, обязательность соблюдения которых неоспоримо, и, следовательно, при таком методе трудно говорить о свободе выбора своего поведения участниками правовых отношений. Диспозитивный метод, напротив, делает акцент на воле субъектов правоотношения и правовые нормы в этом случае носят восполнительный характер, то есть действуют, когда свободная воля не реализована.

Применительно к семейным отношениям императив неизбежен, постольку, поскольку они подвергаются правовому воздействию. При этом следует обратить внимание на то, что подавляющее большинство семейных отношений не способно к правовому регулированию и не нуждается в нем, так как затрагивает интимные стороны жизни человека и сводится к неприкосновенности частной жизни. Однако государственная власть не может предоставить свободу поведения там, где это касается публичных интересов. В этой связи требуется воздействие права на частную сферу, поэтому, обратившись к семейному законодательству, мы обнаруживаем категоричные установки законодателя.

Таким образом, метод семейного права оказывается императивным и весьма ограничивает свободу самих участников семейных отношений. А ввиду того, что действие власти основаны на публичном интересе, мы неизбежно приходим к выводу о влиянии на него данного фактора. То есть общественный публичный интерес – это один из важнейших факторов, определяющих метод семейного права. Ясно, что общество заинтересовано в укреплении семьи, устойчивости брачных отношений, приоритете

семейного воспитания детей, защите прав нетрудоспособных и несовершеннолетних членов семьи, в необходимости не только социального обеспечения, но и предоставлении помощи одними членами семьи другим. Неслучайно подобные положения отражены в статье 1 Семейного кодекса РФ в качестве основных начал семейного законодательства.

Отсюда императив звучит и применительно к конкретным семейным отношениям. Так, родители не могут своей волей решать, воспитывать им своих детей или нет, так как требование осуществления этой обязанности установлено законом в императивной форме; лица, желающие заключить брак, не могут сами устанавливать условия его заключения, влияющие на легитимность брака; в отношениях с детьми приходится ориентироваться на приоритет интереса ребенка, если возникнут коллизии его интереса с интересами других членов семьи и т.д.

Выше мы говорили о том, что диспозитивный метод основан на свободе поведения субъектов правоотношений. А свобода предполагает определенную демократию, и, чем демократичнее общество, тем выше уровень свободы. Получается, что развитие демократических начал должно открывать путь к диспозитивности в семейном праве. Между тем, в этом смысле семейное право достаточно консервативно. И, хотя, оно в современный период дает возможность к установлению членами семьи ряда соглашений (о воспитании детей, о предоставлении содержания), тем не менее, нельзя считать, что это высокий уровень свободы. В основе регулирования семейных отношений все же императив, причем императивные нормы в большинстве своем остаются неизменными. Мы можем смело утверждать о том, что основные права и обязанности членов семьи в современном законодательстве, как и в прежнем (Кодекс о браке и семье), остались теми же. Правда, они приобрели новые черты и законодатель счел возможным отказаться от вмешательства в частную сферу в тех случаях, когда это было явно излишне. Например, при расторжении брака в судебном порядке, если на то выражается обоюдная воля супругов, теперь уже не выясняются мотивы, по которым они считают невозможным сохранение брака. Это свидетельствует о диспозитивном начале регулирования брачных отношений.

Однако, никак нельзя забывать о возможности заключения целого ряда соглашений между членами семьи. А любое соглашение исключает диктат кого бы то ни было, а, значит, и государства. Но следует также иметь ввиду, что свобода в семейных договорных отношениях отлича-

ется от той свободы, которая существует в гражданском договорном праве. Как известно, одним из проявлений свободы является возможность свободно решать вопрос, заключать договор или не заключать. То же самое можно сказать и о возможности заключения соглашений участниками семейных связей. Между тем, в семейных отношениях, в отличие от гражданских нет возможности выбора контрагента, – в нашем случае соглашение может быть заключено только с определенными лицами. Так, соглашение по вопросу о воспитании детей могут заключать между собой только родители; о выплате алиментов – между лицом, уполномоченным на получение содержания (либо его представителем) с тем, кто обязан его предоставлять. Гражданское законодательство допускает заключение любого договора, в том числе, и непредусмотренного в нем, в то время как СК РФ обозначил вполне определенные соглашения и по усмотрению субъектов семейного права не возможно заключение иных соглашений.

Гражданское право ориентировано на свободную волю субъектов договора по установлению его содержания, – семейно-правовое соглашение не может выходить за рамки основных условий, предусмотренных законодателем. Есть лишь возможность детализации прав и обязанностей сторон. Кроме того, в отличие от гражданско-правового договора, соглашения в семейном праве значительно ограничивают их свободу, которая должна быть ориентирована на приоритетные интересы некоторых членов семьи.

Обратим внимание на то, что выше мы постоянно используем термин «соглашение» применительно к семейным отношениям, в то время как гражданское законодательство употребляет термин «договор». Дело в том, что, хотя каждый договор – это соглашение, далеко не каждое соглашение является договором. С точки зрения цивилистики, договор должен порождать гражданские права и обязанности, чего не скажешь о соглашениях в семейном праве. Они предназначены для обеспечения законных интересов и субъективных прав членов семьи. Но семейное законодательство уделяет внимание брачному договору. Здесь такой термин вполне уместен, поскольку этот договор является гражданско-правовым, правда, с некоторыми особенностями в связи с его субъектным составом.

В российской юридической литературе, подобно европейским странам, появилась концепция брака как договора¹, однако большинство ученых отрицают ее и мы полностью солидарны с такой позицией.

¹ См.: Загоровский И. А. Курс семейного права. – Одесса, 1902. – С.5; Частное право: учебник/Т. В. Кашанина. – М. : Эксмо, 2009.

Возможность заключения соглашений в семейном праве и наличие в законодательстве положений о брачном договоре, как и (хотя и спорных) утверждений, что заключение брака – это сделка, несомненно, свидетельствует о проявлении элементов диспозитивности метода семейно-правового регулирования, при том, что, в отличие от гражданского права, где диспозитивность в договорных отношениях – это преобладающий момент, свобода соглашений в сфере семейного права весьма ограничена волей законодателя. И все же она стала обнаруживаться в связи с новыми социальными и экономическими факторами, которые потребовали допущения алиментных соглашений. Таким образом, императив сочетается с диспозитивностью. Следовательно, указанные условия влияют на наш метод регулирования.

Диспозитивность проявляется и в связи с определенными жизненными обстоятельствами. Семейное право особенно ориентировано на различные ситуации, что, в свою очередь, связано с частными интересами в тех или иных случаях. Поэтому нередко в юридической литературе, говоря об императивном методе семейного права, указывают на сочетание его с ситуационной диспозитивностью. Конечно, различные обстоятельства связаны с частными и публичными интересами, но ситуационная диспозитивность, прежде всего, предполагает наличие частных интересов. Они формируются в силу индивидуальных особенностей субъектов, их запросов, возможностей и т.д. При этом частные интересы всемерно охраняются законом, если они связаны с субъективным правом лица. Так, например, предоставление содержания ребенку предполагает наличие у него субъективного права, но реализуется оно в каждой семье с учетом приоритета интереса ребенка, а также интересов других членов семьи, в том числе обязанных предоставлять содержание. Но есть и публичные интересы и, таким образом, можно сказать, что на метод семейно-правового регулирования с одной стороны влияет автономия субъектов правовых отношений, а с другой – публичный интерес. И, хотя, гражданское общество, ценность которого состоит в удовлетворении частных интересов, тем не менее, публичные правовые нормы могут быть значительными в своем объеме в регулировании частной жизни людей. Вместе с тем, несмотря на то, что по отношению к семье, возможности права ограничены, поскольку речь идет в некотором смысле об интимной сфере, именно публичные нормы должны занимать ведущее положение. А, следовательно, и императивный метод правового регулирования.

Красицька Л. В., доцент кафедри цивільного права і процесу Донецького національного університету, кандидат юридичних наук, доцент

ПРО АНТРОПОЛОГІЧНИЙ ПІДХІД У ПРАВОВОМУ РЕГУЛЮВАННІ СІМЕЙНИХ ВІДНОСИН

Сімейні відносини були, є і залишатимуться такою сферою суспільних відносин, які можуть бути піддані правовому регулюванню тільки у певній частині, причому правовий вплив на сімейні відносини повинен здійснюватися з урахуванням багатьох чинників, зокрема, моральних засад суспільства. В. Ф. Маслов та О. А. Пушкін зазначали, що сімейне право регулює не всі відносини, що складаються в сім'ї між її членами, а тільки ті, які представляють собою суспільний інтерес. Сучасне правове регулювання сімейних відносин, безумовно, не може бути відірваним від філософської антропології, зважаючи, що учасники сімейних відносин, є, перш за все, людьми, і саме у сімейних, зокрема батьківських правовідносинах відбувається відтворення людської особистості, реалізуються природні інстинкти людини щодо продовження свого роду. Справедливо наголошує Д. А. Гудима, що тільки єдність висновків філософського вчення про право і людину з «чинними» теоретичними напрацюваннями юриспруденції дозволяє створити міцну методологічну базу для розвитку правознавства та юридичної практики, позбавити науку догматизму і коментування норм законодавства, а правозастосовчу сферу – окремих недоліків її функціонування.

В антропології значна увага приділяється проблемам, що виникають у зв'язку з новими явищами в побутовому житті та біологічному бутті сучасної людини. В аспекті правового регулювання сімейних відносин у сучасних умовах радикальних змін в економічному, політичному, соціальному житті країни, антропологічний підхід є дуже важливим, зважаючи, що «людяність» особи формується саме в сім'ї завдяки тому, що у неї є батько й мати. Отже, щодо правового регулювання сімейних відносин дуже виважено необхідно ставитися законодавцю щодо гендерної рівності та врахування положень так званого «гендерного мейнстрімінгу» (який перекладають як комплексний підхід до проблеми рівності між жінками і чоловіками), що передбачає впровадження проблематики

рівності статей на всі рівні суспільства через організацію системи її врахування при прийнятті рішень. З одного боку, гендерний мейнстрімінг привертає увагу до соціально зумовлених відмінностей в досвіді та можливостях жінок і чоловіків, але, з іншого, нівелює розмаїтість людського досвіду та буття. Вбачається неприйнятним для України підхід деяких європейських країн, зокрема, Швейцарії, щодо заборони використання термінів «батько», «мати», які віднесені за законодавством Швейцарії до дискримінаційних понять, так як кінцевою метою «гендерного мейнстрімінгу»¹ є ліквідація статі, а особи, які йменувались матір'ю і батьком, будуть в майбутньому називатися нейтральним словом «батьки». Такі підходи суперечать не тільки положенням сімейного законодавства України, а й моральним засадам українського суспільства, звичаям та традиціям українського народу. В українській ментальності завжди існувало й існує особливо шанобливе ставлення та повага до жінки-матері, яку українці називають «матінкою», «ненькою», відзначаючи самий тісний зв'язок з найріднішою людиною у світі, тому в Україні неможлива заміна й підміна таких понять як «мати», «батько», втрата традиційних цінностей українського народу.

У доктрині сімейного права зарубіжних країн набуває розповсюдження й теорія мультибатьківства, яка передбачає, що у однієї дитини зовсім не обов'язково повинно бути лише двоє батьків. Теорія мультибатьківства (теорія функціонального батьківства) допускає існування сім'ї з одним із батьків, фактичне виконання функцій батьків рідними батьками дитини і одночасно мачухою, вітчимою тощо. Безумовно, існуючий стан суспільних відносин, коли 21,9% дітей в Україні народжується поза шлюбом, що підтверджується даними Щорічної державної доповіді «Про становище дітей в Україні» за підсумками 2011 р., певні права та обов'язки щодо дитини покладені Сімейним кодексом України й на мачуху, вітчима (ст. 260, 268 СК України), проте ні мачуха, ні вітчим не мають у повному обсязі батьківських прав та обов'язків, вони не замінюють собою мати та батька дитини. Значна кількість дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування², призводить й до необхідності розвитку різноманітних форм улаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, проте пріоритет надається і повинен надаватися сімейним формам ула-

¹ ЗМІ називають «гендерний мейнстрімінг» Третьою світовою війною

² За даними Річного звіту за 2013 рік Міністерства соціальної політики України у 2013 р. в Україні було 90,7 тис. дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування

штування таких дітей, зокрема, в першу чергу, усиновленню, а також прийомним сім'ям, дитячим будинкам сімейного типу, яких в юридичній літературі йменують «ерзац-сім'ями».

Теорія мультибатьківства передбачає також, що у однієї дитини зовсім не обов'язково повинно бути лише двоє батьків. Так, в одній справі *A. A. v B. B.* (Онтаріо, 2007) Апеляційний суд провінції Канади визнав можливість бути юридичними батьками дитини одночасно трьох осіб: двох жінок, що виховували її в своїй сім'ї, та їх друга, який став донором сперми. Суд вирішив, що невизнання юридичного батьківства однієї з матерів дитини буде суперечити інтересам дитини, проте якщо друга мати звернеться за наказом про усиновлення, це потягне за собою припинення правовідносин між дитиною та її батьком, що також не відповідає найкращим інтересам дитини. На цій підставі суд оголосив партнершу жінки, що народила дитину, матір'ю, а дитина, таким чином, «набула» двох юридичних матерів і одного юридичного батька. Така теорія мультибатьківства не може бути запроваджена в Україні при регулюванні батьківських відносин.

Звертає на себе увагу й так званий «парад» узаконень одностатевих шлюбів, який відбувається останніми роками в Європі та деяких штатах США. При регулюванні шлюбних відносин в Україні необхідно враховувати, що відповідно до результатів соціологічного опитування, проведеного компанією GfK Ukraine, 95% українців у тій чи іншій мірі виступають проти одностатевих шлюбів (дослідження проводилося протягом 3–23 квітня 2013 року, загальна вибірка опитування становила 1 тис. респондентів у віці старше 16 років. Опитування проводилось методом особистого інтерв'ю, максимальна похибка опитування складає 3,1%). Варто зазначити, що 15 травня 2007 р. у м. Києві на засіданні Всеукраїнської Ради Церков і релігійних організацій була прийнята Декларація «Про негативне ставлення до явища гомосексуалізму та спроб легалізації так званих одностатевих шлюбів (реєстрації одностатевих партнерств)», у п. 9 якої зазначається, що Всеукраїнська Рада Церков і релігійних організацій виступає категорично проти законодавчого встановлення у нашій державі одностатевих шлюбів чи реєстрованих одностатевих партнерств, проти пропагування одностатєвої сексуальності.

Антропологічний підхід має бути пріоритетним і при регулюванні відносин з усиновлення. Чинний СК України у ч. 3 ст. 211 проголошує, що усиновлювачами не можуть бути особи однієї статі. Закон України

від 15 лютого 2011 р. «Про ратифікацію Європейської конвенції про усиновлення дітей (переглянутої)» передбачає, що Україна відповідно до п. 1 ст. 27 Конвенції залишає за собою право не дозволяти усиновлювати дитину двом особам різної статі, які перебувають у зареєстрованому партнерстві.

Таке положення викликало гострі дискусії, оскільки у законі нічого не зазначено про застереження щодо неможливості усиновлення дітей-громадян України особами однієї статі, які перебувають у зареєстрованому партнерстві. З цього приводу Міністерством юстиції України були надані роз'яснення від 20.04.2011р. «Принципи та положення Європейської конвенції про усиновлення (переглянутої)», в яких наголошується, що Конвенція дозволяє Державам-учасницям поширити застосування положень щодо усиновлення на одностатеві пари, які одружені, перебувають у зареєстрованому партнерстві або разом проживають у постійних стосунках. Це положення стосується лише тих держав, внутрішнє законодавство яких передбачає можливість укладення одностатевих шлюбів та усиновлення дітей таким подружжям. Конвенція не зобов'язує Держави-учасниці змінювати положення внутрішнього законодавства та запроваджувати інститут шлюбу або зареєстрованого партнерства одностатевих пар. В Україні шлюбом є сімейний союз жінки та чоловіка, зареєстрований у органі державної реєстрації актів цивільного стану. Усиновлювачами можуть бути подружжя, тобто чоловік та жінка, які перебувають у шлюбі, а також у визначених випадках особи, які не перебувають у шлюбі, але проживають однією сім'єю, і суд постановив рішення про усиновлення ними дитини. Крім того, законодавство України містить пряму заборону на усиновлення дитини в Україні особам однієї статі (ст. 211 Сімейного кодексу України.) Тобто Конвенція жодним чином не впливає на закріплене на законодавчому рівні в Україні поняття шлюбу як союзу чоловіка та жінки, а також можливість усиновлення дитини лише різностатевими парами. А тому побоювання щодо того, що в Україні почнуть діяти нові правила щодо усиновлення дітей (йдеться, у першу чергу, про надання дозволу на усиновлення українських дітей одностатевим парам або ж самотнім іноземним особам, які не перебувають у шлюбі і не є родичами дитини) є необґрунтованими.

Вбачається, що у таких випадках, зважаючи на суспільний резонанс, Міністерство юстиції України повинно не роз'яснення давати, а сприяти розробці відповідного законопроекту Кабінетом Міністрів України як

суб'єктом законодавчої ініціативи і відповідно прийняттю законодавчого акту Верховною Радою України.

Отже, підсумовуючи, необхідно зазначити, що при регулюванні сімейних відносин у сучасних умовах розвитку державності та формування правової системи України антропологічний підхід є важливим чинником та повинен враховуватися у правотворчому процесі, саме він спрямований на збереження таких традиційних цінностей українського народу, як сім'я, дитинство, материнство, батьківство.

Лепех С. М., доцент кафедри цивільного права та процесу Львівського національного університету імені Івана Франка, кандидат юридичних наук, доцент

СПАДКУВАННЯ ПРАВА НА ВКЛАД У БАНКУ

Фінансова криза в Україні призвела до погіршення стану ліквідності в банківській сфері, порушення нормального функціонування фінансово-кредитних механізмів. Останнім часом вагому частку серед цивільних справ позовного провадження, які розглядаються судами, становлять справи, що виникли зі спорів в банківській сфері, в тому числі щодо укладення та виконання договорів банківських вкладів. Вирішення частини таких спорів, пов'язаних із правонаступництвом в депозитних зобов'язаннях, викликало дискусії щодо тлумачення відповідних норм матеріального права та неоднакове їх застосування судами. Окремі особливості спадкування права на вклад у банку визначені національним законодавством, однак стосуються, як правило, видів спадкування даних прав. Відповідно до ч. 1 ст. 1228 ЦК України вкладник має право розпорядитися правом на вклад у банку (фінансовій установі) на випадок своєї смерті, склавши заповіт або зробивши відповідне розпорядження банку (фінансовій установі). Отже, спадкування права на вклад може відбуватися за законом, заповітом або заповідальним розпорядженням. Щодо правової природи заповідального розпорядження, то його можна розглядати як різновид заповіту. Відповідні положення відображені також в Інструкції про порядок відкриття, використання і закриття рахунків у національній та іноземних валютах,

затвердженій Постановою НБУ від 12.11.2003 року №492, відповідно до пункту 10.15 якої фізична особа може зробити відповідне розпорядження банку щодо коштів, що їй належать, на випадок своєї смерті (розпорядження). Якщо розпорядження клієнта складається у формі окремого документа, то на ньому має бути зазначена дата його складання. Цей документ засвідчується підписом уповноваженого працівника банку і зберігається в справі з юридичного оформлення рахунку. Дія розпорядження може бути повністю або частково скасована заповітом, складеним після того, як було зроблене розпорядження банку, якщо в заповіті змінено особу, до якої має перейти право на вклад, або якщо заповіт стосується всього майна спадкодавця.

Одним із питань спадкування права на вклад, яке викликало дискусію та неоднакове застосування судами норм матеріального права, є питання правонаступництва в депозитних правовідносинах на боці вкладника. Зокрема, виникла дискусія щодо того, чи має право спадкоємець на отримання процентів за договором банківського вкладу, нарахованих лише за життя спадкодавця, чи також і процентів, нарахованих після його смерті до моменту фактичного повернення вкладу. Так, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ в ухвалі від 27.02.2013 року №6-52730св12 про стягнення недонарахованих відсотків по договорах про заощадження дійшов висновку, що у позивача (дружини) після смерті чоловіка як у спадкоємця виникло право на отримання вкладу та процентів на суму вкладу, нарахованих на час смерті спадкодавця. Вимоги щодо стягнення процентів за наступний період після смерті не ґрунтуються на законі, відповідач не мав правових підстав для нарахування відсотків по договорах про заощадження після смерті вкладника. Також суд зазначив, що вона не є стороною договорів банківського вкладу, а тому не може вимагати продовження або зміни умов цих договорів після смерті вкладника.

Натомість Верховний Суд України по аналогічних справах висловив правову позицію, зокрема у постанові від 18.09.2013 року (справа №6-65цс13) та в постанові від 22 січня 2014 року (справа №6-157 цс 13), суть якої зводиться до того, що зобов'язання за договором банківського вкладу не є такими, що нерозривно пов'язані з особою вкладника, а тому в разі його смерті спадкоємцеві, який прийняв спадщину, повертається як сума банківського вкладу, так і проценти на нього до дня, який

передує поверненню вкладу. Таку позицію Верховного Суду України слід визнати обґрунтованою і підтримати.

В порядку спадкування як універсального правонаступництва відбувається перехід прав та обов'язків, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті. До складу спадщини не входять права, що нерозривно пов'язані з особою спадкодавця, зокрема права вимоги, які призначені для забезпечення засобів для існування саме даній особі – спадкодавцю. Права вкладника не є нерозривно пов'язаними з його особою, а тому входять до складу спадщини. Відповідно до ч. 5 ст. 1268 ЦК України незалежно від часу прийняття спадщини вона належить спадкоємцеві з часу відкриття спадщини, а отже саме з цього моменту відбувається правонаступництво в депозитному зобов'язанні, до спадкоємця переходять права вкладника. Щодо обсягу спадкування такої частини права вимоги вкладника як право на отримання процентів на суму вкладу, то слід керуватися ч. 5 ст. 1061 ЦК України, яка визначає період часу, за який має бути нарахована плата вкладникові. Норма даної статті передбачає, що проценти на банківський вклад нараховуються від дня, наступного за днем надходження вкладу у банк, до дня, який передує його поверненню вкладникові або списанню з рахунка вкладника з інших підстав.

При цьому слід враховувати і право на частину вкладу другого з подружжя, оскільки такі права вимоги є спільним майном подружжя, якщо вклад внесено під час шлюбу. Так, другий із подружжя може отримати певну частину такого вкладу як спадкоємець на підставі свідоцтва про право на спадщину, а також половину вкладу – на підставі свідоцтва про право власності на частку в спільному майні подружжя, яке видається нотаріусом в разі смерті одного з них. Реалізація другим із подружжя права вимоги щодо такої другої половини вкладу не пов'язується з правонаступництвом, бо право вимоги щодо цієї частини вкладу й так належить цій особі.

Отже, право на вклад за своєю правовою природою є правом вимоги зобов'язального характеру і складається з вимог щодо повернення основної суми вкладу та сплати процентів на вклад за весь період дії договору банківського вкладу. Оскільки таке право не є нерозривно пов'язаним із особою вкладника, то воно в порядку спадкування як універсального правонаступництва переходить до його спадкоємців в повному обсязі.

Литовченко Л. А., доцент кафедри цивільно-правових дисциплін Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук, доцент

РОЗСУД У КОНТЕКСТІ ДИСПОЗИТИВНОСТІ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

У ч. 1 ст. 1 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) встановлено загальне правило, згідно з яким особа здійснює свої цивільні права вільно, на власний розсуд. Зазначена правова норма, коротка у текстовому вираженні, разом з тим, має велике змістове значення як відправна норма-заасада у цивільному праві. Вона відображає одну з характеристик моделі цивільних відносин, заснованих на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників.

Ця норма відображає зв'язок розсуду і диспозитивності в цивільному праві. Під диспозитивністю у цивільному праві розуміємо юридичну свободу учасників цивільних відносин набувати і здійснювати свої суб'єктивні права вільно, на власний розсуд. Відповідно, диспозитивними началами зумовлено можливості учасників цивільних відносин вільно, на власний розсуд обирати варіанти правової поведінки, приймати рішення щодо встановлення між собою договірних відносин та їх умов, визначати у відповідних випадках зміст цивільних прав і обов'язків, розпоряджатися своїм суб'єктивним правом і захищати його у разі порушення, невизнання або оспорювання, захищати свої інтереси, які не суперечать загальним засадам цивільного законодавства тощо.

Звичайно учасники цивільних відносин самостійно обирають форми, способи, час та межі своєї юридичної та фактичної поведінки, не порушуючи права інших осіб. І. В. Жилінкова зазначала, що у цьому знаходить свій вияв загальна ідея, згідно з якою в галузі приватного права особа здійснює свої суб'єктивні права вільно, на власний розсуд¹. Отже, вільне здійснення суб'єктивного цивільного права правомочною особою виявляється у можливості вільно, на власний розсуд обирати будь-яке ци-

¹Приватноправові механізми здійснення та захисту суб'єктивних прав фізичних та юридичних осіб: колективна монографія / В. Л. Яроцький, В. І. Борисова, І. В. Спасибо-Фатеева, І. В. Жилінкова та ін. / За наук. ред. проф. В. Л. Яроцького. – Х.: Юрайт, 2013. – с. 92.

вільне право, що відповідає її інтересу, будь-який з допустимих варіантів поведінки, якщо інше не випливає із принципів (загальних засад) цивільного права, норм цивільного законодавства, умов договору або правових звичаїв та не суперечить моральним засадам суспільства. Особа може утриматися від здійснення суб'єктивного цивільного права, і останнє також є виявом диспозитивності.

Диспозитивні начала (засади) втілені у нормах цивільного права, які за своїм характером, відповідно, є диспозитивними. З.В. Ромовська висловила важливу думку про те, що диспозитивною є та норма, яка надає особі можливість діяти на власний розсуд¹. Стосовно ч. 1 ст. 12 ЦК слід говорити, за висловом З.В. Ромовської, з яким ми погоджуємося, про «беззастережну форму диспозитивності, коли особа може діяти повністю на власний розсуд». Щодо останнього, З.В. Ромовська конкретизує: «Укладення договору, складення заповіту, видача довіреності, оголошення конкурсу, прийняття спадщини, можливість відмови від права власності тощо – все це приклади повної, беззастережної диспозитивності»². Учасник цивільних відносин вільний у своїх діях за принципом «дозволено все, що не заборонено законом». Вибір суб'єктивного права і способу його здійснення реалізується ним за власним розсудом. У такому випадку вважаємо можливим говорити про «беззастережну», за загальним правилом, форму розсуду в цивільному праві. При цьому диспозитивність і пов'язаний з нею розсуд, як загальна засада цивільного права, виявляє себе не тільки у випадках, коли термін «розсуд» використано законодавцем у конкретних нормах ЦК України (наприклад, ч. 3 ст. 6, ч. 1 ст. 12, ч. 1 ст. 20, ст. 271, ч. 1 ст. 319 ЦК та ін.), але й у випадках, коли хоча і відсутнє пряме посилання у нормі на розсуд, але правомочний суб'єкт може за загальним правилом обирати варіанти своєї поведінки, тобто діяти на власний розсуд (наприклад, ч. 2 ст. 319, ч. 1 ст. 328, ч. 1 ст. 347, ч. 2 ст. 386, ст. 427, ч.ч. 1, 2 ст. 1235, ч. 1 ст. 1237 ЦК та ін.). Таким чином, диспозитивність і пов'язаний з нею розсуд слід розглядати як загальну засаду цивільного права.

Стосовно певних випадків, коли особа має право обирати один із варіантів поведінки, який чітко визначений у законі, або вчинити певну дію у будь-який час, але протягом чітко встановленого строку, З.В. Ро-

¹Ромовська Зорислава. Українське цивільне право: Загальна частина. Академічний курс. Підручник / Зорислава Михайлівна Ромовська. К.: Атіка, 2005. – с. 149.

²Ромовська Зорислава. Українське цивільне право: Загальна частина. Академічний курс. Підручник / Зорислава Михайлівна Ромовська. К.: Атіка, 2005. – с. 149

мовська цілком аргументовано вказує на відносну форму диспозитивності¹. У таких випадках учасник цивільних відносин, здійснюючи суб'єктивне право і реалізуючи можливості, що надані законом, керується принципом «дозволено все, що передбачено законом». Наприклад, відносно диспозитивною є норма частини 2 статті 28 ЦК, якою встановлено, що при здійсненні окремих цивільних прав фізична особа відповідно до закону може використовувати псевдонім (вигадане ім'я) або діяти без зазначення імені. Стосовно зазначених випадків, напевно, доречно говорити про відносну форму розсуду. У контексті вищесказаного варто не тільки прямо пов'язувати розсуд і диспозитивність в цивільному праві, а й розглядати розсуд учасників цивільних відносин у якості вияву диспозитивності та її характерної ознаки.

Диспозитивність як одна з основоположних ознак метода цивільно-правового регулювання, витікаючи із змісту норм цивільного законодавства, передбачає для суб'єктів цивільного права широкі можливості здійснення їх суб'єктивних прав. Російський науковець В. В. Васильєв, досліджуючи сутність метода цивільно-правового регулювання в сучасних реаліях, обстоює тезу про те, що «диспозитивність слід розглядати як правову свободу розсуду, надану суб'єктам цивільного права у процесі здійснення ними цивільних прав і виконання обов'язків»². Щоправда, сам автор зазначає, що дана теза – «це лише фундаментальна ідея без її достатнього обґрунтування»³. У наведеному слухним бачимо вислів про «правову свободу розсуду», який згадуваний автор пов'язує з диспозитивністю – сутнісною ознакою метода цивільно-правового регулювання. У такому разі, зважаючи на висловлені В. В. Васильєвим думки, «правову свободу розсуду» слід віднести до особливостей метода цивільно-правового регулювання, що відображають його сутність, так само як і рівноправність суб'єктів цивільного права, диспозитивність правового впливу, особливий характер юридичних фактів і виникаючих на їх основі цивільних правовідносин⁴. Викликає питання лише змістова зв'язка («диспозитивність» – це «правова свобода розсуду»), з якої слідує

¹ Там само.

² Васильєв В. В. Сущность метода гражданско-правового регулирования в современных реалиях / Владимир Валерьевич Васильев // Юридическая наука. – 2012. – № 2. – С. 63.

³ Там само.

⁴ Васильєв В. В. Сущность метода гражданско-правового регулирования в современных реалиях / Владимир Валерьевич Васильев // Юридическая наука. – 2012. – № 2. – С. 61–65.

ототожнення зазначених категорій, що, на наш погляд, звужує зміст диспозитивності і не відображає дійсний зміст розсуду.

У зв'язку із щойно зазначеним, зміст поняття «розсуд», уведеного законодавцем у нормативну матерію ЦК України, спрямовує учасників цивільних відносин на позитивну поведінку, на можливість здійснення ними своїх суб'єктивних цивільних прав вільно, розсудливо, розумно, добросовісно. О. В. Дзера відмітив, що для цивільного права є характерним «надання приватним суб'єктам права вступати на власний розсуд у будь-які позитивні відносини, якщо це прямо не заборонено законом»¹. Очевидним є те, що розсуд учасників цивільних відносин безпосередньо не спричиняє виникнення, зміну чи припинення певних правових зв'язків. Вважаємо, що розсуд у цивільному праві постає як інструмент індивідуалізації загальної моделі поведінки, передбаченої нормами об'єктивного права, стосовно бажаних наслідків здійснення правомочною особою обраного нею суб'єктивного права². У такому сенсі розсуд пов'язаний із диспозитивністю в цивільному праві як її характерна ознака і як один із способів її вияву.

Міловська Н. В., науковий співробітник Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрНУ, кандидат юридичних наук, доцент

КАТЕГОРІЯ РИЗИКУ В ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ ЗІ СТРАХУВАННЯ

Будь-яка діяльність людини пов'язана з великою кількістю ризиків, які характеризуються можливістю їх настання, обсягом можливого збитку й особливостями керування цими ризиками.

¹ Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – 2-е вид., допов. і перероб. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – Кн. 1. – с. 28.

² Литовченко Л. А. Розсуд і суб'єктивне право: взаємозв'язок і співвідношення категорій / Людмила Анатоліївна Литовченко // Актуальні проблеми правоохоронної діяльності та юридичної науки: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (Дніпропетровськ, 19–20 вересня 2013 р.). – Дніпропетровськ, Дніпропетр. держ. ун-т внутр. справ, 2013. – 716 с. – С. 209.

Серед науковців немає однозначного тлумачення сутності ризику. Найбільш універсальним і структурованим за складовими ризику є його визначення як комбінації трьох елементів: певної події, її ймовірності та наслідків.

Саме в інституті страхування ризик набуває значення істотного і центрального елемента відповідних правовідносин. У силу виняткової значимості ризику для страхування, у свою чергу, договір страхування належить до числа алеаторних (ризикових) і ризик розглядається як основа такого договору, призначенням якого є усунення саме наслідків ризику.

Ризик визначає межі страхового захисту. За своїм змістом ризик є подією з негативними, особливо невігідними економічними наслідками, які можуть виникнути в майбутньому в будь-який момент у невідомих масштабах. Власне фактор ризику і необхідність покриття можливої шкоди в результаті його прояву викликають потребу в страхуванні.

Наявність страхового ризику визначає можливість укладання договору страхування і, отже, існування страхових правовідносин, які виникли на основі цього договору. Таким чином, в процесі укладання конкретного договору страхування з усіх його істотних умов вирішальним є досягнення сторонами згоди про страховий ризик. Ризик визначається для кожного страхового зобов'язання або законом, або договором на підставі правил страхування.

З погляду страховика, страховий ризик і об'єкт страхування є предметом договору страхування, а обсяг ризику визначає для нього, з одного боку, можливість прийняття того або іншого об'єкта на страхування і, з іншого – умови такого прийняття. Визначення обсягу ризику на стадії укладання договору страхування набуває настільки важливого значення, що зумовлює наявність законодавчо закріпленого обов'язку страхувальника при укладанні договору страхування повідомляти страховику про всі відомі йому обставини, що мають значення для оцінки страхового ризику, а також про всі укладені або ті, що укладаються, договори страхування стосовно цього об'єкта страхування.

Особливостями ризику у страхуванні є:

– ризик – це конкретне явище або сукупність явищ (подія чи декілька подій), на випадок яких проводиться страхування й які мають ознаки ймовірності та випадковості настання, а також виражають потенційну можливість виплати страхового відшкодування (страхової суми). Так, відповідно до ст. 8 Закону України «Про страхування» страховий ризик – це певна подія, на випадок якої проводиться страхування і яка має ознаки ймовірності та випадковості настання;

– ризик пов’язаний з конкретним об’єктом, щодо якого визначаються чинники ризику;

– ризик – це розподіл між страховиком і страхувальником негативних наслідків у страховому випадку. З урахуванням розміру збитків здійснюються розрахунки страхового відшкодування.

Загалом ризику класифікують на дві великі групи: страхові та нестрахові. Найбільш численну групу складають ризики, які можна застрахувати. Щоб встановити, чи є певний ризик страховим, застосовують такі критерії:

– ризик, що включається в розмір відповідальності страховика, має бути з високим рівнем ймовірності;

– ризик має виступати як випадковий, тобто небезпека не повинна бути відома. До страхових ризиків можуть належати як обставини, про які невідомо, настануть вони чи ні, так і обставини, настання яких неминуче, але невідомий момент їх настання. Коли настання страхового випадку є неможливим, то це є безперечною підставою неможливості виконання зобов’язання страховиком;

– настання страхового випадку, яке виражається в реалізації ризику, не повинно залежати від волевиявлення страховика або інших зацікавлених осіб;

– страхова подія не може мати розмірів катастрофічного лиха, тобто охоплювати масу об’єктів у межах величезної страхової сукупності, спричиняючи масові збитки.

Сукупність страхових ризиків складає обсяг страхової відповідальності за договором страхування, який виражається за допомогою страхової суми договору. Чим менша вірогідність ризику, тим легше й дешевше можна здійснити його страхування. Значна ймовірність ризику передбачає дорогий страховий захист.

Умовами здійснення будь-якого ризику є ризикові обставини. Усі вони, в єдності та взаємодії, визначають ситуацію ризику, що характеризує природний стан об’єкта страхування й оточення, в якому він знаходиться. Ризикові обставини дозволяють оцінити можливість настання певної події у майбутньому. Проте тільки одна або декілька ризикових обставин призводять до реалізації ризику, що означає настання страхового випадку.

Згідно зі ст. 8 Закону України «Про страхування» страховим випадком є подія, передбачена договором страхування або законодавством, яка відбулася і з настанням якої виникає обов’язок страховика здійснити виплату страхової суми (страхового відшкодування) страхувальнику,

застрахованій або іншій третій особі. Страховий випадок може мати місце щодо одного або безлічі об'єктів страхування в межах певної страхової сукупності.

Отже, страховий випадок є подією, яка вже наступила, здійснилася, а страховий ризик – це лише можливість або ймовірність настання певної події. Страховий ризик і страховий випадок співвідносяться не як загальне і окреме, а як узагальнена і конкретизована категорії. Настання страхового випадку, тобто реалізація страхового ризику, є єдиною підставою для виникнення обов'язку страховика здійснити страхову виплату.

Залежно від джерела небезпеки (походження) ризику класифікують на: – природні (об'єктивні) – зумовлені проявом стихійних сил природи. Природне походження ризиків характеризується цілковитою незалежністю причин їх виникнення від суб'єкта; – антропогенні (суб'єктивні) – виникають як наслідок діяльності людей¹.

За обсягом відповідальності страховика ризику поділяють на: – індивідуальні – характерні для окремих особливих предметів, таких як антикваріат, твори мистецтва тощо; – універсальні – входять до обсягу відповідальності страховика за більшістю договорів страхування.

Отже, поняття «страховий ризик» повинно вживатися саме для позначення небезпек і випадковостей, із настанням яких законодавство і правила страхування пов'язують здійснення страховиком відповідних страхових виплат. Крім цього, страховик зобов'язаний надати страхувальнику інформацію, що пояснює поняття й особливості страхового ризику для конкретних об'єктів і умов страхування.

Надьон В. В., доцент кафедри цивільного права №2 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, кандидат юридичних наук, доцент

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ПРАВОСУБ'ЄКТНОСТІ

Сутність людини як правової особистості проявляється в тому, що вона може бути суб'єктом передбачених законом прав та обов'язків. Законодавство встановлює умови, за наявності яких громадянин може

¹ Вовчак О. Д. Страхова справа: Підручник. – К.: Знання, 2009. – С. 213.

стати суб'єктом прав та обов'язків, наділяючи його здатністю мати права та обов'язки і здатністю своїми діями їх набувати, здійснювати і захищати.

Учасники цивільних правовідносин за наявності передбачених законом підстав (юридичних фактів) стають носіями прав та обов'язків. Однак перш ніж останні виникнуть, потрібно, щоб відповідні особи були здатні до участі в тих чи інших цивільних правовідносинах. Іншими словами, для володіння правами та обов'язками необхідно бути у відповідній мірі правосуб'єктним, мати юридичну здатність до участі в цивільних правовідносинах.

Інститут правосуб'єктності є одним з найважливіших у цивільному праві. О. С. Іоффе висловив думку про те, що «правосуб'єктність» – інститут цивільного права нарівні з договором, правом власності. Я. Р. Веберс зазначив, що в області цивільного законодавства інститут правосуб'єктності утворює не тільки норми, якими безпосередньо регламентується цивільна правоздатність та дієздатність громадянина, але також норми з окремих інститутів, що стосуються здатності громадянина бути суб'єктом у конкретних правовідносинах.

У міжнародних документах про права людини (ст. 6 Загальна декларація прав людини, ст. 16 Міжнародного пакту про громадські та політичні права) проголошується, що кожна людина, де б вона не перебувала, має право на визнання її правосуб'єктності. Конституція України (далі КУ) розвиває цю тезу продовжуючи, що всі громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом. Не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками. Іноземці та особи без громадянства, що перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки як і громадяни України, – за винятком, встановленими КУ, законами чи міжнародними договорами. В. М. Ігнатенко підкреслює, що загальна декларація не тільки закріплює вимогу про визнання правосуб'єктності людини як члена людської сім'ї, а й наповнює її конкретним змістом, фіксуючи певний стандарт цивільних прав, які мають забезпечуватись державами, що входять до ООН.

Термін «правосуб'єктність» використовується в теорії права для характеристики особи як суб'єкта права. За словами Б. М. Мезріна ви-

знання особи суб'єктом цивільного права означає наділення її цивільною правосуб'єктністю. Виникнення, зміна і припинення правосуб'єктності пов'язується законодавцем з фактами безпосереднього життя, оскільки їм приділяється вказане правове значення. Цивільний кодекс України (далі ЦК України) на жаль не містить чіткого визначення правосуб'єктності, незважаючи на те, що правосуб'єктність, як вже було зазначено раніше є одним з найважливіших інститутів у цивільному праві.

Під *правосуб'єктністю* у цивільному праві прийнято розуміти здатність особи бути учасником цивільних правовідносин. Н. С. Малєїн підкреслював, що мати правосуб'єктність – означає бути суб'єктом права.

Аналіз законодавства та практики дає можливість виділити три основні моделі правосуб'єктності: 1) загальну; 2) спеціальну; 3) універсальну.

Загальна правосуб'єктність – це здатність осіб приватного права (фізичних та юридичних осіб) бути учасниками цивільних правовідносин. Загальна правосуб'єктність характерна для фізичних осіб (що досягли 18-ти років, та осіб, які досягли 16-ти років і працюють за трудовим договором, а також неповнолітньої особи (з 16 років), записаною матір'ю або батьком дитини (ч. 1 ст. 35 ЦК України), тобто в даному випадку фізична особа – це учасник цивільних правовідносин, носій прав і обов'язків.

Спеціальна правосуб'єктність – це здатність певних осіб відповідно до закону бути учасниками цивільних правовідносин. Спеціальна правосуб'єктність властива певним видам юридичних осіб; суб'єктам по галузевій приналежності (наприклад, трудова правосуб'єктність), а також характерна для учасників публічного права (ч. 2 ст. 2 ЦК України). Так, наприклад, підприємницькі товариства, які займаються виключними видами підприємницької діяльності (наприклад, страховою, банківською, туристичною) не можуть займатися жодними іншими видами діяльності, тобто вони наділені спеціальною правосуб'єктністю. З приводу фермерського господарства М. О. Гузеват робить висновок, що воно наділене саме спеціальною правосуб'єктністю, і з цим слід погодитись, відповідно до ЗУ «Про фермерське господарство». Корпоративні інвестиційні фонди також наділені спеціальною правосуб'єктністю (відповідно до ст. 7 ЗУ «Про інститути спільного інвестування»).

З вище викладеного, можна стверджувати, що спеціальна правосуб'єктність прямо визначена в законі.

Універсальна правосуб'єктність застосовується до всіх учасників цивільних правовідносин. Наприклад, ч. 1 ст. 26 КУ встановлює, що

іноземці та особи без громадянства, що перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими ж правами та обов'язками, як і громадяни України.

У свою чергу, деякі вчені, абсолютно обгрунтовано приділяють увагу і галузевій правосуб'єктності, як окремому елементу правосуб'єктності, тобто визнання особи потенційним суб'єктом прав і обов'язків, що встановлюються нормами певної галузі права. Яковлев В. Ф. зазначав, що оскільки правосуб'єктність – явище правове, то коріння її особливостей по окремих галузям права слід шукати в матеріальних відносинах, що опосередковуються тієї чи іншої галуззю. Безперечно також і те, що галузева правосуб'єктність у своїх специфічних рисах відображає особливості галузевого методу регулювання, бо останній являє собою спосіб впливу галузі права на поведінку людей, організацію правових зв'язків учасників регульованих відносин, у тому числі і спосіб конструювання спільного, вихідного положення суб'єктів даної галузі права.

Кожна галузь визначає коло суб'єктів і за допомогою правосуб'єктності вказує на те, якими правами та обов'язками вони можуть володіти і якою поведінкою викликати до життя ці права та обов'язки, тобто яка поведінка суб'єктів є юридично значущою.

Надаючи належне значення галузевої правосуб'єктності, слід водночас враховувати виникнення та існування так званих «комплексних», «змішаних» інститутів права. Вони є результатом регламентації певного суспільного ставлення нормами різних галузей права. Автори, які виділяють комплексні інститути відзначають, що питання з приводу комплексних інститутів особливо актуально для цивільного права, оскільки регульовані їм відносини, зокрема майнові, одночасно можуть бути предметом регламентації нормами інших галузей права.

Я. Р. Веберс зазначав, що з точки зору правосуб'єктності комплексний інститут набуває теоретичне і практичне значення саме як інститут, що поєднує в собі норми різних галузей права, причому норми, що стосуються саме регламентації здатності осіб бути суб'єктами прав і обов'язків (тобто коли комплексний інститут розглядається як спільний інститут декількох галузей права). Якби комплексний інститут був інститутом виключно якої-небудь однієї галузі права, то правосуб'єктність в цілому була б врегульована нормами цієї галузі. Проблема правосуб'єктності у зв'язку з комплексними інститутами права виникає саме в тому випадку, коли особа одночасно виступає як суб'єкт одного й того ж суспіль-

ного відношення, врегульованого нормами різних галузей права, тобто коли за висловом С. С. Алексєєва, можна говорити про поєднання «різногалузевої правосуб'єктності» і вона стосується одних і тих саме осіб у межах даного конкретного відношення. Наприклад, договірні відносини в трудовому праві розглядаються в сукупності нормами цивільного та трудового права; земельні правовідносини розглядаються в сукупності нормами цивільного та земельного права; господарські правовідносини нормами цивільного та господарського права і т.д.

У комплексному інституті відбувається якби поєднання різної галузевої правосуб'єктності, оскільки суб'єктний склад певного конкретного правовідношення регулюється і визначається нормами різних галузей права.

На нашу думку, галузева правосуб'єктність (у тому числі і комплексна правосуб'єктність) повинна розглядатись спеціальною правосуб'єктністю.

Пленюк М. Д., старший науковий співробітник Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, кандидат юридичних наук

ОБ'ЄКТИ БУДІВНИЦТВА ЯК ВЛАСНІСТЬ ПІДРЯДНИКА ЗА ДОГОВОРОМ БУДІВЕЛЬНОГО ПІДРЯДУ

В цивілістичній науці загальноновизнаним є те, що власність – це відносини між людьми з приводу привласнення матеріальних благ, встановлення над ними влади та приналежності їх конкретній особі. Сьогодні коли вже очевидними є досягнення Цивільного кодексу України, роблячи певний аналіз доцільності окремих його норм ми усвідомлюємо усю далекоглядність розробників ЦК України. Більше того, можемо стверджувати, що свого часу, як зазначає Р. О. Стефанчук пройшовши всі «кола законодавчого пекла» прийняття окремих норм було просто необхідними.

Проте не всі норми ЦК України є такими, що пройшли перевірку часом і заслуговують на увагу. На жаль, як зауважує В. В. Луць, на сьогодні доводиться констатувати, що деякі зміни обумовлені логікою законодавчого регулювання певних договірних відносин, скоріше відо-

бражають інтереси окремих бізнесових кіл. Таким змінами, на нашу думку, є зміни до ст. 876 ЦК України, які були внесені Законом України від 15 грудня 2005 року № 3201-IV, а саме власником об'єкта будівництва або результату інших будівельних робіт є замовник, якщо інше не передбачено договором. Нагадаємо, що за початковою редакцією ст. 876 ЦК України власником об'єкта будівництва або результату інших будівельних робіт до здачі їх замовникові вважався підрядник.

Для того щоб кваліфіковано провести аналіз зазначеної проблеми та обґрунтовано надати відповідь на питання чи може індивід привласнювати результати своєї праці та хто все ж таки є власником об'єкта будівництва, насамперед слід з'ясувати, що насправді розуміється під власністю як правовою та економічною категорією.

За договором будівельного підряду право власності виникає стосовно об'єкта будівництва. Поняття «об'єкт будівництва» використовується в документації будівельної сфери, де під «об'єктом будівництва» розуміється окремих будинок або споруду (з усім устаткуванням, яке до них відноситься, інструментом і реманентом, галереями, естакадами, внутрішніми інженерними мережами водопостачання каналізації, газопроводу, теплопроводу, електропостачання, радіофікації, підсобними і допоміжними надвірними будівлями, благоустроєм та іншими роботами і витратами), на будівництво, реконструкцію яких повинні бути складені окремо проект і кошторис. Серед норм ЦК України ми не знаходимо прямого визначення об'єкта будівництва, проте самим поняття ЦК України оперує, зокрема в: ч. 1 ст. 875, ст. 876, ст. 881, ст. 331, ст. 350, ст. 351 ЦК України. Зауважимо, що використовуються такі терміни й у інших нормативно-правових актах, зокрема в Законі України «Про основи містобудування». Аналізуючи поняття «об'єкти будівництва» О. Ю. Тичкова, зазначила, що об'єкт будівництва в приватноправовому розумінні являє собою нерухому річ в процесі її виникнення. Саме тому, терміни «об'єкт будівництва», «нерухомість», «нерухоме майно», «об'єкт нерухомого майна», на нашу думку, у приватноправовому полі є поняттями тотожними, в основі яких лежить розуміння нерухомих речей, відповідно до ч. 1 ст. 181 ЦК України.

Питання визначення права власності замовника на об'єкти будівництва врегульовано законодавцем диспозитивно, оскільки в дефініції статті 876 ЦК України зазначено, що власником об'єкта будівництва або результату інших будівельних робіт є замовник, якщо інше не передба-

чено договором. Проте дана норма статті дещо суперечить ч. 1 ст. 331 ЦК України, в якій право власності на нову річ, яка виготовлена (створена) особою, набувається нею, якщо інше не встановлено договором або законом. Далі закон уточнює вищезазначену норму вказівкою про те, що особа, яка виготовила (створила) річ зі своїх матеріалів на підставі договору, є власником цієї речі. Судячи з даних норм можемо припустити, що власність на новостворену річ залежить від того, кому належить базовий матеріал, в нашому випадку – підряднику чи замовнику. Більше того як нам видається саме на цьому й базується правило статті 842 ЦК про ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження матеріалу. Так, відповідно до ч. 1 ст. 842 ЦК України, ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження (псування) матеріалу до настання строку здачі підрядником визначеної договором підряду роботи несе сторона, яка надала матеріал, а після настання цього строку – сторона, яка пропустила строк, якщо інше не встановлено договором або законом.

Виникнення у особи права власності можливе в разі наявності певного юридичного факту, який відповідно слугує юридичною підставою визнання такої особи власником. Так відповідно до ст. 328 ЦК України, право власності набувається за підставами, не забороненими законом, і вважається набутим правомірно, якщо інше право не впливає із закону або незаконність набуття права власності не встановлена судом.

Майно яке створюється не одразу, потребує певного часу для його виготовлення. Саме тому ЦК України, визначає три моменти виникнення права власності на об'єкти будівництва, а саме: 1) момент завершення будівництва; 2) момент прийняття до експлуатації, якщо він прямо передбачений законодавством; 3) момент державної реєстрації. Так на думку М. С. Біленко, визначення моменту завершення будівництва є вагомим елементом для визнання права власності, тому в ЦК України передбачені певні можливості для встановлення такого моменту як прийняття нерухомого майна до експлуатації.

Питання щодо визнання права власності на об'єкти будівництва виникають при завершенні самого будівництва. Воно й зрозуміло адже до завершення будівництва все майно визнається як матеріали для будівництва, і право власності поширюється не на будову як таку, а на її складові частини – цеглу, дах, бетон тощо. Тому цілком доцільним видається запитання чи можна вважати замовника власником об'єкта

будівництва, який у процесі виконання будівельних робіт постійно змінюється, внаслідок використання підрядником матеріалів, обладнання, робочої сили тощо.

Так, відповідно до ч. 2 ст. 331 ЦК України право власності на новостворене нерухоме майно (житлові будинки, будівлі, споруди тощо) виникає з моменту завершення будівництва (створення майна). Якщо договором або законом передбачено прийняття нерухомого майна до експлуатації, право власності виникає з моменту його прийняття до експлуатації. У разі якщо право власності на нерухоме майно відповідно до закону підлягає державній реєстрації, право власності виникає з моменту державної реєстрації.

Аналізуючи наведені правові норми, на нашу думку, слід взяти до уваги й те, що нормами ЦК України передбачено, що майном як особливим об'єктом вважається річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки. Майнові права є неспожитою річчю та визнаються речовими правами, більше того майнові права здатні виступати об'єктами цивільних правовідносин. Так, на думку В. М. Коссака, речовим визнається право, за яким його володілець впливає на річ, здійснюючи своє право, не вдаючись до сприяння інших осіб. Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» пов'язує момент виникнення права власності з державною реєстрацією речових прав, які виникли на підставі договору.

Звідси робимо висновок, що майнове право виникає на підставі договору будівельного підряду як юридичного факту, а підставою переходу майнових (речових) прав на нерухоме майно і виникнення права власності є юридичний склад, а саме вчинення нотаріально посвідченого правочину та реєстрація прав на рухоме майно в установленому законодавством порядку.

Отже з самої правової природи договору будівельного підряду випливає, що власником новоствореної речі до передання її замовникові, за загальним правилом, визнається саме підрядник, тому пропонуємо норму ч. 1 ст. 876 ЦК України викласти у попередній редакції, а саме: «Власником об'єкта будівництва або результату інших будівельних робіт до їх здачі замовникові є підрядник». Крім того враховуючи правову природу майнових прав пропонуємо доповнити ст. 876 ЦК України частиною 2 та викласти в такій редакції: «Власником майнових прав, які виникли на підставі договору будівельного підряду є замовник».

Пучковська І.Й., доцент кафедри цивільного права №1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, кандидат юридичних наук, доцент

ДЖЕРЕЛО ВИКОНАННЯ ПОРУШЕНОГО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ – СУТНІСНА ОЗНАКА ЗАБЕЗПЕЧЕНЬ

Види забезпечення виконання зобов'язання на відміну від інших способів захисту прав кредитора у договірному зобов'язанні здійснюють захист завдяки спеціально створеному для цього джерелу. Назвемо останнє джерелом виконання порушеного зобов'язання, оскільки зміст захисту при реалізації видів забезпечення виконання зобов'язання зводиться до надання кредитору виконання зобов'язання, порушеного боржником.

Отже захист порушених прав кредитора завдяки реалізації видів забезпечення виконання зобов'язань є особливим. Лише види забезпечення виконання зобов'язань, здійснюючи захист прав кредитора при порушенні боржником договору, здатні надати кредитору виконання порушеного зобов'язання в повному обсязі. Саме «надання виконання» виражає сутність видів забезпечення виконання зобов'язань й дозволяє виділити їх серед інших способів захисту прав кредитора, що застосовуються у договірних зобов'язаннях. Наявність джерела виконання порушеного зобов'язання виступає «лакмусовим папірцем», визначальною ознакою видів забезпечення виконання зобов'язань. Саме це відокремлює їх від мір цивільно-правової відповідальності та мір оперативного впливу, як мір найбільш близьких до забезпечень за призначенням.

В зв'язку з останнім прийшов час відмовитися від запровадженого О.С. Іоффе поділу видів забезпечення виконання зобов'язань на такі, які є мірами цивільно-правової відповідальності: неустойка і завдаток; та такі, що не являються ними: застава, порука гарантія¹. Види забезпечення виконання зобов'язання та міри відповідальності – це самостійні способи захисту прав кредитора, які пропонується розрізняти з огляду на наявність чи відсутність джерела виконання порушеного зобов'язання, за рахунок якого здійснюється захист кредитора.

¹ Іоффе О.С. Обязательственное право. М., «Юрид. лит.», 1975. – С. 157.

Лише інститут видів забезпечення виконання зобов'язання «гарантує» кредитору виконання договору: як належне, здійснюючи стимулюючий вплив на боржника, або, що значно наглядніше, – в порядку захисту порушених прав за рахунок спеціально створеного з цією метою джерела виконання порушеного зобов'язання.

Джерело виконання порушеного зобов'язання створюється в інтересах кредитора для захисту останнього на випадок можливого порушення боржником свого обов'язку за договором. Таке джерело може складатися як 1) певне майно, так і 2) обов'язок третьої особи (що не є стороною забезпеченого зобов'язання) виконати зобов'язання у разі його порушення боржником. Відповідно, якщо джерелом виконання порушеного зобов'язання виступає певне майно, то реалізація кредитором даного забезпечення представляє собою право останнього отримати задоволення шляхом звернення стягнення на це майно, продажу, переходу останньому права власності тощо. Якщо ж джерело виконання порушеного зобов'язання складає обов'язок поручителя чи гаранта виконати порушене боржником зобов'язання, то реалізація даного забезпечення означає право кредитора вимагати виконання поручителем чи гарантом свого обов'язку за договором поруки чи за гарантією.

Наявність даного джерела дозволяє кредитору захистити свої права в найбільш бажаний для нього спосіб – шляхом одержання виконання за порушеним зобов'язанням. Як бачиться саме ця властивість забезпечень і пояснює їх існування з часів римського права і до сьогодення в майже незмінному вигляді. В зв'язку з останнім не можемо погодитися з думкою Н. Ю. Рассказової, що будь-який кредитор заінтересований у встановленні забезпечення виконання зобов'язання боржником, що цілком природно, оскільки забезпечення зобов'язання в значній мірі (певні види забезпечень – до 100%) знімає ризик невиконання зобов'язання і пов'язані з цим витрати кредитора¹. Як бачиться мова йде про підміну понять. Забезпечення не можуть, як і будь-які інші правові міри стовідсотково гарантувати, що зобов'язання не буде порушене боржником, оскільки це в принципі неможливо. Вони гарантують, що захист у разі порушення буде здійснено шляхом надання кредитору виконання за порушеним зобов'язанням, що реально є можливим за рахунок створеного з цією метою джерела виконання порушеного зобов'язання.

¹ Рассказова Н. Ю. Банковская гарантия по российскому законодательству. – М.: Статут, 2005. – С. 116.

Отже встановлення забезпечення означає, що на вимогу кредитора боржником¹ або за рахунок боржника² створюється певне джерело, яке буде задіяне кредитором з метою захисту прав у разі порушення боржником забезпеченого договору. Дане джерело створюється у розмірі, достатньому для 1) виконання забезпеченого зобов'язання в повному обсязі, і крім того в якості загального правила, за рахунок цього джерела законодавець передбачає можливість 2) притягнення боржника як порушника до цивільно-правової відповідальності шляхом стягнення неустойки та відшкодування збитків, викликаних порушенням зобов'язання, що означає задоволення інтересів кредитора в повному обсязі.

Джерелу виконання порушеного зобов'язання властивий грошовий характер, що, пояснюється грошовою природою забезпеченого зобов'язання.

Розгон О. В., доцент кафедри цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна, кандидат юридичних наук, доцент

СПІВВІДНОШЕННЯ МІЖ ДОГОВОРОМ МІНИ ЖИТЛА, ДОГОВОРОМ КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ ЖИТЛА ТА ОБМІНОМ ЖИТЛА

Через свою неоднозначність проблема обміну житла спричинює полеміку серед вчених та практиків. Саме тому обмін житлової нерухомості набуває особливого значення в ситуації, що утворилася. Проте криза законодавчої системи України у цілому не могла не торкнутися і житлового законодавства.

¹ При заставі боржник передає кредитору належне йому майно, щодо якого у кредитора виникає право застави. При притриманні кредитор задовольняє свої вимоги за рахунок притриманого ним майна боржника.

² В результаті виконання пред'явленої регресної вимоги поручителем, гарантом чи майновим поручителем, який виконав свій обов'язок перед кредитором, захист прав останнього завдяки реалізації забезпечення здійснюється в решті решт за рахунок боржника.

Аналіз співвідношення між договором міни, договором купівлі-продажу та обміном житла дозволив зробити висновок про наявність низки відмінностей між ними.

Предмет договору міни житла — це окремі об'єкти житлового фонду, що мають бути визначені в договорі. Предметом обміну житла може бути тільки житло (жиле приміщення). Найбільш важливою ознакою, що відрізняє договір міни від договору купівлі-продажу, є те, що за договором купівлі-продажу за майно продавцеві сплачується відповідна вартість майна тільки в грошовому вираженні. При укладанні ж договору міни обидва об'єкти договору міни підлягають адекватній оцінці з боку продавців і покупців, при цьому їхня вартість при укладанні договору не обов'язково повинна бути рівноцінною. Найчастіше предметом договору міни є дві речі. Але ч. 5 ст. 715 ЦК України вказує, що договором може бути встановлений обмін майна на роботи (послуги). Отже, є припущенням міна житла на послугу (роботу).

Договір міни з обміном майна на роботи (послуги) — це договір, в якому містяться елементи різних договорів, а саме: міни (правова мета — перехід майна у власність) з одного боку, та договору, правовою метою якого є надання послуг чи виконання робіт — з другого боку.

За своєю сутністю договір міни житла з грошовою доплатою є змішаним. Адже в договорі міни маємо два зобов'язання сторони: передати річ і одночасно певну грошову суму. Зауважимо, що грошова доплата у договорі міни розглядається як виключення з загального правила. Якщо в договорі міни речі є нееквівалентними за вартістю, а доплата не передбачена, то в цьому випадку має місце інший змішаний договір, в якому елементи договору міни поєднуються з елементами договору дарування, що також не заборонено законодавством.

Передумовою для застосування переважного права купівлі при укладанні договору міни є використання у параграфі 6 глави 54 ЦК України термінів «покупець», «продавець» (ч. 2 ст. 715 ЦК України) та фрази «до договору міни застосовуються загальні положення про купівлю-продаж» (ст. 716 ЦК України). Право переважної купівлі застосовується при укладанні договорів купівлі-продажу.

При цьому з виділенням учаснику спільної часткової власності його частки в натурі спільна власність припиняється, і решта учасників спільної часткової власності втрачає право переважної купівлі цієї частки.

Тому свій правовий інтерес — отримати певну суму грошей — продавець однаково може задовольнити, отримавши ці гроші як від учасника часткової власності, так і від будь-якої іншої особи (адже гроші визначаються родовими ознаками: номіналом, загальною сумою). Головне для продавця в самому акті купівлі-продажу – щоб сума грошей, яку він отримав від покупця, відповідала ціні договору. Цього не можна сказати про міну, де замість житла набувається у власність інша, індивідуально визначена річ, отримання якої визначається волевиявленням продавця. Отже, учасник часткової власності не може задовольнити інтерес продавця так само, як особа, що не є учасником часткової власності. Адже майно, що складає інтерес продавця в договорі міни, може бути у власності певної особи, що не є учасником часткової власності. Переважна купівля в договорі купівлі-продажу є можливою тому, що продавець у будь-якому разі отримує саме ту грошову суму, що він зміг би отримати й від покупця, який не є учасником спільної часткової власності. Через індивідуальну визначеність речі, що є зустрічним наданням в міни, право переважної купівлі на цей договір не розповсюджується.

Особливістю договору міни є й те, що кожний з його учасників вважається продавцем майна, яке він передає, і покупцем майна, яке він набуває. Що ж стосується обміну житла (жилого приміщення), то тут жодний з його учасників не є продавцем, оскільки він не передає іншій особі право власності, а здебільшого в межах зобов'язальних житлових правовідносин здійснює поступку правом та переведення боргу на користь свого контрагента. Отже, йдеться про подібні зовні, але різні за сутністю інститути вітчизняного законодавства, оскільки обмін житлом має місце у сфері цивільних і житлових правовідносин, тоді як договір міни застосовується лише у цивільних відносинах.

Форма договору. До договору міни застосовуються загальні положення про купівлю-продаж, положення про договір поставки, договір контракції або інші договори, елементи яких містяться в договорі міни, якщо це не суперечить суті зобов'язання. Зазначимо, що коли об'єкти житлового фонду, що обмінюються, знаходяться в різних населених пунктах, нотаріальне посвідчення договору може бути здійснено в будь-якому з них на вибір сторін.

Основною проблемою інституту обміну житла в Україні є недостатня правова база, яка б регулювала ці правовідносини. Правові колізії

в чинному законодавстві досить суттєві, і вони потребують негайного усунення. Так, наприклад, існують суперечності між ЦК України та ЖК України, який був прийнятий ще за радянських часів, у 1983 році. ЦК України регулює відносини при укладанні договорів міни та купівлі-продажу, а ось про обмін у ЦК України не йдеться. Обмін регулюється ЖК України. Тому прийняття нового ЖК України вкрай необхідно для усунення суперечностей у цивільному та житловому законодавстві.

Спільними рисами міни і купівлі-продажу є питання про форму та умови договору міни; про права, обов'язки (за винятком грошової оплати) і відповідальність сторін, а також питання щодо ризику випадкової загибелі або псування майна.

Сутністю договору міни нерухомості є купівля та продаж такої нерухомості сторонами правочину. Частина 4 ст. 715 ЦК України передбачає, що право власності у сторін договору міни виникає одночасно після виконання зобов'язань з передання майна обома сторонами, якщо інше не передбачено законом, іншими правовими актами або договором.

Міна житла є різновидом отримання житла у власність, а обмін житловими приміщеннями сприяє здійсненню права на житло шляхом отримання його у користування. Як міна, так і обмін передбачають зміну права на об'єкти житлового фонду. Але в першому випадку це зміна права власності; а в другому — права на користування житлом.

Відмінність договору міни житла від обміну житлом полягає в тому, що договір міни (бартеру) — це договір, за яким кожна зі сторін зобов'язується передати у власність іншій стороні визначене майно й прийняти від неї інше майно. Натомість при обміні житла має місце не передача права власності, а взаємна поступка правами й обов'язками учасників житлових правовідносин.

Під обміном житла розуміється правочин наймачів про взаємну передачу прав і обов'язків за договорами житлового найму. Тобто відмінність міни житла від обміну житловими приміщеннями полягає в тому, що в першому випадку договір фіксує перехід права власності, а в другому відбувається перехід права користування між наймачами житлового приміщення. Отже, є підстави говорити про два самостійні види житлових договірних правовідносин: міну житла та обмін житловими приміщеннями. Конститутивною відмінністю є те, що при міні житла здійснюється перехід права власності, а при обміні житловими приміщеннями перехід права власності не відбувається.

Селиванова Е. С., доцент кафедры гражданского права Южного федерального университета, кандидат юридических наук, доцент

ПОНЯТИЕ И ОСНОВАНИЯ ВОЗНИКНОВЕНИЯ ДОГОВОРНОГО ЖИЛИЩНОГО ПРАВООТНОШЕНИЯ

Проблема сущности правоотношения и оснований его возникновения плодотворно исследовалась многими учеными, в том числе С. С. Алексеевым, О. С. Иоффе, О. А. Красавчиковым, С. Ф. Кечекьяном, В. А. Тарховым, Ю. К. Толстым, Р. О. Халфиной и др.

Р. О. Халфина рассматривает правоотношение как единство правовой формы и материального содержания. Она включает в структуру правоотношения в качестве элементов и реальное поведение участников правоотношения, и их права и обязанности¹. Ю. К. Толстой говорит о правоотношении как об идеологическом отношении, при посредстве которого (через которое) норма права воздействует на фактическое общественное отношение². С. А. Зинченко, Д. Ю. Шапсугов определяют правоотношение как правовой вид (форму) общественных отношений, который они приобретают при регулировании нормами права, где участники наделены правами и обязанностями³. В. А. Тархов обосновывает точку зрения, что правовое отношение – это идеологическое отношение, форма регулируемого правом общественного отношения⁴. Матузов Н. И., Малько А. В. определяют правовые отношения как общественные отношения, урегулированные правом. Правоотношения – следствие действия права как социального и государственного института⁵.

Большинство авторов, таким образом, признает, что правоотношение является результатом (правовым видом, формой) общественного отношения, который оно приобретает при воздействии на него норм объек-

¹ Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. М.: Юридическая литература, 1974. – С. 211.

² Толстой Ю. К. К теории правоотношения. – Л: Изд-во Ленинградского университета, 1959. – С. 20, 64.

³ Зинченко С. А., Шапсугов Д. Ю. Правоотношение и динамика его элементов. Северо-Кавказский юридический вестник. 1998. № 1. С. 16.

⁴ Тархов В. А. Гражданское правоотношение. Монография. – Уфа, 1993. С. 8–14.

⁵ Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права: Учебник – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юрист, 2009. С. 384–385.

тивного права. Следовательно, жилищное правоотношение – это правовая форма общественного жилищного отношения, которую оно приобретает при воздействии на него норм объективного права.

Несмотря на то, что в п. 1 ст. 1 ЖК РФ жилищные отношения определены как отношения, урегулированные жилищным законодательством, а в п. 1 ст. 4 ЖК РФ дан перечень жилищных отношений, рано ставить точку в дискуссии о понятии и правовой природе жилищных отношений.

Анализ положений ЖК РФ позволяет прийти к выводу, что жилищными являются отношения, перечисленные в п. 1 ст. 4 ЖК РФ и урегулированные жилищным законодательством. Необходимо обратить внимание на то, что в отличие от п./п. 1 п. 1 ст. 4 ЖК РФ п. 1 ст. 1 ЖК РФ к жилищным отношениям относит отношения по владению, пользованию и распоряжению жилыми помещениями.

Согласно п. «к» части 1 статьи 72 Конституции РФ жилищное законодательство относится к совместному ведению Российской Федерации и субъектов Российской Федерации. Структура жилищного законодательства определена в ст. 5 ЖК РФ. В качестве ее структурного элемента ЖК РФ не называет Гражданский кодекс Российской Федерации.

В Постановлении Пленума Верховного Суда РФ разъяснено, что гражданское законодательство, в отличие от жилищного законодательства регулирует отношения, связанные с владением, пользованием и распоряжением жилым помещением как объектом экономического оборота (например, сделки с жилыми помещениями, включая передачу в коммерческий наем жилых помещений)¹.

ЖК РФ не содержит определения категории жилищные отношения и не называет их признаков, не раскрывает *их существо*. Он ограничивается их перечислением.

Недопонимание существа жилищных отношений вносит неопределенность в определение природы жилищного права и жилищного законодательства, их места в системе права и системе законодательства Российской Федерации, а также роли, концепции, структуры головного акта жилищного законодательства – Жилищного кодекса РФ в системе жилищного законодательства и законодательства РФ.

¹ П. 4 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 02.07.2009 г. № 14 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при применении Жилищного кодекса Российской Федерации». Система КонсультантПлюс: Версия проф. Дата обращения 29.05.2013 г.

Для определения понятия любого явления следует исходить из его сущности.

Жилищные отношения – это материальные, экономические отношения, возникающие по поводу такого специфического вида имущества, как жилое помещение. В то же время, не все отношения, складывающиеся по поводу жилых помещений, являются жилищными, например, как не все имущественные отношения являются гражданско-правовыми.

Словосочетание «жилищные правоотношения» появилось в советской юридической литературе при характеристике отношений, возникавших на основании договора найма жилого помещения. Определение понятия «жилищные правоотношения» было вызвано необходимостью обосновать самостоятельность данных правоотношений и их отличие от правоотношений, возникавших на основании договора имущественного найма.

Жилищные отношения являются имущественными, так как их объектом выступает жилое помещение (специфический вид имущества).

Специфика жилищных отношений состоит также и в том, что неизменным их участником выступает гражданин – не собственник жилого помещения, который не может реализовать свои права без участия иных лиц.

Пользуясь принадлежащим ему жилым помещением, собственник не находится в жилищных отношениях, поскольку возможность пользования принадлежащим ему имуществом является составляющей правомочий собственника и не нуждается в действиях третьих лиц.

Характеризуя жилищные отношения, Ю. Г. Басин писал, что по своей экономической сути эти отношения связаны с удовлетворением жилищных потребностей, с использованием жилых помещений по их потребительскому назначению.¹

Говоря языком экономистов, это особый вид потребления такого материального блага как жилье. Следовательно, делает вывод И. С. Вишневская, жилищное отношение может возникнуть и существовать когда у конкретного гражданина возникло и существует право на конкретное жилое помещение.²

Автор полагает, что система жилищных отношений (ст. 4 ЖК РФ) и оснований их возникновения (ст. 10 ЖК РФ) построена нелогично от-

¹ Басин Ю. Г. Вопросы советского жилищного права. Алма-Ата. 1963 г. С. 17, 97.

² Вишневская И. С., Селиванова Е. С. Жилищное право. Ростов-на-Дону, 2007. С. 11.

носителем друг друга, что приводит к несогласованному развитию законодательства, регулирующего отношения, формально не включенные в число жилищных, но являющиеся таковыми по сути.¹

По нашему мнению, жилищные отношения – это отношения по пользованию гражданином – не собственником жилым помещением, в процессе которого удовлетворяется его потребность в жилье.

Жилищные правоотношения, которые не следует отождествлять с жилищными отношениями, – это правовая форма общественного жилищного отношения, которую оно приобретает при воздействии на него норм объективного права. Субъективное право пользования жилым помещением является важнейшим элементом жилищного правоотношения. Ради его реализации субъекты и вступают в жилищное правоотношение.

Жилищные правоотношения могут быть обязательственными, например возникающими на основании договора найма жилого помещения или договора безвозмездного пользования жилым помещением. Их основанием могут также являться и такие юридические факты, как вселение в жилое помещение в качестве члена семьи собственника жилого помещения, пользование жилым помещением на основании договора пожизненного содержания с иждивением, завещательного отказа, членство в ЖК и ЖСК. Представляется, что жилищные правоотношения могут быть не только обязательственными, но и иметь вещную природу, например, правоотношения по пользованию жилым помещением, возникающие на основании завещательного отказа.

Представляется, что именно жилищные отношения по пользованию чужим жилым помещением гражданином являются уникальными, обладающими как особой правовой, так и социальной спецификой, не позволяющей распространить на них в полном объеме весь массив гражданско-правовых норм, регулирующих отношения по поводу такого материального объекта как жилое помещение. Это вызывает необходимость их более детального регулирования именно специальными нормами, которые в РФ, в основном, содержатся в Жилищном Кодексе. Остальные отношения, урегулированные в ЖК РФ, имеют свою прописку в других отраслях и институтах права, например, в нормах о праве собственности, общей собственности, о юридических лицах и др.

Представляется, что для гармонизации жилищного законодательства с иными отраслями законодательства, обеспечения стабильной и опре-

¹ Тарасова А. Е. Жилищное право как частно-публичная отрасль права // Жилищное право. 2011, № 3. КонсультантПлюс из информационного банка «Юридическая пресса». Дата обращения 29.05. 2013 г.

деленной структуры жилищного законодательства наряду с термином жилищные отношения следует ввести в правовой лексикон термин отношения, регулируемые жилищным законодательством не отождествляя их с жилищными отношениями, назвав так статью 4 ЖК РФ.

Договор как юридический факт может быть самостоятельным для движения гражданского правоотношения, но может и не иметь такого значения. Это вызвано тем, что движение правоотношения в ряде случаев имеет в качестве своего основания не отдельный юридический факт, а определенную совокупность юридических фактов – юридический состав¹. Договор найма жилого помещения как правообразующий юридический факт не всегда является достаточным основанием для возникновения жилищного правоотношения. Классическим примером этому может служить порядок возникновения наемного жилищного правоотношения в фонде социального использования.

Для возникновения договорного жилищного правоотношения в фонде социального использования заключение только договора социального найма жилого помещения недостаточно. Это вызвано тем, что жилищное правоотношение в данном жилищном фонде формируется под воздействием не только гражданско-правовых, но и административно – правовых факторов. Вопрос о соотношении ордера и договора найма жилого помещения в течение длительного времени оставался спорным в юридической литературе.

В соответствии с п. 4 ст. 57 ЖК РФ основанием для заключения договора социального найма жилого помещения служит решение о предоставлении жилого помещения, принятое с соблюдением требований ЖК РФ.

Если договор социального найма жилого помещения в основе своей имеет сложный юридический состав, то договор коммерческого найма жилого помещения является единственным основанием возникновения наемного жилищного правоотношения. Лицу, желающему стать нанимателем, достаточно заключить договор найма жилого помещения с собственником или уполномоченным им лицом, чтобы субъективное право пользования жилой площадью возникло (ст. 671 ГК РФ). Жилищное правоотношение в данном случае возникает под воздействием только гражданско-правовых факторов, ему не должна, т.е. не обязана, но может предшествовать административно-правовая деятельность, как это требуется для заключения договора социального найма (принятие на учет,

¹ Теория государства и права/ Под ред. В. К. Бабаева. – М.: Юристь, 1999. – С. 67.

вынесение решения компетентного органа о предоставлении жилого помещения).

Ранее нами была высказана точка зрения, что в современных социально-экономических условиях основным способом удовлетворения потребности граждан России в жилье становится пользование ими чужим жилым помещением, как правило, на основании договора найма жилого помещения. Было предложено пересмотреть роль договора найма в решении жилищной проблемы граждан России и его систему, разработать Концепцию социального жилья в РФ¹.

Соловьёв А. Н., доцент кафедры гражданского права № 1 Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого, кандидат юридических наук, доцент

АНАТОМИЧЕСКИЕ МАТЕРИАЛЫ ЧЕЛОВЕКА КАК ОБЪЕКТЫ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ (НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ ПРОБЛЕМЫ)

Право собственности представляет собой исторически динамично развивающийся структурный элемент гражданского права, в нормах которого, как в зеркале, отображаются социальные явления и процессы, происходящие в обществе. Долгие тысячелетия, до торжества концепции естественных прав человека, в перечне объектов права собственности фигурировали люди – рабы. И было это не в далекие эпохи Древнего Рима или Древней Греции, а еще в 19 столетии, то есть практически «вчера», если смотреть на историю человеческой цивилизации, как исчисляемую тысячелетиями. Так, например, в Британской империи рабство было запрещено в 1833 году, крепостное право в Российской империи было упразднено в 1861 году, а полная отмена рабства в США состоялась лишь в 1865 году, с принятием тринадцатой поправки к Конституции США. Окончательно свое отношение к указанному явлению человечество выразило в ст. 4 Всеобщей декларации прав человека от

¹ Селиванова Е. С. О необходимости разработки Концепции социального жилья в Российской Федерации. Жилищное право. Октябрь. 2011 год С. 30.

1948 г. и ст. 4 Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 1950 г., запретив его.

Однако по какой причине такой бесчеловечный институт как «рабство» просуществовал так долго, несмотря на многочисленные протесты, высказывавшиеся в среде интеллектуалов и оформившиеся в движение аболиционизма? Ответ необходимо искать в его экономической эффективности. Пока труд рабов способен был приносить прибыль, до тех пор позитивное право многих стран квалифицировало человека не только как субъекта, но и как объект. И лишь когда коэффициент полезного результата от рабства стал неуклонно снижаться по причине массового внедрения машинного производства в ведущих мировых державах общественная поддержка аболиционистов начала неуклонно расти. В итоге это привело к вытеснению рабов рабочими, ставшими основной продуктивной силой (оставим за рамками настоящей публикации анализ того факта, что долгие годы уровень жизни среднего рабочего уступал уровню жизни некоторых рабов).

Осуществленный краткий исторический экскурс призван лишь напомнить, что гражданское право вообще, и право собственности в частности, представляет собой лишь реакцию органа правотворчества на тенденции вызревшие, сформировавшиеся в обществе. Если какое-то явление материального мира экономически полезно для общества (по каким бы то ни было причинам), то оно рассматривается как благо и, соответственно, относится к объектам права собственности. Если же полезный эффект исчерпан или сомнителен, то утрачивается общественная поддержка, что влечет пересмотр его правового статуса. Но возможен и обратный процесс, когда с течением времени обретается экономическая ценность того, что ранее ею не обладало, что порождает правовую проблему квалификации подобного явления.

До недавнего времени анатомические материалы (в том их значении, которое сформулировано в ч. 3 ст. 1 Закона Украины «О трансплантации органов и других анатомических материалов человеку» от 16.07.1999 г.) не представляли особой материальной ценности для обществ цивилизованных государств (первобытные общества каннибалов «вынесем за скобки»). Долгие тысячелетия телу человека придавалось сакральное значение, в силу доминировавшего представления о его первичной причастности или связи с Высшими Силами. Какие-либо манипуляции с мертвым человеческим телом (кроме должного его захоронения) рас-

сматривались как богохульство, осуждались и сурово преследовались, не смотря даже на то, что таковые могли быть связаны с утолением интереса по углублению научных знаний.

Однако бурное развитие в 20-м и 21-м столетиях научно-технического прогресса, прежде всего в области медицины и генной инженерии, привело к необходимости переосмысления того, чем для общественных отношений являются органы, ткани, анатомические образования и клетки человека, что, в свою очередь, позволит определить им место в структуре правоотношения собственности. В настоящее время мало кого удивляет переливание крови, пересадка кожи, печени, сердца... Подобные медицинские манипуляции стали практически рутинными, а от их проведения порой зависит жизнь реципиента. В подобных условиях экономическая ценность анатомических материалов резко возрастает, что предъявляет требование должной правовой регламентации подобных отношений.

Не ставя перед собой задачи в стесненных рамках настоящих тезисов дать ответ на все вопросы, связанные с анатомическими материалами человека, попытаемся сформулировать одну из главных проблем, а именно, какова их правовая природа.

Все многообразие взглядов высказанных по этому поводу можно свести к трем точкам зрения. Представители первой, которую можно условно назвать «консервативной», не рассматривают анатомические материалы человека как объект права собственности (и вещного права вообще). Другая позиция состоит в определении места анатомических материалов человека именно в правоотношении собственности, как его объекта. Адепты третьего взгляда предлагают рассматривать анатомические материалы как «самостоятельные, уникальные объекты материального мира», которые по своим признакам должны быть включены в такую группу объектов гражданских прав как «иное имущество». Даже вышеприведенного «разброса» мнений достаточно для констатации отсутствия сформировавшегося отношения общества (и украинского в том числе) к анатомическим материалам. С одной стороны современные медицинские технологии не связанные с использованием органов, тканей, анатомических образований и клеток человека уже невозможно представить, с иной – рассмотрение их как свободно оборотоспособных объектов затруднительно в силу отдельных нормативных ограничений, содержащихся в источниках гражданского права.

Сурженко О. А., доцент кафедри цивільного права №1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, кандидат юридичних наук, доцент

МАЙНОВІ ПРАВА УЧАСНИКІВ ГОСПОДАРСЬКОГО ТОВАРИСТВА ТА ЇХ ЗАХИСТ

Учасники господарських товариств мають комплекс прав, що надаються їм їхніми частками у статутному капіталі. Зазвичай ці права називають корпоративними. Однак до їх складу входять як майнові, так і немайнові права. Майнове право учасника господарського товариства – право на частку в статутному капіталі – є правом, яке учасник може реалізувати на свій розсуд, однак дотримуючись вимог закону та установчих документів господарського товариства, з яким він перебуває в корпоративних правовідносинах. Це такі можливості учасника, як продаж майнового права, його дарування або інший спосіб відчуження, а також його застава або передання у спадщину.

Інші майнові права, що належать учаснику господарського товариства, він реалізувати сам не зможе, оскільки вони щільно пов'язані з комплексом прав, які належать як йому, так і іншим учасникам. Так, право на дивіденди учасник господарського товариства може реалізувати лише тоді, коли буде прийнято рішення загальними зборами учасників про їх нарахування, в тому числі про їх розмір та про строки виплати.

Право учасника вимагати проведення з ним розрахунків у зв'язку з виходом із господарського товариства, навпаки, не пов'язано з рішенням загальних зборів. Адже учасник товариства сам вирішує те, чи припинити йому свої відносини з товариством, тобто його вихід являє собою односторонній правочин, по суті – відмову від корпоративного права. В свою чергу, цій дії має відповідати обов'язок господарського товариства здійснити розрахунки з особою, яка вийшла із складу його учасників.

Якщо ж учасника виключають з товариства, то з ним мають бути проведені розрахунки. В цьому разі наявне припинення корпоративних прав, але з виникненням в особи одночасно майнового права вимоги від господарського товариства на виплату вартості частки майна товариства, пропорційно його частці в статутному капіталі. Отже, майнові права

в складі корпоративних прав заміняються майновими правами зобов'язальної природи.

Відповідно, в учасника, що має те чи інше з названих майнових прав, виникає право на його захист у разі порушення цього права. Слід при цьому обирати адекватний спосіб захисту відповідного майнового права. Так, якщо учасник продає свою частку, а особу, яка її купила, господарське товариство не визнає учасником, ця особа може в судовому порядку вимагати визнання її такою. В цьому разі виходить, що її майнове право (право на частку) немовби не оспорується, але фактично не породжує в особи корпоративних прав, бо вона не може їх реалізувати. Цю особу не тільки не запрошують на загальні збори, а й їй не виплачують дивіденди. Така особа у разі виходу з господарського товариства не отримає й коштів у відповідній сумі. Відтак, невизнання за особою корпоративних прав є нічим іншим, як невизнання за нею й майнового права на частку в статутному капіталі. Адже саме це майнове право тягне за собою й корпоративні права. Саме тому особа, яка придбала право на частку, може вимагати в судовому порядку визнання за нею майнових прав і, як наслідок, прав корпоративних.

Якщо особу виключають з господарського товариства, з чим вона не згодна, то цим порушуються не лише її корпоративні права, а й майнове право на частку в статутному капіталі, якого вона позбавляється. Адже замість цього права в неї поза її волею виникає інше право – на ті кошти, які їй виплачуються товариством. В цьому разі особа може не тільки оспорювати сам факт виключення її з господарського товариства, а й відновлення положення, що існувало до порушення її права – як корпоративного (права на участь в товаристві з всіма його складовими), так і майнового – права на частку в статутному капіталі.

Ще одним способом захисту майнового права учасника господарського товариства є вимога присікти дії, що порушують це право або реально загрожують йому. Останнім часом активно дискутується питання про те, чи може у такий спосіб захищати своє право учасник, який оскаржує дії керівника господарського товариства по вчиненню правочинів, що негативно відбиваються на майновому становищі цього товариства. Наслідком цих правочинів може стати зменшення обсягу майна товариства або зменшення його вартості, що істотно відіб'ється на майновому праві учасника товариства. Адже останній при проведенні з ним розрахунків вже отримає значно менше коштів, аніж якщо він би

вимагав проведення виплат до вчинення такого правочину. В подібних випадках слід, по – перше, враховувати нормальну підприємницьку діяльність господарського товариства, що припускає вчинення ним різноманітних правочинів, в тому числі ризикових. По-друге, ризик самого учасника, який він несе, вкладаючи кошти в господарське товариство. Тим не менш, такий спосіб захисту його прав не виключається, якщо буде доведено, що правочин, який має намір вчинити керівник товариства, буде не на користь останнього.

Ткаченко Т.В., доцент кафедри гражданского права юридического факультета Южного федерального университета (РФ), кандидат юридических наук, доцент

ПУБЛИЧНЫЕ И ЧАСТНЫЕ НАЧАЛА В СЕМЕЙНОМ ПРАВЕ

Как известно, в советское время не было деления права на публичное и частное. Это объяснялось основой экономического строя нашей страны – утверждением господства социалистической собственности, которая в соответствии с идеологией тех времен отражала ту или иную степень обобществления имущества. В качестве самого высокого уровня обобществления признавалась государственная собственность. И только новая экономическая система России в корне изменила правовую систему и допустила деление права на публичное и частное.

В связи с этим стал актуальным вопрос о разграничении публичного и частного права в соответствии с указанными критериями. Об этих критериях высказывались разные суждения в юридической литературе, но мы считаем возможным выделить мнение тех из них, кто полагает правильным применение в совокупности предмет, метод правового регулирования, наличие особенного субъективного состава правоотношений и, соответственно, те интересы, которые лежат в основе этих отношений¹.

Поскольку тема нашей работы затрагивает семейные правоотношения, рассмотрим, в какой мере эти критерии обнаруживаются в семейном

¹ Белых В.С. О соотношении частного и публичного права в правовом регулировании общественных отношений.//Цивилистические записки. Межвуз. сб. науч. тр. Вып.3., М., 2004. С.64

праве и на основе этого ответим на вопрос, относится ли семейное право к публичному или оно является одной из отраслей (подотраслей) публичного или частного права.

Предметом семейного права являются семейные отношения между гражданами – членами семьи. Это отношения между определенными субъектами, имеющими свои индивидуальные интересы, причем их регулирование осуществляется, как и любое регулирование правом, с помощью норм, исходящих от государства.

В Конституции Российской Федерации говорится о защите семьи, детства и материнства (ст.38), а всемерная защита возможна не только с помощью охранительных, но и регулятивных норм. Однако нельзя забывать о том, что государство регулирует общественные отношения в тех случаях, когда они выражают общественно значимый интерес и не важно, являются ли носителями этого интереса общество или только отдельные члены его. Отсюда ясно, что предмет семейного права затрагивает как публичные, так и частные интересы и защита данных интересов неизбежно должна осуществляться с помощью как публично-правовых, так и частно-правовых норм.

Общепризнан тезис об определении семьи как ячейки общества, т.е. общество представляет собой совокупность различных по своему составу семей. Естественно, что в каждой семье есть общие интересы ее членов, а также индивидуальные интересы отдельных лиц. И те, и другие интересы являются частными, но, если рассматривать семью как ячейку общества, то они должны приобретать общественно значимый характер. Хотя, конечно, далеко не все. Так, например, интерес, связанный с общением с друзьями лишен общественного значения, и потому не подпадает под государственную защиту. А из сказанного ранее вытекает, что семейно-правовые отношения, в основных своих чертах, могут стать предметом государственно-правового вмешательства. В частности, отношения по воспитанию детей, по их содержанию, по предоставлению средств нетрудоспособным нуждающимся членам семьи со стороны определенных в законе лиц, несомненно, не лишены общественной значимости. И именно поэтому упомянутая нами статья 38 Конституции РФ указывает на необходимость взаимной заботы, внимания и обеспечения содержания родителей и детей. Отметим, что данная норма, содержащаяся в главе 2 Конституции РФ о правах и свободах человека и гражданина, относится к конституционным нормам, которые общепризнанны

в качестве публично-правовых. Между тем, она оказалась бы чисто декларативной, если бы не была подкреплена нормами семейного законодательства, где соответствующие права членов семьи приобретают конкретное содержание и становятся достаточно гарантированными.

Обычно публичные начала обнаруживаются там, где участниками правовых отношений являются государство, его органы, и различные публичные образования. Но ничего подобного нельзя сказать об участниках семейно-правовых связей. Членами семьи могут быть только граждане, которые упомянуты как управомоченные и обязанные в семейных правоотношениях. Иными словами, применительно к семейным отношениям можно говорить об особом субъектном составе (супруги, родители и их дети, усыновители и усыновленные и др.).

Защите подлежат не только их конкретные права, но и законные интересы. Во многих отраслях права мы встречаемся с таким термином как «законный интерес». Получается, что есть интересы законные и незаконные. Кроме того, обращает внимание в данной формуле указание на интересы и права. Следовательно, следует уяснить соотношение прав и интересов, а также различие между законными и незаконными интересами. Для семейных отношений это особенно важно, поскольку в семейном законодательстве термин «интерес» обычно сочетается со словами «заслуживающий внимание». Он используется при определении интереса ребенка, супруга и пр. Отсюда, вероятно, можно сделать вывод, что законным интересом законодатель применительно к семейным отношениям считает тот интерес, который заслуживает внимания. Между тем, очевидно, что определение того, заслуживает ли интерес внимания, неизбежно окажется субъективным. Следовательно, приходится искать другие критерии выделения интереса в качестве законного.

Но прежде сопоставим понятия «субъективное право» и «законный интерес». В литературе подчеркивалось, что в доктрине семейного права нет четкого представления о понятии «законный интерес» и чем оно конкретно отличается от субъективного права¹. Очевидно только одно: это разные понятия, ведь законодатель не считает их тождественными явлениями, а говорит о праве и законном интересе. Таким образом, наша задача сводится к выявлению признаков законного интереса в отличие от незаконного. Полагаем при этом, что противопоставление законного

¹ Малько А. В., Субочев В. В. Законные интересы как правовая категория. СПб, 2004. С.39–40.

и незаконного интереса не должно пониматься только в том смысле, что незаконный интерес это тот, который противоречит закону. Не следует также считать, что законный интерес представляет собой интерес, охраняемый законом. В этой связи мы полностью солидарны с мнением Гукасяна Р. Е., который в свое время говорил о том, что «возможно существование правовых по содержанию, но не охраняемых законом интересов, и наоборот, охраняемых законом, но не правовых по содержанию»¹.

По мнению Долгова Ю. Г., в сфере науки семейного права категория «законный интерес» рассматривается сквозь призму интересов отдельных членов семьи.² Нам представляется такой подход верным, ведь у каждого члена семьи может существовать свой законный интерес. Например, у родителя есть законный интерес в осуществлении права на воспитание ребенка, у супруга – интерес на получение содержания от другого супруга при наличии обстоятельств, указанных в законе, у бабушки и дедушки – интерес на общение с их внуками и т.д.

Нетрудно заметить, что подобные интересы неразрывно связаны с наличием субъективного права, хотя, как указывалось выше, закон охраняет не только правовые интересы, семейное право не может учитывать в законе каждый интерес, но практика иногда требует также защиты интереса, конкретно не обозначенного в законе. Это проявляется при коллизии интересов (при разделе имущества супругов, определении места жительства ребенка в спорных ситуациях, при выборе имени ребенку и т.д.). Иными словами, интерес, связанный с субъективным правом, зачастую предполагает учет, по сути неправовых интересов, но важных для данного участника семейного правоотношения. Например, ребенок остается проживать у бабушки, при том, что по закону есть преимущественное право на проживание у родителя, однако, проживание с бабушкой более удобно для обучения или посещения соответствующей специализированной организации (спортивной, музыкальной, художественной и т.п.). Вместе с тем, учитывается приоритет исключительно отдельных членов семьи, но никак не посторонних лиц, хоть и связанных с данной семьей.

Исходя из сказанного, можно утверждать, что законность интереса определяется по усмотрению того или иного органа, который должен

¹ Гукасян Р. Е. Правовые и охраняемые законом интересы. // Сов. государство и право. 1973. № 7. С.116

² Долгов Ю. Г. Охраняемые законом интересы супругов, родителей и несовершеннолетних в семейном праве Российской Федерации: Дис. канд. юрид. наук, М. 2004.

решать вопрос, связанный с конкретным членом семьи. Отсюда, как нам кажется, можно сделать однозначный вывод о том, что в этом случае будут проявляться частные начала.

Однако есть и публичные начала в семейных правоотношениях, чего мы поверхностно коснулись в начале изложения. Можно в качестве иллюстрации добавить некоторые положения, затрагивающие конкретные семейно-правовые связи. Так государство с помощью исполнительной власти регулирует порядок заключения брака, определяет основные права и обязанности участников семейных отношений, условия и необходимый объем содержания несовершеннолетних и нетрудоспособных членов семьи и т.д. Таким образом, государство принимает решения, имеющие в значительной мере публичную значимость, хотя эти решения затрагивают частную сферу.

Отсюда можно говорить о методе семейно-правового регулирования. Поскольку государство дает свои установки в категоричной форме и они приобретают обязательный характер, то есть достаточные основания утверждать, что данный метод является императивным. Действительно, в подавляющем большинстве случаев семейные отношения требуют выполнения установок законодателя в обязательном, не оставляя выбора их участникам. Например, Семейный кодекс РФ определяет права и обязанности в императивной форме. Это относится практически ко всем отношениям между членами семьи: так, Кодекс говорит о правах ребенка на воспитание и, следовательно, у родителей нет возможности изменить это положение; постоянно подчеркивается приоритет интересов ребенка и такую норму приходится неукоснительно соблюдать; даже когда содержание в виде алиментов предоставляется по соглашению, нельзя игнорировать требование законодателя о минимальном размере алиментов в пользу ребенка. Вместе с тем, во многих случаях невозможно ориентироваться только на положения закона. Особенности жизни людей выдвигает необходимость эти положения согласовывать с конкретными жизненными ситуациями, индивидуальными особенностями членов семьи, их потребностями и возможностями. И здесь уже проявляется частное начало. К примеру, обязанность родителя по воспитанию осуществляется в разных семьях по-разному; приоритет интересов ребенка зависит от многих обстоятельств, в том числе и от возможностей лиц, осуществляющих его воспитание и содержание; нельзя отступать от обязательных требований законодателя по содержанию членов семьи,

но вполне вероятны случаи, когда этот размер может быть увеличен по соглашению в сравнении с законной установкой...

Вывод: отнесение семейного права одними учеными к публичному праву, другими – к частному не случайно, так как императивный характер регулирования позволяет отстаивать первую позицию, а откровенное наличие частных интересов приводит к выводу о том, что это частное право. Несомненно, императивный характер регулирования не является безусловным доводом к признанию права публичным, как и частные интересы не исключают публичных начал в их защите. Подобные суждения, как нам кажется, дают основание говорить применительно к семейному праву об обнаружении в семейном праве как публичных, как частных начал.

Цікало В. І., доцент кафедри цивільного права та процесу Львівського національного університету імені Івана Франка, кандидат юридичних наук, доцент

ПРОБЛЕМИ ЗВЕРНЕННЯ ЗА ЗАХИСТОМ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ У ПРАКТИЦІ ГОСПОДАРСЬКИХ СУДІВ УКРАЇНИ

Відповідно до п. 51 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» від 24.10.2008 року № 13 законом не передбачено права акціонера (учасника) господарського товариства звертатися до суду за захистом прав чи охоронюваних законом інтересів товариства поза відносинами представництва. На цій підставі господарським судам належить відмовляти акціонерам (учасникам) господарського товариства в задоволенні позову про укладання, зміну, розірвання чи визнання недійсними договорів та інших правочинів, вчинених господарським товариством. Разом з тим, спори цієї категорії є підвідомчими (підсудними) господарським судам незалежно від їх суб'єктного складу, якщо акціонер (учасник) господарського товариства обґрунтовує відповідні позовні вимоги порушенням його корпоративних прав.

З урахуванням цього положення учасник (акціонер) може звернутися до господарського суду в інтересах господарського товариства без окремого уповноваження (поза межами відносин представництва) за наявності двох умов: предметом вимоги є укладання, зміна, розірвання та визнання недійсним договору чи іншого правочину, вчиненого господарським товариством; обґрунтуванням цієї вимоги є порушення корпоративних прав учасника (акціонера).

Із буквального змісту роз'яснення у судовій практиці зроблено висновки про те, що вимога учасника (акціонера) про укладання, зміну, розірвання та визнання недійсним договору чи іншого правочину, вчиненого господарським товариством може бути розглянута господарським судом, якщо вона обґрунтовується порушенням корпоративного права.

Ця позиція стала передумовою для різного застосування правових норм на практиці.

В одних випадках, господарські суди відмовляють у прийнятті позовної заяви, або ж припиняють провадження у справі, оскільки заява не підлягає розгляду в господарських судах. При прийнятті позовних заяв, або після їх прийняття, суди встановлюють відсутність порушення корпоративного права учасника (акціонера), який звернувся із позовною заявою в інтересах товариства. В інших випадках, господарські суди визнають підвідомчими їм зазначені категорії спорів незалежно від наявності ознак порушення корпоративного права учасника (акціонера) на момент прийняття позовної заяви.

Така судова практика видається спірною.

На момент порушення провадження у справі, або після нього, господарським судом ще не може бути встановлено факт порушення корпоративного права учасника (акціонера), або його відсутність. До такого висновку господарський суд може дійти лише за результатами вирішення господарського спору по суті.

Вимога про укладання, зміну, розірвання чи визнання недійсним договору або іншого правочину, вчиненого господарським товариством, не може бути обґрунтована порушенням корпоративного права. Такою підставою обґрунтовується лише вимога про захист корпоративного права. Практично це означає поєднання в одній позовній заяві двох самостійних вимог: про захист корпоративного права, а також про укладання, зміну, розірвання і визнання недійсним договору чи іншого правочину, вчиненого господарським товариством.

Разом з тим, відповідно до ч.3 ст. 58 ГПК України не допускається об'єднання в одне провадження кількох вимог, які належить розглядати

в порядку різного судочинства, якщо інше не встановлено законом. Вимога про захист корпоративного права підлягає розгляду у порядку господарського судочинства (п.4 ч.1 ст. 12 ГПК України). Вимога про укладання, зміну, розірвання чи визнання недійсним договору та іншого правочину може розглядатися як в порядку господарського, так і цивільного судочинства, залежно від суб'єктного складу сторін спору.

Таким чином, положення п. 51 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» від 24.10.2008 року № 13 не мають достатнього законодавчого підґрунтя.

Вихід із цієї ситуації вбачається у можливості запровадження в господарське процесуальне законодавство України інституту непрямих позовів, який передбачає можливість звернення в суд в інтересах юридичної особи її учасником (акціонером).

У судовій практиці вирішення корпоративних спорів виявилися випадки повторного прийняття загальними зборами господарського товариства тотожних за змістом рішень, які попередньо були визнані судом незаконними (недійсними). Зокрема, після набрання рішенням господарського суду законної сили, вищим органом товариства приймається наступне рішення, яке за змістом дублює попереднє, що вже визнане судом незаконним (недійсним).

Така поведінка господарських товариств створює необхідність у повторному зверненні до господарського суду за захистом корпоративних прав, які уже були захищені.

Наявність наступних рішень вищого органу управління господарського товариства, які попередньо визнавалися судом незаконними (недійсними), обумовлена презумпцією законності (правомірності) цих рішень. Згідно з п. 2.3. Рекомендацій Президії Вищого господарського суду України «Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають з корпоративних відносин» від 28.12.2007 року № 04–5/14 рішення загальних зборів учасників вважаються такими, що відповідають закону, якщо судом не буде встановлено інше.

З метою посилення ефективності судового захисту корпоративних прав, які порушуються рішеннями загальних зборів учасників (акціонерів) товариства, пропонується на законодавчому рівні встановити умови правомірності цих рішень. Зокрема, Цивільний кодекс України доцільно доповнити статтею «Загальні вимоги, додержання яких є необхідним для правомірності локального правового акта юридичної особи», у якій од-

нією із умов правомірності рішень органу управління товариства передбачити рішення суду, яке набрало законної сили.

Чалий Ю.І., доцент кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук, доцент

ГАЛУЗЕВА НАЛЕЖНІСТЬ НОРМ, ЩО РЕГУЛЮЮТЬ ВІДНОСИНИ З НАДАННЯ ВИЩОЇ ОСВІТИ

1. Законотворча діяльність в державах, що утворилися в 90-ті роки минулого сторіччя на теренах колишнього СРСР, активізувала аналітичну роботу представників юридичного корпусу щодо визначення галузевої належності тих чи інших норм новітнього законодавства.

Як відомо, законодавчі положення (у широкому розумінні, тобто як закони, так і підзаконні акти) містять у собі норми, що за своєю природою мають різне «генетико»-правове походження. В одному нормативному акті розташовуються норми і публічного, і приватного права, оскільки завданням законодавчого регулювання є якомога повне нормативно-правове регулювання суспільних відносин. Переважна більшість відносин, з точки зору потреби їх ефективного впорядкування, вимагає такого подвійного регулювання. Саме ця об'єктивна обставина деякими дослідниками правових проблем береться за основу для обґрунтування існування, так званих, комплексних галузей права. Комплексною галуззю права нерідко називають і норми, що регулюють відносини з надання освіти.

Поборники ідеї визначення освітнього права в якості комплексної галузі права (В.М. Спаська, В.М. Сирих, В.І. Шкатула, О.В. Южакова та інші) свою аргументацію виводять, зазвичай, із аналізу нормативного масиву, що впорядковує освітні відносини за участі вищих навчальних закладів (далі – ВНЗ). Це пояснюється тим, що в освітніх відносинах за участі ВНЗ часто використовується такий засіб регулювання як договір¹.

¹ Не можна сказати, що договір не використовується у відносинах за участі інших навчальних закладів (дитячих садків, шкіл, спортивних закладів тощо), але у цьому випадку договірні відносини, як правило, не оформлюються єдиним документом. Відсутність такого єдиного документу створює невірне враження відсутності договору як такого.

Наявність договірнього регулювання відносин ВНЗ – студент та присутність у впорядкуванні цих відносин доволі великої кількості засобів публічно-правового характеру створює враження існування освітнього права як комплексної галузі права. Щоправда, самі прихильники даної точки зору хоча й не заперечують використання договірнього регулювання освітніх відносин ВНЗ – студент, однак відмовляються визнавати цивільно-правове походження такого регулювання.

Відкидаючи можливість застосування до відносин з надання вищої освіти норм цивільного права, В. М. Сирих наводить, зокрема, таку аргументацію: в освітніх відносинах від студента вимагається здійснення активних дій (відвідування занять, успішне проходження поточної та підсумкової атестації та ін.), що не притаманне поведінці замовника у цивільно-правовому зобов'язанні з надання послуги, де від замовника вимагається лише сплатити послугу та очікувати її надання виконавцем (а не здійснювати самому певні дії); на відміну від замовника у зобов'язанні з надання послуг, студент не може висувати свої власні вимоги до «освітньої послуги», оскільки ці параметри визначаються державними та іншими стандартами освіти, навчальними планами самого ВНЗ; якість професійної підготовки оцінює не студент, а навчальний заклад, що також не характерно для поведінки виконавця за цивільно-правовим наданням послуг, де якість послуги оцінюється тим, хто її отримує, а не надає; студент підкорюється правилам внутрішнього розпорядку, що також не відповідає змісту відносин з надання цивільно-правових послуг.

2. Позицію щодо визначення норм, які регулюють відносини з надання вищої освіти, в якості комплексної галузі права необхідно піддавати критиці. На нашу думку, можна говорити лише про комплексну дію норм різних галузей права на предметну діяльність ВНЗ (відносини за участі ВНЗ та інших суб'єктів), серед яких значне місце посідають і норми цивільного права. Від такої комплексної дії дані норми не втрачають своєї генетичної правової приналежності (не втрачають свого зв'язку з відомими галузями права) та не перетворюються на «комплексну» галузь права.

На нашу думку, відносини ВНЗ – студент є багатоаспектними, точніше, між цими суб'єктами виникають і цивільно-правові, і деякі публічно-правові відносини, які не слід змішувати. Саме їх змішування не дозволяє провести правильну кваліфікацію та подальше адекватне впорядкування.

Вищий навчальний заклад являє собою організовану діяльність різного роду структурних підрозділів, службовців, робітників, студентів тощо. Але вся ця діяльність спрямована на одне – професійну підготовку студентів чи інших осіб, які навчаються. Без дисциплінарно-правового впливу досягти зазначеної цілі важко, навіть неможливо. Проте, сказане не може заперечувати вплив на предметну діяльність ВНЗ норм цивільного права. У відносинах ВНЗ – студент такі норми беззаперечно проявляють свою дію, особливо що стосується відносин, які виникають на підставі договору («договору про навчання», «договору про надання освітніх послуг»).

3. Встановлення меж цивільно-правового регулювання відносин з надання вищої освіти має провадитися за відомими критеріями: предметом та методом правового регулювання. Змістовно відносини ВНЗ – студент є різновидом майнових та особистих немайнових відносин. Зокрема, майном, яке передається за договором, є послуга (неоречевлений результат послуги), що виробляється предметною діяльністю навчального закладу. Зустрічним майновим наданням є оплата замовником ціни послуги. Даний двосторонній рух майна спирається на приватно-правові методи, де учасники (виконавець та замовник) діють як юридично рівні, самостійні у майновому відношенні суб'єкти, що вільно виявляють волю на породження певних юридичних наслідків.

Окрім майнових відносин у юридичному зв'язку ВНЗ – студент проявляється достатньо великий масив особистих немайнових відносин.

Особливого значення набувають відносини з реалізації прав на результати інтелектуальної творчої діяльності. Такі відносини теж спираються на методологію приватного права.

Чернусь Н. Ю., Інститут філософії
и права СО РАН, старший научний со-
трудник

ПРАВОВОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ ОКАЗАНИЯ УСЛУГ ПО ПЕРЕВАЛКЕ ГРУЗОВ В МОРСКОМ ПОРТУ

Интенсивное развитие рыночных отношений в России невозможно без глубокой интеграции в мировую экономику. В настоящее время трудно себе представить развитие торговли, в первую очередь международ-

ной, без развития транспортной деятельности, без решения вопросов совместимости национальных транспортных систем и связанных с этим проблем правового регулирования взаимоотношений между участниками транспортного процесса.

Одной из новелл транспортного законодательства, являются положения Федерального закона от 8 ноября 2007 г. № 261-ФЗ «О морских портах в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – Закон о морских портах), в соответствии с которыми транспортная организация оказывает дополнительные услуги заказчикам в морском порту. В частности, к таким дополнительным услугам относится услуга по перевалке грузов в морском порту. Согласно ст. 4 Закона о морских портах, перевалка грузов – комплексный вид услуг и (или) работ по перегрузке грузов и (или) багажа с одного вида транспорта на другой вид транспорта при перевозках в прямом международном сообщении и непрямом международном сообщении, прямом и непрямом смешанном сообщении, в том числе перемещение грузов в границах морского порта и их технологическое накопление, или по перегрузке грузов без их технологического накопления с одного вида транспорта на другой вид транспорта.

В соответствии с п. 2 ст. 20 Закона о морских портах, по договору перевалки груза одна сторона (оператор морского терминала) обязуется осуществить за вознаграждение перевалку груза и выполнить другие определенные договором перевалки груза услуги и работы, а другая сторона (заказчик) обязуется обеспечить своевременное предъявление груза для его перевалки в соответствующем объеме и (или) своевременное получение груза и его вывоз. При этом по договору перевалки груза заказчиком может выступать грузоотправитель (отправитель), грузополучатель (получатель), перевозчик, экспедитор либо иное физическое или юридическое лицо. Сам договор перевалки грузов представляет собой соглашение двух или нескольких лиц о перевозке грузов различными видами транспорта. По своей сути договор перевалки грузов относится к предусмотренному Гражданским кодексом РФ договору перевозки, спецификой которого является использование в рамках одной операции доставки груза нескольких видов транспорта, в частности, морского.

Особенностью договора перевалки грузов является то, что транспортная организация выступает в роли перевозчика – посредника. С одной стороны оператор морского терминала, оказывающий услуги пере-

валки грузов, является перевозчиком, поскольку осуществляет доставку грузов до перевалочного пункта. С другой стороны, он оказывает не только услуги по перевозке грузов, поскольку его обязанности по договору гораздо шире. Так, оператор морского терминала обеспечивает доставку грузов до перевалочного пункта, перевалку груза и ряд иных установленных Законом о морских портах или договором услуг. Оператор морского терминала (транспортная организация) может, доставив груз до места перевалки, заключить договор перевозки груза с другой транспортной организацией, выступая по поручению заказчика в качестве грузоотправителя. Указанное положение оператора морского терминала отражено в п. 2 ст. 20 Закона о морских портах, которая предусматривает, что заказчиком по договору перевалки груза может выступать перевозчик, экспедитор или иное лицо, иными словами, заказчиком по перевозке груза иным, кроме морского, видом транспорта выступает оператор морского терминала, осуществляющий передачу груза.

Предмет договора перевалки грузов объединяет несколько услуг, а именно: перевозка морским транспортом; перевалка груза с судов или на суда; складирование грузов в порту; хранение складированных грузов и т.п. Договор также предполагает необходимость совершения ряда действий, направленных на реализацию договора перевалки: погрузку на суда; выгрузку с судов; перевеску; накопление мелких отправок; оформление документов по передаче грузов; иные действия, предусмотренные Законом или договором.

Поскольку договор перевалки грузов является смешанным и предполагает возможность оказания большого количества разнообразных услуг как юридического, так и фактического характера, кроме того, затрагивает права и интересы нескольких перевозчиков, большинство его положений формируются сторонами самостоятельно. Как правило, операторами морских терминалов разрабатываются примерные формы договоров, содержащие совокупность условий договора. Сторонам при заключении такого договора предоставляется право вносить свои коррективы в договор.

Порядок перевалки грузов устанавливается узловым соглашением по каждому перевалочному пункту. Такие требования содержатся, например, в Кодексе внутреннего водного транспорта РФ (далее – КВВТ РФ) и Правилах перевозок грузов в прямом смешанном железнодорожно-водном сообщении. При этом заключение узлового соглашения является

обязательным для транспортных организаций. Если один из контрагентов уклоняется от его заключения, другая сторона на основании ст. 445 ГК РФ вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор, а также потребовать возмещения убытков, причиненных таким уклонением. Разногласия между сторонами по отдельным условиям узловых соглашений могут быть переданы заинтересованной стороной на рассмотрение арбитражного суда. В этом случае условия узлового соглашения, по которым у сторон имелись разногласия, определяются в соответствии с решением суда (ст. 446 ГК РФ).

Учитывая специфику перевалки грузов, к существенным условиям договора относятся объем, сроки перевалки груза и другие условия оказания услуг и выполнения работ оператором морского терминала, условия предъявления заказчиком груза для перевалки, а также иные условия, признаваемые сторонами существенными условиями для организации и осуществления процесса перевалки груза. К числу существенных условий можно также отнести вид используемого транспорта, куда перегружается груз: автомобильный или железнодорожный транспорт либо складироваться в порту.

Закон о морских портах наделяет оператора морского терминала правом удержания. Так, согласно п. 1 ст. 23 Закона о морских портах, если иное не предусмотрено договором перевалки груза, оператор морского терминала имеет право удерживать грузы (за исключением грузов, изъятых из оборота или ограниченных в обороте в соответствии с федеральными законами, а также грузов, предназначенных для нужд обороны страны, безопасности государства и обеспечения правопорядка) в случае неуплаты ему предусмотренных договором перевалки груза платежей. В этом случае требования оператора морского терминала, осуществляющего удержание грузов, удовлетворяются за счет стоимости грузов. При этом оператор морского терминала вправе удерживать грузы до погашения в полном объеме заказчиком задолженности по платежам, предусмотренным договором перевалки груза, с учетом расходов оператора морского терминала, связанных с удержанием грузов. Если же в течение срока, предусмотренного договором перевалки груза, сданные оператору морского терминала грузы не востребованы и (или) не вывезены из морского порта либо заказчиком не погашена задолженность перед оператором морского терминала по платежам, предусмотренным договором перевалки груза, грузы могут быть полностью или частично

реализованы оператором морского терминала на основании судебного решения (кроме продовольственных или скоропортящихся грузов). Средства, полученные от реализации грузов, за вычетом причитающихся оператору морского терминала платежей и связанных с удержанием и реализацией грузов расходов подлежат перечислению заказчику. Если средств, полученных от реализации грузов, недостаточно для покрытия причитающихся оператору морского терминала платежей и связанных с удержанием и реализацией грузов расходов, оператор морского терминала вправе требовать полного возмещения причиненных ему убытков в судебном порядке.

В соответствии со ст. 24 Закона о морских портах, оператор морского терминала несет ответственность за утрату, недостачу или повреждение грузов со дня их принятия на склад до дня их выдачи или предоставления грузов в распоряжение заказчика либо уполномоченного им лица. Поскольку оператор морского терминала является транспортной организацией (перевозчиком), то его ответственность наступает при наличии вины, а также ограничена реальным ущербом (п. 2 ст. 24 Закона о морских портах).

Законом о морских портах предусмотрен претензионный порядок разрешения споров (с. 25 Закона о морских портах), согласно которому до предъявления оператору морского терминала иска, вытекающего из договора перевалки груза, обязательным является предъявление оператору морского терминала соответствующей претензии, за исключением предъявления исков в связи с оказанием услуг и (или) выполнением работ для личных, семейных, домашних и иных не связанных с осуществлением заказчиком предпринимательской деятельности нужд. Также срок исковой давности по искам, вытекающим из договора перевалки груза, установлен в один год, который течет со дня наступления событий, послуживших основаниями для предъявления таких исков.

Анализируя действующее транспортное законодательство, можно прийти к выводу о том, что морской транспорт, занимая одно из ведущих мест в транспортной системе России, переживает состояние структурного реформирования, целью которого является снижение собственных затрат, повышение мотивации работников отрасли, удовлетворение возрастающих требований пользователей к качеству услуг и достижение гибкого реагирования на изменение спроса. Решение указанных вопросов связано в первую очередь с формированием и развитием конкуренции

в сфере услуг. В результате реформирования морского транспорта значительно расширяется круг субъектов, предоставляющих услуги по перевозке грузов морским транспортом, создаются условия для конкуренции на рынке этих услуг.

Щербакова Н. В., доцент кафедры гражданского права и процесса Донецкого национального университета, кандидат юридических наук, доцент

ПРОБЛЕМЫ ПРИМЕНЕНИЯ ПОЛОЖЕНИЙ О ПРОЦЕНТАХ ЗА ПОЛЬЗОВАНИЕ ЧУЖИМИ СРЕДСТВАМИ И ПРОЦЕНТОВ ПО ДЕНЕЖНЫМ ОБЯЗАТЕЛЬСТВАМ

Процентам в ГК Украины посвящены две статьи 536 и 625. Анализ положений данных норм позволяет сделать вывод о том, что фактически ГК Украины устанавливает два вида процентов: (1) проценты за пользование чужими денежными средствами (ст. 536) и (2) проценты годовые от просроченной суммы (ч. 2 ст. 625).

В научной литературе нет единства мнений в вопросе определения правовой природы процентов. Так, одни авторы рассматривают проценты как неустойку за нарушение денежных обязательств (А. Попов, Б. Хаскельберг, В. Ровный), другие ученые указывают на то, что проценты – это плата (вознаграждение) за пользование капиталом, которая не является формой ответственности (Л. Лунц, Е. Суханов) или утверждают, что проценты – это самостоятельная форма гражданско-правовой ответственности, отличная от неустойки и убытков (Л. Новоселова, В. Хохлов, В. Витрянский, Д. Савельев, О. Печеный, В. Уланова, О. Шаповалова).

Как справедливо отмечает Л. В. Тарасенко, проценты за пользование чужими средствами по ст. 536 ГК Украины являются самостоятельной гражданско-правовой категорией; платой (вознаграждением) за пользование чужими средствами; не входят в состав убытков кредитора в их юридическом понимании и уплачиваются вместе с основным долгом.

В то же время проценты годовых от просроченной суммы (ч. 2 ст. 625) являются формой гражданско-правовой ответственности за нарушение

денежного обязательства. Данный тезис вытекает из анализа положений анализируемой статьи, а именно: основанием уплаты процентов годовых является правонарушение – нарушение денежного обязательства, которое наступает в виде просрочки платежа. На это указывает и Л. А. Новоселова: «...основанием для взыскания процентов годовых является именно правонарушение, а не любое другое действие (или бездействие), что повлекло за собой пользование чужими денежными средствами». Кроме того, уплата процентов годовых представляет собой дополнительное обязательство к основному (денежному) обязательству, и, как следствие, является обременением для должника. Также обращает на себя внимание и месторасположение ст.625 ГК, которая размещена в главе 51 «Правовые последствия нарушения обязательства. Ответственность за нарушение обязательства».

Таким образом, главное отличие в разграничении двух видов процентов состоит в том, что: (1) они являются абсолютно разными по своей правовой природе; (2) проценты годовых по ч.2 ст.625 ГК являются формой гражданско-правовой ответственности и, соответственно, применяются только при наличии оснований для привлечения к гражданско-правовой ответственности – наличие правонарушения – просрочка денежного обязательства; (3) проценты за пользование денежными средствами по ст.536 ГК Украины – это прибыль, которую должник должен вернуть кредитору; они подлежат уплате во всех случаях независимо от пользования должником чужими денежными средствами, если иное не установлено договором или законом между физическими лицами, т.е. независимо от того имеет место просрочка выполнения денежного обязательства или нет.

В судебной практике разрешения споров, связанных с применением мер гражданско-правовой ответственности за нарушение денежных обязательств, также нет единообразия. Так, в свое время ВХСУ в Информационном письме от 29.08.2001 р. №01–8/935 «О некоторых вопросах практики применения отдельных норм действующего законодательства при разрешении споров» определил, что предусмотренные ст.214 ГК УССР (теперь ст.625 ГК Украины) проценты годовых по своей правовой природе являются неустойкой. Данная позиция позитивно воспринималась отдельными судами при принятии решений по конкретным делам. В то же время квалификация процентов как неустойки в форме пени влечет за собой определенные последствия практического характера,

в частности: 1) специальный срок исковой давности; 2) применение права судом на уменьшение суммы взыскиваемой неустойки (ч.3 ст.551 ГК, ст.233 ХК, п.3 ст.83 ХПК); 3) ограничение размера пени, предусмотренное действующим законодательством.

Квалификация процентов годовых как неустойки в форме пени, была критически воспринята ВСУ, который по одному из дел, в постановлении от 25.03.2002 г. N 8/405(02/066) определил, что по ГК Украины неустойка имеет две формы: пеню и штраф. Таким образом, пеня, выступая одной из форм неустойки, не может иметь другой формы, в частности, формы процентов годовых. Проценты являются самостоятельной формой защиты гражданских прав, которая предусмотрена законом (ст.16 ГК Украины). Дополнительно в постановлении подчеркивается, что три процента годовых взыскиваются только при просрочке исполнения денежного обязательства. Эта норма предусматривает специальную ответственность, которая не отождествляется с неустойкой и не относится к предусмотренным законом видам обеспечения исполнения обязательств.

На данное обстоятельство обращает внимание и Д. Д. Луспеник, судья ВСУ, который отмечает, что определение правовой природы процентов годовых по ст.625 ГК Украины имеет не только теоретическое, но и практическое значение: «...для судов имеет большое значение, поскольку влияет на разрешение многих споров, в частности таких, как взыскание суммы в период банкротства предприятия или во время введенного в банке моратория по удовлетворению требований кредиторов, так и на возможность применения по аналогии закона положений ст.551 ГК Украины по поводу уменьшения размера, исходя из компенсационной природы».

На сегодняшнем этапе рассмотрения споров, связанных с применением ч.2 ст.625 ГК Украины в практике ВХСУ и ВСУ устанавливается более- менее однозначная позиция по данному вопросу. Так, в обзорном письме ВХСУ от 29.04.2013 г. №01–06/767/2013 «О некоторых вопросах практики применения хозяйственными судами законодательства об ответственности за нарушение денежных обязательств» в п. 9 предусмотрено следующее: *«Право кредитора требовать оплаты долга с учетом индекса инфляции и процентов годовых является способом защиты имущественного права и интереса, суть которых состоит в возмещении материальных затрат кредитора*

от обесценивания денежных средств вследствие инфляционных процессов и получения компенсации (платы) от должника за пользование удерживаемыми им денежными средствами, которые подлежат выплате кредитору».

В свою очередь постановлением ВСУ от 15.11.2010 г. по делу №3-11Гс/10 было установлено: *«...что по содержанию ст.625 ГК Украины последствия просрочки должником денежного обязательства в виде инфляционного начисления на сумму долга и трех процентов годовых являются не санкциями, а способом защиты имущественного права и интереса».*

Таким образом, денежная сумма, определенная в ст.625 ГК Украины, фактически представляет собой плату за пользование денежными средствами, как определенный эквивалент их стоимости в имущественном/хозяйственном обороте. По своей правовой природе, как отмечает Д. Д. Луспеник, проценты и сумма инфляционных выплат – являются специальной мерой гражданско-правовой ответственности, которая не может быть отнесена ни к неустойке, ни к убыткам. Потому положение ст.551 ГК к такой ответственности применимо быть не может и эта денежная сумма не может быть уменьшена в силу несоизмеримости с последствиями нарушения обязательства.

Однако не все согласны с позицией ВХСУ и ВСУ о правовой природе процентов годовых по ст.625 ГК. Так Н. Б. Гусак, судья ВСУ, говорит о необоснованности такого похода, указывая на то, что начисление трех процентов годовых на просроченную сумму долга полностью отвечает определению неустойки-пени; признаки процентов по ч.2 ст.625 ГК полностью отвечают признакам неустойки-пени; отсутствие названия процентов годовых как неустойки в ч.2 ст.625 ГК является законодательным недостатком; не существует ни одного отличительного признака между неустойкой-пеней по ст.549 ГК и процентами по ч.2 ст. 625 ГК.

Вопрос определения правовой природы процентов годовых по ч.2 ст.625 ГК, безусловно, имеет большое практическое значение и с целью защиты законных прав и интересов субъектов обязательственных правоотношений правильно было бы, чтобы законодатель четче обозначил правовую природу денежной суммы, которая взыскивается за просрочку исполнения денежного обязательства, и определил возможность (или невозможность) одновременного взыскания неустойки и денежной суммы за нарушение денежного обязательства.

Янишен В. П., доцент кафедри цивільного права № 1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, кандидат юридичних наук, доцент

ДО ПИТАННЯ НЕСПРАВЕДЛИВИХ УМОВ ДОГОВОРІВ ПРО НАДАННЯ СПОЖИВЧОГО КРЕДИТУ

Договори про надання споживчого кредиту є досить поширеними в банківській практиці. До відносин за кредитним договором застосовуються відповідні положення Цивільного кодексу України (далі – ЦК України). Згідно з ч.2 ст.627 ЦК України у договорах за участю фізичної особи – споживача враховуються вимоги законодавства про захист прав споживачів. Конкретизуючи вказану норму, ч.3 ст.1054 ЦК України визначено, що особливості регулювання відносин за договором про надання споживчого кредиту встановлені законом, яким є Закон України «Про захист прав споживачів» (далі – ЗУ «Про захист прав споживачів»). Слід враховувати, що Конституційний Суд України у рішенні від 10.11.2011р. у справі № 15-рп/2011 (справа про захист прав споживачів кредитних послуг) зазначив, що дія ЗУ «Про захист прав споживачів» поширюється на правовідносини між кредитором та позичальником (споживачем) за договором про надання споживчого кредиту, що виникають як під час укладення, так і виконання такого договору.

Відповідно до ч.1 ст.11 ЗУ «Про захист прав споживачів» договір про надання споживчого кредиту укладається між кредитором та споживачем, відповідно до якого кредитор надає кошти (споживчий кредит) або бере зобов'язання надати їх споживачеві для придбання продукції у розмірі та на умовах, встановлених договором, а споживач зобов'язується повернути їх разом з нарахованими відсотками. При укладенні таких договорів особлива увага сторін приділяється їх умовам, які в подальшому і будуть визначати обсяг прав та обов'язків сторін. За загальним правилом, відповідно до ч.1 ст.628 ЦК України, зміст договору становлять умови (пункти), визначені на розсуд сторін і погоджені ними, та умови, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства. Водночас необхідно враховувати, що кредитні договори взагалі, та договори про надання споживчого кредиту зокрема, містять цілу низку умов, притаманних саме кредитним відносинам, що значно

їх ускладнює. Так, зокрема, у договорі про надання споживчого кредиту зазначаються: 1) сума кредиту; 2) детальний розпис сукупної вартості кредиту для споживача (у процентному значенні та грошовому виразі) з урахуванням відсоткової ставки за кредитом та вартості всіх послуг (реєстратора, нотаріуса, страховика, оцінювача тощо), пов'язаних з одержанням, обслуговуванням, погашенням кредиту та укладенням договору про надання споживчого кредиту; 3) дата видачі кредиту або, якщо кредит видаватиметься частинами, дати і суми надання таких частин кредиту та інші умови надання кредиту; 4) право дострокового повернення кредиту; 5) річна відсоткова ставка за кредитом; 6) умови дострокового розірвання договору. Крім наведених, договір про надання споживчого кредиту може містити також і інші умови, визначені законодавством.

Специфікою кредитних відносин можна вважати те, що текст кредитного договору, як правило, розробляється кредитором, як більш професійно та юридично підготовленою стороною, що надає йому потенційну можливість забезпечити відповідну перевагу над позичальником, порушуючи принцип рівності сторін, передбачуючи в кредитному договорі додаткові обов'язки позичальника, або/та занижуючи обсяг власних обов'язків. Позичальник при цьому, у переважній більшості випадків, фактично майже не впливає на зміст кредитного договору. Як зазначив Конституційний Суд України у своєму рішенні від 10.11.2011р. у справі № 15-рп/2011 (справа про захист прав споживачів кредитних послуг) споживачу, як правило, об'єктивно бракує знань, необхідних для здійснення правильного вибору товарів (робіт, послуг) із запропонованих на ринку, а також для оцінки договорів щодо їх придбання, які нерідко мають вид формуляра або іншу стандартну форму (ч.1 ст.634 ЦК України). Отже, для споживача існує ризик помилково чи навіть унаслідок уведення його в оману придбати не потрібні йому кредитні послуги. Тому держава забезпечує особливий захист більш слабкого суб'єкта економічних відносин, а також фактичну, а не формальну рівність сторін у цивільно-правових відносинах, шляхом визначення особливостей договірних правовідносин у сфері споживчого кредитування та обмеження дії принципу свободи цивільного договору. Це здійснюється через встановлення особливого порядку укладення цивільних договорів споживчого кредиту, їх оспорування, контролю за змістом та розподілу відповідальності між сторонами договору. Тим самим держава одночасно забезпечує добросовісного продавця товарів (робіт, послуг) від можливих зловжи-

вань з боку споживачів. Одним із проявів такого особливого захисту з боку держави позичальника-споживача як більш «слабкої» сторони в договорі є застосування до договорів про надання споживчого кредиту положень ЗУ «Про захист прав споживачів» про несправедливі умови. Так, умови договору є несправедливими, якщо всупереч принципу добросовісності його наслідком є істотний дисбаланс договірних прав та обов'язків на шкоду споживача. Кредитодавцю забороняється включати у договори із споживачем умови, які є несправедливими.

До несправедливих умов договорів із споживачами про надання споживчого кредиту відносяться, зокрема положення, згідно з якими: 1) для надання кредиту необхідно передати як забезпечення повну суму або частину суми кредиту чи використати її повністю або частково для покладення на депозит, або викупу цінних паперів, або інших фінансових інструментів, крім випадків, коли споживач одержує за таким депозитом, такими цінними паперами чи іншими фінансовими інструментами таку ж або більшу відсоткову ставку, як і ставка за його кредитом; 2) споживач зобов'язаний під час укладення договору укласти інший договір з кредитодавцем або третьою особою, визначеною кредитодавцем, крім випадків, коли укладення такого договору вимагається законодавством та/або коли витрати за таким договором прямо передбачені у складі сукупної вартості кредиту для споживача; 3) передбачаються зміни в будь-яких витратах за договором, крім відсоткової ставки; 4) встановлюються дискримінаційні стосовно споживача правила зміни відсоткової ставки. Прикладами несправедливих умов угод у фінансовій сфері можна назвати: безповоротне зобов'язання споживача виконувати умови договору, з якими він не мав можливості ознайомитися до укладення договору; зміни у витратах, зокрема, за обслуговування кредиту та за дострокове погашення кредиту, якщо вони визначені формулою зі змінними величинами. Якщо положення договору визнано несправедливим, включаючи ціну договору, таке положення може бути змінено або визнано недійсним.

Також ЗУ «Про захист прав споживачів» містить положення про окремі нікчемні положення кредитного договору. Так, відповідно до ч.4 ст.11 вказаного закону кредитодавцю забороняється встановлювати у договорі про надання споживчого кредиту будь-які збори, відсотки, комісії, платежі тощо за дії, які не є послугою у визначенні цього Закону. Кредитодавцю забороняється встановлювати споживачу будь-яку додаткову плату,

пов'язану з достроковим поверненням споживчого кредиту. Умови договору про надання споживчого кредиту, які передбачають здійснення будь-яких платежів за дії, які не є послугою у визначенні ЗУ «Про захист прав споживачів», а також сплату споживачем будь-якої додаткової плати у разі дострокового повернення споживчого кредиту, є нікчемними.

Наведене надає можливість прийти до висновку, що положення про несправедливі умови, передбачені ч.5 ст.11 та ст.18 ЗУ «Про захист прав споживачів» дозволяють споживачу кредитних послуг забезпечити, при дотриманні формальної рівності сторін за кредитним договором, також і фактичну їх рівність. У разі порушення цієї вимоги, споживачу надаються додаткові засоби захисту своїх прав шляхом визнання несправедливих умов недійсними або їх зміни у судовому порядку, що, безумовно, посилює правову захищеність споживача. Цьому також сприяють положення закону про нікчемні умови кредитного договору, недійсність яких встановлена законом без необхідності звернення до суду.

Ясечко С. В., доцент кафедри охорони інтелектуальної власності, цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук, доцент

ЩОДО ІСНУВАННЯ ПРЕДМЕТА ПРАВОЧИНУ

Правочини є однією з базових категорій цивільного права оскільки обслуговують всі сфери цивільного обороту та розповсюджені практично в усіх підгалузях цивільного права. Це пов'язано з тим, що вони є одним із головних юридичних засобів установаження та визначення змісту правових зв'язків між учасниками цивільних правовідносин, засобом, з яким пов'язується динаміка цивільних правовідносин. Саме вони допомагають цивільному праву проявити себе як приватне право, де регулювання носить децентралізований характер.

Наведене вказує, що правочин, як юридична категорія, має особливу значимість для цивільного права. Не дивлячись на те, що в науці цивільного права було проведено ряд досліджень, присвячених цьому юридичному явищу, вважаємо, що актуальність продовження таких досліджень

не зникла. Це пов'язано з тим, що безперервний розвиток суспільних відносин вимагає постійної перевірки системи існуючих юридичних знань про правочини та їх зміст.

Аналіз наукових досліджень вказує на те, що перед теорією цивільного права постало питання щодо існування предмету правочину, як складової змісту. Частина дослідників вважає, що предмет має місце лише в договорах і не властивий одностороннім правочинам. Інші стверджують, що предмет є істотною умовою і в односторонніх правочинах.

Вважаємо, що саме остання точка зору заслуговує на підтримку. Це може бути підтверджено наступними міркуваннями.

1. Договір, будучи найбільш розповсюдженим різновидом правочину, являє собою домовленість двох чи більше сторін, спрямована на встановлення, зміну чи припинення цивільних прав та обов'язків¹.

Відповідно до ст. 638 ЦК України договір вважається укладеним, якщо між сторонами в належній формі досягнуто згоди з усіх істотних умов договору. Такими є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди. Таким чином за цією статтею безпосередньо виділена одна істотна умова, обов'язкова для будь-якого договору, умова про предмет.

2. Наведене поняття договору входить до системи, яка поділяється на поняття вищого, середнього та нижчого рівнів. Співвідношення між елементами такої системи мають підпорядковуватися діалектиці загального, особливого й окремого². Використовуючи зазначену тріаду діалектичних категорій, необхідно визнати, що правочин є поняттям вищого рівня (загальне), по відношенню до договору.

Договір-правочин – це поняття середнього рівня (особливе).

Окремі види договорів (купівля-продаж, міна, оренда підряд, позичка, позика тощо) – це поняття нижчого рівня (окреме). Таку систему може бути представлено й більш розгорнуто (деталізовано). Так, наприклад, юридичний факт – це загальне, правочин – особливе, договір – окреме, різновиди договорів – різновиди окремого.

3. Враховуючи ту обставину, що загальне завжди містить у собі ознаки (елементи) особливого, а особливе завжди містить ознаки (елементи)

¹ Советское гражданское право. – М., 1975. – С. 437.

² Керимов Д. А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права) / Д. А. Керимов. – М., 2000. – С. 139

окремого, то, відповідно до законів логіки, загальне має з необхідністю містити в собі ознаки (елементи) окремого. Отже, якщо предмет є істотною умовою (елементом змісту) договору-правочину, то її (його) не може не бути у правочині.

4. Подібного висновку можна дійти і за допомогою простого категоричного силогізму¹

Перший засновок. Предмет є істотною умовою будь-якого цивільно-правового договору.

Другий засновок. Договір є різновидом правочину, тобто будь-який договір – це правочин.

Висновок: якщо предмет є істотною умовою будь-якого договору, а будь-який договір – це правочин, то необхідно визнати, що предмет є істотною умовою будь-якого правочину.

5. Використовуючи зроблений висновок щодо предмету правочину в якості першого засновку, а таке просте атрибутивне висловлювання, як: «одним із різновидів правочину є односторонній правочин», то можна отримати наступний висновок.

Якщо предмет є істотною умовою будь-якого правочину, то предмет є істотною умовою й одностороннього правочину

Зроблені висновки вказують на необхідність подальших наукових досліджень розглянутих питань. Уявляється, що така потреба існує не тільки щодо з'ясування того, що є предметом правочину, а характеристики предмету односторонніх правочинів.

¹ Простий категоричний силогізм (грец. *συλλογισμός* – міркування) – це міркування, що складається з трьох простих атрибутивних висловлювань: двох засновків і одного висновку.

ЧАСТИНА ТРЕТЯ

Біленко М. С., науковий співробітник
Науково-дослідного інституту приватного
права і підприємництва імені ака-
деміка Ф. Г. Бурчака НАПрН України,
кандидат юридичних наук

ПОНЯТТЯ «РОДИЧІ» ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

У повсякденному житті, вживаючи термін родичі, ми не замислюємося над його змістом. Найчастіше для нас це всі ті, хто поруч, кого ми любимо, з ким щодня спілкуємося і підтримуємо. Отже, у наш час поняття «родичі» виконує у свідомості людей універсальну роль, що, в свою чергу, неможливо в праві, оскільки хаотичне вживання термінів призводить до неоднозначного тлумачення даного поняття і як наслідок – до порушень суб'єктивних прав. Така поняття, як родич, виявляється одним із ключових у праві, але в законі, як відомо, відсутнє його визначення. У науковій літературі теж немає єдиної думки з цього приводу. А тому постає нагальна потреба в чіткому окресленні такої категорії, як «родичі», і встановленні її місця у законодавстві України.

У юридичній літературі родинність розглядається як родинні зв'язки між людьми, що ґрунтується на походженні однієї особи від іншої чи кількох осіб від спільного прашура. Виникає так звана спорідненість – кровний зв'язок між людьми, із наявністю якого пов'язані виникнення, зміна чи припинення прав та обов'язків. Відносини людей, які засновані на кровній спорідненості як природному явищі будуть існувати завжди, а закон лише визначає, якому колу таких зв'язків надати правовий характер. Саме спорідненість є одним із найважливіших юридичних фактів у сімейному праві, з яким закон пов'язує настання різних юридичних наслідків. Вона є підставою виникнення комплексу особистих і майнових прав батьків і дітей, баби, діда, братів, сестер та інших родичів; права на захист інтересів родичів у суді; права на усиновлення дитини тощо. Юридичного значення кровне споріднення набуває лише у випадках, прямо передбачених законом. Так, встановлення родинних зв'язків між дитиною і батьками здійснюється шляхом внесення про це запису в сві-

доцтво про народження дитини. Також дане споріднення може слугувати і певною юридичною перешкодою для виникнення окремих сімейних правовідносин. Так, особи, які перебувають у спорідненості, в передбачених законом випадках не можуть укласти між собою шлюб. Спорідненість у своїй основі є категорією біологічною. Тому правомірним виявляється висновок про те, що не є родичами подружжя, а також усиновлювачі та усиновлені.

Дані дефініції використовуються не лише у сімейному законодавстві, а й властиві іншим галузям права: цивільному, трудовому, кримінальному, житловому тощо. Кожна галузь права вкладає в них свій зміст, що зумовлено як специфікою предмета і метода, так і метою, яка визначається. Але єдності в цих поняттях немає, що в свою чергу спричиняє невизначеність і плутанину як серед практикуючих юристів, так і серед теоретиків. Відносячи дане поняття до оціночних, законодавець рухається у бік невизначеності, яка в свою чергу є своєрідним способом закріплення дискреції у правовій нормі, що доволі часто призводить до помилок у праворозумінні.

Здавалося б, визначення такого поняття як «родичі» потрібно шукати в Сімейному кодексі України, так як саме сімейне право – це сукупність юридичних норм, які регулюють сімейні відносини. Проте не все так просто. Дефініція «родичі» в тексті Сімейного кодексу відсутня, хоча згадує законодавець про неї досить часто. Так, у ч. 1 ст. 1 зазначено, що Сімейний кодекс України визначає засади шлюбу, особисті немайнові та майнові права і обов'язки подружжя, підстави виникнення, зміст особистих немайнових і майнових прав та обов'язків батьків і дітей, усиновлювачів та усиновлених, інших членів сім'ї та родичів. Частина 4 ст. 2 зазначає, що Сімейний кодекс України не регулює сімейні відносини між двоюрідними братами та сестрами, тіткою, дядьком та племінницею, племінником і між іншими родичами за походженням. У переважній більшості своїх норм такі категорії, як родичі та близькі родичі використовує і Цивільний кодекс України. Так, у одному з підпунктів ч. 2 ст. 23 йдеться про те, що моральна шкода полягає у душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з протиправною поведінкою щодо неї самої, членів її сім'ї чи близьких родичів. Так, у ст. 68 Сімейного кодексу України містяться положення про те, що опікун, його дружина, чоловік та близькі родичі (батьки, діти, брати, сестри) не можуть укласти з підопічним договори, крім передання майна підопічному у влас-

ність за договором дарування або у безоплатне користування за договором позички. Застосовує дані поняття і житлове законодавство: «жиле приміщення зберігається за тимчасово відсутнім наймачем або членами його сім'ї понад шість місяців у випадку влаштування дитини (дітей) на виховання до родичів – протягом усього часу їх перебування у родичів» (ч. 3 ст. 73 Житлового кодексу УРСР від 30 червня 1983р. № 5464-X). Кодекс законів про працю теж містить норми, в яких вживаються дані категорії, саме: «у статті 25 встановлюються обмеження щодо спільної роботи родичів на підприємстві, в установах, організаціях. Власник вправі запроваджувати обмеження щодо спільної роботи на одному і тому ж підприємстві, в установі, організації осіб, які є близькими родичами чи свояками (батьки, подружжя, брати, сестри, діти, а також батьки, брати, сестри і діти подружжя), якщо у зв'язку з виконанням трудових обов'язків вони безпосередньо підпорядковані або підконтрольні один одному»; «Відпустки для догляду за дитиною можуть бути використані повністю або частинами також батьком дитини, бабою, дідом чи іншими родичами, які фактично доглядають за дитиною» (ст. 79 Кодексу законів про працю). Легальне поняття «близькі родичі» нам дає закон України «Про державний захист суддів, працівників апарату суду і працівників правоохоронних органів», в якому зазначено, що близькі родичі – це батьки, дружина (чоловік), діти, рідні брати і сестри, дід, баба, онуки, посягання на життя, здоров'я, житло і майно яких перешкоджає виконанню працівниками суду і правоохоронних органів покладених на них законом обов'язків і здійсненню наданих прав. У даному випадку законодавець надає подружжю статус близького родича, що по своїй природі суперечить логіці. Адже подружжям є сімейний союз жінки та чоловіка, зареєстрований в органі державної реєстрації актів цивільного стану. Кримінальний процесуальний кодекс України теж змішує та отожднює такі поняття, як близькі родичі та члени сім'ї, і невиправдано об'єднує дані поняття в одне ціле, зазначаючи в ст. 3, що близькі родичі та члени сім'ї це – чоловік, дружина, батько, мати, вітчим, мачуха, син, дочка, пасинок, падчерка, рідний брат, рідна сестра, дід, баба, прадід, прабаба, внук, внучка, правнук, правнучка, усиновлювач чи усиновлений, опікун чи піклувальник, особа, яка перебуває під опікою або піклуванням, а також особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом і мають взаємні права та обов'язки, у тому числі особи, які спільно проживають, але не перебувають у шлюбі.

З аналізу вищенаведених нормативно-правових актів нами вбачається, що законодавець дозволяє собі використовувати такі поняття, як родичі, близькі родичі, інші родичі як тотожні і навіть не намагається їх розмежовувати. Дана позиція викликає лише обурення, адже така категорія як родичі є загальним поняттям, яка в свою чергу включає в себе саме такі категорії, як близькі родичі та інші родичі. Тобто, дані поняття співвідносяться як єдине ціле і частини, і таке хаотичне застосування призводить до хибного праворозуміння. Категорія як явище може характеризуватись через ряд притаманних лише їй властивостей, які у своїй сукупності дають повну уяву про її сутність. На наш погляд, кожна з цих вищенаведених дефініцій, має своє власне визначення, властиве лише їй, і змішування, а тим паче ототожнення є вкрай неприпустимим.

Вважаємо, що поняття «родич» має міжгалузевий характер і повноцінно може застосовуватися як єдина категорія у різних галузях права. Тому узагальнюючи та переосмислюючи погляди щодо юридичного значення поняття «родичі», пропонуємо загальну наукову дефініцію, яка може бути закріплена в чинному сімейному законодавстві України, а саме: «родичі» – фізичні особи, природний зв'язок між якими ґрунтується на походженні один від одного або від спільних предків і має правове значення у випадках, передбачених законодавством. А також «близькі родичі» – це батьки, діти, рідні брати і сестри, дід, баба, онуки. В свою чергу іншими родичами будуть всі ті особи, які не зазначені у визначенні поняття «близькі родичі».

Грейдін О. І., асистент кафедри цивільно-правових та господарсько-правових дисциплін Кримського юридичного інституту Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, кандидат юридичних наук

ПРО ДОТРИМАННЯ ПРИНЦИПУ ПРОПОРЦІЙНОСТІ ПРИ ОБРАННІ ТА ЗАСТОСУВАННІ СПОСОБУ ЗАХИСТУ СУБ'ЄКТИВНОГО ПРАВА

Відповідно до статті 8 Конституції України в Україні визнається і діє принцип верховенства права. У Рішенні Конституційного Суду України

№ 15-рп/2004 від 2 листопада 2004 року зазначено: «верховенство права – це панування права в суспільстві. Верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності».

Однією зі складових принципу верховенства права є принцип пропорційності (соразмірності), який означає, що для досягнення певної мети органи влади не можуть накладати на громадян зобов'язання, які перевищують установлені межі необхідності, що випливають із публічного інтересу.

Принцип пропорційності у сукупності з іншими загально-правовими принципами має застосовуватися судами України при виборі того чи іншого способу захисту порушеного права, адекватному його змісту та ефективному для його поновлення.

Під способом захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів розуміються визначені законом або договором матеріально-правові заходи, спрямовані на відновлення (визнання) порушених (оспорюваних) прав та вплив на правопорушника. Перелік способів захисту, визначений статтею 16 ЦК України, не є вичерпним.

Дотримання принципу пропорційності при обранні та застосуванні способу захисту порушеного права означає, що такий вибір має бути об'єктивно виправданим, обґрунтованим, – тобто співрозмірним, та проходити перевірку за трьома критеріями: придатність, необхідність і заборона надмірності.

Проблема дотримання принципу пропорційності при здійсненні правосуддя судами України найбільш наочно набуває свій прояв при розгляді справ у сфері власності у контексті порушення права на мирне володіння майном, про що свідчить значна кількість правових прецедентів.

Право власності у цій доповіді матиме автономне значення, передбачене у частині першій ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції про захист прав і основних свобод людини від 20.03.1952 р., яке не обмежується правом власності на матеріальні блага і яке не залежить від формальної класифікації за національним правом. Зокрема, йдеться про комплекс прав орендаря або користувача земельної ділянки.

Виникнення права власності на певні об'єкти цивільних прав опосередковано рішеннями органів державної влади та місцевого самовря-

дування (державна реєстрація права, декларації про введення об'єкту нерухомості до експлуатації, рішення про зміну цільового призначення земельної ділянки, тощо).

Відповідно до ч. 1 ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції про захист прав і основних свобод людини від 20.03.1952 р. кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений свого майна інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом або загальними принципами міжнародного права.

Відповідно до частини 4 статті 41 Конституції України ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Право приватної власності є непорушним.

Ураховуючи той факт, що судами України за позовами прокуратури все частіше приймаються рішення про повернення земель із приватної до державної або комунальної власності, органами ДАБК за приписами прокуратури скасовується реєстрація декларацій про готовність об'єкту до експлуатації із наступним зверненням прокурора до суду про визнання недійсним та скасування свідоцтва про право власності або рішення про державну реєстрацію права, або інших пов'язаних рішень органів державної влади або місцевого самоврядування, необхідно визначити межі допустимого (розумного) втручання держави у справи власника, виходячи із принципу пропорційності суспільних та приватних інтересів.

Спільними рисами багатьох судових рішень українських судів є обґрунтування у мотивувальній частині незаконності спірних рішень та недійсності договорів відсутністю наданих органам державної влади та місцевого самоврядування на це повноважень.

Найбільш повну та об'єктивну оцінку діям органів державної влади та місцевого самоврядування у подібних відносинах дає доктрина «*Ultra vires*», яка сформувалася у середині XIX сторіччя у судах Загального права у Великобританії у справах, пов'язаних з визнанням незаконними актів, прийнятих залізничними та іншими компаніями, утвореними за рішеннями Парламенту. Вона створювалася для регулювання корпоративної діяльності та містила положення про законні правомочності органів публічної влади.

Відповідно до положень зазначеної доктрини незаконні акти заборонені законом, у той же час як акт «*Ultra vires*», може бути виданий відповідно до норм права, однак, при цьому, порушує визначені правові норми або принципи права тим, що прийнятий і діє без наявності відпо-

відних повноважень у особи, або функціонує не у тому напрямку, яку передбачає мета та процедура, коли він приймався. Іншими словами, «незаконність» виходить від природи акту, який порушує закон, у той же час, як акт «Ultra vires», у вузькому смислі, виникає у результаті перевищення меж повноважень на прийняття такого акту. Також актом «Ultra vires», судова практика (справа *Ashby Railway Carriage and Iron Co. Ltd. vs. Rich*) визнає такий акт, що був прийнятий суб'єктом без наявності відповідних повноважень, але був направлений на досягнення мети, задля якої відповідний суб'єкт існує згідно установчих актів. Це правило використовується, навіть, якщо прийняття акта носило допоміжний характер для досягнення мети.

Тобто, питання про незаконність акту корпорації, у тому числі рішення щодо розпорядження земельною ділянкою органами державної влади або місцевого самоврядування, пов'язано із порушенням такими актами норм права, у той же час як питання про існування акту «Ultra vires» пов'язано з наявністю законної компетенції та повноважень на видання такого акту.

Досліджуючи положення доктрини «Ultra vires», практики Європейського суду з прав людини, можна дійти висновку, що втручання в право на мирне володіння майном повинно бути здійснено з дотриманням «справедливого балансу» між вимогами загального інтересу суспільства та вимогами захисту основоположних прав особи (див., серед інших, рішення у справі «Спорронг та Лоннрот проти Швеції» (*Sporrong and Lonnroth v. Sweden*), від 23 вересня 1982 року, Series A no. 52, р. 26, параграф 69; рішення у справі «Україна-Тюмень» проти України» (*Ukraine-Tyumen v. Ukraine*), N 22603/02, п. 55, від 22 листопада 2007 року).

Порівняння судової практики українських судів та Європейського суду з прав людини дозволяє дійти висновку неоднакового застосування судами норм матеріального права та про порушення національними судами Статті 1 Протоколу 1 Конвенції про захист прав і основних свобод людини від 20.03.1952 р. та статті 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 року № 3477-IV, відповідно до якої суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права.

Для уникнення порушень прав та свобод осіб у подібних відносинах, судам України слід здійснювати перевірку, чи було дотримано необхідного балансу в спосіб, сумісний з правом особи на «мирне володіння майном»

в розумінні першого речення статті 1 Першого протоколу (див. рішення у справі «Звольски та Звольська проти Республіки Чехія» (Zvolsky and Zvolska v. the Czech Republic), N 46129/99, параграф 69, ECHR 2002-IX, рішення у справі «Україна-Тюмень» проти України» (Ukraine-Tyumen v. Ukraine), N 22603/02, п. 56, від 22 листопада 2007 року).

Долгополова Л. М., асистент кафедри цивільного права № 1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, кандидат юридичних наук

ДО ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ КАТЕГОРІЇ ТОРГИ

Торги як особливий механізм вчинення правочину використовують у різних сферах правового регулювання: в приватно – правовій сфері, при проведенні торгів комерційними організаціями з метою укладення договору з іншими суб'єктами правовідносин, в публічно-правовій сфері – при реалізації на торгах майна, на яке звернуто стягнення в процесі виконавчого провадження. У зв'язку з цим виникла нагальна необхідність визначення юридичної природи та місця торгів в системі права. Українське законодавство не містить визначення поняття «торги». Проте слід зазначити, що відсутність легальної дефініції поняття «торги» властиво не тільки вітчизняному законодавству, тому не може розцінюватися як його недолік. Так законодавство Франції та Німеччини розкриває зміст поняття торги через процедуру проведення торгів і не містить відповідної дефініції.

Аналогічна ситуація спостерігається і в британському законодавстві.

Цивільні кодекси країн пострадянського простору або взагалі не містять дефініції і навіть регламентованої процедури проведення торгів (Естонія, Україна), або містять лише вказівку на певну визначену кількість випадків застосування торгів (Латвія, Казахстан). В деяких кодексах є загальні положення, що характеризують види торгів і порядок їх проведення, уникаючи їх визначень (Росія, Армения).

Беручи до уваги розповсюджену практику використання торгів при вчиненні правочину, вбачається необхідним існування на законодавчому рівні чіткого визначення поняття торгів, що було б корисним для правозастосовчої практики.

В науці це питання залишається дискусійним через багатоаспектність поняття торгів, що істотно ускладнює формування прийнятної дефініції і наступної регламентації відповідної категорії на законодавчому рівні.

В науковій літературі пропонуються три основні підходи до розуміння поняття торгів. Їх розглядають як механізм укладення цивільно-правового договору, а також у якості юридичного факту. Поширеною є позиція вчених, які заперечують можливість розглядати торги у якості способу укладення договору, акцентуючи при цьому увагу на упорядковану взаємодію елементів, що складають відповідний механізм, тобто пропонують розглядати торги не як спосіб, а як механізм укладення договору. Елементами цілісного механізму торгів є: односторонній правочин організатора торгів – оголошення про проведення торгів; односторонній правочин учасника торгів під відкладальною умовою – заява про участь у торгах; третій елемент – процедура; четвертий елемент – договір, що укладається між присутніми, а тому є таким, що не потребує наявності offerти і акцепта.

Наведена позиція відтворює змістовний підхід до визначення поняття торгів, а саме їх розгляд з точки зору правової природи відносин та їх елементів. Однак розгляд торгів у якості способу і у якості механізму укладення договору як два взаємовиключні підходи, вбачається неправильним.

Механізм – внутрішня побудова, система функціонування об'єкту. Спосіб – той або інший порядок, образ дій, метод при виконанні відповідної роботи, з метою досягнення мети.

Таким чином, на нашу думку, торги можна розглядати і як механізм, і як спосіб – тобто особливий порядок, послідовність дій по вчиненню правочину, адже торги являють собою відповідну протяжну у часі послідовність дій, результатом чого є укладення договору. З іншого боку, якщо аналізувати торги як правову конструкцію, не беручи до уваги часовий фактор, їх можна розглядати як внутрішню будову системи по укладенню договору, тобто як механізм.

Наведені підходи визначають зміст поняття «торги», враховуючи різні характеристики цього правового явища. Основним недоліком наведених визначень є концентрація лише на особливостях правової природи окремих елементів, що складають систему правовідносин по укладенню договорів за результатом проведення торгів. Визначення поняття торгів, виходячи з правової природи відносин, що виникають при їх

проведенні, вбачається можливим. Проте така дефініція орієнтована значною мірою на внутрішню структуру поняття, а не на цілісне сприйняття торгів.

Якщо розглядати торги у зовнішньому їх прояві, можна констатувати, що торги є способом укладення договору, який щільно пов'язаний з основними ринковими законами, що проявляється у притаманній торгам конкуренції. В науковій літературі торги визначають як процес вибору організатором торгів (одним з контрагентів майбутнього договору) іншого контрагенту, участь у договорі якого найкращим чином відповідало б інтересам організатора. У якості однієї з головних ознак торгів зазначають специфічну процедуру їх проведення: «торги як спосіб укладення правочину – відповідного виду дії, завдяки яким досягається взаємоузгоджена воля сторін, що має вигляд відповідної форми». А де ж посилення? Хто це сказав?

Всі наведені визначення вбачаються правильними, проте складно не помітити використання тільки одного з елементів родового визначення, що більшою мірою відповідає принципам формальної логіки.

З точки зору родового визначення торги (вид) являють собою один із способів укладення договору (род), що ініціюється однією з потенційних сторін договору (за її дорученням або на підставі публічного примусу), такі що відрізняються наявністю конкуренції між потенційними контрагентами, які бажають бути стороною у договорі, і усвідомлення ними наявності конкуренції (видова ознака).

Наведена дефініція консолідує в собі основні риси усіх підходів до визначення поняття торгів, характеризуючи їх функціональну спрямованість як юридичної конструкції, особливості відносин між учасниками відповідного правовідношення (по проведенню торгів) і співвідношення торгів з вчиненням правочину. Вбачається доцільним закріпити поняття торгів у вигляді родового визначення на рівні ЦК.

При визначенні торгів як способу укладення договору акцент робиться на цивільно-правову природу правочину. Проте необхідно зазначити, що торги використовують і в публічно-правових галузях (виконавче провадження, банкрутство). При використанні механізму торгів в межах публічного права вони набувають відповідної специфіки, наприклад, в частині правового положення суб'єктів правовідносин й інших процедурних особливостей. Проте стверджувати, що торги є не тільки приватно-правовим, а й комплексним (міжгалузевим) інститутом вбачається

неправильним. Попри специфіку субординаційного положення суб'єктів публічного права торги як цивільно-правовий інститут зберігають власну правову природу навіть при їх застосуванні в публічних правовідносинах.

Евков А. Н., ассистент кафедры гражданского права № 2 Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого, кандидат юридических наук

ПРОБЛЕМЫ УРЕГУЛИРОВАНИЯ ТЕРРИТОРИАЛЬНОГО АСПЕКТА ИСЧЕРПАНИЯ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫХ ПРАВ НА ОБЪЕКТЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ В МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫХ АКТАХ

Принцип исчерпания исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности состоит в ограничении исключительных прав правообладателя, которые связаны с последующим оборотом материальных носителей охраняемых объектов после их первого правомерного отчуждения (например, ч. 6 ст. 16 Закона Украины «Об охране прав на знаки для товаров и услуг»).

В то же время права на объекты интеллектуальной собственности изначально территориально ограничены и для признания таких прав в другом государстве необходимо соответствующее двустороннее или многостороннее соглашение. Поэтому сложность вызывает вопрос применимости принципа исчерпания прав в отношении товаров, правомерно введенных в гражданский оборот в ином государстве, и, соответственно, определение правомерности параллельного импорта (реимпорта) таких товаров.

С точки зрения территориального аспекта применения рассматриваемого принципа можно выделить исчерпание исключительных прав в национальном, региональном и международном масштабах. В законодательствах различных государств территориальный аспект действия принципа исчерпания регулируется по-разному и закрепляются различ-

ные территориальные модели исчерпания в отношении различных объектов интеллектуальной собственности.

Однако такая дифференциация во многом не соответствует реалиям современных условий экономической и политической интеграции, мировым торгово-экономическим процессам, что приводит к необходимости установления единого унифицированного подхода к применению принципа исчерпания. В связи с этим большую актуальность имеет проблема урегулирования и унификации территориального аспекта принципа исчерпания прав в международных нормативных актах.

Следует отметить, что в настоящее время территориальный аспект исчерпания прав на международном уровне практически не урегулирован, поскольку в основных международных нормативных актах, регулирующих отношения в сфере охраны интеллектуальной собственности, не содержится норм, направленных на его унификацию. Так, Бернская Конвенция по охране литературных и художественных произведений и Международная конвенция об охране прав исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций (Римская конвенция) не охватывают вопрос исчерпания прав. Не содержит норм, направленных на унификацию принципа исчерпания прав интеллектуальной собственности, и Парижская конвенция по охране промышленной собственности.

Договор ВОИС об авторском праве (ч. 2 ст. 6) и Договор ВОИС об исполнениях и фонограммах (ч. 2 ст. 8) специально предусматривают, что ничто в данных Договорах не влияет на свободу договаривающихся сторон определять или не определять условия, на которых применяется исчерпание права на распространение.

Проблема урегулирования территориального аспекта действия принципа исчерпания прав была и остается актуальной и в странах Европейского Союза. На данный момент региональная модель принципа исчерпания нашла свое отражение в большинстве Директив ЕС и других актах коммунитарного законодательства, чему во многом способствовала практика Суда ЕС по рассмотрению споров, связанных с параллельным импортом. В данных документах закреплено указание на введение товаров в оборот на территории государств – членов ЕС, что дает основания для применения именно внутриевропейского исчерпания прав.

Надо отметить, что Директивы ЕС не имеют прямого действия в государствах-участниках. Однако те требования, которые содержатся в Директивах, все же являются обязательными в том смысле, что они

должны в той или иной форме быть выполнены государствами – членами ЕС. В связи с этим после принятия Комиссией ЕС Директив, устанавливающих региональный принцип исчерпания, соответствующие положения были имплементированы в национальные законодательства государств – членов Сообщества.

Необходимо рассмотреть также вопрос об урегулировании территориального аспекта исчерпания исключительных прав в рамках Евразийской патентной конвенции, подписанной 9 сентября 1994 г. в Москве и участниками которой являются большинство стран СНГ.

Согласно ст. 19 Патентной инструкции к Евразийской патентной конвенции не признаются нарушением евразийского патента действия с продуктом, содержащим запатентованное изобретение, после того, как этот продукт введен в хозяйственный оборот самим патентовладельцем или с его согласия в том Договаривающемся государстве, где действует евразийский патент и в котором было осуществлено такое введение в хозяйственный оборот. Несмотря на некоторую неясность формулировки, она дает основания считать, что дальнейшие действия с введенным в оборот продуктом могут осуществляться только на территории того государства, в котором произошло первоначальное введение продукта в оборот (национальное исчерпание).

Следует также отметить, что Украина подписала данную Конвенцию, однако до настоящего момента не ратифицировала ее, в связи с чем на территории Украины Евразийская патентная конвенция не действует.

Особого рассмотрения заслуживает принятое в 1994 г. Соглашение о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности (Соглашение TRIPS), которое ставит своей главной задачей гармонизацию законодательства в области интеллектуальной собственности. Несмотря на заявленные цели, Соглашение TRIPS хотя и упоминает о принципе исчерпания, тем не менее в ст. 6 содержит прямой отказ занять какую-либо позицию в отношении этого ключевого вопроса. Это дает членам ВТО возможность придерживаться собственного узкого или широкого толкования принципа исчерпания без опасения быть вовлеченными в торговые споры или обвиненными в ограничении торговли.

В настоящее время законодатели многих государств активно обсуждают проблему выработки единых подходов к вопросу гармонизации принципов исчерпания прав на объекты интеллектуальной собственности. Отсутствие единого мнения объясняется не только традиционным

противостоянием развитых и развивающихся стран, но и разницей во взглядах на эту проблему среди развитых государств. Высказываются мнения как в поддержку международного исчерпания прав (расширение международной торговли, повышение конкуренции), так и в пользу национальной и региональной моделей (защита интересов правообладателей, усиление борьбы с контрафактной продукцией и др.).

В отсутствие урегулирования данного вопроса на уровне универсальных международно-правовых актов установление той или иной унифицированной модели исчерпания прав возможно либо путем одностороннего введения указанного принципа (что актуально, например, для стран ЕС), либо путем заключения двухсторонних и многосторонних договоров. Однако одностороннее установление той или иной модели окажет негативное влияние на внешнюю торговлю и осложнит отношения с основными торговыми партнерами. А подписание двухсторонних договоров может вступить в противоречие с положениями ст. 4 Соглашения TRIPS, согласно которому любые выгоды, льготы, привилегии в отношении охраны прав интеллектуальной собственности, предоставляемые одним государством-членом другому участнику Соглашения, немедленно и безоговорочно распространяются на все государства, подписавшие данное Соглашение.

Таким образом, на данном этапе наиболее реальным и взаимовыгодным путем решения рассматриваемой проблемы может стать подписание многосторонних соглашений в рамках Соглашения TRIPS.

Іванова К. Ю., асистент кафедри цивільного права №2 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, кандидат юридичних наук

ДОГОВІРНИЙ МЕХАНІЗМ РЕГЛАМЕНТУВАННЯ ІННОВАЦІЙНИХ ВІДНОСИН

Визнання пріоритетності інноваційного розвитку вітчизняних господарюючих суб'єктів і проголошення державної політики, спрямованої на інноваційну модель економічного розвитку, потребує розробки відпо-

відного механізму регулювання договірних зобов'язань в інноваційній сфері.

На законодавчому рівні процес створення і впровадження інновацій (інноваційний процес) розглядається як єдиний, що поєднує здійснення організаційних заходів і певну послідовність етапів (стадій), які проходить абстрактна інноваційна ідея – новація до свого втілення в реальний кінцевий продукт, придатний до впровадження, – кваліфіковане нововведення – інновацію. Структура інноваційного процесу включає наступні стадії: ініціацію інновації; її маркетинг; випуск (виробництво); реалізацію; оцінку економічної ефективності; дифузію (поширення) інновації. Для стадій інноваційного циклу характерна варіативність, залежно від чого інноваційний цикл може бути або повним, або усіченим (частковим). Повний інноваційний цикл – це процес, який проходить наступні стадії: 1) створення інноваційного об'єкту (інноваційного продукту або інноваційної розробки), робота над яким може починатися зі створення об'єкта права інтелектуальної власності, якщо його не існує; 2) впровадження інноваційного об'єкту як інновації; 3) розповсюдження інноваційної продукції. Неповний інноваційний цикл охоплює лише ті стадії, які необхідні для досягнення кінцевого результату, який був його метою.

Інноваційний цикл знаходиться в динаміці, а тому зміна його стадій охоплюється поняттям механізму реалізації, серед складових якого одне з головних місць посідає договірний механізм. Договірне регулювання нових і недостатньо розвинених відносин у сфері інноваційної діяльності має спиратись на чітко визначені в законодавстві моделі зв'язків, реалізація яких здатна забезпечити інтереси творців, інших правовласників об'єктів інтелектуальної власності, осіб, що створюють інноваційні продукти, здійснюють їх передачу, впровадження у виробництво тощо.

Договори, які укладаються в інноваційній сфері, різноманітні за своїм спрямуванням і правовою природою, їх перелік не є вичерпним, але головною системоутворюючою ознакою, яка дозволяє об'єднати усі ці договори під загальною назвою «договори інноваційного характеру» серед інших господарських договорів, є зв'язаність учасників інноваційного процесу інноваційним циклом, який складається із стадій, кожна з яких знаходить свій прояв у тому чи іншому з різновидів договорів інноваційного характеру.

Для класифікації договорів, які опосередковують здійснення тієї чи іншої стадії інноваційного циклу, слід застосовувати комплексний (ком-

бінований) підхід, критеріями якого є: стадійність інноваційного циклу; інноваційна складова в предметі договору, що укладається на тій чи іншій стадії; спрямованість договору на отримання конкретного результату; а також результат, отриманий на кожній із стадій інноваційного циклу.

За критерієм спрямованості на отримання кінцевого результату (інноваційного об'єкту) договори інноваційного характеру поділяються – на договори інноваційного типу і супутні (допоміжні) договори.

Договори інноваційного типу – це договори, які безпосередньо пов'язані зі створенням інноваційних об'єктів (договір на створення інноваційного об'єкту; договір на передачу інноваційного об'єкту).

Супутні (допоміжні) договори, перелік яких не є вичерпним, – це окремі договори про надання послуг, виконання робіт, щодо розпорядження правами інтелектуальної власності, які опосередковують інноваційний цикл (договори: на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт; авторського нагляду; довірного управління майновими правами інтелектуальної власності; про надання послуг зі сертифікації інноваційної продукції; про надання патентно-ліцензійних послуг; страхування інноваційних ризиків; інформаційного пошуку та інші).

За критерієм динаміки інноваційного процесу (його стадійності) договори інноваційного характеру поділяються – на договори, які опосередковують стадію створення інноваційного об'єкту, і договори, які опосередковують стадію впровадження інноваційних об'єктів.

Договори інноваційного типу укладаються лише на стадії створення інноваційних об'єктів, тоді як супутні – і на стадії створення інноваційних об'єктів, і на стадії впровадження інноваційних об'єктів як інновацій. Це більш технічна стадія, аніж творча, тому договори, що її опосередковують, це, як правило, договори підрядного типу, зокрема, договори інжинірингу, з виконання пусконаладжувальних робіт, стандартизації, а також надання різноманітних послуг, зокрема, послуг з авторського нагляду, оціночних, маркетингових, рекламних, страхування інноваційних ризиків тощо.

На першій стадії інноваційного циклу – стадії створення інноваційного об'єкту (інноваційного продукту або інноваційної розробки) відбувається не тільки розробка нового продукту, а й відповідне його оформлення як об'єкта права інтелектуальної власності, а також доведення до рівня інноваційного об'єкту, оскільки розробка – це лише можливість

використання його в найрізноманітніших сферах виробничої діяльності. Якщо основою отриманого продукту є об'єкт права інтелектуальної власності, то на цій стадії відбувається його доробка до рівня інноваційного продукту з урахуванням специфіки конкретної сфери використання. Результат, який може бути отриманий на цій стадії, отримує назву інноваційного об'єкту (інноваційної розробки або інноваційного продукту) і повинен відповідати меті замовника.

До групи договорів, які опосередковують стадію створення, відносяться: договір НДДКТР; договір на створення інноваційного продукту (інноваційної розробки) (не врегульований на рівні закону); договори про розпорядження майновими правами інтелектуальної власності; договори про надання різноманітних послуг в сфері патентно-ліцензійної діяльності, зокрема, послуги з інформаційного пошуку, експертизи, реєстрації; договір про передачу «ноу-хау». Однак створення за завданням замовника інноваційного об'єкту може привести і до створення ряду супутніх охороноздатних або неохороноздатних об'єктів права інтелектуальної власності. Тому, як наслідок, на цій стадії можливо укладення договорів, які забезпечують проведення патентно-ліцензійної діяльності відносно супутніх охороноздатних об'єктів.

При повному інноваційному циклі для оформлення та охоплення правовим зв'язком всіх відносин, які складаються протягом його реалізації, доцільно використовувати конструкцію рамкового (основного) договору, що являє собою договір, метою якого є організація тривалих ділових зв'язків у вигляді потоку різноманітних відносин шляхом укладення (як правило, між тими ж сторонами) договорів-додатків, окремі умови яких узгоджуються в основному договорі.

Карнаух Б. П., асистент кафедри цивільного права № 1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

АНТИНОМІЯ ОБ'ЄКТИВНОГО І СУБ'ЄКТИВНОГО В ЦИВІЛІСТИЧНОМУ ПОНЯТТІ НЕОБЕРЕЖНОСТІ

Необережність – поняття заперечне: воно означає відсутність належної обережності. А отже, виходить, щоби констатувати необережність, нале-

житись зіставити поведінку відповідача з мірилом належної обережності, для чого, певна річ, необхідно перше змоделювати саме це мірило. Обережність у юридичному сенсі – то є уважне ставлення, пильнування інтересів іншого, охоронюваних правом, хай то інтереси абсолютні, чи такі, що виникли з договору. Що може свідчити про недбале ставлення особи до своїх обов'язків і чужих прав? Очевидно, той факт, що особа не робить того, що *можна було б зробити*. Відтак, аби встановити необережність, необхідно порівняти те, що особа зробила, із тим, що можна було б іще зробити, аби не допустити правопорушення. Якщо страчених можливостей не знайдеться, особа невинувата. Якщо знайдуться – слід констатувати необережність. Але головна проблема в тому – як потрактувати вираз «те, що *можна* було б іще зробити». Кого в дійсності стосується цей на папері безособовий зворот? Можна було б зробити *кому*?

Перший варіант відповіді: особа вважається такою, що діяла необережно, якщо вона не вжила тих заходів, яких могла б ужити на її місці *будь-яка розумна людина*. Іншими словами, поведінку відповідача необхідно порівнювати з гіпотетичною моделлю поведінки уявного персонажа – будь-якої розумної людини. Таке мірило, чи критерій, є об'єктивним, позаяк будь-яка розумна людина має з конкретним відповідачем спільного не більше ніж з будь-ким іншим, окрім, звісно, того, що вона «діє» за аналогічних зовнішніх (!) обставин. В англо-американській доктрині розуміння критерію необережності саме як об'єктивного мірила є традиційним. Такий же підхід, зорієнтований на оцінку зовнішніх фактичних обставин, закріплено й у статтях 4:101, 4:102 Принципів європейського деліктного права. Подібним чином установлювали необережність і юристи Давнього Риму, але тоді за зразок правив *bonus paterfamilias, diligens paterfamilias* – справний господар, дбайливий хазяїн.

Проте існує і протилежний варіант відповіді на поставлене запитання: необережністю визнається нежиття лише тих заходів, яких могла вжити *саме ця конкретна особа*, неповторний індивід з усіма притаманними йому властивостями, рисами й особливостями. Так, на думку Б. С. Антимонова, «від кожного слід вимагати, щоби він діяв зі знанням розпочатої справи, вживаючи тієї дбайливості... на котру він, живий, конкретний чоловік тільки здатен у певних умовах даного випадку». «Від кожного – за його здібностями».

Утім з обома означеними підходами навряд чи можна погодитися беззаперечно. З одного боку, чи можна поставити за вину незрячому потер-

пілому той факт, що він не помітив вибоїни на хідникові, мотивуючи це тим, що будь-яка середня (і зряча) розумна людина вибоїну би помітила? Звісно, що ні. Це було б несправедливо. А тому поняття просто *будь-якої* розумної людини на практиці виявляється занадто широким і потребує доповнень окремими юридично значущими властивостями конкретного відповідача. Справді, не можна ж рівняти поведінку фахового адвоката при виконанні договору про надання юридичних послуг до поведінки *будь-якої* розумної людини. Її треба рівняти до поведінки будь-якого добросовісного і розумного адвоката. Через те усі без винятку прибічники об'єктивного критерію необережності визнають необхідність його диференціації, тобто необхідність при моделюванні мірила належної дбайливості враховувати окремі юридично важливі особливості конкретної особи-відповідача.

З іншого боку, коли враховувати геть усі особливості конкретної особи, включно з характерним нехлюйством і хронічною розпорошеністю уваги, то завжди можна буде дійти висновку, що ця «конкретна жива особа» і не могла вчинити ніяк інакше, аніж так, як вона вчинила. За такого підходу загальний брак професіоналізму чи досвіду цілком можна було б визнати за особливість конкретного боржника, що, будучи врахованою при визначенні його можливостей, звільняє його від відповідальності. Розуміючи це, прибічники суб'єктивного критерію, як і їх опоненти, вимушені робити серйозні застереження до своєї вихідної тези й наголошувати на важливості врахування об'єктивних обставин – вимог, що слідують із самої суті діла, вимог, подиктованих характером діяльності чи зобов'язань відповідача.

Протириччя між об'єктивним і суб'єктивним критеріями необережності – це прояв фундаментальної антиномії в праві. Ідея справедливості містить нездоланне протириччя – протириччя поміж рівністю і нерівністю. Мовою діалектики, справедливість – це синтез понять «рівність» (теза) і «нерівність» (антитеза). Рівність і нерівність є моментами буття вищого поняття – справедливості, адже справедливість означає «кожному своє», себто рівним – рівне, а нерівним – нерівне. Ставиться геть до всіх однаково – так само несправедливо, як і ставитися до кожного по-різному. А отже, належить бути як рівним, так і нерівним. Очевидно, «рівним» і «нерівним» не загалом, а з точки зору якогось аспекту, що має значення для вирішення конкретного питання. Тому всі особливості окремої особи мають бути знехтувані, окрім тих які стосуються аспекту, релевантного в контексті розв'язання певної, визначеної задачі розподілу.

Загалом кажучи, у понятті вини – намагання права конкретизувати справедливість стосовно кожного випадку, намагання врахувати все, що важить. Поняття вини, неначе графік алгебраїчної функції, нескінченно стремить до асимптоти індивідуалізованої, конкретної справедливості, ніколи так і не досягаючи її остаточно.

Тому, сама сутність справедливості й права як інституціоналізації справедливості вимагає врахування як об'єктивних, так і деяких значущих суб'єктивних факторів при встановленні необережності. Це підтверджує і проведений нами огляд наукових концепцій: ані погляд, орієнтований на об'єктивний критерій, ані погляд, орієнтований на суб'єктивний критерій, не обходяться без відступів у протилежний бік.

На наш погляд, критерієм необережності мають слугувати розумні очікування, – на розвиток, закріпленого у статті 3 ЦК України, принципу розумності. Цебто необережність слід констатувати в разі, коли а) особа не вживає розумно очікуваних від неї заходів і б) немає доказів, які би свідчили про наявність умислу в її діях.

Критерій розумного очікування передбачає врахування об'єктивних і допускає врахування деяких суб'єктивних факторів. Цим він і відрізняється від критерію розумної людини, за змістом якого важать лише змінені об'єктивні обставини справи, тоді як сама розумна людина залишається константою в розрахунках. Натомість при визначенні, чого можна розумно очікувати від особи, враховуються не лише обставини, в яких вона діє, але й окремі релевантні характеристики самої особи.

Кочин В. В., старший науковий співробітник відділу проблем приватного права Науково-дослідного інституту приватного права імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, кандидат юридичних наук

СТАТУС ОСОБИ ЯК ПІДСТАВА УЧАСТІ У ЦИВІЛЬНИХ ВІДНОСИНАХ

Ведучи мову про реального учасника цивільних відносин, маємо на увазі категорію «особа». Ю. С. Гамбаров зазначав, що людську особистість називають особою або юридичною особистістю, що надає змогу

персоніфікувати суб'єкта права і є одним із найбільш загальних положень права незалежно від його історичного розвитку¹. Незважаючи на універсальність категорії «особа», для участі в окремих приватних відносинах виникає необхідність набуття відповідного статусу. Статус (лат. status – становище) є правовим становищем (сукупністю прав та обов'язків) фізичної чи юридичної особи. При цьому виникає запитання стосовно співвідношення категорії «особа» та статусу особи.

Так, у юридичній літературі С. Ю. Телицин нещодавно висловив думку, що правовий статус є сукупністю правових засобів, які закріплюють моделі можливої та належної поведінки, які допускаються діючим законодавством. Тим самим статус визначається як правові засоби, правоздатність – моделі правовідносин, секундарні права – моделі секундарних прав². Однак така думка щодо правового статусу є не зовсім виправданою. О. Ф. Скаун розглядає правовий статус особи як систему закріплених у нормативно-правових актах і гарантованих державою прав, законних інтересів і обов'язків, відповідно до яких особа як суб'єкт права (тобто суб'єкт, що має правосуб'єктність) координує свою поведінку в суспільстві³. Таким чином, правосуб'єктність особи є передстатусним елементом особи, натомість статусними елементами є суб'єктивні права, інтереси, обов'язки.

Внаслідок такого розуміння співвідношення правосуб'єктності особи визначення «цивільно-правовий статус особи» є недоцільним, оскільки особа, власне, є правосуб'єктним учасником цивільних відносин, тобто має належний комплекс прав та обов'язків, необхідних для участі у цивільних відносинах. Статус має вирішальне значення для деталізації суб'єктних прав та обов'язків в окремих видах приватних відносин.

Законодавством визначено статуси фізичної особи (малолітня особа, неповнолітня особа, обмежено дієздатна чи недієздатна особа, фізична особа – підприємець) та юридичної (банк, фінансова установа, тощо), і наявність того чи іншого статусу пов'язується зі здійсненням відповідних цивільних прав та обов'язків. Тому при набутті фізичною особою статусу неповнолітньої чи повнолітньої не змінює її цивільну правоздатність,

¹ Гамбаров Ю. С. Курс гражданского права. Т. 1. Часть общая / Ю. С. Гамбаров. – СПб.: Тип. М. М. Стасюлевича, 1911. – XII, – с. 445.

² Телицин С. Ю. Гражданско-правовой статус предпринимателя: монография. – М.: Юрилитинформ, 2013. – с. 16.

³ Скаун О. Ф. Теория держави і права (енциклопедичний курс): Підручник. – Харків: Еспада, 2006. – С. 571.

а лише форму участі у цивільних відносинах. Така сама ситуація присутня і у статусі юридичної особи, оскільки держава, передбачаючи статус банку, визначає механізм існування банківської системи, однак не регулює цивільну правосуб'єктність банку як юридичної особи.

На практиці неправильне розуміння співвідношення категорії правосуб'єктності та окремого (спеціального чи галузевого) статусу особи призводить до висловлення правових позицій, які важко навіть порівняти не лише з доктринальними, а й законодавчими положеннями цивілістики. Останнім таким прикладом є правова позиція, яка висловлена Верховним Судом України в Постанові від 4 грудня 2013 року у справі №6-125цс13.

Верховний Суд України висловив таку правову позицію: «З огляду на положення ст. 51, 52, 598–609 ЦК України, ст. 47–49 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» однією із особливостей підстав припинення зобов'язань для фізичної особи – підприємця є те, що у разі припинення суб'єкта підприємницької діяльності – фізичної особи (виключення з реєстру суб'єктів підприємницької діяльності) її зобов'язання за укладеними договорами не припиняються, а залишаються за нею як за фізичною особою, оскільки фізична особа не перестає існувати. Фізична особа – підприємець відповідає за своїми зобов'язаннями, пов'язаними з підприємницькою діяльністю, усім своїм майном».

Аналізуючи назване рішення, доходимо висновку, що Верховним Судом України фактично проігноровано статус фізичної особи – підприємця, зважаючи на таке: 1) відповідно до ст. 50 ЦК України фізична особа має право на здійснення підприємницької діяльності, тобто одержує у встановленому законом порядку права та обов'язки суб'єкта підприємницької діяльності (зокрема, бере участь у договірних відносинах як суб'єкт підприємницької діяльності); 2) умовами здійснення фізичною особою прав та обов'язків суб'єкта підприємницької діяльності є її державна реєстрація як фізичної особи – підприємця відповідно до Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців» (передумова виникнення прав та обов'язків як суб'єкта підприємницької діяльності); 3) внаслідок припинення підприємницької діяльності фізичною особою наступають передбачені законом юридичні наслідки, зокрема, у фізичної особи виникають обов'язки за зобов'язаннями, пов'язаними з припиненням її підприємницької діяль-

ності, а також можливість застосування до неї процедури банкрутства (ст. 50–1, 53 ЦК України, Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом»).

Таким чином, зобов'язання, які виникають у фізичної особи як підприємця та пов'язані зі здійсненням підприємницької діяльності, припиняються після припинення статусу суб'єкта підприємницької діяльності, за винятками, встановленими законом (абз. 3 ч. 3 ст. 92 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом»), які пов'язані безпосередньо з особою, а не її статусом підприємця.

Позиція Верховного Суду України викликає запитання щодо можливості виконання договорів, стороною якого є виключно суб'єкт підприємницької діяльності: за договором прокату – наймодавець (ч. 1 ст. 787 ЦК України), за договором побутового підяду – підрядник (ч. 1 ст. 865 ЦК України) тощо. Вочевидь, таке виконання фізичною особою договірного зобов'язання матиме ознаки незаконного. Крім того, правовий наслідок припинення суб'єкта підприємницької діяльності, а також інститут банкрутства через таку позицію фактично нівелюється.

Поняття «фізична особа – підприємець» слід розглядати як статус людини, так само як інші правові статуси (адвокат, нотаріус, лікар), що спричинює виконання прав та обов'язків виключно в межах відповідного статусу. Під особою у приватному праві слід розуміти абстрактного учасника цивільних відносин, який має цивільну правосуб'єктність та набуває форми фізичної або юридичної особи. Натомість, статус особи – передбачений законодавством механізм реалізації окремих цивільних прав та обов'язків цією особою.

Маслова-Юрченко К. О., асистент кафедри цивільного права №2 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, кандидат юридичних наук

ЩОДО ПИТАННЯ ПРО ОBOB'ЯЗОК АНДЕРРАЙТЕРА ДІЯТИ В ІНТЕРЕСАХ ЕМІТЕНТА

Поняття про андеррайтинг цінних паперів прийшло з США, де воно сформувалося ще до середини 20-го сторіччя, з того часу ускладнилося

і розвинулося, і на даний момент є предметом жвавих дискусій у галузях права та економічної науки.

У зв'язку з цим не викликає подиву, що термін «андеррайтинг», звичайно, походить з англійської мови, від дієслова to underwrite. У свою чергу, це є сполучення прийменника under (під, знизу) і дієслова to write (писати). Саме тому на українську мову термін underwriting транслітерується «андеррайтинг» і пишеться через подвійне «р». Слово to underwrite є цікавим з точки зору етимології і зараз має багато значень. Якщо коротко, то to underwrite означає гарантувати, підписати, підтвердити, поручитися за кого-небудь, взяти на себе ризик, допомогти з виконанням певних обов'язків, підтримати на випадок настання яких-небудь наслідків, що є імовірними, можуть настати або не наставати.

Що ж означає термін андеррайтинг у застосуванні до фондового ринку? Це поняття зв'язано з першим випуском у вільне розповсюдження цінних паперів певної компанії. У країнах англо-американської правової сім'ї під цим терміном може розумітися широке коло зобов'язань за участі посередника у торгівлі цінними паперами. Це широке коло зобов'язань можна звести, в загальному, до того, що андеррайтер є професійним суб'єктом діяльності на фондовому ринку, який допомагає емітенту розмістити випуск цінних паперів, взявши на себе частину пов'язаних з цим ризиків.

Андеррайтер – це завжди посередник у торгівлі цінними паперами. Мається на увазі, що він сприяє, допомагає емітенту розмістити цінні папери останнього, домовляючись з інвесторами щодо придбання ними цінних паперів емітента. Крім того, андеррайтер надає емітентові різного роду консультації, пояснюючи стан ринку, законодавства, певні процедурні питання, вимоги щодо оформлення документів тощо. Незважаючи на те, що при розміщенні цінних паперів подібні консультації є дуже важливими для емітента, українське законодавство не цікавиться тією складовою послуг андеррайтера, яка стосується обміну інформацією між андеррайтером та емітентом.

З самої природи відносин андеррайтингу випливає, що андеррайтер має допомогти емітенту визначити, яку ціну встановити на цінні папери, бо це можна адекватно зробити, лише врахувавши багато складних факторів, що діють на фондовому ринку, і як раз андеррайтер, а не емітент, має володіти необхідними для цього відомостями, тому що він є професійним торговцем цінними паперами.

Так як андеррайтер, на відміну від емітента, діє на фондовому ринку професійно, він має сприяти емітенту в підготовці проспекту емісії та інших документів, що вимагаються під час емісії цінних паперів.

З приводу вказаних питань андеррайтер має багато спілкуватися з емітентом, як даючи йому інформацію, так і отримуючи відомості від нього.

Але з викладеного напрошується один не найбільш очевидний висновок. Якщо андеррайтер є посередником і діє якби між двох сторін, то він має дотримуватись інтересів як емітента, так і інвесторів, інакше замість торгівлі цінними паперами отримаємо суцільну оману і зловживання. Тому хотілося б сказати декілька слів про баланс інтересів на фондовому ринку, сподіваючись, що якщо це буде цікаво правникам, то в майбутньому це питання має знайти відображення і в законодавстві.

Почнемо з теорії. Діяльність андеррайтера, як і будь-якого іншого посередника, має внутрішню і зовнішню сторону. Внутрішня сторона охоплює відносини андеррайтера з емітентом у процесі розміщення цінних паперів, а зовнішня – відносини андеррайтера з інвесторами у цінні папери. Як у внутрішніх, так і у зовнішніх відносинах циркулює інформація, пов'язана з розміщенням цінних паперів. Деякі відомості, що отримує андеррайтер від емітента, він передає інвесторам, інші далі не ідуть. Деякі мають конфіденційний характер, інші не мають ознак таємниці. І саме з цим оборотом відомостей пов'язана проблема вже зовсім не теоретичної, а практичної площини – в андеррайтера як посередника між емітентом та інвесторами може виникати т. з. «конфлікт інтересів».

З одного боку, андеррайтер має обов'язок діяти в інтересах емітента. Це прямо вказано в самому визначенні андеррайтингу у ч. 4 ст. 17 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок». Але з іншого боку, андеррайтер не може не враховувати інтересів інвесторів, які перш, ніж купувати цінні папери, мають отримати достатній обсяг інформації про них і їх емітента.

Сьогоднішнє українське законодавство не покладає на андеррайтера відповідальність за подання неправдивих або неповних відомостей, пов'язаних з розміщеними ним цінними паперами. Треба зазначити, що це не відповідає міжнародній практиці.

Так, як на сьогодні це склалося в Україні, в разі, коли інвестори отримали неправдиву інформацію від андеррайтера, притягнути його до

відповідальності досить складно. В крайньому випадку, якщо все ж таки представники емітента зможуть подати суду докази того, що інформація була отримана саме від андеррайтера, представник андеррайтера завжди може послатися на те, що сам був введений в оману емітентом стосовно фінансового стану його підприємства (адже обов'язку перевіряти цей стан на андеррайтера законом також не покладено).

Таким чином, ситуація, що наявна в ці часи на фондовому ринку України, зводиться до того, що андеррайтер цілком може уникнути відповідальності за дії, які вчинив в інтересі емітента, але в повній протилежності інтересам інвесторів і в порушення принципу добросовісності. А фактично це є відкритий простір для зловживань.

Конфлікт інтересів полягає в тому, що якщо при розміщенні цінних паперів андеррайтеру стають відомі певні обставини, які потенційно можуть негативно вплинути на інвестиційну привабливість цих цінних паперів, андеррайтер має обрати, чи повідомляти цю інформацію інвесторам, що виразили бажання придбати цінні папери, або ж приховати її. Звичайно, треба прямувати до прозорості ринку і надійності інвестицій. Тому розкриття цієї інформації буде добрим і правильним діянням з боку андеррайтера, але не відповідатиме ані інтересам емітента, ані інтересу самого андеррайтера.

Як подолати цей конфлікт і попередити зловживання? Загалом є два шляхи. Або залишити все як є, відклавши справу «на самотік». Андеррайтерам, що притримуватимуть важливу інформацію, не будуть довіряти в обороті. Тому згодом більше доходу стануть приносити послуги тих посередників, хто може правильно встановити баланс між інтересами емітента і інтересами інвесторів. Так діють закони ринку. Але чи буде достатньо лише таких несприятливих наслідків за недобросовісність? Адже вони розраховані на далеке майбутнє, да і сам фондовий ринок України зростає в умовах «дикого», нецивілізованої конкуренції.

Постає питання, чи не обере Україна протилежний шлях, коли умови і вимоги розкриття інформації в процесі розміщення цінних паперів за участі андеррайтера встановлюються у законі? У США, батьківщині андеррайтингу, існує (і існувало в минулому) досить багато подібних норм. Хочеться виразити сподівання, що й вітчизняний законодавець зацікавиться коли-небудь у найближчому часі окресленою вище проблематикою.

Саракун І. Б., старший науковий співробітник Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, кандидат юридичних наук

ПОНЯТТЯ ТА ОСОБЛИВОСТІ КОРПОРАЦІЙ В ПОЛЬЩІ

Як в Україні, так і в Польщі товариствами капіталів визнаються акціонерні товариства та товариства з обмеженою відповідальністю. При цьому всі ознаки корпорації притаманні саме акціонерним товариствам.

Загальні положення Кодексу торгових товариств (далі – Торговий кодекс – Kodeks spółek handlowych, KSH)¹ виділяють також поняття *товариство капіталів в організації* (spółka kapitałowa w organizacji).

Згідно приписів art. 12 KSH ТОВ в організації, або АТ в організації, з моменту запису їх до реєстру стає ТОВ, або АТ і набуває прав юридичної особи. З цього ж моменту вона стає суб'єктом прав та обов'язків товариства в організації.

Як юридичній особі, товариству в організації притаманні такі *ознаки*:

1) товариство капіталів може від власного імені набувати права, мати у власності нерухомість та інші речові права (які можуть бути вписані як власність до кадастрової книги); може також мати зобов'язання, бути позивачем і відповідачем в суді, тощо.

2) товариство капіталів в організації виступає в обороті від власного імені з додатковим позначенням «в організації»;

3) до моменту встановлення вимоги до ТОВ в організації, її представником є уповноважений, який обирається одногосодною ухвалою; натомість АТ в організації, представляють всі засновники разом, або уповноважений, обраний одногосодною ухвалою засновників;

4) товариство капіталів в організації відповідає за своїми зобов'язаннями; за зобов'язаннями товариства капіталів в організації відповідають також інші суб'єкти:

а) солідарно за товариство відповідає учасник або акціонер по вартості невнесеного вкладу зазначеного в договорі або статуті товариства;

¹ Kodeks spółek handlowych // stan prawny: 1 września 2013 r. – wydawnictwo OD. NOVA

учасники і акціонери товариства в організації несуть таким чином лише ризики, які пов'язані з участю у вже створеному товаристві;

в) за зобов'язаннями товариства капіталів в організації відповідають солідарно з товариством також особи які діють від її імені; ці особи уповноважуються засновниками АТ¹

В товаристві одноособовому в організації єдиний учасник немає права представляти товариство. Однак це не стосується реєстрації товариства в суді.

До моменту запису товариства капіталів до Національного судового реєстру, вони не можуть розпоряджатися своєю часткою (акцією). Перед підписанням статуту товариство в організації має ознаки так званих безособових юридичних осіб, або комерційних партнерств. І тільки з моменту реєстрації в судовому реєстрі ТОВ, або АТ в організації набуває прав юридичної особи.

Більше того на підставі art. 13 §1 KSH за зобов'язаннями перед товариством капіталів в організації – солідарно з товариством, або між собою несуть учасники, а надалі відповідають особи, які діяли від її імені. Правова ситуація засновників товариства залишається підкріпленою вимогами art 1 Першої Директиви Ради 68/151/EWG – коштом підвищеного ризику її представників:

1) відповідальність осіб які діють від імені товариства в організації не є відповідальністю субсидіарною – засновники можуть керувати своїми прибутками з титулу зобов'язань покритих в стадії створення так само до товариства, як і до осіб які діють від її імені;

2) відповідальність осіб які діють від її імені товариства капіталів в організації за її зобов'язаннями не виключає затвердження повноважень цих осіб перед зборами учасників, або загальними зборами; з моменту їх затвердження настає відповідальність цих осіб замість товариства.

В справах неврегульованих в статуті щодо товариства капіталів в організації, стосуються відповідно приписів, які належать даному її типу товариства, як вже створеному.

Щодо вкладів до товариства капіталів то вони поділяються на вклади грошові (готівкові і безготівкові) або не грошові (апорт). Стосовно останніх, то вони повинні бути придатними для відображення на балансі. При цьому предметом вкладу до товариства капіталів не може бути невідчужуване право, або свідчення робіт чи послуг.

¹ Prawo spółek handlowych: Podręcznik akademicki. 4 wydanie // Wydanie przez: Wolters Kluwer Polska SA. – Warszawa. – 2013 r., c. 36–37.

Створення ТОВ в організації передбачає: 1) укладення договору товариства; 2) внесення учасниками вкладів до статутного капіталу, а в разі покриття часток за ціною вищою від номінальної вартості, також внесення надлишку з врахуванням art.158 §1; 3) обрання виконавчого органу; 3) обрання наглядової ради, або ревізійної комісії, якщо цього вимагає статут, або договір товариства; 4) запис до реєстру, тощо.

Подібний порядок створення і в акціонерному товаристві. Зазначене товариство має різний статус залежно від того, на якому етапі знаходиться процес його створення, а саме: а) після підписання статуту, але до придбання акцій йдеться про передтовариство в організації; але 2) після придбання акцій, але перед внесенням товариства до реєстру – це вже товариство в організації¹.

Згідно art. 304 Торгового кодексу статут товариства повинен містити положення про: фірму і місцезнаходження товариства; предмет її діяльності; час, на який товариство створене, якщо він визначений, величина статутного та сума, сплачена перед створенням на покриття статутного капіталу; номінальна вартість акцій і їх кількість з вказівкою чи є акції іменними, чи на пред'явника, кількість акцій кожного виду і пов'язані з ними повноваження, якщо мають бути запроваджені акції різних видів; прізвище, ім'я або фірми (назви) засновників; кількість членів правління і наглядової ради, або що найменше мінімальна, або максимальна кількість членів цих органів та суб'єкт, уповноважений призначати склад правління або наглядової ради; лист для оголошень, якщо АТ має намір здійснювати оголошення поза Судовими і Господарськими Відомостями (Monitor Sądowy і Gospodarczy); кількість і види прав на участь в прибутках або в розподілі майна товариства та пов'язані з ним права; всі пов'язані з акціями обов'язки щодо виконання зобов'язань на користь товариства, крім обов'язків щодо оплати акцій; умови і способи анулювання акцій; обмеження на їх відчуження особисті права надані акціонерам, про які йдеться у art. 354; щонайменше приблизну більшість всіх коштів понесених або обтяжуючих товариство в зв'язку з його утворенням.

Статут може також містити додаткові положення відмінні від тих, що передбачаються Законом, якщо Закон це дозволяє.

Таким чином, Торговий кодекс Польщі передбачає різновиди корпоративних, які відмінні від тих що створюються в Україні. Про це свідчать наведені їх характерні ознаки та особливості створення.

¹ Яценко І. С. Корпоративне право Республіки Польща: (основні положення): наук.-практ. посіб. / І. С. Яценко. – К.: Юрінком Вінтер, 2008. –с. 145.

Тарасенко Л.Л., викладач кафедри цивільного права та процесу юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка

ДОГОВОРИ У СФЕРІ ОРЕНДИ ТРАНСПОРТНИХ ЗАСОБІВ: ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Становлення інституту найму транспортних засобів є неможливим без належної правової бази. Відносини найму окремих видів транспортних засобів урегульовані багатьма нормативно-правовими актами. Зазвичай, положення про найм транспортних засобів містять транспортні кодекси та статuti, основним призначенням яких є регулювання відносин перевезення, а не відносин найму. У зв'язку з цим, залишаються невирішеними багато питань, що зумовлює виникнення певних проблем у правозастосуванні.

Для покращення правового регулювання договірних відносин оренди транспортних засобів та для усунення проблем у правозастосуванні запропоновано наступні пропозиції.

Предметом договору найму транспортного засобу (в контексті § 5 глави 58 Цивільного кодексу України, далі – ЦК України) може бути будь-який транспортний засіб, ідентифікований галузевим законодавством, яке містить його характеристики та розкриває його ознаки, що зумовлюють особливості правового регулювання відносин найму такого транспортного засобу. Більше того, предметом цього договору може бути лише механічний самохідний транспортний засіб, який підлягає державній реєстрації в порядку, визначеному законом. Натомість загальними положеннями про найм (оренду) регулюються відносини найму тих транспортних засобів, що приводяться в рух без двигуна, що не підлягають державній реєстрації, а також тих, які рухаються в складі інших механічних транспортних засобів.

До ознак транспортного засобу як предмета договору найму належать: здатність до переміщення в просторі, самохідність, необхідність в управлінні особами, які володіють відповідними знаннями та навичками, придатність для перевезення пасажирів чи вантажів, складність технічної побудови, наявність ознак джерела підвищеної небезпеки,

наявність спеціального законодавства, яке регламентує його використання, та особливості, що зумовлені належністю до транспортного засобу певного виду.

В судовій практиці виникає досить багато спірних питань щодо вирішення спорів, пов'язаних з виконанням договору найму транспортного засобу за участю фізичних осіб – підприємців. Це зумовлено тим, що більшість таких договорів укладено в письмовій формі без нотаріального посвідчення. Водночас у відповідності з ч.2 ст.799 ЦК України договори найму транспортних засобів за участю фізичної особи (без вказівки на статус підприємця) підлягають нотаріальному посвідченню. Для усунення неоднозначного застосування закону запропоновано удосконалити законодавчі положення щодо форми договору найму транспортного засобу, виклавши ч. 2 ст. 799 ЦК України в такій редакції: «Договір найму транспортного засобу за участю фізичної особи підлягає нотаріальному посвідченню. Якщо фізична особа зареєстрована як суб'єкт підприємницької діяльності, то договір найму транспортного засобу за її участю укладається відповідно до частини першої цієї статті». Також доцільно спростити порядок укладення договорів найму наземних самохідних транспортних засобів (не зачіпаючи оренду повітряних, морських, річкових суден тощо) за участю фізичних осіб загалом, скасувавши вимоги щодо нотаріального посвідчення цих договорів. Це сприятиме завершенню процесу спрощення передання наземних самохідних транспортних засобів у користування (як оплатне, так і безоплатне) за участю фізичних осіб.

До внесення відповідних вищезазначених змін в ЦК України, запропоновано, щоб у разі, якщо договір найму транспортного засобу всупереч вимогам закону не був нотаріально посвідчений, але був виконаний сторонами, суд не повинен констатувати нікчемність такого договору на підставі ст. 220 ЦК України, а може застосувати цивільно-правові наслідки дійсного правочину, однак якщо виконання такого договору не розпочалося, він вважатиметься нікчемним.

Для вдосконалення змісту договору найму транспортного засобу необхідно передбачити в ЦК України обов'язок наймодавця за загальним правилом передавати наймачеві технічно справний транспортний засіб, звичайно, якщо у договорі сторони не обумовили іншого. Також доцільно покласти на наймодавця обов'язок передати наймачеві одночасно з транспортним засобом документи, що стосуються цього транспортно-

го засобу (технічний паспорт, сертифікат тощо), ідентифікують його як транспортний засіб та наявність яких дає можливість використовувати транспортний засіб за цільовим призначенням.

Також існує необхідність надання кожній стороні договору найму транспортного засобу однакових можливостей щодо страхування транспортного засобу. Для цього слід змінити імперативність у правовому регулюванні цих відносин, виклавши ч. 1 ст. 802 ЦК України в такій редакції: «Страхування транспортного засобу здійснюється наймодавцем, якщо інше не передбачено договором найму (оренди). Транспортними статутами та кодексами (іншим законодавством) може бути передбачено обов'язкове страхування транспортного засобу, який є предметом договору найму».

Розмежовуючи сферу застосування договору найму наземного самохідного транспортного засобу та договору прокату, предметом якого є наземний самохідний транспортний засіб, слід вказати на те, що основним критерієм для розмежування договорів прокату та найму транспортного засобу є суб'єктний склад правовідносин. Якщо наймодавцем виступає спеціалізована прокатна організація, такі відносини вважатимуться прокатом. Також договір прокату наземного самохідного транспортного засобу, зазвичай, є короткостроковим та укладається для задоволення побутових невиробничих потреб.

Щодо оренди повітряних суден слід наголосити на тому, що орендарем повітряного судна може бути як фізична особа (незалежно від наявності в неї статусу суб'єкта підприємницької діяльності), так і юридична особа (незалежно від наявності в неї статусу експлуатанта). Однак під час укладення договору найму сторони мають обумовити, хто з них вважатиметься експлуатантом повітряного судна. У разі неможливості набуття такого статусу варто укласти договір з юридичною особою – експлуатантом щодо надання всіх послуг, пов'язаних з використанням повітряного судна. Також використання повітряного судна наймачем має певні особливості, зумовлені тим, що повітряне судно може потребувати екіпажу в кількості, визначеній технічними характеристиками. Тому в таких випадках сторони мають передбачити умову про екіпаж, який обслуговуватиме повітряне судно. У разі найму повітряного судна без екіпажу орендоване повітряне судно повинно бути внесено до сертифіката експлуатанта наймача, і за таких умов наймодавець несе відповідальність лише за передання цього транспортного засобу наймачеві

в стані, обумовленому в договорі, натомість відповідальність за його експлуатацію та її наслідки покладаються на наймача.

Щодо фрахтування морського судна, варто звернути увагу на те, що цей договір належить до договорів найму, а це дає можливість застосовувати до відносин фрахтування положення про найм транспортних засобів, які містяться в ЦК України.

Щодо договору використання залізничних транспортних засобів на умовах договору найму, необхідно наголосити на тому, що оренда лише деяких з них регулюється положеннями про найм транспортних засобів. Зокрема, до відносин оренди локомотивів (електровози, тепловози, газотурбовози, паровози) та інших самохідних залізничних транспортних засобів застосовуються положення § 5 гл. 58 ЦК України про найм транспортних засобів, оскільки лише локомотиви (інші схожі пристрої) є самохідними, здатними рухатися самостійно та потребують відповідних навичок для управління ними. Натомість відносини оренди пасажирських та вантажних вагонів регулюються загальними положеннями про найм (оренду), що містяться в ЦК України, оскільки вагони здатні рухатися виключно за допомогою тягача-локомотива, а тому є несамохідними.

Тупицька Є. О., асистент кафедри цивільного права №2 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, кандидат юридичних наук

ФОРМА ДОГОВОРУ НОВАЦІЇ БОРГУ У ПОЗИКОВЕ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

Серед основних питань, які сторони вирішують у процесі укладення договору, є вибір його форми.

Частина 2 ст. 1053 ЦК України закріплює правило, відповідно до якого заміна боргу на позикове зобов'язання здійснюється у формі, встановленій для договору позики. Аналізуючи положення ст. 1047 ЦК України можна зробити висновок, що договір новації боргу у позикове зобов'язання, за аналогією з договором позики, може бути укладений як в усній, так і в письмовій формах. При цьому, якщо сума такого договору складатиме більше десяти неоподатковуваних мінімумів доходів

громадян або на боці однієї зі сторін виступатиме юридична особа, законодавством вимагається письмова форма такого договору.

Виходячи із загальних положень законодавства, якими встановлюються вимоги до письмової форми правочинів, у договорі новації боргу у позикове зобов'язання вона буде вважатись дотриманою, якщо зміст такого договору буде зафіксований в одному або декількох документах, підписаних сторонами, а також у разі якщо волевиявлення сторін фіксуватиметься в листах, телеграмах, якими вони обмінялись тощо (ст. 207 ЦК України). Головною ознакою укладання особами договору новації буде відображення в зазначених документах безумовного волевиявлення волі сторін на припинення між ними попередніх боргових зобов'язань та встановлення нових – позикових. Наприклад, одна сторона надсилає іншій лист, у якому визнає себе боржником за попередніми зобов'язаннями та просить відстрочити здійснення фактичних розрахунків за існуючий борг шляхом укладення договору новації боргу у позикове зобов'язання. Інша сторона погоджується та, в свою чергу, визначає, які саме зобов'язання та в якому обсязі припиняються, яка сума трансформується в нібито надану позику і в який строк така позика має бути повернена. Боржник надсилає відповідний лист, у якому погоджується із запропонованими умовами.

Законодавством передбачається ще один спосіб письмового оформлення договірних правовідносин, коли договір вважається укладеним, якщо оферта, направлена в письмовій формі, прийнята шляхом здійснення особою, яка її отримала, певних дій на виконання зазначених в оферті умов договору: оплати товарів, надання послуг, виконання робіт тощо (ч. 2 ст. 642 ЦК України). Розглядаючи варіанти форм укладення договору новації боргу у позикове зобов'язання не можна залишити поза увагою питання можливості виникнення правовідносин новації шляхом вчинення конклюдентних дій.

Слід зазначити, що новаційний договір вважається укладеним, якщо у ньому міститься безумовна згода сторін на припинення попередніх зобов'язань та укладення натомість нового – позикового. Повернення грошового боргу у таких правовідносинах відбувається вже як наслідок виконання нового (позикового) зобов'язання, отже, претензії стосовно невиконання попередніх договірних зобов'язань не можуть висуватись, так само як і не можуть наставати їхні наслід-

ки. Очевидним є факт, що досягти відповідної згоди шляхом здійснення будь-яких дій стороною, якій направлена пропозиція укласти договір новації боргу у позикове зобов'язання, неможливо. Єдиною можливою дією тут може виступати лише мовчання, яке, так би мовити, прирівнюється в науковій правовій літературі до конклюдентних дій. Але, як зазначається в ч. 3 ст. 205 ЦК України воля сторони до вчинення правочину може виражатись її мовчанням лише у випадках, передбачених договором або законом. Звісно, що в такий спосіб досягти згоди щодо укладення договору новації та його істотних умов неможливо.

У контексті дослідження питання щодо можливих способів оформлення позикових праввідносин необхідно звернути увагу на правило, закріплене частиною 2 ст. 1047 ЦК України. Законодавством передбачається, що на підтвердження укладання договору позики та його умов може бути представлена розписка позичальника або інший документ, який посвідчує передання йому позикодавцем визначеної грошової суми або визначеної кількості речей.

Слід зазначити, що у науковій юридичній літературі існують три основні позиції стосовно того, яку роль відіграє розписка для процесу укладання договору позики. Так, одні правники вважають, що розписка й аналогічні документи, які підтверджують факт передачі позикодавцем позичальнику певної суми грошей або речей, визначених родовими ознаками, за своєю сутністю є письмовою формою договору. На думку інших цивілістів, зазначені документи є заміною письмової форми договору позики та прирівнюються до неї. Всупереч зазначеним позиціям, деякі науковці розглядають розписку позичальника та аналогічні документи лише як докази, що підтверджують факт укладення договору позики.

Виникає запитання, чи може розписка позичальника вважатись договором позики або замінити собою письмову форму договору, і чи може видача розписки виступати можливою формою укладання договору новації боргу у позикове зобов'язання?

Даючи відповідь на поставлене запитання слід зазначити, що розписка позичальника не має жодного відношення до загальних вимог, що ставляться до письмової форми правочинів, передбачених ст. 207 ЦК України. Вона також не доповнює їх, а скоріше, кореспондує ст. 218 ЦК

України стосовно правових наслідків недодержання вимоги щодо письмової форми правочину. Відповідно до вказаної статті, за загальним правилом, недодержання сторонами письмової форми правочину, яка встановлена законом, не має наслідком визнання його недійсним. Із цієї ж норми випливає, що сторони на підтвердження укладення правочину та досягнення згоди щодо його умов не можуть посилалися на показання свідків, проте вони мають право подавати письмові та інші докази (аудіо-, відеозапис тощо). Таким чином, можна зробити висновок, що розписка позичальника або інший документ, що підтверджує передачу йому позикодавцем певної грошової суми або речей, визначених родовими ознаками, виступає письмовим доказом, що підтверджує факт укладення договору позики в усній формі.

Щодо можливості розписки позичальника виступати письмовим доказом укладення договору новації боргу у позикове зобов'язання, як це має місце у договорі позики, слід зазначити таке. Розписка є актом одностороннього волевиявлення. Оскільки договір позики за своєю правовою природою є реальним та одностороннім правочином, де у кредитора існують лише права, а на боржника покладаються лише обов'язки, то очевидним є факт, що на підтвердження укладання такого договору боржник (позичальник) може скласти розписку, в якій зазначається його односторонній обов'язок повернути суму боргу (позику). На відміну від позики, договір новації боргу у позикове зобов'язання є консенсуальним та двостороннім. Тому факт укладання такого правочину повинен встановлюватися в одному акті взаємної волі сторін, зі змісту якого має бути чітко зрозуміле те, що припинення попереднього зобов'язання не відмежовується від встановлення нового. Це означає, що розписка позичальника не може виступати підтвердженням укладення сторонами договору новації боргу у позикове зобов'язання, оскільки цей документ не відображає основну ознаку такого договору – домовленість і згоду сторін на припинення попередніх боргових зобов'язань і встановлення нових – позикових.

На підставі викладеного слід зазначити, що питання оформлення договірних відносин новації боргу у позикове зобов'язання загалом визначається загальними вимогами законодавства, що висувуються до форми вчинення правочинів, а також спеціальними нормами, передбаченими для регулювання договору позики, крім тих, що за своєю сутністю суперечать специфіці досліджуваних відносин.

Ус М. В., асистент кафедри цивільного права №1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, кандидат юридичних наук

ДО ПИТАННЯ ПРО «ОЧИЩЕННЯ» ВІД ЗАСТАВИ МАЙНА У РАЗІ ЙОГО ПРИМУСОВОГО ПРОДАЖУ

У чинному національному законодавстві відсутня однозначна відповідь на питання про те, чи припиняється право застави у разі примусового продажу обтяженого майна за вимогами осіб, які не є заставодержателями. Вказане є можливим у таких випадках: 1) під час примусової реалізації майна на публічних торгах (реалізації майна боржника-банкрута, коли заставодавець з тих чи інших причин не пред'явив вимог до боржника і не став учасником справи про банкрутство або йому відмовлено у визнанні вимог, наприклад, за пропуском строку; під час реалізації майна боржника на стадії виконавчого провадження); 2) у разі примусового відчуження майна поза торгами: в умовах воєнного або надзвичайного стану; за мотивами суспільної необхідності тощо.

У ст. 593 ЦК «Припинення права застави» серед відповідних підстав наводиться реалізація предмета застави (ч. 1 п. 3). Системне тлумачення положень цієї статті дозволяє стверджувати, що реалізація предмета застави призводить до припинення права застави тільки у тому випадку, якщо вона спрямована на задоволення вимог самого заставодержателя. В ЗУ «Про іпотеку» вже чітко називається «реалізація предмета іпотеки відповідно до цього Закону», тобто за вимогами заставодержателя (ч. 1 ст. 17). При цьому ЗУ «Про заставу» (ст. 28), закріплюючи підстави припинення застави, оперує іншою термінологією, вказуючи на примусовий продаж заставленого майна.

Крім того, у ст. 23 ЗУ «Про іпотеку» зазначається, що у разі переходу права власності (права господарського відання) на предмет іпотеки від іпотекодавця до іншої особи, у тому числі в порядку спадкування чи правонаступництва, іпотека є дійсною для набувача відповідного нерухомого майна, навіть у тому випадку, якщо до його відома не доведена інформація про обтяження майна іпотекою. З положень ст. 659 ЦК випливає обов'язок продавця попередити покупця про всі права третіх осіб на товар, що продається (зокрема, право застави). Винятків для приму-

сового продажу в цій статті не передбачено. З вказаного можна зробити висновок, що у разі примусового продажу заставленого майна, воно переходить до набувача обтяженим.

Судова практика вирішення відповідних спорів також не є однаковою. Існують як приклади застосування вищенаведених положень ст. 23 Закону України «Про іпотеку»¹, так і посилання на ст. 28 ЗУ «Про заставу» з висновком про припинення права застави у будь-яких випадках примусового продажу предмета іпотеки².

Видається, що примусовий продаж заставленого майна за вимогами осіб, які не є заставодержателями, має припиняти право застави, і набувач – ставати власником майна, вільного від заставного обтяження. Така позиція обґрунтовується тим, що по-перше, при примусовому продажі не з публічних торгів має місце певна суспільна потреба. Навіть якщо власник не погоджується з викупом його майна, верх беруть інтереси суспільства. При цьому не може йтися про збереження якихось прав інших осіб на це майно, адже це заважатиме досягненню мети примусового викупу³. По-друге, при примусовому продажі з публічних торгів майно має бути вільним від заставного обтяження, оскільки в іншому разі ніхто б не купував це майно, більше того, ще й на конкурсних засадах.

Зважаючи на зазначене, положення ст. 23 ЗУ «Про іпотеку» та ст. 659 ЦК слід тлумачити таким чином, що вони розраховані на перехід майна від іпотекодавця до набувача в порядку правонаступництва, тобто на похідний спосіб набуття права власності на заставлене майно, коли право на річ набувається в тому обсязі, в якому воно належало попередньому власникові. Примусовий же продаж здійснюється поза волею уповноваженої особи (не власник, а хтось сторонній реалізує його правомочність з розпорядження річчю – органи державної виконавчої служби, арбітражний керуючий (керуючий санацією, ліквідатор) тощо). Тобто тут слід вести мову не про правонаступництво, а про

¹ Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 27.02.2013 р. у справі № 6-35914св12 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень України. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua / Review / 29685751>

² Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 26.12.2012 р. у справі № 6-35574св12 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень України. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua / Review / 28312314>

³ Спасибо І. Набуття права власності / І. Спасибо: Монографія. – К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва, 2009. – С. 56.

первісний спосіб набуття права власності покупцем відповідного майна, при якому право власності завжди набувається в повному обсязі. У зв'язку із вказаним в аналізованих ситуаціях не підлягають застосуванню положення ч. 3 ст. 12 ЗУ «Про іпотеку», відповідно до якої правочин щодо відчуження іпотекодавцем майна переданого в іпотеку без згоди іпотекодержателя є недійсним.

За таких умов основним способом захисту інтересів заставодержателя має бути його залучення до процесу примусового продажу предмета застави. Тут можливі такі варіанти захисту: 1) надання заставодержателю права першочергового задоволення своїх вимог з виручки від продажу заставленого майна не зважаючи на те, що порушення основного зобов'язання з боку боржника не відбулося; 2) надання заставодержателю право на позов про зняття арешту із заставленого майна.

В першому випадку забезпечувальним заходом має слугувати заборона передачі кредитором (власником, стягувачем) тієї частини виручки від продажу заставленого майна, на яку претендує заставодержатель. Другий спосіб захисту може бути застосований під час реалізації майна боржника в порядку виконавчого провадження. При цьому у чинному законодавстві про виконавче провадження наведено два випадки, коли допускається реалізація предмета застави на вимогу стягувача, який не є заставодержателем (ч. 3 ст. 54 ЗУ «Про виконавче провадження»): виникнення права застави після винесення судом рішення про стягнення з боржника коштів; якщо вартість предмета застави перевищує розмір заборгованості боржника заставодержателю. Іншими словами, законодавець передбачив дві підстави відмови в задоволенні позову заставодержателя про зняття арешту із заставленого майна. Якщо із застосуванням першого з них проблем не виникає, то другий породжує практичні складнощі. Зокрема, залишається відкритим питання про підстави задоволення такого позову, оскільки не зрозуміло: чи має суд оцінювати різницю між вартістю предмета застави і розміром заборгованості боржника перед заставодержателем, чи в позові заставодержателя про зняття арешту із заставленого майна має бути відмовлено завжди, коли є така різниця і у боржника відсутнє інше майно, вільне від застави.

Вищенаведене свідчить про те, що чинне національне законодавство потребує уточнення: необхідно чітко на законодавчому рівні визнати «очищення» майна від застави в результаті його примусового продажу за вимогами осіб, відмінних від заставодержателя.

Ходико Ю.Є., асистент кафедри цивільного права №1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, кандидат юридичних наук

ЗВЕРНЕННЯ СТЯГНЕННЯ НА ПРЕДМЕТ ІПОТЕКИ ЯК ЕЛЕМЕНТ РЕАЛІЗАЦІЇ КОМПЕНСАТОРНОЇ ФУНКЦІЇ

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про іпотеку», іпотекою є вид забезпечення виконання зобов'язання нерухомим майном, що залишається у володінні і користуванні іпотекодавця, згідно з яким іпотекодержатель має право в разі невиконання боржником забезпеченого іпотекою зобов'язання одержати задоволення своїх вимог за рахунок предмета іпотеки переважно перед іншими кредиторами цього боржника у порядку, встановленому Законом.

Як бачимо, з законодавчого визначення іпотеки, остання розглядається як певний правовий механізм захисту прав кредитора у разі неналежного виконання боржником основного зобов'язання. Такий захист прав кредитора реалізується за рахунок компенсаторної функції, що природно властива іпотеці як способу забезпечення виконання зобов'язання. Сутність останньої полягає в тому, що у разі невиконання, виконання неналежним чином боржником основного зобов'язання, а також з підстав, установлених ст. 12 Закону України «Про іпотеки» іпотекодержатель має право компенсувати – «заповнити майнову прогалину», що виникнула у кредитора, в наслідок не вчинення належним чином боржником дій, що складала предмет основного зобов'язання, за рахунок предмета іпотечного (забезпечувального) зобов'язання. Компенсаторність іпотеки забезпечує збереження (не погіршення) майнового становища кредитора-іпотекодержателя.

Реалізація компенсаторної функції іпотеки як способу забезпечення виконання зобов'язання і механізму захисту прав кредитора, на мою думку, досягається, повною мірою, наявністю таких двох основних складових: 1) ліквідного об'єкта іпотеки та 2) ефективного та простого механізму звернення стягнення.

Нерухоме майно, що виступає об'єктом іпотеки, характерні високі забезпечувальні (економічні) властивості. Вони проявляються в тому, що об'єкт іпотеки: 1) має значну цінність; 2) не споживається в процесі його

використання (не враховуючи амортизації); 3) має високий рівень ліквідності, що повною мірою може забезпечити іпотекодержателю можливість компенсувати всі негативні майнові наслідки у разі невиконання іпотекодавцем основного зобов'язання; 4) свідчить про незалежність іпотекодержателя від особи боржника, бо виконання зобов'язання забезпечує річ, а не особа. Крім того, слід відзначити, що за своїм функціональним призначенням предмет іпотеки для кредитора-іпотекодержателя за основним зобов'язанням фактично слугує еквівалентом боргу боржника, певним «сурогатом виконання».

В свою чергу, надійний та простий механізм звернення стягнення на предмет іпотеки забезпечує процедуру, за допомогою якої досягається економічний ефект іпотеки, а саме «заповнення майнової прогалини» кредитора, що виникла у зв'язку з неналежним виконанням боржником основного зобов'язання.

Питанню звернення стягнення на предмет іпотеки присвячений окремих Розділ V Закону України «Про іпотеку». Відповідно до ст. 33 Закону України «Про іпотеку» звернення стягнення на предмет іпотеки може проводитися в наступних формах: 1) добровільна (позасудова), що здійснюється згідно із застереження про задоволення вимог іпотекодержателя, що міститься в іпотечному договорі, або згідно з окремим договором між іпотекодавцем та іпотекодержателем про задоволення вимог іпотекодержателя, що підлягає нотаріальному посвідченню, який може бути укладений одночасно з іпотечним договором або у будь-який час до набрання законної сили рішення суду про звернення стягнення на предмет іпотеки та 2) примусова – на підставі рішення суду або виконавчого напису нотаріуса.

Позасудове врегулювання звернення стягнення на предмет іпотеки може відбуватися двома способами: 1) передача іпотекодержателю права власності на предмет іпотеки в рахунок виконання основного зобов'язання (ст. 37 Закону України «Про іпотеку») та 2) право іпотекодержателя від свого імені продати предмет іпотеки будь-якій особі на підставі договору купівлі-продажу (ст. 38 Закону України «Про іпотеку»).

Перехід до іпотекодержателя права власності на предмет іпотеки, полягає в тому, що іпотекодержатель у разі невиконання або неналежного виконання основного зобов'язання забезпеченого іпотекою, має право повернути стягнення на предмет іпотеки шляхом отримання останнього собі у власність. Правовою підставою для реєстрації права власності іпотеко-

держателя на предмет іпотеки (нерухоме майно) є договір про задоволення вимог іпотекодержателя або відповідне застереження в іпотечному договорі (тобто сам договір іпотеки). Так, відповідно до ч. 1 ст. 19 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» для державної реєстрації права на нерухоме майно подається документ (договір, укладений у порядку, встановленому законом), що підтверджує перехід прав. Таким документом у нашому випадку є саме договір іпотеки із застереженням або власне сам договір про задоволення вимог іпотекодержателя. У разі якщо іпотекодержатель не згодний з рішенням про реєстрацію права власності іпотекодержателя на об'єкт іпотеки, воно може бути ним оскаржене у суді.

Звернення стягнення на предмет іпотеки шляхом його продажу іпотекодержателем, здійснюється ним від свого імені на підставі договору про задоволення вимог іпотекодержателя або відповідного застереження в іпотечному договорі, без необхідності отримання для цього будь-якого окремого уповноваження іпотекодержателя. Перед тим як почати звернення стягнення на предмет іпотеки, іпотекодержатель зобов'язаний за 30 днів повідомити іпотекодавця та всіх осіб, які мають у встановленому законом порядку зареєстровані права чи вимоги на об'єкт іпотеки, про свій намір укласти договір купівлі-продажу. Особи, які мають зареєстровані права в установленому законі порядку, володіють переважним правом на придбання об'єкта іпотеки.

У разі звернення стягнення на предмет іпотеки в примусовому порядку – за рішенням суду або виконавчим написом нотаріуса реалізація об'єкта іпотеки, на який звертається стягнення, провадиться шляхом продажу на прилюдних торгах відповідно до вимог Закону України «Про виконавче провадження». Положення даного закону визначають умови та порядок виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб), що відповідно до закону підлягають примусовому виконанню. Зокрема, ст. 52 вказаного закону визначає порядок реалізації заставленого майна. Водночас, повинні враховуватися спеціальні вимоги ст. 39 Закону України «Про іпотеку» про те, що обов'язково повинно зазначатися у рішенні суду; в яких випадках суд може відмовити у зверненні стягнення на предмет іпотеки, та підстави, за яких судом може надаватися відстрочка у виконанні рішення суду про звернення стягнення на предмет іпотеки.

Боржник (іпотекодавець) вправі до дня продажу предмета іпотеки на прилюдних торгах виконати вимогу за основним зобов'язанням чи її частину, виконання якої прострочено, разом з відшкодуванням будь-яких

витрат та збитків, завданих іпотекодержателю. Таке виконання є підставою для припинення реалізації предмета іпотеки на прилюдних торгах. Умови договорів, що обмежують це право боржника, є недійсними.

Загалом, якщо говорити про звернення стягнення на предмет іпотеки, як елемент компенсаторного іпотечного механізму захисту прав кредитора, то його специфіка проявляється залежно від особливостей самого об'єкта іпотечного правовідношення та відповідно сформованого до нього правового режиму. Наявність таких «правових сегментів» в іпотечних правовідносинах, як специфіка самого об'єкта іпотеки (наприклад, земельні ділянки сільськогосподарського призначення) та ступеня якості механізму звернення стягнення, можуть породжувати негативні явища для іпотеки, що впливають на її компенсаторну функцію як спосіб забезпечення виконання зобов'язання, взагалі можуть «паралізувати» іпотеку як таку. Залежно від цього об'єкти іпотеки можна розділити на три групи: 1) об'єкти, звернення стягнення на які врегульовано законодавством і не викликає труднощів, 2) об'єкти іпотеки, звернення стягнення на які хоча і прописано в законодавстві, але на практиці викликає труднощі; та 3) об'єкти, звернення стягнення на які взагалі не врегульовано законодавством.

Підсумовуючи викладене, слід зазначити, що іпотека як речовий спосіб забезпечення виконання зобов'язання є одним із найефективніших компенсаторних механізмів захисту прав кредитора, що досягається за рахунок об'єкта, яким незалежно від підстав виникнення (договір, закон, рішення суду) є нерухома річ з притаманними їй специфічними ознаками, та ефективного, простого механізму звернення стягнення.

Алієва К., аспірантка кафедри цивільного права №1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

МУЗИЧНО-ДРАМАТИЧНИЙ ТВІР ЯК ОБ'ЄКТ АВТОРСЬКОГО ПРАВА

Основними напрямками духовної творчості народу є наукова діяльність, література та мистецтво. Результати цих видів творчої діяльності

невичерпні за формами, прийомами, способами об'єктивного вираження духовного багатства людини.

Предметом правової охорони авторського права виступають результати різних видів творчої діяльності людей, одним із яких є музично-драматичний твір, що являється видом сценічного (театрального) твору. Причому авторським правом охороняється не лише літературний текст і музика, композиція рухів, жестів, поз, міміки, а також сценічна постановка, як окремий об'єкт авторського права, що визначає оригінальність сценічного показу твору.

Можна виділити наступні ознаки, які характеризують музично-драматичний твір, як об'єкт авторського права:

– творчий характер цього твору. Така ознака вимагає щоб твір був безпосереднім результатом творчої та інтелектуальної діяльності його автора. Хоча окремі науковці наголошують, що основними та безпосередніми ознаками творчості є готовий результат такої діяльності людини та новизна цього твору, зазначаючи, що творчість – це діяльність людини, яка породжує щось якісно нове та таке, що відрізняється неповторністю, оригінальністю та унікальністю (проф. Е. П. Гаврилов), слід погодитись з тим, що новизна як самостійна ознака об'єкта необхідна лише в патентному праві, оскільки саме в цій сфері можливий об'єктивний збіг результатів розробок окремих осіб. В авторському праві, що охороняє форму, а не зміст твору, ознака новизни як самостійний критерій його охорони є зайвою, оскільки вона повністю поглинається ознакою творчості (проф. Сергеева А. П.). Саме такий підхід відповідає вимогам чинного законодавства України, зокрема ч.2 ст.433 ЦК України;

– музично-драматичний твір має бути виражений у об'єктивній формі, тобто здобутки авторів повинні бути зафіксовані у лібрето, виконані, записані на матеріальному носії у формі, придатній для сприйняття. Задум композитора чи будь-якого іншого автора, який вже склався у його свідомості в закінчену певну форму, образ, сполучення звуків, однак не виражений у будь-якій об'єктивній формі, не визнається об'єктом авторського права;

– твір будь-якого змісту, за виключенням обмежень, які встановлені законодавством, може бути об'єктом охорони;

– музично-драматичний твір є об'єктом охорони, незалежно від того чи був він повідомлений широкому колу осіб (ознака оприлюднення твору).

Музично-драматичний твір – це складений твір, що включає драматичний і музичний твір як одне ціле. Одже, перш, ніж дати визначення, музично-драматичного твору, зупинимось на з'ясуванні того, що ж являє собою драматичний твір, а що – музичний. Свого часу, досліджуючи правову природу твору, В. І. Серебровський виходив з того, що твір – це сукупність ідеї, думок та образів, які отримали в результаті творчої діяльності автора своє вираження в доступній для сприйняття почуттями людини конкретній формі, яка припускає можливість відтворення. Такий підхід поділяють і інші автори. Так, В. Я. Іонас вважає, що твір як відображення дійсності, є синтезом ідей, виражених в об'єктивній формі, що містить вирішення задачі пізнання та перетворення людини, суспільства або природи, а Бондаренко С. В. відносить твір до результатів інтелектуальної, творчої діяльності людини, що відзначається оригінальністю, який втілений у будь-якій об'єктивній, доступній для сприйняття та використанні формі, і може бути відтворений, доведений до загального відома, перероблений. Ми приєднуємося до висловленого, оскільки твір – це результат творчої діяльності автора, відображення його ідей, думок, образів, міркувань, оцінок, пропозицій, висновків, що подаються в доступній для сприйняття та використанні формі.

Музичний твір складається зі сполучень звуків, створюваних музичними інструментами та голосом. Музика – це вид мистецтва, у якому засобами втілення художніх образів певною мірою організовані музичні звуки. Основними музичними елементами і виразними засобами є лад, ритм, темп, динаміка, мелодія, гармонія, поліфонія, інструментування. Музичний твір може існувати у вигляді нотного запису, виконання, звукозапису та відеозапису. Можна погодитись з О. В. Жилінковою, яка вважає, що музичний твір – це оригінальне поєднання звуків, що є результатом творчої діяльності особи, виражене у будь-якій об'єктивній формі, що дозволяє його сприйняття третіми особами та відтворення будь-яким способом. Такий підхід є усталеним на сьогодні в доктрині і поділяється більшістю авторів.

Драматичний твір має одночасне відношення до двох видів мистецтва – театру і літератури. Основними жанрами драматичного твору є драма, трагедія, комедія, трагікомедія. Особливістю драматичного твору є особлива сюжетна лінія, заостреність, суперечливість, конфліктність дії. Драматичні конфлікти і суперечність, що відображають загальні і конкретні людські проблеми, втілюються в поведінці та вчинках

героїв творів. Текст драматичних творів складається з діалогів і монологів персонажів, а сам твір призначено для публічного виконання на сцені. Отже, драматичний твір – це результат творчої діяльності, в якому автор зображує дійсність, життєві реалії через мову та вчинки персонажів і, за правило, призначений для сценічного втілення.

Виходячи з вищесказаного, можна сформулювати таке визначення музично-драматичного твору. Музично-драматичний твір – це єдина, творча праця декількох осіб, режисерів, акторів, диригента, композиторів та інших учасників творчого процесу, яка ґрунтується на синтезі музики, драматичного розгортання дій, слів, рухів, танців, жестів, міміки, і виражена в певній об'єктивній формі, як правило, це виконання на сцені.

Балюк В. М., асистент кафедри цивільного права № 1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ РЕНТНИХ ВІДНОСИН

Договір ренти – новела Цивільного кодексу України, що в умовах відсутності усталеної судової практики і традицій правового регулювання рентних відносин обумовлює потребу в проведенні їх всебічного цивільно-правового аналізу з метою уникнення правових колізій і належного вирішення проблем застосування.

Актуальність питання, що розглядається зумовлюється також тим, що питання рентних відносин не мають системних наукових досліджень. Що є причиною того, що не завжди цей вид ризикових договорів можна виокремити і відмежувати його від суміжних конструкцій. У вітчизняній цивілістичній літературі фактично відсутні системні наукові дослідження цього виду ризикових договорів. Найбільш глибокі наукові дослідження з цих питань проведено у працях М. Бару, Е. Яргиної, М. Брагинського, В. Вітрянського, С. Хохлова та ін.

Як правова форма закріплення економічних відносин рента існує переважно у вигляді рентного договору, який є самостійним договірним типом і належить до договорів, спрямованих на передачу майна у власність від одного суб'єкта іншому, поряд з договорами, що входять до цієї групи: дарування, купівлі-продажу, міни. Усі ці договори мають спільну

ознаку – вони опосередковують зміну власника майна, яке є предметом договору, і відмінності, обумовлені специфікою предмета кожного з цих договорів.

Рентні відносини досить різноманітні й мають свою особливу специфіку. Не вдаючись до поглибленого аналізу спробуємо навести декілька актуальних питань та показати у чому полягає їх особливість, що відрізняє їх від інших відносин.

Договір ренти характеризується тим, що факт переходу права власності на майно обумовлений наданням зустрічного задоволення, що визначає сплатний його характер. Однак особливістю рентних відносин є те, що їм притаманна невизначеність загальної суми зустрічного надання в рахунок оплати відчужуваного майна на момент укладення договору, що є істотною відмінністю його від інших договорів. Так, купівля-продаж передбачає виплату погодженого у момент укладення договору грошового еквівалента відчужуваного майна, у тому числі і при укладенні договору купівлі-продажу в розстрочку. Особливість змісту зустрічного надання за договором ренти полягає у погодженні тільки суми періодичного платежу, виплата якого має здійснюватися протягом життя відчужувача, сукупність яких (фактичних платежів) визнається загальним еквівалентом зустрічного надання. На момент укладення договору ренти сторони не можуть прорахувати загальну вартість зустрічного задоволення, яке надається взамін відчужуваного майна (первинного надання). У цьому контексті рента стоїть немов би осторонь, поєднуючи у собі натуральну (довічне утримання) і грошову (довічна або постійна рента) форму зустрічного задоволення, що дає можливість істотно з інших позицій підійти до визначення якісної характеристики предмета цього договору.

При характеристиці рентних відносин не менш актуальним є питання виявлення сутності ренти як ризикового договору, що дає можливість виділити останній з інших цивільно-правових договорів про передачу майна і яка полягає у віднесенні його до алеаторних договорів, що ґрунтуються на притаманній йому невизначеності загальної суми рентних платежів, викликаній неможливістю визначення у момент укладення договору строку його дії.

Таким чином, можна констатувати той факт, що рента поняття складне й багатогранне. Не дивлячись на спроби науковців розглянути окремі питання рентних відносин, залишається багато питань, які потребують

уваги. І лише чітке доктринальне їх з'ясування надасть змогу безперешкодному застосуванню цього договору в житті.

Беляев А. А., ассистент кафедры гражданского права № 1 Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ОТНОШЕНИЙ ПО ПРИВЛЕЧЕНИЮ ЗРИТЕЛЕЙ ДЛЯ ПРОСМОТРА СПОРТИВНЫХ СОРЕВНОВАНИЙ

Одним из источников доходов спортивной организации является реализация билетов и абонементов на соревнования. Факторами, влияющими на посещаемость, признаются: демографический состав и количество населения в городе размещения спортивной организации; популярность вида спорта; уровень доходов населения и стоимость билетов; участие в соревнованиях спортсменов наивысшего уровня; удобство и комфорт мест на спортивных сооружениях; дополнительные услуги, предоставляемые во время соревнований и т.д.

Привлечение зрителей для просмотра соревнований – одна из основных задач, стоящих перед спортивной организацией. Различают следующие категории зрителей: не посещающие спортивные соревнования; случайные, посещающие несколько раз в год; частые посетители; постоянные болельщики – обладатели сезонных абонементов.

Их отсутствие на соревнованиях может существенно повлиять не только на финансовое состояние, но и на само существование спортивной организации. Так, наличие 300–400 болельщиков во время матчей с участием футбольного клуба «Арсенал» поставило организацию в сложное финансовое положение и послужило причиной для разрыва контрактов по инициативе спортсменов что повлияло на возможность прекращения дальнейшего существования клуба. В 2013 году ФК «Арсенал» был ликвидирован.

Конечным потребителем, на которого рассчитано соревнование, является зритель. По нашему мнению, покупка билета по своей правовой природе представляет собой заключение договора купли-продажи, где покупателем может выступать физическое лицо (зритель), спортивная

организация команды гостей, спортивная организация команды хозяев (для распространения среди наиболее преданных болельщиков-фанатов) или любое юридическое лицо (для распространения среди своих работников). Право продажи билетов может принадлежать различному кругу субъектов и зависит от уровня соревнований. Для соревнований уровня Олимпийских игр, чемпионатов Европы, мира этим правом обладают их организаторы, называемые Оргкомитетом по проведению ... Так, например, право продажи билетов на просмотр соревнований зимней Олимпиады 2014 года в Сочи было передано правообладателем – Международным олимпийским комитетом» Организационному комитету XXII Олимпийских зимних игр и XI Паралимпийских зимних игр 2014 года в г. Сочи» созданному в форме автономной некоммерческой организации, как правило, на период их проведения. В соревнованиях национального уровня (чемпионаты, кубки Украины и др.) это право принадлежит спортивной организации команд хозяев матчей, на которые возлагается ответственность за распространение билетов, обязанность предоставить возможность приобретения на основе заявки от команды гостей определенного количества билетов, количественно ограниченного верхним и нижним пределами (п. 11, 12 ст. 26 Регламента проведения соревнований среди команд профессиональной футбольной лиги).

Спецификой данного договора купли-продажи, по нашему мнению, является товар, предлагаемый для продажи. Считаем, что товаром выступает непосредственное право просмотра спортивного шоу (зрелища) на территории спортивного сооружения, результатом которого выступают полученные зрителем эмоции – сопереживание, чувство причастности и интереса к происходящему, ощущение неопределенности и непосредственного участия в действии, возможности влияния на его исход. При этом, приобретая указанный товар покупатель заранее соглашается с тем условием, что основной задачей для спортивной организации является получение спортивного результата, достижение которой может отразиться на стратегии и тактике спортсменов во время соревнований и не привести к получению того эффекта, на который рассчитывал покупатель заключая договор.

Несмотря на нематериальный характер товара, он все же подлежит оценке, составляющими которой являются вложения в персонал, помещения, оборудование спортивной организации, спортсменов, тренеров, организацию соревнований и др. Только соединение материального,

технічного, інтелектуального ресурса дає можливість створити кінцевий товар – спортивне шоу (зрелище), де засоби, отримані від реалізації квитків і абонементів грають значущу роль.

Однак, необхідно зазначити, що в Україні такі відносини виникають в найбільш, так званому, «комерційно успішному» виді спорту, якими визнаються футбол, баскетбол, хокей і др. Існують і менш популярні (зрелищні, комерційні) види, де квитки на перегляд спортивних змагань відсутні, що безпосередньо впливає і на зміст угоди, роблячи її безкоштовною. Угода, фактично, набуває елементу угоди дарування, але не стає такою в зв'язку з спрямованістю на неограничений коло фізичних осіб, що виключено ввиду її особистого характеру. Вважаємо, таке дієння необхідно визнавати односторонньою угодою, де спортивна організація приймає на себе зобов'язання по створенню спортивного шоу (зрелища) і наданню права його безкоштовного перегляду або ефірної трансляції.

Борисов І. В., молодший науковий співробітник Науково-дослідного інституту правового забезпечення інноваційного розвитку НАПрН України

ДО ПРОБЛЕМ СТВОРЕННЯ ЕФЕКТИВНОГО ПРАВОВОГО МЕХАНІЗМУ РЕГЛАМЕНТУВАННЯ ВІДНОСИН У БУДІВЕЛЬНІЙ ГАЛУЗІ

1. Будівельне законодавство України постійно оновлюється, однак воно все ще потребує упорядкування й удосконалення, уточнення норм, які допускають неоднозначне тлумачення. Відсутність загальноприйнятої і однозначної бази сприйняття одних й тих самих понять приводить на практиці до неоднозначного тлумачення їх учасниками будівельної діяльності, не сприяє загальному системному осмисленню усіх процесів, що їй притаманні. Правознавці фактично не торкаються цієї проблематики.

2. На основі аналізу чинного законодавства у галузі будівництва уточнено визначення таких понять, як «будівельний ринок», «ринок

будівельних матеріалів», «продукція будівництва», «предмет будівельних робіт», «результат будівельних робіт», а також досліджені механізми інвестування будівництва і ті вимоги, які пред'являються до учасників будівельного процесу.

Будівельний ринок – це ринок будівельних робіт, а саме відкрита організаційно-господарська система, в якій суб'єкти цього ринку (інвестори, замовники, підрядники, проектні організації, підприємства промисловості будівельних матеріалів тощо) реалізують свої взаємні економічні інтереси.

Продукція будівництва – це родове поняття, споруди (інженерні споруди), будівлі – видові поняття, кожне з яких має свою класифікацію, тобто види.

Об'єкт будівництва (споруди, будівлі тощо) конкретизується у предметі договору будівельного підряду у подальшому при належному виконанні сторонами умов такого договору втілюється у кінцевий (оречевлений) результат діяльності підрядника – результат будівельних робіт. Проте, ототожнювати ці поняття неправильно, оскільки при укладенні договору об'єкт будівництва існує в ідеальному вигляді, а при прийнятті його в установленому законом порядку замовником, перетворюється на нерухоме майно.

Побудувати об'єкт будівництва неможливо без здійснення будівельних робіт, хоча предметом різновиду договору будівельного підряду можуть бути тільки будівельні роботи. Звідси будівельні роботи – це роботи, які здійснюються як при зведенні об'єкту будівництва (споруди, будівлі), так і ті, що здійснюються при капітальному ремонті, реконструкції, виконанні монтажних робіт, пусканалагоджувальних, інших робіт, нерозривно пов'язаних з місцезнаходженням об'єкта. Звідси закономірно, що в економіці будівельний ринок ототожнюється з ринком будівельних робіт.

Пропонується на рівні ЦК і ГК України закріпити положення, що договір будівельного підряду (договір підряду на капітальне будівництво) має такі різновиди: договір на проведення нового будівництва (новобудови); договір капітального ремонту будівель (споруд); договір на реконструкцію (технічне переоснащення) підприємств, будівель (зокрема житлових будинків) споруд; договір на виконання монтажних, пусканалагоджувальних та інших робіт, що будуть відрізнятися як за предметом, так і за суб'єктом складом.

Продукція будівництва – це закінчені (нові та реконструйовані) і підготовлені до здачі в експлуатацію об'єкти будівництва (оречевлений результат діяльності підрядника).

3. Наявність різних механізмів фінансування будівництва пов'язано з різними джерелами фінансування будівництва – за державні кошти; з залученням державних коштів; за кошти інвесторів.

Аналіз положень Закону України «Про здійснення державних закупівель», яким встановлено правові та економічні засади здійснення закупівель товарів, робіт і послуг за державні кошти, свідчить про необхідність змінити редакцію його п.33 ст. 1, визнавши учасником державних закупівель, предметом яких є будівельні роботи, поряд з юридичними особами фізичну особу-підприємця, узгодивши таким чином положення самого Закону (зазначеного пункту з п.4 ст. 16), а також з положеннями інших законів, зокрема «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» та «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності».

До того ж і при фінансуванні будівництва з залученням державних коштів шляхом проведення на конкурсних засадах оцінки та відбору інвестиційних проектів, участь у конкурсі беруть виключно суб'єкти підприємницької діяльності, тобто і юридичні особи, і фізичні особи-підприємці, Такий підхід спостерігається і при здійсненні будівництва об'єкта архітектури. Не змінює цього висновку і те, що в архітектурній діяльності, враховуючи те, що створення об'єкта архітектури носить творчий характер, задіяна процедура професійної атестації відповідальних виконавців окремих архітектурних робіт. Ця процедура фактично прирівнює фізичну особу-атестованого архітектора до фізичної особи-підприємця, оскільки вона несе відповідальність за неналежне виконання робіт (послуг), право виконання яких визначено кваліфікаційним сертифікатом, та порушення вимог законодавства, будівельних норм, стандартів і правил.

4. В сучасних умовах інвестування в житло може здійснюватися виключно через ІСІ, фонди фінансування будівництва (ФФБ), фонди операцій з нерухомістю (ФОН), а також шляхом випуску цільових облігацій. Загальні принципи, правові та організаційні засади залучення коштів фізичних і юридичних осіб у довірче управління з метою фінансування будівництва житла та особливості управління цими коштами визначає Закон України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю».

Грачов О. А., аспірант кафедри цивільного права № 1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ЗАХОДИ ОПЕРАТИВНОГО ВПЛИВУ ЯК СПОСОБИ ЗАХИСТУ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ

Перехід України до ринкових відносин, провідна роль у розвитку яких безперечно належить цивільно-правовим договорам, ставить заходи оперативного впливу на особливе місце при застосуванні неюрисдикційних форм захисту цивільних прав, адже економічна ефективність підприємців як суб'єктів цивільних правовідносин залежить, зокрема, від можливості якомога краще захистити свої права у разі порушення договорів контрагентами, де значення заходів оперативного впливу важко переоцінити.

Але сьогодні спостерігається відсутність єдиного підходу до розуміння поняття, місця та ролі заходів оперативного впливу в механізмі захисту цивільних прав в науці цивільного права, про що свідчать праці таких науковців як С. Алексеєва, В. Грибанова, М. Карпова, В. Луця, Є. Суханова, Т. Каудирова, В. Рясенцева та інших.

Цивільне законодавство поняття «заходи оперативного впливу» не містить. У ст. 16 Цивільного кодексу України (далі – ЦК), заходи оперативного впливу серед інших способів захисту прав не фігурують. При цьому можливість застосування даних мір кредитором з метою захисту своїх порушених прав передбачена у багатьох нормах ЦК, зокрема: ч. 2 ст. 696, ч. 1 ст. 709, ч. 3 ст. 849, ч. 3 ст. 877 та ін.

Думки вчених щодо юридичної природи даних мір можна умовно розділити на дві течії. Прибічники першої ототожнюють заходи оперативного впливу з поняттям «санкція цивільно-правової відповідальності». Інші ж – відводять вказаним заходам роль самостійного інституту в механізмі захисту цивільних прав.

При цьому науковцями вірно звертається увага на те, що застосування заходів оперативного впливу змінює структуру договірних правовідносин, а це безпосередньо позначається на майнових правах та інтересах порушника. Наприклад, згідно ч. 3 ст. 850 ЦК якщо під час виконання роботи за договором підяду стане очевидним, що вона не буде викона-

на належним чином, замовник, зокрема, може відмовитись від договору підряду й вимагати відшкодування збитків або доручити виконання роботи іншій особі за рахунок підрядника. Отже у будь-якому варіанті на підрядника, як на боржника що порушив договір, покладається обов'язок відшкодувати збитки, що безумовно, є несприятливими майновими наслідками для останнього.

Але майновий характер заходів оперативного впливу не є їх визначальною рисою. Він притаманний й іншим цивільно-правовим санкціям, в тому числі мірам цивільно-правової відповідальності, і ототожнювати в зв'язку з останнім їх не вірно. В основу ототожнення заходів оперативного впливу та санкції цивільно-правової відповідальності не може бути покладена властивість, притаманна для більшості інститутів цивільного права.

Критики заслуговує ототожнення оперативних заходів та санкції цивільно-правової відповідальності і з огляду на можливість їх одночасного застосування, що було б неможливим, якщо за оперативними заходами визнавались властивості цивільно-правових санкцій. У цьому разі порушувався б принцип недопустимості застосування двох видів відповідальності за одне правопорушення. Окрім того, для настання цивільно-правової відповідальності необхідна наявність закріплених законодавчо умов, зокрема вини. Натомість, для застосування заходів оперативного впливу враховувати вину боржника не обов'язково. Більше того, поширення умов настання цивільної відповідальності на порядок застосування заходів оперативного впливу практично б знизило функціональні можливості цього інституту. Наведене свідчить про самостійне місце заходів оперативного впливу серед способів захисту цивільних прав.

Серед характерних ознак заходів оперативного впливу перш за все необхідно вказати на їх правоохоронний характер, що проявляється в можливості їх застосування виключно за факт порушення контрагентом договірної зобов'язання.

Застосування заходів оперативного впливу кредитором як управненою особою веде до зниження для останнього негативних наслідків порушення договірної дисципліни.

Слід відмітити також, що невід'ємною властивістю всіх оперативних заходів є їх односторонній характер. Це означає, що, по-перше, вони застосовуються виключно у позасудовому порядку, а отже їх застосування

не пов'язане із силою державного примусу. Однак із метою гарантування правомірного використання оперативних заходів управленою особою (кредитором), закон надає право зобов'язаній особі (боржникові) оскаржувати таке застосування у встановленому законом порядку, зокрема звернувшись до суду. По-друге, односторонній порядок передбачає застосування управленою стороною таких заходів незалежно від волі та бажання іншої сторони.

Наступною властивістю заходів оперативного впливу є їх юридичний (організаційний) характер – останні завжди спрямовані на зміну структури договірних відносин, що аж ніяк не характерно для цивільно-правових санкцій, специфічність яких полягає у реалізації компенсаторно-відновлюваної функції.

Притаманним для інституту заходів оперативного впливу є й особливий характер негативних майнових наслідків для боржника – їх настання виступає лише супутнім результатом реалізації прав кредитора, а дійсну цінність для останнього представляє захист порушених прав, а за можливості – забезпечення реального виконання договору.

Виходячи із особливої природи та ознак заходів оперативного впливу, можна назвати такі їх функції. Перш за все заходи оперативного впливу покликані здійснювати захист договірних правовідносин, і відповідно, захисна функція є їх основною функцією. Їх застосування сприяє нормалізації договірних відносин шляхом виконання порушених зобов'язань боржником та зменшенню чи навіть запобіганню виникненню збитків у кредитора.

Заходи оперативного впливу стимулюють зобов'язану сторону до виконання зобов'язання, попереджуючи порушення договірної дисципліни під загрозою настання несприятливих для порушника негативних наслідків, що прийнято вважати виконання останніми забезпечувальної функції.

Значені способи захисту також виконують і виховну функцію. Вони здійснюють позитивний вплив на учасників договірних відносин, сприяючи вихованню високої договірної культури зокрема та поваги до норм і принципів цивільного права взагалі.

Нарешті застосування заходів оперативного впливу, сигналізуючи про негативні явища в діяльності учасників цивільних договірних відносин, інформує потенційних клієнтів про стан справ їх контрагентів, що дозволяє дослідникам вести мову про виконання заходами оперативного впливу сигналізаційної функції.

Ураховуючи вищенаведені специфічні ознаки заходів оперативного впливу та комплекс особливих притаманних їм ознак, можна зробити висновок про самостійне місце оперативних заходів у системі способів захисту цивільних прав, а також їх ефективність у разі порушення договірної дисципліни учасниками цивільних правовідносин.

Гринько П. О., асистент кафедри приватного права Полтавського юридичного інституту Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ДО ПИТАННЯ ПРО МЕДИЧНЕ СТРАХУВАННЯ В УКРАЇНІ

Для будь-якої розвиненої демократичної держави одним із найважливіших стратегічних завдань є збереження генофонду нації, а це, насамперед, здоров'я її народу. Тому, одним із пріоритетних завдань, у тому числі і України, є створення таких умов життєдіяльності й медичного обслуговування людини, які сприяли би збереженню та поліпшенню життєвого рівня населення, його відтворенню. Для реалізації цього завдання держави створюють спеціальну систему, яка здійснює комплекс заходів, направлених на збереження та зміцнення здоров'я населення, забезпечення його медичною допомогою, – галузь охорони здоров'я¹.

Першочерговим завданням на загальнодержавному рівні виступає пошук нових шляхів фінансування системи охорони здоров'я.

Реальною альтернативою є перехід від системи виключно бюджетного фінансування охорони здоров'я до нової бюджетно-страхової моделі охорони здоров'я – системи страхової медицини, яка дозволить залучити додаткові ресурси у медичну галузь та забезпечити гарантований обсяг медичних послуг для широких верств населення.

Страхова система охорони здоров'я нині поділяється на обов'язкове і добровільне (приватне) медичне страхування. Перше припускає обов'язкову сплату внеску для всіх із різними модифікаціями (платить працівник чи роботодавець, або ж вони платять спільно у певних пропо-

¹ Медичне право України (правові засади забезпечення медичного страхування): Монографія / С. Г. Стеценко, В. Ю. Стеценко, Я. М. Шатковський; За заг. ред. С. Г. Стеценка. – К.: Атіка, 2010. – с.6–9.

рціях), де страховий поліс є гарантом отримання будь-якої допомоги, крім особливих випадків. Таку систему засновано на чітко вираженій суспільній солідарності. У другому ж випадку людина безпосередньо страхує себе на випадок виникнення необхідності тієї чи тієї медичної допомоги.

Позитивними моментами запровадження страхової медицини є те, що вона охоплює фінансування наукових досліджень, підготовку медичних кадрів, витрати на розвиток матеріально-технічної бази лікувальних закладів, надання медичної допомоги населенню. Вона базується на таких принципах, як економічна і соціальна захищеність середніх і малозабезпечених верств населення, гарантованість прав кожного громадянина на якісну медичну допомогу, обов'язковість внесків як фізичних, так і юридичних осіб.

Важливим елементом системи страхової медицини є медичне страхування.

Медичне страхування – це форма соціального захисту населення щодо охорони здоров'я, пов'язана з компенсацією витрат громадян на медичне обслуговування. Це система організаційних та фінансових заходів щодо забезпечення діяльності страхової медицини.

Система медичного страхування як одна з організаційно-правових форм функціонування охорони здоров'я відрізняється від інших наступним: цілеспрямованість та адресність страхового внеску, який може бути використаний суто в медичних цілях; можливість здійснення контролю страхувальником і застрахованим за використанням страхових коштів; можливість вибору застрахованим лікаря і лікувально-профілактичної установи; обмеженість ролі уряду, який за обов'язкового медичного страхування вирішує лише певне коло питань (визначає перелік основних видів допомоги, що надаються в рамках системи, групи застрахованих і величину страхового внеску, встановлює правила взаємодії всіх сторін і т.д.), а за добровільного страхування бере участь тільки в частині регламентації діяльності страхових організацій¹.

Таким чином, у процесі переходу України до ринкової економіки виникла ситуація, яка вимагає змін в умовах функціонування економіки системи охорони здоров'я. Перебудова економіки охорони здоров'я повинна починатися перш за все з укріплення фінансової основи галузі, зі зміни загальної схеми фінансування, що передбачає обов'язковий пере-

¹ Семенов В. Ю. Опыт реформирования здравоохранения в зарубежных странах / В. Ю. Семенов, В. В. Гришин. – М.: «Федеральный фонд ОМС», 1997. – с. 13.

хід від бюджетної системи фінансування до змішаної бюджетно-страхової системи, що фінансується при активній участі підприємств, установ, організацій різних форм власності з елементами добровільного медичного страхування населення.

Тому, державна політика розвитку медичного страхування як частини загальної соціальної та економічної політики України повинна визначати основні принципи, напрями і форми економічного та адміністративно-правового впливу у сфері соціального захисту населення. Медичне страхування має бути підтримано нормативно-правовою базою; удосконаленням податкової політики та державного нагляду; підвищенням фінансової надійності страховиків, страхової культури населення; підготовкою та перепідготовкою кадрів.

Підводячи підсумки, слід відзначити, що в Україні поступово формується перспективна система організації медичного страхування, однак вона потребує суттєвого удосконалення. Вважаємо, що для досягнення бажаного результату необхідно провести ряд заходів організаційного характеру та прийняти відповідну нормативно-правову базу.

Гришина І. І., старший викладач кафедри правового забезпечення господарської діяльності Харківського національного університету внутрішніх справ

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ АКЦІОНЕРНОГО ТОВАРИСТВА В КОНТЕКСТІ ЗДІЙСНЕННЯ АКЦІОНЕРОМ ПРАВА НА ОТРИМАННЯ ДИВІДЕНДІВ

Законом України «Про акціонерні товариства» (п. 2 ч. 1 ст. 25) передбачено право акціонера на отримання дивідендів. Такому праву повинен кореспондувати обов'язок акціонерного товариства (далі – АТ), за невиконання якого останнє, як суб'єкт корпоративних правовідносин, повинно нести відповідальність. На думку О. Белоусова, суб'єктивне право акціонера – це міра його можливої поведінки, якій кореспондує юридичний обов'язок товариства¹. У чинному корпора-

¹ Белоусов О. В. Акция и права акционера / О. В. Белоусов // Законодательство. – 1999. – № 6. – С. 28.

тивному законодавстві не передбачено обов'язку АТ виплачувати дивіденди як у встановлений строк, так і взагалі. В тому числі не передбачено і наслідків, невиконання товариством такого обов'язку. У зв'язку з чим, на думку І. С. Шиткіної, акціонерам доволі складно здійснювати захист своїх прав¹.

Єдності серед науковців щодо умовного чи безумовного характеру зазначеного вище права на сьогодні не існує. Право акціонера на дивіденди на думку О. В. Щербини є основним безумовним правом, яке не залежить від наявності прибутку товариства або прийняття загальними зборами товариства рішення про спрямування частини прибутку на виплату дивідендів. За певних умов, говорить авторка, акціонер набуває додаткове право – вимагати виплати оголошених, але не виплачених дивідендів, з наступного дня після закінчення встановленого для виплати дивідендів строку².

І. В. Спасибо-Фатеєва зазначає, що акціонери власники простих акцій мають лише право набути права на дивіденди після виконання умов: отримання АТ прибутку за результатами календарного року; проведення загальних зборів; прийняття рішення на зборах про виплату дивідендів, навідміну від акціонерів власників привілейованих акцій, які отримують відповідне право з моменту набуття акцій³. Д. В. Ломакін, зазначає, що до прийняття рішення загальними зборами про виплату дивідендів вказане право є умовним, тобто до того часу у акціонера відсутнє право вимоги до товариства. Для того, щоб право стало реальним, необхідна наявність правоутворюючого юридичного факту, яким є оголошення дивідендів уповноваженим органом АТ⁴. На умовний характер зазначеного права вказує й В. В. Лаптев, відмічаючи, що право акціонера на дивіденд виникає лише за умови отримання товариством прибутку та оголошення про виплату дивідендів⁵. І. Б. Саракун розмежовує поняття «право брати участь у розподілі прибутку товариства» і «право отримувати частину

¹ Шиткіна І. С., Ломоносова М. В. Корпоративне право: учеб. для студентов вузов, обучающихся по направлению «Юриспруденция» / отв. ред. И. С. Шиткина. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – с. 458.

² Щербина О. В. Правове становище акціонерів за законодавством України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03/ О. В. Щербина. – Київ, 2001. – с. 3–4..

³ Спасибо-Фатеєва І. В. Акціонерные общества: корпоративне правоотношення. – Харьков: Право, 1998, с. 128–132.

⁴ Ломакін Д. В. Право акціонера на дивіденд: поняття, порядок, осуществление // Законодательство. – 1998. – № 8. – С. 21.

⁵ Лаптев В. В. Акционерное право. – М.: Контакт; ИНФРА – М, 1999. – с. 67.

(дивіденди) прибутку товариства» як двохсамостійних за своєю природою можливостей учасників, які не обумовлюють одна одну¹.

Чи можна говорити про право акціонера на дивіденд та відповідальність АТ за їх невиконання, якщо таке право виникає лише за наявності певних фактів. У товариства не виникає обов'язку виплати дивідендів до того часу, доки не настане юридичний факт, з яким законодавець пов'язує виникнення правовідносин². Таке право у акціонерів виникає лише у разі порушення строків виплати оголошених дивідендів.

Аналізуючи порядок нарахування та виплати дивідендів за привілейованими акціями теж не можна зробити однозначного висновку щодо їх безумовного характеру. На думку Є. П. Губини товариство має безумовний обов'язок з нарахування та виплати дивідендів за привілейованими акціями, розмір яких визначений у статуті або може бути визначений на підставі останнього. У акціонера виникає право вимоги до АТ, якщо останнє відмовляється виплатити дивіденди за такими акціями³. Так відповідно до ч. 3 ст. 30 Закону України «Про акціонерні товариства» рішення про виплату дивідендів та їх розмір за простими акціями приймається загальними зборами АТ. Розмір дивідендів за привілейованими акціями здійснюється за рахунок резервного капіталу товариства. Тобто закон вказує на те, що статутом визначається лише розмір дивідендів за привілейованими акціями, а прийняття рішення загальними зборами про виплату таких дивідендів є такою ж обов'язковою умовою для їх виплати, як і для акціонерів – власників простих акцій.

Підсумовуючи наведене, можна зробити висновок, що у акціонерів виникає право не на дивіденди, а лише на оголошені дивіденди, за порушення строків виплати яких або у разі невиконання відповідного обов'язку взагалі АТ повинно нести відповідальність відповідно до ст. 526 ЦК України, де зазначено, що зобов'язання повинні виконуватися належним чином. Окрім того, ч. 2 ст. 625 ЦК України встановлює відповідальність за порушення грошового зобов'язання в розмірі суми боргу з урахуванням встановленого індексу інфляції за весь час прострочення, а також три проценти річних від простроченої суми, якщо інший розмір процентів не встановлений договором або законом.

¹ Саракун І. Б. Здійснення корпоративних прав учасниками (засновниками) господарських товариств (цивільно-правовий аспект): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03/ І. Б. Саракун. – Київ, 2008. – с. 10–11.

² Лаптев В. В. Акціонерное право. – М.: Контакт; ИНФРА – М, 1999. – с. 67.

³ Губин Е. П. Правовое регулирование деятельности акционерных обществ (Акционерное право) / под ред. Е. П. Губина. – М.: Издательство «Зерцало», 1998. – с. 152.

Доценко О. М., ад'юнкт кафедри охорони інтелектуальної власності, цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету внутрішніх справ

ПРАВО НА ОСОБИСТЕ ЖИТТЯ ЗА ЦК УКРАЇНИ ТА ЦК РОСІЙСЬКОЇ ФЕДЕРАЦІЇ

Право на особисте (приватне)¹ життя закріплюється у міжнародних нормативно-правових актах та національних законодавствах багатьох країн світу. У праві України та Російської Федерації право на особисте життя закріплюється як на конституційному, так і на галузевому рівні, зокрема, у цивільних кодексах. Так, ст. 301 ЦК України закріплює право на особисте життя та його таємницю, а ст. 150 ЦК РФ визначає серед нематеріальних благ недоторканність приватного життя та 152.2 ЦК РФ встановлює охорону приватного життя громадян. Зважаючи на специфічний характер такого блага як особисте життя та важливість його належного здійснення для забезпечення інтересів управомоченої та інших осіб, вважаємо за доцільне шляхом порівняльного аналізу положень ЦК України та ЦК Російської Федерації виявити позитивні та негативні риси цивільного законодавства обох країн для вироблення пропозицій щодо більш ефективного регулювання та охорони відносин щодо особистого життя фізичних осіб.

Буквальний аналіз назви і змісту ст. 301 ЦК України дозволяє стверджувати, що в ній закріплено – 1) право на особисте життя (ч.ч. 1, 2 ст. 301 ЦК України – особа має право на особисте життя, вона сама визначає своє особисте життя і можливість ознайомлення з ним інших осіб); 2) право на таємницю особистого життя – ч.ч. 3, 4 ст. 301 ЦК України). Тобто має місце закріплення в одній статті двох самостійних права з різними об'єктами. Закріплення зазначених прав в одній статті ЦК України пояснюється тим, що право на інформацію про особисте життя (його таємницю) може мати додатковий характер щодо права на особисте життя фізичної особи, вони є тісно взаємопов'язаними. Шляхом розголошення інформації про особисте життя фізичної особи (тобто порушення даного права) може бути здійснене втручання і в безпосередньо її осо-

¹ У роботі особисте і приватне вживаються як синоніми, не застосовуючи детальний аналіз даних категорій

бисте життя, в результаті якого особа вимушена буде змінити його хід не за власною волею (тобто порушується й право на особисте життя); і, навпаки, належне здійснення та захист права на таємницю особистого життя забезпечує охорону особистого життя фізичної особи.

Варто зауважити, що незважаючи на назву ст. 152.2 ЦК РФ «Охорона приватного життя громадянина», її положення направлені на охорону саме інформації про приватне життя, а не власне приватного життя особи. Так, у ч. 1 ст. 152.2 ЦК РФ зазначено, якщо інше прямо не передбачено законом, не допускаються без згоди громадянина збір, зберігання, поширення й використання будь-якої інформації про його приватне життя. Тобто по суті встановлений режим таємниці інформації про приватне життя.

Таким чином, як ч. 3, 4 ст. 301 ЦК України, так і ст. 152.2 ЦК РФ закріплюють право на таємницю особистого життя, тобто певний режим, за якого інформація про нього не може бути розголошена чи будь-яким шляхом використана іншими особами без згоди даної особи або лише у визначених законом випадках.

Варто зауважити, що у ст. 152.2 ЦК РФ законодавець прямо вказує на важливість отримання згоди від уповноваженої особи на поширення інформації про її приватне життя. Адже саме така згода є підставою зміни режиму такої інформації, а саме розкриття її таємниці та надання можливості ознайомлення з нею тих осіб, яким уповноважена особа надає такий дозвіл. Випадки, коли інформація про приватне життя може бути поширена без такої згоди є випадками, коли можливе обмеження права на таємницю приватного життя. Зокрема, п. 2 ч. 1 ст. 152.2 ЦК РФ і визначає такі випадки. Порівнюючи зазначені положення з нормами ЦК України, можемо сказати, що вони є подібними, адже ч. 4 ст. 301 ЦК України також передбачає розкриття таємниці особистого життя лише за згоди уповноваженої особи, або за певних умов, а саме за умови, що така інформація містить ознаки правопорушення, що підтверджено рішенням суду.

Крім того, у ч. 2 ст. 152.2 ЦК РФ законодавець наголошує на забороні для сторін зобов'язання розголошувати інформацію про приватне життя громадянина, який також є стороною або третьою особою у зобов'язанні, яка стала їм відома у зв'язку з виникненням чи виконанням зобов'язання.

Як бачимо, і ч. 1 і ч. 2 ст. 152.2 ЦК РФ закріплюють право на таємницю приватного життя. Проте, порівнюючи з положеннями ЦК України,

якщо ч. 3 ст. 301 ЦК України прямо зазначає, що особа має право на збереження у таємниці обставин свого особистого життя, а ч. 4 ст. 301 ЦК України визначає умови, коли таємниця може бути розкрита і це не буде порушенням даного права, то російський законодавець не називаючи дане право – правом на таємницю інформації про приватне життя, фактично встановлює режим таємниці з визначенням випадків, коли такий режим може бути змінений.

Аналізуючи далі положення ст. 152.2 ЦК РФ, ч. 3 даної статті визначає, що неправомірним поширенням отриманої з порушенням закону інформації про приватне життя громадянина вважається, зокрема, її використання при створенні творів науки, літератури й мистецтва, якщо таке використання порушує інтереси громадянина. Зазначена норма має важливе значення для захисту права на інформацію про приватне життя й захисту прав інтелектуальної власності. Хоча, виникає питання, якщо використання інформації відбувається не при створенні творів науки, літератури та мистецтва, чи буде таке використання неправомірним? Враховуючи, що режим таємниці встановлює монополію для управомоченої особи для використання її права, то вважаємо, що будь-яке використання інформації про приватне життя без згоди управомоченої особи, в тому числі ознайомлення з такою інформацією, є неправомірним та порушує інтереси управомоченої особи. На нашу думку, ч. 4 ст. 301, яка містить умови поширення інформації про особисте життя, охоплюється й використання такої інформації при створенні творів науки, літератури й мистецтва.

Ч. 4 ст. 152–2 ЦК РФ визначено порядок захисту права на інформацію про приватне життя.

Ч. 5 ст. 152.2 ЦК РФ визначає, що право вимагати захисту приватного життя громадянина у випадку його смерті мають діти, батьки й той з подружжя, що пережив такого громадянина. Як бачимо, у даній частині законодавець надає право захисту приватного життя, а не інформації про нього. Проте, дана позиція може бути піддана критиці. Адже особисте життя є невідчужуваним та невіддільним від свого носія. Зі смертю особи право на особисте життя і власне таке благо як особисте життя даної особи зникає. Цьому знаходимо підтвердження й у рішенні Європейського суду з прав людини у справі Йеггі проти Швейцарії № 58757/00, який при розгляді вимоги заявника про проведення аналізу ДНК останків передбачуваного батька з метою визначення батьківства зазначив, що

відбір зразка ДНК не представляє собою втручання в особисте життя померлої особи. Інформація ж про особисте життя об'єктивується і може переходити від одного суб'єкта до іншого, що вказує на її здатність до віддільності, автономного існування від особи, якої вона стосується, як за життя, так і зберігаючи свої корисні властивості після смерті особи, якої вона стосується. Отже, наведені міркування підтверджують, що ч. 5 ст. 152.2 спрямована на захист саме інформації про приватне життя.

Отже, порівнюючи положення ЦК України та ЦК РФ стосовно права на особисте життя приходимо до висновку, що український законодавець закріплюючи в ст. 301 ЦК України право на особисте життя та його таємницю, тим самим забезпечив правову охорону як власне особистого життя так інформації про нього як окремих благ. Щодо положень ЦК РФ, то вбачаємо деяку непослідовність законодавця, адже зі змісту ст. 152.2 ЦК РФ випливає, що встановлюється охорона не приватного життя як блага, а саме інформації про приватне життя. Проте подібний підхід дає можливість визнавати неправомірне поширення інформації про особисте життя як єдину підставу втручання в особисте життя, залишаючи поза увагою інші, що може призвести до проблем у застосуванні даної норми при захисті права на особисте життя від втручання, не пов'язаних з неправомірним поширенням інформації про особисте життя.

Загородній А. С., викладач кафедри правового забезпечення господарської діяльності факультету права та масових комунікацій Харківського національного університету внутрішніх справ

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ВИКОНАВЦІВ ЮРИДИЧНИХ ПОСЛУГ: ОКРЕМІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ

1. Проблеми притягнення до цивільно-правової відповідальності виконавців юридичних послуг (адвокатів, адвокатських організацій, осіб, які надають юридичні послуги без статусу адвоката) мають два рівня свого описання.

Перший рівень стосується принципового питання, а саме: чи допустимо взагалі говорити про можливість притягнення до цивільно-правової

відповідальності тих, хто надає юридичні послуги (юридичну допомогу)?

Другий рівень – це, так би мовити, питання власне цивільно-правової казуїстики визначення підстав та умов притягнення до відповідальності виконавців, які порушують зобов'язання з надання юридичних послуг.

2. Стосовно пошуку відповіді на проблемне питання першого рівня у світовій юриспруденції викристалізувалося три основних концептуальних підходи: заперечувальний, обмежувальний та споживчий. Заперечувальний підхід, як це витікає із назви, полягає в запереченні самої ідеї притягнення адвокатів до майнової відповідальності. Найчастіше заперечувальний підхід є наслідком прояву певних традицій, які історично сформувалися в тих чи інших країнах світу (Англія, Ірландія). Щоправда, для застосування заперечувального підходу в країнах пострадянського простору сьогодні визрівають свої (національні) ґрунтовні підстави. Це пов'язано з незадовільною якістю та нестабільністю законодавства, проблемами доступності судового захисту та стабільності судової практики, проблемами професійної компетентності представників юридичного корпусу, в тому числі суддів, співробітників правоохоронних органів тощо. За таких обставин, як вказують деякі дослідники, виконавці принципово не повинні відповідати за якість надання юридичних послуг.

За обмежувальним підходом можливість несення цивільно-правової відповідальності виконавцями юридичних послуг не заперечується, але така відповідальність повинна мати визначені в законодавстві межі. Зокрема, зазначається на необхідність обмеження відповідальності виконавців сумою винагороди (гонорару).

Відповідно до споживчого концептуального підходу розмір відповідальності адвоката чи іншого виконавця юридичної послуги не повинен обмежуватися реальними збитками, але має включати й упушену вигоду. Зрозуміло, що споживчий підхід націлений на встановлення достатньо високих гарантій захисту прав та інтересів замовників юридичних послуг (як найменш захищеної сторони за договором). В той же час, світова юридична практика вже зіткнулася й з негативними проявами такого підходу. Йдеться про, так званий, «споживацький екстремізм», коли замовники юридичних послуг зловживають своїм правом на відшкодування шкоди.

Тож, жодний із названих підходів не уявляє собою ідеальну модель. На жаль, з цього приводу в Україні відсутні достатньо ґрунтовні дослідження, як відсутня й наукова полеміка належного рівня. За нашим пере-

конанням, виконавці юридичних послуг принципово повинні нести цивільно-правову відповідальність за неналежне виконання чи взагалі невиконання своїх договірних обов'язків. Матиме така відповідальність вигляд обмежувального чи споживчого підходу – це залежить від позиції законодавця. Сьогодні ж, маючи на увазі відсутність спеціальних норм, відповідальність виконавців юридичних послуг впорядковується загальними положеннями про зобов'язання та про надання послуг, що навряд чи можна назвати задовільним становищем. Як відомо, за цим правовим режимом відповідальність виконавців послуг наближається до споживчого підходу.

3. Проблемні питання другого рівня пов'язані головним чином із визначенням протиправності поведінки виконавця юридичної послуги. З огляду на неможливість формалізації юридичних послуг, постає питання про ознаки неякісності надання таких послуг. Ми підтримуємо ідею щодо диференційованого розуміння юридичних послуг: 1) юридичні послуги, де сама поведінка виконавця складає предмет послуги (послуга у власному розумінні); 2) юридичні послуги, що завершуються певним результатом, який передається замовникові (складання проектів тих чи інших документів). Другий вид юридичних послуг може регулюватися за аналогією до відносин підрядного типу, в тому числі й щодо визначення протиправності поведінки виконавця. Підкреслимо, що у цьому випадку йдеться тільки про запозичення (із винятками) правового режиму регулювання підрядних відносин та його застосування до другого виду юридичних послуг.

Найбільші складнощі проявляються саме з приводу визначення ознак неналежності надання юридичних послуг першого виду – послуг у власному розумінні. Ці послуги, на що вказувалося вище, не піддаються формальному описанню та закріпленню в певних нормативних положеннях. Належність чи, навпаки, неналежність надання юридичних послуг даного виду деякими дослідниками пропонується оцінювати через призму дії принципів професійної поведінки адвокатів, які закріплені в Правилах адвокатської етики. Такий підхід можна вважати лише тимчасовим вирішенням означеної проблеми

Отже, в якості загального висновку слід вказати на необхідність проведеного в Україні спеціальних наукових досліджень стосовно встановлення меж цивільно-правової відповідальності виконавців за неналежне надання ними юридичних послуг. З проблемою даного рівня пов'язана

й проблема визначення критеріїв визнання поведінки виконавців цих послуг протиправною. Останній проблемний аспект також заслуговує на окрему увагу цивілістичного наукового співтовариства.

Замуравкина Р. М., асистент кафедри
гражданского права № 1 Национально-
го юридического университета имени
Ярослава Мудрого

ДОГОВОР АРЕНДЫ ЖИЛИЩА С ВЫКУПОМ В СИСТЕМЕ ДОГОВОРОВ ПО ГРАЖДАНСКОМУ КОДЕКСУ УКРАИНЫ

Мировой финансовый кризис обусловил обострение существующей в государстве жилищной проблемы. Ныне значительно снизилась платежеспособность населения, в связи с чем отсутствует реальная возможность приобретения им жилья за счет собственных средств. Закон Украины от 25 декабря 2008 г. «О предупреждении влияния мирового финансового кризиса на развитие строительной отрасли и жилищного строительства» предусматривает ряд организационно-правовых мер, направленных на преодоление кризисных явлений в жилищной сфере, в том числе путем приобретения гражданами жилища в долгосрочную аренду с выкупом. Этот договор опосредует предоставление жилья в пользование и одновременно выплату платежей для приобретения его в собственность. С учетом высокой стоимости жилых помещений законодатель смоделировал данный договор как долгосрочный (до 30 лет), что дает возможность выплачивать платежи постепенно. Таким образом, в современных условиях договор аренды жилища с выкупом должен стать одним из наиболее распространенных оснований возникновения права собственности на жилое помещение.

Правовое регулирование арендных отношений осуществляется прежде всего нормами гл. 59 ГК Украины (статьями 810¹, 811, 813–820, 823, частями 1 и 2 ст. 825, статьями 826, 1232¹), а также отдельными положениями упомянутого Закона и другими нормативными актами.

Часть 1 ст. 810¹ ГК Украины определяет договор аренды жилища с выкупом как особый вид договора найма (аренды). Какой-либо договор

выделяется в самостоятельный вид, если он требует специального правового урегулирования. Сложная конструкция договора аренды жилища с выкупом, включающая элементы разных по типу договорных моделей, – найма (аренды) и купли-продажи жилья, является тем специфическим признаком, который предопределяет необходимость особого регулирования арендных отношений.

Если к отношениям пользования арендованным жильем можно применить отдельные нормы гл. 59 ГК Украины («Наем (аренда) жилища»), то отношения выкупа требуют детальной правовой регламентации. Необходимо четко определить: (1) порядок оплаты стоимости жилья, который состоит из первоначального взноса и дальнейших платежей; (2) правовые последствия досрочного расторжения договора, в частности порядок возврата уже выплаченных за жилье денежных средств; (3) возможность наследования права арендатора на выкуп жилья в случае его смерти и т.д. Поскольку рассматриваемый договор направлен на предоставление жилья в пользование, с последующим приобретением его в собственность, особые требования должны быть предъявлены к его форме: договор должен подлежать нотариальному удостоверению. Более того, заключение договора аренды должно проходить такую обязательную стадию, как государственную регистрацию. В целях защиты интересов каждой из сторон договора оплата стоимости жилья в полном объеме должна подтверждаться соответствующим актом. Безусловно, договор аренды жилища с выкупом необходимо рассматривать как самостоятельный вид договора найма (аренды) жилья.

Однако представляется непоследовательной позиция законодателя, который отвел данному договору только одну специальную статью (ст. 810¹), а не отдельный параграф. В следствие этого нарушается сам принцип систематизации ГК, согласно которому каждый тип договорного обязательства выделяется в отдельную главу и каждый вид этого типа в свою очередь выделяется в отдельный параграф данной главы. Такая конструкция ГК Украины позволяет решить многие правотворческие и правоприменительные вопросы. В частности, она дает возможность разработать общие положения для договоров с одинаковой правовой регламентацией (в данном случае для договоров найма (аренды) жилища и аренды жилища с выкупом). Это способствует не только экономии правовой регламентации, но и необходимому единству регулирования. Кроме того, выделение договора в отдельный параграф обеспечит его

правильную правоприменительную классификацию, т.е. позволит правоприменительным органам точно определить, какой это договор, и применить к нему правовые нормы, предназначенные для регламентации непосредственно данного договора. В связи с этим целесообразно разделить гл. 59 ГК на два параграфа: § 1 должен содержать общие положения о найме (аренде) жилища; § 2 – включать правовые нормы, которые регламентируют отношения аренды жилья с выкупом.

Іванов А. М., асистент кафедри цивільного права № 1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ВІДМОВА ВІД ПРАВА ВЛАСНОСТІ ЯК ПІДСТАВА ПРИПИНЕННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ В УКРАЇНІ

Однією з підстав припинення права власності, за волею власника є відмова від права власності. Формально відмова від права власності є новелою для нашого законодавства, яка закріплена в цивільному кодексі України.

У дореволюційному цивільному законодавстві подібний інститут мав місце та носив назву зречення власника від його права, а майно автоматично ставало власністю держави. При цьому Д. І. Мейер називав зречення способом «чистого припинення права власності, після якого не відбувається набуття права власності іншою особою».

У радянський період подібна відмова значилася як «дерелікція», через яку річ стає безхазяйною. Тому ця підстава припинення права власності в радянських умовах втратила своє правове значення. Проте законодавець визнав за потрібне ввести в ЦК України таку підставу добровільного припинення права власності, як відмова від права власності.

1) Законодавцем встановлені способи відмови від права власності. Відповідно до ст. 347 ЦК України особа може відмовитися від права власності на майно, заявивши про це або вчинивши інші дії, які свідчать про її відмову від права власності. Детальніше дії особи, яка вирішила позбавитися своєї речі і прав на неї, законом не встановлено. У даному випадку надається певна свобода, тому оголошення про відмову від

власності може мати як письмову, так і усну форму. Оголошення може бути опубліковане в газетах, журналах у інших засобах масової інформації, відмова можлива і шляхом подачі заяви у відповідні органи, наприклад, якщо йдеться про нерухоме майно. При цьому головне, щоб оголошення містило однозначну інформацію про майно, що стосується прав та обов'язків третіх осіб на це майно. Відносно інших фактичних дій відзначу, що вони повинні ясно свідчити про наміри власника та бажання відмовитись від володіння, користування та розпорядження річчю. Зокрема до таких дій можна віднести залишення майна в сміттєвому контейнері або поряд з ним і т.п.

Відповідно до ч. 2 ст. 347 ЦК України у разі відмови від права власності на майно, права на яке не підлягають державній реєстрації, право власності на нього припиняється з моменту вчинення дії, яка свідчить про таку відмову. Таким чином, законодавець визначив момент припинення прав власності – вчиненням дії, яка свідчить про таку відмову. Потрібно звернути увагу на те, що таке визначення норми права звільняє власника від відповідальності за завдану шкоду майном, від якого відмовились.

2) Якщо проаналізувати загальні положення про право власності, а саме ч. 5 ст. 319 ЦК України де закріплено положення, що власник не може використовувати право власності на шкоду правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію та природні якості землі, то постає питання про те, що ч. 2 ст. 347 ЦК суперечить ч. 5 ст. 319 та ст. 322 ЦК України, щодо моменту припинення права власності. Також потрібно відзначити, що на власника майна покладається тягар його утримання, так власник зобов'язаний утримувати майно, що йому належить, якщо інше не встановлено в договорі або законі.

Як справедливо відмітив В. М. Камишанський «по отношению к объекту собственности собственник наделен не только правами, но и обязанностями. Он наделен бременем собственности, которое заключается в необходимости осуществления затрат на содержание, ремонт и охрану имущества, а также в риске возможных потерь». Адже, кинуте напризволяще майно може представляти небезпеку для оточуючих, завдавати шкоду навколишньому середовищу та погіршити природні якості землі тощо.

3) Таким чином, на мою думку, потрібно закріпити правило, згідно якого вчинення дії, яка свідчить про відмову власника від майна не при-

зводить до припинення права власності, а моментом припинення права власності визначити – його подальшу утилізацію або знищення або придбання права власності іншою особою. Так як, саме з моменту утилізації (знищення) або придбання права власності іншою особою, колишній власник звільняється від відповідальності щодо його утримання та за завдання шкоди.

Наведене положення вкрай важливе, оскільки, з одного боку, зберігає за власником тягар утримання майна, тобто обов'язок платити встановлені податки, страхувати майно у визначених законом випадках, відшкодувати іншим особам шкоду, заподіяну таким майном, і тому подібне, а з іншого боку, це «...можливість «повернення» майна колишньому власникові (оскільки він так і не втратив на неї свого права).

4) Аналізуючи ч. 3 ст. 347 ЦК України де закріплено дещо інше положення по відношенню до ч. 2 вказаної статті, а саме у разі відмови від права власності на майно, права на яке підлягають державній реєстрації, право власності на нього припиняється з моменту внесення за заявою власника відповідного запису до державного реєстру. Отже, законодавець визначив особливе правило щодо майна, яке підлягає державній реєстрації. Наприклад, що стосується нерухомих речей то вони підлягають державній реєстрації та приймаються на облік органом, що здійснює державну реєстрацію права на нерухоме майно. Хоча власник, що відмовляється від свого нерухомого майна (ситуація вкрай рідка, але можлива), має право сам подати відповідну заяву в орган що здійснює державну реєстрацію права на нерухоме майно. Крім того, аналізуючи ст. 319 та ст. 322 ЦК України можна зробити висновок, що в подібних випадках власник навіть зобов'язаний вчинити саме так, оскільки власність зобов'язує.

Підводячи межу під підставою добровільного припинення права власності – відмовою від права власності, необхідно відзначити що дуже важливо розрізняти фактичне припинення, яке настає з моменту оголошення або здійснення іншої дії, що явно свідчить про усунення від володіння, користування і розпорядження майном без наміру зберегти будь-які права на це майно, і юридичне (офіційне) припинення права власності, яке настає з моменту утилізації (знищенні) або придбання всіх прав на таке майно іншими особами. При цьому потрібно враховувати, що відмова від права власності має бути добровільною.

ОБМЕЖЕННЯ ВИДАЧІ ПАТЕНТІВ НА ВИНАХОДИ, ПОВ'ЯЗАНІ З КОМП'ЮТЕРНОЮ ПРОГРАМОЮ У ФРН

Останнім часом кількість виданих патентів на винаходи, пов'язані з комп'ютерною програмою невблаганно росте. Нещодавно Брюссельські посадовці підрахували, що в Європі більше 100 тис. патентів зареєстровані на 175 компаній¹. Бундестаг визнаючи таку ситуацію виступив за відновлення правової безпеки для розробників комп'ютерних програм у вигляді клопотання, поданого усіма парламентськими групами ще в 2005 році (Drs. 15 / 4403). І через вісім років – 7 червня 2013 р. парламент Німеччини прийняв рішення про обмеження патентів на комп'ютерну програму.

Однією з причин стала видача Європейським патентним відомством великої кількості патентів на винаходи, пов'язаних з комп'ютерною програмою, приховуючи патентування саме комп'ютерної програми з формулюванням: «технічна процедура» або «технічне обладнання. Тому, парламент Німеччини прямо зазначив, що закон про патенти Німеччини і Європейська патентна конвенція² мають виключати комп'ютерні програми як такі з-під патентного захисту.

Навіть федеральний суд визнав широку сферу патентоздатності винаходів пов'язаних з комп'ютерною програмою, у рішеннях 2009–2010 рр. (наприклад, 1) справа щодо блоку управління для умов тестування X ZB 22/07 від 20 січня 2009; 2) справа Windows про управління файлами X ZR 27 / 07 від 20 квітня 2010 року; 3) справа – динамічна розмноження документу XA ZB 20/08 від 22 січня 2010 р.). У цих рішеннях, федеральний суд інтерпретував умову патентоздатності – «технічний внесок» дуже широко і відхилив тлумачення Розділу 1 закону про патенти Німеччини як причину для виключення комп'ютерної програми. При цьому, федеральний суд наблизився до більш ліберального підходу видачі патентів, як це робить ЄПВ.

¹ Бундестаг ограничит выдачу патентов на программное обеспечение [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://patenty.ru/page/140>

² Европейская конвенция о международной патентной классификации от 19 декабря 1954 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.law.cornell.edu/treaties/berne/overview.html>.

Ситуація, що склалась призводить до істотної правової невизначеності, а також до економічних наслідків – монополізації в сфері інформаційних технологій і, відповідно, до негативних наслідків для інноваційної динаміки і на ринку праці.

Тому, парламент закликав уряд Німеччини:

1. забезпечити охорону комерційного використання прав на комп'ютерну програму виключно авторським правом;

2. забезпечити програмні рішення в області обробки даних, програмного забезпечення на основі відтворення інформації та функцій автоматизованого управління, захищається виключно законами про авторське право і що більш важливо не надає патентного захисту абстрактним рішенням у цій області;

3. обмежити охорону патентним правом, в тих випадках, коли комп'ютерна програма служить лише заміним еквівалентом (змінною частиною) для механічних або електро-механічних компонентів, наприклад, комп'ютерна програма для пральних машин, яка може бути замінена електро-механічним модулем управління, що складається з обертових циліндрів, які активізують ланцюги управління для конкретних кроків циклу прання¹.

Що стосується реформ авторського права та патентного права на європейському рівні, то парламент закликав уряд Німеччини:

1. уточнити визначення понять: «технічний вклад», «технологія». Визначення не мають включати «комп'ютерні програми як такі», «алгоритми» та «бізнес-методи», які не можуть бути запатентовані;

2. зосередитись на пошуку на європейському рівні незалежної, наукової оцінки практики патентних відомств, особливо ЄПВ, у прийнятті рішень щодо видачі патентів.

Таким чином, практика застосування патентного права ФРН (патентним відомством і судами) до винаходів, пов'язаних з комп'ютером, свідчить, що при загальній тенденції до розширення кола патентоздатних винаходів, змінюються і уявлення про їх технічний характер та формується нова доктрина щодо програмно-технічних пристроїв.

¹ «Securing Competition and Innovation Dynamics in the Software Sector – Effectively Limiting the Granting of Patents on Computer Programs» / Motion Proposed by the Parliamentary Groups of the CDU/CSU, SPD, FDP and BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Drucksache 17/13086 16/04/2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://bikt.de/fileadmin/redakteur/pdf/1713086_en.pdf

Казанцев С. В., асистент кафедри цивільного права №1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ДО ПИТАННЯ ПРО НАЛЕЖНІСТЬ ЧАСТКИ У СКЛАДЕНОМУ КАПІТАЛІ КОМАНДИТНОГО ТОВАРИСТВА ДО СПІЛЬНОЇ СУМІСНОЇ ВЛАСНОСТІ ПОДРУЖЖЯ

Проблема правового режиму частки у статутному (складеному) капіталі господарського товариства постає при вирішенні питання про можливість віднесення такої частки до спільного майна подружжя з наступним його поділом за правилами, визначеними Сімейним Кодексом України.

У судовій практиці зазначена проблема вважається вирішеною стосовно приватного підприємства. Так, за рішенням Конституційного суду України у справі № 1–8/2012 за конституційним зверненням приватного підприємства «ІКІО» щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 61 Сімейного кодексу України, положення частини першої статті 61 Сімейного кодексу України¹ треба розуміти так, що статутний капітал та майно приватного підприємства є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя.

Не вдаючись до критики рішення Конституційного суду України, спробуємо вирішити зазначене питання стосовно господарського товариства на прикладі командитного товариства. Нижче викладений юридичний аналіз стосується ситуації, коли вклад до складеного капіталу командитного товариства зроблено одним з подружжя: а) під час перебування у шлюбі, б) за рахунок спільного майна подружжя, в) без встановлення на час здійснення внесення вкладу режиму окремого проживання, г) шлюбним договором не врегульовані питання про долю набутих одним з подружжя корпоративних прав.

Цей аналіз буде спробою теоретично довести тезу про нерозповсюдження режиму спільної сумісної власності подружжя на таке майно, як

¹Рішення Конституційного суду України у справі № 1–8/2012 за конституційним зверненням приватного підприємства «ІКІО» щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 61 Сімейного кодексу України – Офіційний вісник України, 2012, № 75 (12.10.2012), ст. 3038

часка у складеному капіталі командитного товариства при наявності найбільш ускладнених умов. Захист зазначеної тези буде здійснений з двох позицій: перша позиція ґрунтується на аналізі частки у складеному капіталі командитного товариства як об'єкта цивільних прав та принципової можливості застосування до такого об'єкта інститутів речового права, а друга позиція базується на особливому та значною мірою особистому характері правового зв'язку командитного товариства та його учасника.

У командитному товаристві учасник має право передати свою частку у складеному капіталі іншому учасникові товариства або третій особі (ч. 3 ст. 133, ч. 1 ст. 127 ЦК України). При цьому відчуження часток у складеному капіталі веде до такого результату: до особи, що придбала частку переходять всі корпоративні права (особисті немайнові та майнові) колишнього учасника та така особа стає учасником товариства. Таким чином, корпоративні відносини між засновником-учасником та товариством будуються через посередництво додаткового специфічного об'єкту – частки у складеному капіталі командитного товариства. Частка у складеному капіталі і виступає джерелом корпоративних прав, суб'єктом яких, у свою чергу є особа, що має право на цей об'єкт. Таким чином, можна дійти висновку про дуалізм прав на об'єкт та прав з нього щодо інших об'єктів – носіїв корпоративних прав – часток у складеному капіталі. Зазначена вище здатність вказаного носія корпоративних прав бути об'єктом правочинів (оборотоздатність) дозволяє безумовно віднести їх до об'єктів цивільних прав.

Дискусійним є питання про можливість застосування інститутів речового права до такого об'єкту – носія корпоративних прав, як частка у складеному капіталі товариства. Вирішення питання про титул, на якому учасникові командитного товариства належить частка у складеному капіталі товариства, уявляється досить складним. З одного боку, об'єктом речового права (та насамперед права власності) за визначенням є річ. Річчю є предмет матеріального світу, щодо якого можуть виникати цивільні права та обов'язки (ст. 179 ЦК України), а частка у складеному капіталі не є річчю оскільки не має матеріального втілення, не є предметом матеріального світу. Майнове право за класичною цивілістичною доктриною не може слугувати об'єктом права речового. Можна вести мову лише про те, що особа є суб'єктом майнового (чи особистого немайнового права), чи взаємопов'язаного комплексу таких прав (корпо-

ративного права). З іншого боку, класичній доктрині протистоїть норма закону, ч. 2 ст. 190 ЦК України, яка встановила певну правову фікцію, прямо розповсюдивши на майнові права режим неспоживної речі. Відтак, такі об'єкти прав, як частки у складеному капіталі, належать учасникам командитного товариства на речовому праві – на праві власності.

Крім того, і це важливо, корпоративні права, що втілені у частці у складеному капіталі командитного товариства, не будучи речами, є, насамперед, юридичним джерелом отримання вищезазначених грошей та речей.

Відносно проблеми, що аналізується, це стосується грошей та речей, що отримані одним з подружжя внаслідок здійснення своїх корпоративних прав. Це, насамперед, дивіденди у грошовій та натуральній формі, гроші та речі, що отримані подружжям – учасником внаслідок виходу з товариства та внаслідок ліквідації товариства, гроші та речі, що отримані внаслідок передання іншій особі частки у складеному капіталі товариства тощо.

Ось такі гроші та речі, набуті внаслідок здійснення одним з подружжя корпоративних прав, можуть перебувати у режимі спільної сумісної власності подружжя.

Але, самі корпоративні права, втілені у частці у складеному капіталі командитного товариства, не можуть перебувати саме у власності особи, зокрема у спільній власності декількох осіб, та застосування до них норм Глави 8 СК України та Книги III ЦК України є неможливим.

Зазначений теоретичний висновок прямо підтверджується статтею 61 СК України «Об'єкти права спільної сумісної власності», яка зазначає, що об'єктами права спільної сумісної власності подружжя можуть бути будь-які речі, за винятком тих, які виключені з цивільного обороту. Така пряма вказівка не дозволяє скористатися ст. 10 СК України – застосування аналогії закону та аналогії права.

Щодо особистого характеру правового зв'язку командитного товариства та його учасника варто вказати таке.

Важливий припис містить Стаття 100 ЦК України, яка встановлює, що право участі у товаристві є особистим немайновим правом і не може окремо передаватися іншій особі. Аналіз ст. 127 ЦК України та ч. 4 ст. 12 ЦК України дозволяє прийти до висновку, що таке особисте немайнове право, як право участі у товаристві може передаватися учасником товариства іншій особі тільки за умов передання їй всіх інших майнових та

особистих немайнових прав учасника (корпоративних прав), тобто за умов передання об'єкта – носія корпоративних прав – частки у складеному капіталі.

Таким чином, з наведеного випливає, що:

1) всі зазначені у ст. 116 ЦК України та статуті товариства майнові та особисті немайнові права учасника (корпоративні права) втілені у частці у складеному капіталі та впливають з права на частку;

2) корпоративними правами наділена особа, яка прямо зазначена у засновницькому договорі як учасник та, відповідно, має право на частку у складеному капіталі;

3) тільки ця особа перебуває з товариством у правовому зв'язку як його учасник;

4) ніяка інша особа, не зважаючи на будь-який правовий зв'язок з учасником, який лежить за межами відносин учасника та товариства (корпоративних відносин), прав учасника товариства мати не може.

Нарешті можна зробити висновок про те, що мати право на частку у складеному капіталі командитного та при цьому не перебувати з товариством у правовому зв'язку, тобто не бути учасником товариства, неможливо.

Таким чином, зазначене доводить неможливість розповсюдження режиму спільної сумісної власності подружжя на частку у складеному капіталі командитного товариства.

Казарян К. А., аспірант кафедри цивільно-правових дисциплін юридичного факультету Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна

СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «ШЛЮБНО-СІМЕЙНІ ВІДНОСИНИ» ТА «ВІДНОСИНИ ПОДРУЖЖЯ»

У суспільстві існує безліч різних відносин: політичні, юридичні, економічні, сімейні, моральні, духовні, культурні тощо. Власне саме суспільство є сукупністю відносин, продуктом взаємодії людей. При цьому всі відносини, що виникають і функціонують у суспільстві між людьми та їх об'єднаннями, є громадськими чи соціальними.

Як правило, дані відносини регулюються нормами: нормами моралі, етики, релігійними нормами тощо. Частина названих відносин регулюється державою за допомогою права і тому називаються правовідносинами.

Термін «правовідносини» багато десятиліть привертає до себе увагу вітчизняних юристів, і в різний час мало різне тлумачення.

У теорії права у найзагальнішому значенні правовідносини визнаються як суспільні відносини, врегульовані правом. Однак необхідно враховувати, що правовому регулюванню піддаються не всі, а тільки найбільш важливі і значущі галузі життєдіяльності суспільства.

Правовідносини активно досліджуються не тільки теорією держави і права, а й іншими галузевими науками. Однією з таких галузей – є сімейне право.

Предметом регулювання сімейного права є відносини між подружжям щодо порядку укладення шлюбу, особистих і майнових відносин між ними, порядку та умов припинення шлюбу, відносин між батьками й дітьми, іншими родичами. Крім того, сімейне право України регулює та охороняє відносини усиновлення, опіки й піклування тощо. Виходячи з цього можна стверджувати, що предметом сімейного права є сукупність відносин, які регулюються та охороняються нормами і принципами сімейного права з приводу особистих немайнових прав та обов'язків і тих майнових прав та обов'язків, що виникають на ґрунті шлюбу та сім'ї. Всі ці відносини можна визначити як шлюбно-сімейні відносини.

Першочергово слід встановити зміст категорії «шлюбно-сімейні правовідносини» та визначити доцільність використання саме цього словосполучення. Дане словосполучення є не єдиним, в юридичній літературі використовуються й інші конструкції: «сімейно-шлюбні», «шлюбні» або «сімейні». Деякі автори взагалі категорично наполягають на єдино можливе вживання терміна «правовідносини» замість «відносини».

Безумовно, будь-які суспільні відносини, що опиняються під впливом правових норм, повинні розглядатися як правовідношення. До речі, цікаво звернути увагу на те, що термін «відносини» використовується переважно в літературі з міжнародного приватного права, а в роботах з сімейного права використовується термін «правовідносини».

Відзначаючи факт такого різночитання, не варто вбачати в цьому якийсь особливий сенс. Тут, з одного боку, знаходить вияв наступність,

початок якої було покладено ще класиками міжнародного приватного права І. С. Перетерським, С. Б. Криловим і Л. А. Лунцем, які використували термін «відносини» без приставки «право». З іншого сторони, наявність іноземного елемента обумовлює додаткове навантаження у змісті дефініції. Фактичні обставини, пов'язані з юрисдикцією кількох держав, можуть в одній державі мати статус правовідносин, а в іншому – бути просто відносинами; певні сімейні ситуації в одній країні можуть бути врегульовані нормами права, а в іншій – тільки нормами моралі.

«Шлюбно-сімейні відносини» є більш об'ємною за змістом категорією, ніж «шлюбні відносини» чи «сімейні відносини», оскільки охоплює як відносини, пов'язані зі вступом у шлюб, тобто між подружжям, так і відносини між іншими членами сім'ї, засновані на спорідненості.

Конструкція «шлюбно-сімейні відносини» видається найбільш придатною, ніж «сімейно-шлюбні відносини», оскільки при такому моделюванні не порушується послідовність юридичних фактів: як правило, спочатку реєструється шлюб, а вже потім утворюється сім'я. При цьому не викликає сумніву той факт, що наявність сім'ї пов'язується не тільки з реєстрацією шлюбу, і кількість «цивільних» шлюбів у світі щороку зростає. Не випадково, Європейський суд з прав людини констатує наявність сімейного життя не тільки при наявності формальних сімейних зв'язків, а й у разі фактично сформованих шлюбних відносин.

Виникнення шлюбно-сімейних відносин обумовлюється приналежністю особи до сім'ї, тобто особливо важливими в житті людини обставинами: вступом у шлюб, спорідненістю, усиновленням дитини тощо. Тоді як категорія «відносини подружжя» охоплює відносини між чоловіком та жінкою з приводу вступу у шлюб, а саме щодо порядку укладення шлюбу, особистих і майнових відносин між ними, порядку та умов припинення шлюбу. Таким чином, відносини подружжя є вужчими порівняно з шлюбно-сімейними відносинами, є їх складовою частиною. При цьому на сьогодні зростає кількість чоловіків та жінок, які не реєструють свої відносини та віддають перевагу так званим «гостьовим шлюбом», «партнерським шлюбом» тощо. Таким «шлюбом» не передусе реєстрація у встановленому законом порядку в органах реєстрації актів цивільного стану. Тому доречніше використання категорії «відносини подружжя», ніж, наприклад, «шлюбні відносини».

Отже, підводячи підсумок, можна зробити висновок про доцільність використання словосполучення «шлюбно-сімейні відносини» замість

«сімейно-шлюбні відносини», «шлюбні відносини» чи «сімейні відносини», оскільки саме така форма точніше відповідає змісту поняття.

Що ж стосується таких понять як «шлюбно-сімейні відносини» та «відносини подружжя», то вони співвідносяться як загальне та окреме. Шлюбно-сімейні відносини вміщують відносини між подружжям, батьками та дітьми, іншими родичами, тоді як відносини подружжя є відносно вужчими за своїм змістом та пов'язані зі шлюбом чоловіка та жінки.

Калашник Е. Н., аспірант кафедри
гражданского права и процесса Харь-
ковского национального университета
внутренних дел

СПОСОБЫ ПРЕОДОЛЕНИЯ ПРОБЕЛОВ

Ввиду того, что общественные отношения носят динамичный характер, невозможно создать систему законодательства, которая бы не содержала определенных пробелов. Проблема создания стабильной, согласованной системы законодательства является весьма актуальной как для Украины, так и других государств. Особенно актуальной является эта проблема для стран с романо-германской правовой системой (Австрийская Республика, Швейцарская Конфедерация, Российская Федерация, Республика Молдова и другие). Для стран с англо-саксонской правовой системой эта проблема решается, в частности, доминированием прецедента среди всех других источников права, преобладанием вопросов процессуального права над вопросами материального права, отсутствием четкого отраслевого деления системы права. В национальном законодательстве Украины и других стран существует, как правило, значительное количество недостатков в законодательстве, среди которых: пробелы, устаревшие нормы, коллизии и прочее, что в ряде случаев затрудняют процесс правоприменения.

Пробелы в праве и способы их устранения были предметом исследования еще с древних времен. Эволюция понимания пробелов в праве происходила на протяжении многих веков. В юридической литературе отмечается, что Аристотель полагал, что пробелы надо восполнять неизменными законами природы, естественным правом. Преторские

эдикты в древнем Риме существенно обогащали гражданское право в том случае, когда в нем были пробелы. В средние века кулачное право феодалов, господство обычного и канонического права, религиозное мировоззрение и произвол монархов создавал иллюзию отсутствия пробелов в праве. Как источники права воспринимались также труды средневековых юристов, грань между официальным и неофициальным толкованием норм права часто стиралась. Вопрос о пробелах в праве не возникал ни в теории, ни в практике.

В наше время Е. О. Харитонов, отмечает, что, приняв саму возможность наличия пробелов в гражданском праве, как нормального для этой отрасли явления, которое является следствием реализации принципа частного права: «Разрешено все, что не запрещено законом», следует отметить, что следствием существования таких пробелов может быть: 1) преодоление пробелов без внесения изменений в гражданское законодательство; 2) устранение пробелов путем внесения соответствующих изменений в законодательство.

Второй из указанных способов Е. О. Харитонов считает более радикальным. Можно даже предположить, что основанием его применения часто является стремление законодателей устранить ранее допущенные небрежности при принятии акта законодательства.

С таким утверждением можно согласится, ведь, хотя идеального законодательства существовать не может (что мы наблюдаем, в частности, анализируя исторические исследования, посвященные пробелам в праве), однако, оставлять пробелы не устраненными не допустимо, так как это может способствовать двойственному или произвольному правоприменению.

В гражданском процессуальном праве мы можем также применять указанные два способа, что способствуют правоприменению: а) преодолевать пробелы без внесения изменений в гражданское процессуальное законодательство; б) устранять пробелы путем внесения соответствующих изменений в законодательство.

Касаюсь обозначенных способов, следует, что преодоление пробелов – это лишь их временное устранение. Они еще не исчезнут из законодательства в целом, а преодолеются только в конкретной ситуации. В дальнейшем такой пробел будет и дальше преодолеваться, например, с помощью аналогии закона или аналогии права до тех пор, пока законодатель не устранил его вообще с помощью внесения изменений в нор-

мативно-правовий акт. То єсть, после того, как законодатель устраниє пробел, путем прийняття нової норми права или изменения старої, такої пробел перестає существовать.

Здесь следует согласиться с Д. А. Тумановым, который утверждает, что восполнить пробел – значит заполнить пустоту права, преодолеть же пробел означает перейти через пустоту не заполняя ее.

Действительно, это так, ведь, устранение пробелов в гражданском процессуальном законодательстве осуществляется посредством правотворческого процесса путем принятия новой правовой нормы, а преодоление может быть осуществлено, в частности, с помощью таких приемов как применение аналогии закона и аналогии права. Устранение пробелов в праве является логическим продолжением деятельности по их выявлению и осуществляется в процессе правотворчества путем внесения изменений и дополнений в законы.

Каретник О. С., асистент кафедри цивільного і трудового права Таврійського національного університету імені В. І. Вернадського

ПЕРСОНАЛЬНІ ДАНІ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ: ПИТАННЯ ПРАВОВОЇ ВИЗНАЧЕНОСТІ

Проблема визначення правової природи персональних даних фізичної особи уявляється доволі складною в теорії права. Це обумовлено недостатньою розробленістю цього правового явища, а також міжгалузевим характером в застосуванні терміну персональні дані фізичної особи в доктрині цивільного права.

Для виявлення правової природи вказаного поняття, нам необхідно визначити його сутність та властивості, місце правового явища в системі права з виявленням його специфічних, істотних ознак.

Більшість науковців пропонують розглядати природу персональних даних в публічно-правовому контексті, зазначаючи що відносини, які виникають з приводу персональних даних, мають переважно адміністративно-правовий, управлінський характер. Проте на сучасному етапі розвитку інформаційного суспільства необхідність юридичного визнання

за фізичною особою суб'єктивного права на власні персональні дані пов'язана, в загальному вигляді, з інтересом збереження її спроможності до індивідуалізації та участі в суспільних відносинах як автономної особистості, з одного боку, та охорони від неправомірних втручань у сферу її особистого життя – з іншого.

Таким чином, виключно публічно-правовим інструментарієм неможливо пояснити природу персональних даних фізичної особи.

Передумовою формування правового інституту персональних даних є необхідність правової індивідуалізації фізичної особи як суб'єкта цивільного права. І це цілком розумно, отже будь-яка особа є частиною соціуму і не може бути єдиним володарем інформації про себе. Інформація про особу постійно знаходиться в правовому обігу в суспільстві в той чи інший формі. Інформаційна персоніфікація фізичної особи також стає передумовою для реалізації її правосуб'єктності, оскільки є необхідною складовою вступу до відповідних цивільних правовідносин.

Другим важливим моментом в розкритті правової природи персональних даних є визначення їх місця в системі цивільного права України. В зв'язку з цим, автором умовно відокремлені наступні теорії: теорія особистих немайнових прав на персональні дані фізичної особи, пропріетарна теорія персональних даних фізичної особи і теорія виключних прав на персональні данні фізичної особи.

Прихильники теорії особистих немайнових прав на персональні дані фізичної особи вважають що така інформація є видом особистих немайнових прав (Н. О. Давидова, О. В. Кахановская, Р. А. Стефанчук). Це пов'язано з тим, що персональні дані фізичної особи мають виключно особистий характер. Вони можуть належати тільки фізичній особі і не відчужуються, крім випадків ймовірного захисту таких особистих прав від можливих порушень з боку третіх осіб. Тоді таку можливість можуть отримати спадкоємці особи, чії особисті немайнові права порушені. Так, Н. О. Давидова вважає, що особистим немайновим правам фізичної особи характерні абсолютність, довічність та відсутність майнового еквівалента. Їх об'єктом є нематеріальні (духовні) блага, що притаманно всім і кожному незалежно від інших прав і виникає від народження або за законом та не відчужується. Охорона особистих немайнових прав забезпечується за допомогою публічно-правового інструментарію. В той час як захист особистих немайнових прав реалізується за допомогою приватноправового механізму регулювання відповідних відносин.

Для суб'єкта особистих немайнових прав характерна наявність двох правомочій: по перше, це можливість уповноваженої особи вимагати від невизначеного кола осіб утримуватись від порушень його права; по-друге, можливість застосувати до порушника відповідні засоби правового впливу (захист прав).

Отже, виходячи з положень даної теорії, персональні дані фізичної особи не можуть використовуватись у комерційних цілях і мати економічний зміст, а носять суто нематеріальний характер.

Пропріетарна теорія персональних даних фізичної особи (Л. Хантер, Д. Рул, А. Кавукян; Л. Лессіг, Р. Мерфі) розглядає персональні дані як важливий особистий нематеріальний актив, подібний до об'єкта інтелектуальної власності.

Саме запровадження режиму речового права персональних даних фізичної особи найбільш чітко забезпечує їх обігоздатність. Оскільки динаміка цивільного права поступово розширює коло об'єктів правових відносин окремі властивості фізичної особи стають предметом майнового інтересу.

В той же час слід зазначити, що персональні дані фізичної особи, не можуть ототожнюватись з речами, оскільки позбавлені матеріальної форми, фізично неосяжні, хоч і мають економічну форму товару. Більш того, реалізація правомочій власника, зокрема розпорядження персональними даними фізичної особи має інший правовий зміст, ніж визначення правової долі предмету матеріального миру. Тобто мова іде не про традиційне речове право на матеріальний об'єкт.

Так, персональні дані фізичної особи нерозривно пов'язані з особистістю їх володаря. Їх створення і подальше становлення пов'язане із інтелектуальною діяльністю людини – їх володаря, із особливостями, отриманими при народженні особи. Це факт. Їх відчуження на користь третьої особи має усічений характер, оскільки передається не власне певний вид персональних даних фізичної особи, а надається тільки право на їх використання. Крім того, правова і економічна цінність персональних даних фізичної особи полягає в їх об'єктивному змісті, а не в матеріальному носії який містить в собі цю інформацію.

В силу їх індивідуальності неможлива і стандартна вартісна оцінка таких персональних даних, порівняно із матеріальними аналогами (речі, послуги тощо).

Наприклад, власник персональних даних фізичної особи, може отримати від своєї діяльності, яка власно і персоніфікує його в цивільному

обігу певну вигоду матеріального характеру, але він не може ні в якому разі продати своє ім'я, свою зовнішність, свій інтелект іншим особам. Жодна інша особа також не може відчувувати талант, інші види власної персоніфікації, проте вона може надати за певні матеріальні блага можливість іншим особам використовувати ці дані у різноманітних цілях.

Отже, вважаємо, що теорія особистих немайнових прав персональних даних фізичної особи і пропріетарна теорія персональних даних не в повному обсязі розкривають їх правовий зміст. Оскільки не враховує той економічний потенціал, що містять в собі персональні дані фізичної особи, а також механізм правової регламентації їх обігу.

Саме тому правову природу персональних даних фізичної особи можливо пояснити з позиції теорії виключних прав, яку можливо представити собі в якості комбінації майнових і особистих немайнових прав (парність особистих немайнових і майнових прав). Саме за допомогою цієї теорії визначений правовий режим інтелектуальної діяльності особи.

Карпенко О. І., аспірант кафедри цивільно-правових дисциплін юридичного факультету ХНУ ім. В. Н. Каразіна

ПРОБЛЕМА ЮРИСДИКЦІЇ ВІДНОСИН В МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ

Третє тисячоліття, що настало, характеризується бурхливим розвитком процесів інформатизації у всіх сферах суспільного життя. Розвиток комунікаційних технологій і широке поширення мережі Інтернет в Україні спричинило за собою безліч правових проблем, які вимагають свого вирішення наукою і правозастосовчої практикою.

У вітчизняній юридичній науці дослідження, пов'язані з розвитком мережі Інтернет, ведуться з 2000 року. Крім робіт, що носять оглядовий і постановочний характер, проведено ряд досліджень, присвячених окремим аспектам використання мережі Інтернет: правова природа та цивільно-правове регулювання доменних імен Інтернет, цивільно-правова охорона Інтернет сайту, договір про надання послуг в мережі Інтернет, договірне регулювання надання послуг доступу в Інтернет, авторське право у сфері функціонування всесвітньої інформаційної мережі Інтернет і т.д.

Багато українських науковців (Н. В. Аляб'єва, І. В. Венедіктова, І. В. Жилінкова, О. В. Дзера, С. О. Ємельянчик, О. В. Кохановська, І. В. Спасибо-Фатєєвої, Р. Б. Шишка та інших) в тій чи іншій мірі висвітлили проблемні аспекти використання мережі Інтернет. Правові проблеми, що виникли у зв'язку з поширенням комп'ютерних технологій, і зокрема регулюванням договору про надання послуг у мережі Інтернет, у галузі цивільного права досліджувалися російськими вченими, які значно випереджають аналогічні дослідження в Україні за часом та охопленням різних аспектів. Досить цікавими є дослідження А. В. Красикової, О. М. Макарової, С. В. Малахова, В. Б. Наумова, С. В. Петровського, О. І. Савел'єв, В. П. Талімончик, та ін.

В. Б. Наумов до ключових проблем правового регулювання суспільних відносин, що виникають у зв'язку з використанням мережі Інтернет вказує на три наступні: – проблему юрисдикції відносин в мережі Інтернет; – проблему відповідальності інформаційних провайдерів (посередників); – проблему розробки та реалізації ініціатив у сфері саморегуляції відносин в мережі Інтернет.

Більш детально розглянемо першу із них, проблему юрисдикції відносин в мережі Інтернет.

Основними джерелами права, що регулюють суспільні відносини, є міжнародні договори, національне законодавство, судова практика та звичаї, що формуються в процесі реалізації тих чи інших суспільних відносин.

На сьогодні кілька десятків країн мають зачатки національного законодавства, що стосується використання глобального інформаційного простору. Міжнародні угоди з цього питання відсутні, звичаї використання Мережі вельми суперечливі – а значить, спірних ситуацій стає все більше, і поступово формується судова практика по даним суспільним відносинам. Не можна скидати з рахунків і геополітичні інтереси різних країн. Одні з цих країн ще не усвідомили значення всесвітнього інформаційного простору, інші прагнуть поширити на нього свій вплив, зокрема, намагаючись використовувати свою систему права і своє законодавство для вирішення конфліктів у Мережі.

В Україні існують прогалини і суперечності, пов'язані з правовим регулюванням Мережі. Звичайно, ряд норм міститься в цивільному законодавстві, в кримінальному законодавстві існує територіальний принцип, що поширює дію законів на всю територію України, і принцип

громадянства, встановлює, зокрема, кримінальну відповідальність громадян України, які вчинили злочинне діяння за межами України. Проте, цих норм і принципів явно недостатньо для регулювання інформаційних процесів в Інтернеті.

У спірних ситуаціях стикаються різні інтереси і правові системи, і виникає колізія : яке право застосовувати, в чиєму веденні знаходиться той чи інший інформаційної процес, юрисдикція якої держави поширюється на ті чи інші інформаційні суспільні відносини ?

У міжнародному праві для відповіді на ці питання існують так звані колізійні норми. Вони не вирішують питання самі по собі, а лише вказують на ті норми, які мають бути використані в даній конкретній ситуації (наприклад, *lex loci contractus* – закон місця вчинення угоди, *lex loci actus* – закон місця вчинення акту, *lex patrie* – закон громадянства, *lex domini-cilii* – закон місця проживання , *lex rei sitae* – закон місцезнаходження речі і т. д.).

У теперішній же час такі норми для Інтернету відсутні, і міжнародний інформаційний простір намагається «освоювати», використовуючи підручні засоби та національні правові концепції. Можна помітити, що аналогічні процеси мали місце в перші десятиліття нашого століття в сфері освоєння повітряного простору, але, безсумнівно, темпи освоєння, масштаби і потенціальні можливості Мережі на тлі загального потенціалу розвитку планети виглядають значніше.

Які ж можливі шляхи вирішення проблеми юрисдикції користування мережею Інтернет?

Відповідь на це питання, запропонував В. Б. Наумов. У першу чергу, це міжнародні договори, що визначають статус міжнародного інформаційного простору і фіксуючі відповідні колізійні норми використання законодавства різних держав. Також тимчасовим вирішенням цього питання можуть служити регіональні багатосторонні угоди, а також двосторонні договори про правову допомогу. Саме до них потрібно додавати колізійні норми, що допомагають стабілізувати міжнародні інформаційні відносини. В ідеалі, необхідна уніфікація норм національних законодавств щодо використання Мережі.

Потрібно відповідне національне інформаційне законодавство, щоб не бути ні «відкритими на тлі загальної закритості», ні відгороджуватися від всіх залізною завісою. Звичайно, попередньо необхідно на державному рівні вирішити, яка в принципі ідеологія використання інформаційного простору і в рамках даного рішення вжити відповідні норми.

Поки ж, на тлі відсутності відповідних норм в українському законодавстві власникам ресурсів в мережі Інтернет, провайдерам, іншим особам слід самостійно включати в угоди з використання ресурсів та систем в мережі Інтернет відповідні норми про вживане право.

Кацюба К. В., асистент кафедри цивільного права №1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ДО ПИТАННЯ ПРО ЦИВІЛЬНУ ПРАВОСУБ'ЄКТНІСТЬ НЕПІДПРИЄМНИЦЬКИХ ТОВАРИСТВ

Досліджуючи питання щодо непідприємницьких товариств як суб'єктів цивільного права, насамперед необхідно достатньо детально розглянути, що є передумовою їх участі у цивільному обороті. Безсумнівно, йдеться про категорію «правосуб'єктність» як можливість бути суб'єктом права. Правосуб'єктність юридичної особи є досить спірною проблемою в теорії цивільного права, а у зв'язку із цим досить актуальною, а також такою, що заслуговує особливої уваги.

В теорії права, як відомо, категорії «суб'єкт права» та «правосуб'єктність» співпадають. Під правоздатністю розуміється передбачена нормами права можливість особи мати права та нести обов'язки. Поряд з дієздатністю (як здатністю к самостійному здійсненню прав та обов'язків) правоздатність є елементом правосуб'єктності особи. Тому іноді правосуб'єктність називається право дієздатністю. У юридичних осіб правоздатність і дієздатність неподільні у часі – виникають одночасно з моменту створення юридичної особи і припиняються з дня внесення до єдиного державного реєстру запису про її припинення (ст.91 ЦК України).

Класики цивілістики ототожнювали поняття правосуб'єктність та правоздатність, хоча це було піддано критиці. Термін «правоздатність» має різний зміст в залежності від того, з точки зору якої галузі права воно досліджується. Для запобігання оперування різними поняттями у тих чи інших галузях суспільних відносин, для загального поняття, що визначає можливість участі у правовідносинах, за думкою вчених, доцільно за-

стосовувати поняття правосуб'єктності як передумови участі у правовідносинах.

Правосуб'єктність юридичної особи за своїм змістом не може співпадати з його право дієздатністю у цивільних правовідносинах. Будучи суб'єктом широкого кола правовідносин, юридична особа набуває правовий статус, диференційований в залежності від змісту та характеру конкретних правовідносин.

Думки науковців з цього приводу можна класифікувати на три групи. Одні з них не визначають своє ставлення до категорії правосуб'єктності юридичних осіб; інші (яких достатньо багато) вважають що вказані поняття співпадають; треті вважають, що названі категорії не співпадають і не можуть співпадати, оскільки категорія правосуб'єктності доволі ширша за категорію правоздатності юридичної особи, вона включає в себе також можливість юридичної особи бути суб'єктом, окрім цивільного, інших галузей права. Остання точка зору є раціональною.

В науці цивільного права прийнято розрізнявати загальну і спеціальну правоздатність. Загальна правоздатність означає можливість для суб'єкта права мати будь-які цивільні права та обов'язки, необхідні для здійснення будь-яких видів діяльності. Саме якою правоздатністю наділяються фізичні особи. Юридична природа інституту загальної правоздатності полягає в тому, що всі правовідносини, пов'язані з його функціонуванням, базуються на загальному дозволі, який визначає зміст та сутність даного інституту. Науковці стверджують, що під принципом загальної правоздатності юридичних осіб слід розуміти можливість організацій, за виключенням певних їх видів, передбачених законом, займатися різними видами підприємницької діяльності та здійснювати будь-які необхідні для цього правочини, не заборонені законом. Спеціальна правоздатність передбачає наявність у юридичної особи таких прав та обов'язків, які відповідають меті його діяльності та прямо зафіксовані в його установчих документах, а також несення пов'язаних з цією діяльністю обов'язків.

Радянське законодавство всі юридичні особи наділяло лише спеціальною правоздатністю. Законодавство, що існувало раніше давало вченим певні підстави для класифікації правоздатності на правоздатність громадян, Радянської держави та юридичних осіб. Відповідно, вона називалася загальною, універсальною та спеціальною. Юридична особа створювалася для виконання особливо визначених цілей та завдань,

з визначенням компетенції її органів, порядку їх діяльності. Спеціальна правоздатність юридичних осіб не піддавалася сумніву.

ЦК України зберіг загально визнану та неспростовну в науці цивільного права концепцію щодо загальної, так би мовити, універсальної правоздатності громадян. Тим часом питання про зміст правосуб'єктності юридичних осіб становиться предметом для наукових спорів. Існує безліч думок стосовно правоздатності юридичної особи: загальна, спеціальна, додаткова.

Ст.91 ЦК України закріплює здатність юридичної особи мати такі ж цивільні права та обов'язки, як і фізична особа. Одночасно встановлюючи, що юридична особа може здійснювати окремі види діяльності, перелік яких встановлюється законом, після одержання нею спеціального дозволу (ліцензії). Отже ЦК України закріпив принцип надання юридичним особам загального (універсального) характеру їх правоздатності.

З цим, безумовно, погодитися неможливо, з точки зору на те, що можуть існувати деякі види юридичних осіб приватного права, які повинні наділятися спеціальною (цільовою) правоздатністю. Щодо підприємницьких, то це, наприклад, банківські установи, страхові організації, туристичні оператори, які не можуть займатися іншими видами діяльності, крім основної, а також, безперечно, непідприємницькі товариства. Відповідно до ст.85 ЦК України останні не мають на меті отримання прибутку для наступного його розподілу, а таким чином їх правоздатність звужується зрівняно з загальною.

Розглядаючи непідприємницьку організацію як суб'єкта права, слід відмітити законодавче обмеження правосуб'єктності непідприємницької організації певною метою, заради якої вона створювалася, а тому позбавленого права використовувати свою самостійну правоздатність всупереч цієї мети. В цьому випадку йдеться про спеціальну правоздатність юридичної особи. Вимоги щодо спеціальної правоздатності розповсюджуються на непідприємницькі товариства та установи.

Думка про наявність у непідприємницьких товариств спеціальної правоздатності (деякими з авторів застосовується також термін «обмежена» чи «статутна» правоздатність) в науці цивільного права є загально визнаною. Більш того, деякі вчені вважають, що зберігання спеціальної правоздатності за непідприємницькими юридичними особами не тільки виправдано, а й необхідно.

Науковці також вважають спеціальну (цільову) правоздатність непідприємницьких організацій як їх можливість приймати участь у цивіль-

ному обороті лише епізодично. Прийняття їх участі у ролі самостійних юридичних осіб обумовлено лише необхідністю матеріального забезпечення їх основної, головної діяльності, не пов'язаної з участю у майнових відносинах.

ЦК України надає право непідприємницьким товариствам та установам поряд зі своєю основною діяльністю здійснювати підприємницьку діяльність, яка є діяльністю, спрямованою на систематичне отримання прибутку, якщо інше не встановлено законом. Умови, при наявності яких це можливо: по-перше, ця діяльність повинна відповідати меті, для якої були створені непідприємницькі організації; по-друге, підприємницька діяльність повинна сприяти досягненню мети цих осіб.

Непідприємницькі організації сьогодні є активними учасниками цивільного обороту. Діяльність непідприємницьких організацій хоча й націлена не на одержання грошового доходу, а на реалізацію соціально пріоритетних завдань, вона не може, як правило, обійтися без використання цих ресурсів, а, отже, і участі в цивільно-правових відносинах.

В ЦК України спеціальна правоздатність непідприємницьких організацій визначена в своєму максимальну вигляді. Межі спеціальної правоздатності непідприємницьких організацій можуть бути звужені засновником чи засновниками (слід підкреслити, що це право засновника, а не обов'язок) шляхом встановлення в установчих документах організації виключного переліку видів діяльності, які ця організація вправі здійснювати. Межі ж спеціальної (цільової) правоздатності непідприємницької організації можуть, повинні бути обмежені і нормами закону.

Коблюк І. С., ТОВ «Юридична компанія «Адвокат», адвокат

ПРАКТИЧНЕ ЗАСТОСУВАННЯ ДОГОВОРУ ПРО СПЛАТУ АЛІМЕНТІВ НА ДИТИНУ ЗА СІМЕЙНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Відповідно до пункту 2 статті 7 Сімейного кодексу України (надалі – СК) зазначається, що сімейні відносини можуть бути врегульовані за домовленістю (договором) між їх учасниками.

Подружжя, батьки дитини, батьки та діти, інші члени сім'ї та родичі, відносини між якими регулює цей Кодекс, можуть врегулювати

свої відносини за домовленістю (договором), якщо це не суперечить вимогам цього Кодексу, інших законів та моральним засадам суспільства (п. 1 ст. 9 СК).

Аліментні правовідносини обіймають важливе місце у системі сімейних відносин.

Зокрема, зупинимося на нормах статті 189 СК, якою передбачена можливість батьків укласти між собою Договір про сплату аліментів на дитину.

За своєю правовою природою зазначений договір належить до сімейно-правових договорів, оскільки в результаті його укладення та виконання настають правові наслідки, передбачені нормами сімейного законодавства, – надання батьками утримання дитині.

Укладення цього правочину є правом, а не обов'язком батьків.

Договір спрямований насамперед на добровільне виконання одним із батьків аліментного зобов'язання.

Водночас він має відповідати загальним вимогам статті 203 ЦК України, додержання яких є необхідним для чинності правочину.

Крім того, у разі укладення і виконання зазначеного договору відповідно до статті 8 СК застосовуються норми права розділу II книги п'ятої ЦК, що визначають положення про договір.

У Договорі про сплату аліментів на дитину батьки фіксують розмір аліментів на дитину (дітей), причому він може складати або тверду фіксовану суму, або відсоток від доходу одного з батьків. Якщо у договорі фіксується розмір проценту, то слід обов'язково вказати, що саме є доходом, із якого він вираховується, тобто необхідно перерахувати усі види заробітку, від суми яких буде братися даний відсоток.

Розмір аліментів визначається угодою сторін. Це означає, що він може й перевищувати суму, на яку мав би право одержувач аліментів, якби вони стягувалися за рішенням суду. Водночас батьки не можуть визначати у договорі розмір аліментів меншим за розмір, передбачений частиною 2 статтею 182 СК, тобто меншим за неоподатковуваний мінімум доходів громадян, у протилежному випадку такий договір за рішенням суду має визнаватись недійсним на підставі ч. 1 ст. 189 СК, ч. 1 ст. 203 і ч. 1 ст. 215 ЦК як такий, що порушує права дитини.

Окрім розміру аліментів батьки у договорі вказують також строки сплати аліментів. Тут немає будь-яких особливих вимог: це можуть бути щомісячні, щоквартальні, щорічні або інші виплати. Сума аліментів може

бути сплаченою одноразово, але у цьому випадку доцільно б було розписати, виходячи з якої базової суми (наприклад, щомісячного розміру аліментів) виходили батьки, встановлюючи загальну суму одноразової сплати аліментів. Розрахунок, як правило, робиться за весь період виплати до досягнення дитиною повноліття.

Важливо також зафіксувати у договорі не тільки розмір аліментів і строки їх сплати, але й спосіб сплати (готівкою, у безготівковій формі чи в інший спосіб), хоча цю вимогу СК не передбачає. Батьки можуть включити у договір й інші умови, які вони вважатимуть це необхідним. СК у даному контексті висуває лише одну вимогу: умови договору не можуть порушувати права дитини, що встановлюються Сімейним кодексом України.

Відсутність однієї з перелічених умов є підставою для визнання договору неукладеним (ст. 638 ЦК). Крім того, у договорі можуть бути встановлені засоби забезпечення виконання зобов'язань, наприклад, сплата неустойки у разі прострочення строку виплати аліментів тощо. Зокрема, у статті 196 СК визначено, що одержувач аліментів має право на стягнення неустойки (пені) у розмірі одного відсотка від суми несплачених аліментів за кожен день прострочення.

Щодо форми договору про аліменти, то він укладається виключно у письмовій формі і обов'язково посвідчується нотаріусом. І це є правильним, оскільки нотаріус як спеціаліст права допоможе скласти текст договору, виходячи із конкретної життєвої ситуації батьків, а якщо проєкт договору був підготовлений батьками, нотаріус зможе перевірити його на предмет відповідності нормам СК.

До договору можуть бути включені положення про зміну його умов або про його припинення.

Припинення договору можливе у зв'язку з укладенням батьками Договору про припинення права на аліменти на дитину, переданням права власності на нерухоме майно відповідно до правил, встановлених статті 190 СК, а також у зв'язку з закінченням строку дії договору або досягненням дитиною повноліття.

Зміни до Договору між батьками про сплату аліментів на дитину можуть вноситися протягом усього часу його існування, шляхом укладання відповідної угоди, яка має обов'язково нотаріально посвідчуватись.

До того ж, не слід забувати, що завжди існує ризик невиконання стороною умов договору. Договір про аліменти не є виключенням. У разі

порушення одним із батьків умов договору його примусове виконання буде набагато легшим, якщо текст договору буде максимально чітким, ясним і недвозначним. Нотаріальне посвідчення Договору про аліменти має ще одну позитивну сторону: у разі невиконання одним із батьків свого обов'язку аліменти з нього можуть стягуватися відповідно до цього договору на підставі виконавчого напису нотаріуса без звернення до суду.

Щодо переліку документів, які має витребувати нотаріус, то їх має бути мінімум: паспорти сторін (батьків); довідки про присвоєння ідентифікаційних номерів; свідоцтво про народження дитини.

Договір про аліменти є договором майнового характеру, тому державне мито при нотаріальному посвідченні сплачується, як із будь-якого іншого майнового договору (1% від суми).

У Договорі про аліменти батьки можуть вказати призначення та цільове використання коштів. Як правило, у цьому зацікавлений той із батьків, хто сплачує аліменти, оскільки відповідно до статті 179 СК аліменти, одержані на дитину, є власністю того із батьків, на чие ім'я вони виплачуються.

Слід зазначити, що аліменти є не єдиними коштами, які сплачує один із батьків на утримання дитини. Згідно із статтею 185 СК той із батьків, хто сплачує аліменти, є зобов'язаним брати участь у додаткових витратах на дитину, які викликаються особливими обставинами (розвитком здібностей, її хворобою, каліцтвом тощо).

Положення про те, що сплата аліментів за договором не звільняє одного з батьків від несення інших витрат на дитину у випадках, передбачених СК, можна зафіксувати у Договорі про аліменти. Зауважимо, що зробити це саме «доцільно», а не «необхідно», оскільки навіть за відсутності цього положення у договорі норма статті 185 СК буде діяти.

Як бачимо, законодавець надає батькам при укладанні такого договору досить велику свободу, не ставлячи при цьому багато вимог, обов'язкових для виконання. Така лаконічність викладення статті 189 СК має як позитивні, так і негативні сторони. Позитивним є те, враховуючи велику багатогранність сімейних відносин (і аліментних, зокрема), свобода в укладенні Договору про сплату аліментів дозволяє батькам зафіксувати саме ті положення, які найбільше відповідають їхній життєвій ситуації. Але ця ж сама свобода і майже повна відсутність обов'язкових вимог до тексту договору можуть призвести до небажаних ускладнень при практичному застосуванні вказаної статті СК.

Важливо зазначити, що такий вид домовленості сторін (договір) є набагато більш цивілізованим інструментом вирішення питання сплати коштів на утримання дитини, ніж призначення аліментів відповідно до заяви одного із батьків через суд.

Конюхова Є. О., аспірантка кафедри цивільного права № 1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

СОЦІАЛЬНИЙ НАЙМ ЖИТЛА: ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД

Характерною рисою розвитку сучасного суспільства є тенденція до активізації інтеграційних процесів у світі та в Європі зокрема. Відтак інтеграція України до Європейського Союзу є одним з основних зовнішньополітичних завдань нашої держави. Відповідно до Закону України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» адаптація законодавства є пріоритетною складовою процесу приєднання України до Європейського Союзу. У світлі цього дослідження європейського правового досвіду є необхідною сходинкою на шляху до євроінтеграції.

Одним із важливих напрямків у вивченні досвіду розвинених європейських країн є соціальна сфера, зокрема забезпечення населення житлом, інструментом якого є договір соціального найму.

Інститут соціального найму житла є одним з правових засобів здійснення соціальної політики України, спрямований на забезпечення гідних умов життя визначеним в законі категоріям громадян. Нажаль, житлова проблема в Україні й на теперішній час залишається невирішеною. Звісно потреба в житлі повністю не задоволена і у найрозвиненіших країнах Західної Європи. Однак вирішенню цієї проблеми приділяється значна увага. Доцільно розглянути особливості її розв'язання в країнах, де сектор соціального житла отримав найбільший розвиток у Західній Європі. Серед інших це Великобританія, Данія, Нідерланди.

Великобританія є однією з найбагатших країн світу зі стабільною економікою. Втім мільйони громадян живуть у відносній бідності і сис-

тематично позбавляються переваг благополучного суспільства. Відтак соціальний найм житла є досить поширеним способом забезпечення населення житлом. Найбільшого розміру сектор соціального найму досяг в 1979 році, коли він складав 5,5 мільйонів квартир або 31% сукупного житлового фонду країни. У той же час сектор приватного найму житла (в тому числі того, що забезпечено некомерційними структурами) складав 12% житлового фонду.

Первісно соціальне житло у Великобританії забезпечувалося благодійними некомерційними організаціями, чітко зорієнтованими на вирішення проблем конкретних соціальних груп. З 1988 року майже все житло соціального найму надається житловими асоціаціями, зокрема сектором Зареєстрованого соціального домоволодіння (Registered Social Landlord – RSL). Цей термін об'єднує широкий діапазон організацій, що надають субсидоване житло – від притулків і будинків пристарілих до великих житлових асоціацій з тисячами будинків в управлінні, в тому числі й тих, що передані від муніципалітетів. Житлові асоціації є некомерційними незалежними наймодавцями, що надають житло особливим категоріям громадян з низьким рівнем прибутків. Однак, така практика існувала не завжди. Ще в 1979 році 93% житла соціального найму належали місцевій владі. У результаті складність управління громіздким муніципальним житловим фондом, а також труднощі у його фінансуванні дали поштовх до реструктуризації цього сектора. Саме в цей період велика частина житлового фонду була переведена з власності місцевої влади у власність новостворених житлових асоціацій.

Така практика застосовується в багатьох Європейських країнах. Наприклад, у Данії майже немає житла, що знаходилося б у власності муніципалітетів. Соціальним житлом тут опікуються житлові некомерційні організації, які отримують натомість певні пільги та субсидії. Історія заснування таких організацій починається ще на початку ХХ століття. Перша житлова організація була створена в 1919 році, створили її відомі профспілкові діячі, адвокати, вчителі та інші представники інтелігенції. Діяльність житлових асоціацій сьогодні є досить ефективною, адже за різними статистичними даними Данія є однією з найуспішніших країн світу за забезпеченістю населення житлом.

Схоже вирішення питання застосовується і в іншій економічно розвиненій країні Європи – Нідерландах. Тут у секторі соціального житла працюють житлові асоціації, здебільшого приватні. До того ж житлові

асоціації Нідерландів є найбільш незалежними в Західній Європі. Починаючи з 1995 року вони не отримують державні субсидії. Державні кошти не використовуються і для будівництва нового соціального житла. Таким чином житловим асоціаціям відведено ключову роль у секторі соціального житла. Один із трьох чоловік у Нідерландах мешкає у житлі наданому такими організаціями.

Зважаючи на розглянуті вище приклади, можемо зробити висновок, що практика деяких економічно розвинених країн Західної Європи іде врозріз із українським підходом, адже соціальне житло в Україні переважно належить до державної або комунальної власності. Європейський досвід, натомість, демонструє доцільність зниження ролі муніципалітетів та інших форм місцевої влади як власників житла. Це сприяє ефективності збереження житлового фонду й забезпечує більш якісне його обслуговування. Адже зважаючи на проблеми, що існують із формуванням та наповненістю державного бюджету, за його рахунок неможливо забезпечити мільярдні витрати, необхідні на реконструкцію і ремонт житла.

Окрім розглянутої особливості існують й інші специфічні риси сектору соціального житла в країнах Західної Європи. Так широкого розповсюдження набула практика надання соціальним наймачам права викупу житла. Наприклад, в Англії таке право було введено ще у 1980 році.

В Україні ситуація інша. Відповідно до п.5 ст.3 Закону України «Про житловий фонд соціального призначення» соціальне житло викупу не підлягає. У той самий час Україна є лідером серед європейських країн за кількістю власників житла. За різними даними близько 95% домогосподарств мають житло у власності. Тож, враховуючи менталітет українців та їх прагнення мати власне житло, а також спираючись на позитивний європейський досвід, доцільно було б законодавчо закріпити можливість отримання соціального житла з правом викупу. Звісно такий крок має й інший бік, який не можемо оминати увагою: приватизація призведе до фактичного зменшення кількості соціального житла. Однак, на нашу думку, це має не загальмувати, а, навпаки, активізувати процес розвитку цього сектора, зокрема будівництво нового житла. Країни, досвід яких розглядається, здебільшого йдуть шляхом іпотечного кредитування, коли мова йде про нове будівництво. Так у Данії більша частина витрат на будівництво соціального житла (близько 80%) фінансуються за рахунок іпотеки.

Менська О. А., провідний спеціаліст наукової частини, Національна академія прокуратури України

ПІДСТАВИ ПРИМУСОВОГО ПРИПИНЕННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ОБ'ЄКТИ КУЛЬТУРНОЇ СПАДЩИНИ

Право власності завжди було й нині залишається одним із головних чинників соціально-економічного та політичного розвитку суспільства та країни в цілому. Дослідження проблематики питань власності посідає значне місце у працях учених-цивілістів. Втім поза увагою науковців залишене питання підстав припинення права власності на такий особливий об'єкт цивільного права як культурна спадщина, хоча чинне законодавче регулювання цих правовідносин зумовлює багато проблем на практиці.

У ст. 41 Конституції України закріплено, що кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю. Ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності.

У контексті непорушності права власності та правомочностей власника актуальності набуває питання примусового припинення права, тобто такого, що не відповідає волевиявленню власника, зокрема і щодо пам'яток історії та культури.

Цивільним кодексом УРСР не врегульовувалися питання примусового припинення права власності, на відміну від чинного ЦК України. Так, згідно ст. 346 підставами примусового припинення права власності, окрім таких як: відчуження власником свого майна; відмови власника від права власності; 3) припинення права власності на майно, яке за законом не може належати цій особі; 4) знищення майна; 5) примусового відчуження земельних ділянок приватної власності, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, з мотивів суспільної необхідності відповідно до закону; 6) звернення стягнення на майно за зобов'язаннями власника; 7) реквізиції; 8) конфіскації; 9) припинення юридичної особи чи смерті власника; 10) викупу пам'яток культурної спадщини. На останньому ми зосередимо свою увагу.

У ст. 66 Конституції України зазначено, що кожен зобов'язаний не заподіювати шкоду природі, культурній спадщині, відшкодовувати завдані ним збитки.

Юридичні та фізичні особи, у володінні яких перебувають пам'ятки, відповідають за їхню збереженість і зобов'язані дотримуватися вимог органів охорони культурної спадщини, зобов'язані забезпечити збереженість пам'яток на землях, якими вони користуються, та укласти з органами охорони культурної спадщини охоронні договори.

Власник пам'ятки або уповноважений ним орган, особа, яка набула права володіння, користування чи управління нею, забезпечує збереження, утримання в належному стані, консервацію, реставрацію, реабілітацію, музеєфікацію та ремонт пам'ятки за власні кошти, якщо інше не передбачено відповідним договором або законом

У разі, коли пам'ятці загрожує небезпека пошкодження, руйнування чи знищення, власник або уповноважений ним орган, особа, яка набула права володіння, користування чи управління, зобов'язані привести цю пам'ятку до належного стану (змінити вид або спосіб її використання, провести роботи з її консервації, реставрації, реабілітації, музеєфікації, ремонту та пристосування).

Якщо власник або уповноважений ним орган, особа, яка набула права володіння, користування чи управління, самостійно не здійснюють заходів, передбачених законом, то відповідний орган охорони культурної спадщини може зобов'язати їх здійснити ці заходи, видавши відповідне розпорядження. У разі, коли власник або уповноважений ним орган, особа, яка набула права володіння, користування чи управління, не в змозі виконати розпорядження органу охорони культурної спадщини щодо охорони пам'ятки, орган охорони культурної спадщини може вжити необхідних заходів самостійно (повністю або частково), профінансувавши їх за рахунок спеціальних коштів на фінансування охорони культурної спадщини.

Статтею 352 ЦК України положення Конституції України конкретизується. Так, якщо в результаті дій або бездіяльності власника пам'ятки історії та культури їй загрожує пошкодження або знищення, державний орган з питань охорони пам'яток історії та культури робить власнику пам'ятки відповідне попередження. Варто зазначити, що форма попередження законодавчо не визначена. Державний орган самостійно визначає форму й спосіб попередження власника. Якщо власник пам'ятки історії та культури й після попередження не вживе заходів щодо її збереження, зокрема у зв'язку з неможливістю створення необхідних для цього умов, суд за позовом державного органу з питань охорони пам'яток історії та

культури може постановити рішення про її викуп (тобто має місце така підстава примусового припинення права власності на пам'ятки історії та культури, як викуп).

Відповідно до ч. 3 ст. 352 Цивільного кодексу України норма про викуп пам'ятки історії та культури без попередження застосовується у разі невідкладної необхідності забезпечення умов для збереження пам'ятки культурної спадщини, і в такому випадку позов про її викуп може бути пред'явлено без попередження.

Цією статтею державним органам з питань охорони пам'яток історії та культури надано право на пред'явлення позову про викуп пам'ятки історії та культури без попередження власника. Такий позов може бути пред'явлено тільки у разі виникнення невідкладної необхідності у забезпеченні умов для збереження пам'ятки історії та культури.

Примусовий викуп може бути застосований і тоді, коли власник не має можливості створити необхідні умови для збереження пам'ятки. У будь-якому разі рішення про викуп може бути постановлене тільки судом.

Таким чином, викуплена пам'ятка історії та культури переходить у власність держави. Щодо викупної ціни пам'ятки, то вона визначається за згодою сторін, тобто за взаємоузгодженою ціною. Якщо домовленість щодо ціни не досягнута, спір вирішується судом.

Суд, розглядаючи справу про примусовий викуп пам'ятки історії та культури, повинен встановити факти, які мають значення для справи: факт бездіяльності власника або дій, спрямованих на пошкодження або знищення пам'ятки, факт попередження відповідним державним органом власника про припинення недбалого ставлення до пам'ятки, визначити викупну ціну пам'ятки історії та культури у разі недосягнення згоди щодо неї сторонами спору.

Чинне цивільне законодавство України не містить єдиного вичерпного переліку підстав примусового припинення права власності на об'єкти, які є культурною спадщиною. Не можна цей факт вважати позитивним, адже примусове позбавлення права власності, у тому числі на об'єкти культурної спадщини, є посяганням на одне із найважливіших прав учасника цивільних правовідносин та таким, що суперечить принципу правової визначеності.

Необхідно продовжити подальшу законотворчу роботу в напрямі визначення всіх можливих підстав припинення права власності на об'єкти

культурної спадщини. На нашу думку, потрібно врегулювати це важливе питання, шляхом визначення та відповідного закріплення вичерпного переліку підстав припинення права власності в єдиному нормативному акті – Цивільному кодексі України з подальшою їх деталізацією у галузевому законодавстві (Numerus Clausus).

Музика Т. О., аспірантка кафедри цивільного права №2 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ФОРМА ЗДІЙСНЕННЯ ВИБОРУ В АЛЬТЕРНАТИВНОМУ ЗОБОВ'ЯЗАННІ

1. Відповідно до ст. 205 ЦК України правочин може вчинятися усно або в письмовій формі. Правочин, для якого законом не встановлена обов'язкова письмова форма, вважається вчиненим, якщо поведінка сторін засвідчує їхню волю до настання відповідних правових наслідків. У випадках, встановлених договором або законом, воля сторони до вчинення правочину може виражатися її мовчанням.

Здійснення вибору в альтернативному зобов'язанні підлягає загальним правилам вчинення правочинів, однак має свої особливості, обумовлені специфікою альтернативного зобов'язального правовідношення. Тому вважаємо необхідним розглянути можливість застосування тих чи інших форм вчинення правочину для здійснення вибору в альтернативному зобов'язанні.

2. Форма здійснення вибору може бути як усною, так і письмовою. Вибір може бути здійснений за допомогою конклюдентних дій або мовчанням. Існує думка, що форма підстави виникнення альтернативного зобов'язання не має впливати на форму здійснення вибору. Аргументовано це так: по-перше, певні підстави через їх правову сутність не можуть впливати на вибір (наприклад, внаслідок заподіяння шкоди); по-друге, тому що вибір не є правочином, а отже не може бути прямої залежності в тому, що його форма повинна відповідати формі правочину, що був підставою виникнення альтернативного зобов'язання.

Зокрема В. С. Петров, розрізняючи власне вибір і повідомлення про вибір, стверджує, що оскільки вибір не є одностороннім правочином, для

його дійсності немає необхідності, щоб волевиявлення того, хто здійснює вибір було б адресоване будь-кому. Тобто дійсність правочину не визначається адресованістю волевиявлення, тому «оболонка», у якій волевиявлення буде висловлене, також не повинна мати значення для дійсності вибору, якщо сторони альтернативного зобов'язання не домовились про інше. Більш важливим і значущим для сторін вчений називає форму, у якій буде, в окремих випадках, здійснене повідомлення про здійснення вибору. Тому В. С. Петров пропонує вирішити це питання за аналогією з нормами про форму правочинів, а саме залежно від вартості обраного предмета виконання. Інша форма повідомлення може бути прямо визначена сторонами альтернативного зобов'язання. Вважаємо таку позицію правильною.

Тобто повідомлення про вибір має бути вчинене в письмовій формі у разі, якщо наступне виконання за своєю вартістю перевищує у двадцять і більше разів розмір неоподаткованого мінімуму доходів громадян. Крім того, вважаємо за необхідне відзначити, що відповідно до ст. 208 ЦК України, вибір має вчинятися у письмовій формі, якщо альтернативне зобов'язання існує між юридичними особами, а також між юридичною та фізичною особою.

Усе вищесказане може бути застосоване й до випадків, коли суб'єктом права вибору є третя особа. Але в цьому разі третя особа повинна повідомити про вибір як кредитора, так і боржника за альтернативним зобов'язанням.

3. Вибір може бути вчинений також за допомогою конклюдентних дій. Йдеться про випадки, коли виконання боржником обраної дії, що становить об'єкт альтернативного зобов'язання та не потребує жодних попередніх підготовчих дій з боку кредитора. В цьому разі слід розглянути два варіанти руху зобов'язання. Так, боржник, який має право вибору може власне виконати одну з визначених в альтернативному зобов'язанні дій – повністю або частково (звісно, якщо часткове виконання не суперечить суті зобов'язання і проти цього не заперечує кредитор). У разі якщо боржник виконує одну з дій повністю, фактично повідомлення про вибір збігається в часі з виконанням альтернативного зобов'язання. У разі ж якщо боржник виконує частково одну з дій, що становлять об'єкт альтернативного зобов'язання, це свідчить про те, що він вчинив вибір на користь саме цієї дії. Повідомлення про вибір вчинене, але альтернативне зобов'язання ще не виконане. При цьому борж-

ник не може бути примушений виконувати іншу дію і не має права завершити виконання альтернативного зобов'язання, виконуючи іншу дію (якщо про інше не домовиться з кредитором). Зокрема, в зарубіжних законодавствах можливість виконати альтернативне зобов'язання, здійснивши частково одну дію, а частково іншу, заперечується. Зокрема, у § 266 Германського цивільного уложення зазначено, що боржник не має права на часткове виконання зобов'язання; у ст. 1191 ЦК Франції визначено, що боржник не може примусити кредитора прийняти частину одного або частину другого предмета виконання; ст. 1285 ЦК Італії, що боржник в альтернативному зобов'язанні ... не має права примусити кредитора прийняти частину одного й частину другого предмета виконання; ст. 1547 ЦК Квебека – боржник не може виконати або бути примушений до виконання стосовно частини одного й частини другого предмета. Тобто повідомлення про вибір може бути вчинене різними способами. Тому, якщо суб'єктом вибору є боржник, і він надає частину одного з предметів виконання, дії боржника мають бути розглянуті як здійснення вибору за допомогою конклюдентних дій. Однак існує думка, що внаслідок специфіки альтернативного зобов'язання кредитор, на відміну від загального правила, не може відмовитися прийняти часткове виконання, у разі якщо воно свідчить про вибір. Така відмова означатиме, що кредитор взагалі відмовляється прийняти будь-яке виконання за альтернативним зобов'язанням. Натомість вважаємо таку думку необгрунтованою, оскільки немає нічого складного для боржника в тому, щоб повідомити кредитора про свій вибір в усній або письмовій формі, а через деякий час виконати зобов'язання шляхом обраної дії.

Крім того, вважаємо, що оскільки неможливо виконати або вимагати виконання частини одного й частини другої дії, в законодавстві слід передбачити норму про те, що в разі часткового виконання однієї з дій (що свідчить про вибір), якщо боржник не виконує частину дії, що залишилась, протягом розумного строку, кредитор може повернути часткове виконання й заявити вимогу про здійснення виконання повністю іншою дією. Причому причини, за якими сторона не виконує частину, що залишилась, можуть бути будь-якими, крім тих, коли неможливість остаточного виконання спричинена винними діями кредитора.

4. Якщо ж суб'єктом вибору є кредитор, а боржник здійснює на його користь часткове виконання частиною одного з предметів виконання, бездіяльність кредитора повинна розглядатися як здійснення вибору

шляхом мовчання. Крім того, вибір може бути вчинений шляхом мовчання й у разі, якщо про це прямо зазначено в договорі – як додаткова гарантія для сторони, яка не має права вибору. Зокрема, в разі якщо сторона, яка має право вибору, до визначеного в договорі терміну не повідомить другу сторону про вибір конкретної дії, то вважатиметься, що уповноважена сторона обрала одну із заздалегідь визначених дій, що становлять об'єкт виконання.

Панченко І. М., асистент кафедри гуманітарних дисциплін Херсонської державної морської академії

ПРОБЛЕМИ ВИЗНАННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА НЕРУХОМОЕ МАЙНО ЗА НАБУВАЛЬНОЮ ДАВНІСТЮ

Набувальна давність як поняття на законодавчому рівні вперше з'явилося в чинному ЦК України, що пов'язано із потребами цивільного обороту. До прийняття чинного ЦК річ, що потрапила до незаконного володільця, не могла повернутися в цивільний оборот без прямого порушення прав власника, та й сам власник внаслідок пропуску позовної давності чи з інших причин не міг повернути собі володіння, не порушивши правил, встановлених для захисту прав незаконного володільця¹. Лише шляхом введення в обіг поняття «набувальна давність» стало можливим вирішувати подібні спірні ситуації.

Саме тому, на сьогодні досить важливим та актуальним є питання щодо можливості звернення особи із позовом про визнання права власності за набувальною давністю. Перш за все окреслимо суб'єктний склад за даним позовом.

Позивачем за даною категорією справ виступає фізична або юридична особа (незаконний володільець), яка добросовісно, відкрито та безперервно володіла чужим майном протягом встановленого законом строку. Слід відзначити, що позивачем за даною категорією справ не можуть виступати: держава Україна, Автономна Республіка Крим та території-

¹ Хопта С. Ф. Набувальна давність у контексті правозастосовної практики / С. Ф. Хопта, Д. Д. Луспеник. // Часопис цивільного і кримінального судочинства. – 2012. – № 5 (8). – С. 82.

альні громади, тобто суб'єкти цивільних відносин, що перераховані в ч. 2 ст. 2 ЦК України; законний володілець майна, тобто особа у якої річ перебуває на підставі певного титулу, наприклад, договору оренди, застави, найму тощо.

Відповідачем може виступати: колишній власник майна; особа з якою виник спір про право щодо визначеного майна.

При зверненні із позовом про визнання права власності за набувальною давністю, виходячи зі змісту абз.1 п.1 ст. 344 ЦК України, особа має довести факт добросовісного, відкритого та безперервного володіння майном протягом визначеного законом строку. За загальним правилом цього достатньо для позитивного вирішення справи, проте в ст. 344 ЦК України міститься вказівка на певні категорії майна, право власності на яке особа може визнати за наявності також додаткових умов. Так, в п. 4 ст. 344 ЦК України зазначено, що право власності за набувальною давністю на нерухоме майно, транспортні засоби, цінні папери набувається за рішенням суду.

Слід зауважити, що найскладніше вирішити спір щодо визнання права власності за набувальною давністю на нерухоме майно. Дане твердження пояснюється тією обставиною, що виходячи із практики та положень чинного законодавства різної галузевої приналежності, що перетинаються при регулюванні даного питання з ЦК України, існує цілий ряд випадків, коли навіть за повного додержання вимог ст. 344 ЦК України особа не може стати власником нерухомості. Таким чином ми можемо вести мову про певні обмеження щодо можливості застосування ст. 344 ЦК України відносно нерухомого майна, а саме:

1. Як відомо, нерухоме майно є особливою категорією майна на яке особа може визнати право власності за набувальною давністю. Проте предметом відповідного позову нерухомість може стати лише за умови, коли таке майно існує на момент розгляду справи, а право на нього зареєстровано в установленому законом порядку. Тобто, у випадку звернення особи з вимогою про визнання права власності за набувальною давністю на недобудовану споруду, повністю збудований, але не зданий до експлуатації нерухомий об'єкт, самочинне будівництво, то така вимога судом не може бути задоволена.

2. Не можна застосовувати ст. 344 ЦК України і у випадку спроби визнати право власності за набувальною давністю на службове житло.

Щодо означеної категорії нерухомості, чинним законодавством України передбачений інший порядок набуття права власності, а саме приватизація.

3. Подібна ситуації має місце і при спробі визнати право власності за набувальною давністю на кімнату у гуртожитку. Суди відмовляють у задоволенні позову у даному випадку, оскільки, по-перше, відповідно до ст. 127 ЖК УРСР гуртожитки є житлом спеціального призначення для тимчасового мешкання громадян на період виконання роботи або навчання, а по-друге, право власності на приміщення даної категорії можна набути лише шляхом приватизації на підставі ЗУ «Про забезпечення реалізації житлових прав мешканців гуртожитків» від 04.09.2008 року.

4. Не застосовуються положення ст. 344 ЦК України і щодо майна, яке вилучено з цивільного обороту, відумерлої спадщини, майна, що перейшло до держави відповідно до заповіту на її користь тощо. Так само має вирішуватись питання і про скарб, який повинен переходити до держави (ч. 3 ст. 343 ЦК), оскільки містить культурну цінність.

Перелік об'єктів нерухомості, визнати право власності на які не можна на підставі ст. 344 ЦК України не є вичерпним. Таким чином, ми можемо вести мову про досить значні обмеження у застосуванні введеної статті в аспекті можливості визнання права власності на певні категорії нерухомого майна за набувальною давністю.

Польнікова Г. Г., аспірантка кафедри цивільного права № 1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

МЕДИЧНА ПОСЛУГА ЯК РІЗНОВИД СПОЖИВЧИХ ПОСЛУГ

У часи стрімкого розвитку науки і техніки, швидкого росту і знецінення переваг сучасного цивілізованого суспільства здоров'я залишається однією з найважливіших цінностей людини, найбільшим особистим благом, тому його охорона набуває особливого значення.

Питання охорони здоров'я людини займалися такі науковці, як сьогодні широко обговорюється на сторінках наукових видань, у періодичній пресі, на наукових конференціях та семінарах. Йому присвячували свої праці Н. Гайдай, Р. А. Майданик, С. В. Михайлов, О. І. Смотров та інші науковці.

Одним із способів охорони здоров'я виступає медична послуга. Для більш повної її характеристики слід спочатку надати визначення послуги взагалі. В науці цивільного права традиційно послуга визначається як певне нематеріальне благо, яке надається однією особою (виконавцем) і споживається іншою особою (замовником) у процесі вчинення виконавцем певних дій або здійснення певної діяльності. Загальними ознаками послуги визнаються її невідчутність, надання її особисто виконавцем, одночасність надання і споживання, відсутність матеріалізованого результату.

Згідно зі ст. 177 Цивільного кодексу України послуга є типовим видом об'єктів цивільних прав. Медична ж послуга є особливим різновидом послуг, оскільки вона пов'язана з охороною найважливішої цінності людини – її здоров'я.

В законодавстві України відсутнє легальне визначення поняття медичної послуги, що змушує науковців надавати власні визначення. Так, Н. Гайдай ототожнює його з терміном «медична допомога», і зазначає, що і медична допомога, і медичні послуги є медичною діяльністю, під якою можна розуміти комплекс заходів, що здійснюються в межах єдиного процесу профілактики, діагностики, лікування та реабілітації пацієнта. Р. А. Майданик вважає медичною послугою «тісно пов'язану з особистістю професійного послугонадавача соціально значущу і не пов'язану зі створенням речі невизначену і неподільну цілісність дій, спрямовану на задоволення потреб пацієнта шляхом медичного втручання в організм здорової людини або докладання максимальних зусиль до зміцнення і підтримання здоров'я пацієнта, чи отримання гарантованого результату безоплатно або, у встановлених законом випадках, за плату».

Від інших видів послуг медичну послугу відрізняє, перш за все, її об'єкт, а саме організм людини. Метою отримання медичних послуг є бажання пацієнта підтримати або покращити стан свого здоров'я, під яким ми розуміємо стан повного фізичного та духовного благо-

получчя, а не тільки відсутність фізичних дефектів у людини. Об'єктом зумовлюється і така специфічна ознака, як можливість не досягти бажаного результату через конструктивні чи фізіологічні властивості організму окремої людини, а також нематеріальний характер самої послуги.

Відносини з надання медичних послуг характеризуються також особливим суб'єктним складом, де безпосереднім послугодавцем виступає лікар, тобто особа, яка має відповідну освіту і працює в закладі охорони здоров'я чи є фізичною особою-підприємцем, і пацієнт, тобто виключно фізична особа, яка потребує кваліфікованої медичної допомоги і звернулася по неї до закладу охорони здоров'я (приватного лікаря). Якщо особа звернулася по медичну допомогу до закладу охорони здоров'я, то виникають два види відносин, а саме відносини «лікар – медична установа» і «лікар – пацієнт». У першому випадку мають місце трудові відносини і лікар представляє медичний заклад у відносинах з пацієнтом, у другому – безпосередньо відносини з надання послуги. Аналізуючи це положення, можна зробити висновок, що лікар виступає безпосереднім виконавцем медичних послуг, а пацієнт – їх споживачем.

Відносини між закладом охорони (фізичною особою-підприємцем) і пацієнтом носять довірчий характер, що означає, що вони можуть бути розірвані споживачем послуги (пацієнтом) як менш захищеною стороною в будь-який момент за втратою довіри.

Щодо результату такої послуги, то він може мати різний характер: він може втілюватися у матеріальний об'єкт (наприклад, встановлення протезу), і тоді таку послугу умовно можна назвати «матеріальною», а може бути спрямований на саму людину (проведення діагностики), і така «чиста» послуга вже буде мати суто індивідуальний характер. У більшості випадків медичні послуги мають саме індивідуальний характер, що підтверджується тим, що медична послуга не може здійснюватися через посередників ні з боку її виконавця, ні з боку замовника.

Таким чином можна зробити висновок, що медична послуга – це діяльність послугонадавача (лікаря) щодо підтримання і покращення здоров'я послугоотримувача (пацієнта), корисні властивості якої здатні задовольнити потреби споживача послуги безпосередньо під час здійснення цієї діяльності і результат якої не знаходить свого матеріального втілення.

К ВОПРОСУ О ПОРЯДКЕ ПРИМЕНЕНИЯ ИНСТИТУТА АНАЛОГИИ В РОССИЙСКОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

В наиболее общем виде под применением аналогии права понимается совокупность действий правоприменителя, направленных на преодоление пробела в праве. Использование института юридической аналогии является наиболее сложным способом преодоления пробела в гражданском праве. Если при использовании аналогии закона возможно преодоление пробела путем применения гражданского законодательства, регулирующего сходные отношения, то аналогия права не допускает такой возможности. При применении гражданского права по аналогии перед правоприменителем стоит задача определить права и обязанности сторон исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства, а так же требований добросовестности, разумности и справедливости. Применение права по аналогии не допускает использование нормы права конкретного содержания, что значительно осложняет правоприменительную деятельность и требует от субъекта применения права высокого уровня знания законодательства, юридической доктрины, общеправовых принципов, социально-политических процессов в государстве и обществе.

В целях сведения к минимуму возможности злоупотребления при преодолении пробела в гражданском праве и защите субъективных гражданских прав, представляется целесообразным предложить следующий порядок применения гражданского права по аналогии.

1. Установление пробела в гражданском праве, то есть полного или частичного отсутствия в гражданско-правовых источниках норм конкретного содержания, необходимых для регулирования общественных отношений, которые входят в область гражданского права, подлежащих и нуждающихся в правовом регулировании.

Установление пробелов в гражданском праве приобретает важный фактический смысл, поскольку решение дела с использованием аналогии при отсутствии пробела в праве будет грубым нарушением законности. Установление пробела в праве происходит в процессе осуществления

нормотворческой, правоприменительной деятельности, путем обобщения судебной практики, правовых научных исследований и в иных формах.

Установление пробелов часто связывают с реформированием законодательства, поскольку именно в процессе внесения поправок в нормативные правовые акты проводятся экспертиза проектов федеральных законов, анализ практики применения правовых норм, что в конечном итоге позволяет установить пробел. В правоприменительной деятельности пробел обнаруживается в случае наличия затруднений в разрешении конкретного дела, ввиду отсутствия в законодательстве подходящей нормы. Применение аналогии при разрешении однородных гражданских дел и обобщение судебной и правоприменительной практики по таким делам позволяют констатировать правовой пробел в регулировании общественных отношений. Установление пробела так же осуществляется путем доктринального толкования права, научных исследований юридических институтов, на основании которых может быть сделан вывод о пробельности гражданско-правового регулирования.

Немаловажно при установлении пробела в праве определить правовую природу и отраслевую принадлежность неурегулированных общественных отношений, что не позволит выйти за пределы допустимости применения института аналогии, там, где его использование недопустимо или прямо запрещено.

2. Отсутствие возможности применения аналогии закона. В силу пункта 1 статьи 6 Гражданского кодекса Российской Федерации в случаях, когда гражданско-правовые отношения прямо не урегулированы законодательством или соглашением сторон и отсутствует применимый к ним обычай, к таким отношениям, если это не противоречит их существу, применяется гражданское законодательство, регулиющее сходные отношения (аналогия закона). Лишь при невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости, что подтверждается пунктом 2 статьи 6 Гражданского кодекса Российской Федерации. Таким образом, для использования аналогии права при преодолении правового пробела правоприменитель должен констатировать отсутствие в позитивном законодательстве необходимой для разрешения конкретного дела нормы права, а так же отсутствие правовой нормы, регулирующей сходные отношения, которой можно было бы разрешить дело по существу, не применяя аналогии права.

3. Анализ правовых средств использования аналогии права: общих начал и смысла гражданского законодательства, требований добросовестности, разумности, справедливости, отраслевых и общеправовых принципов позитивного и международного права, обычаев и т.д., применительно к конкретному разрешаемому казусу. Использование аналогии права является сложнейшей правоприменительной деятельностью, поскольку субъект применения права лишен возможности воспользоваться конкретной правовой нормой, что требует от него высокой квалификации, позволяющей свести к минимуму возможность злоупотреблений при защите прав и законных интересов человека и гражданина.

4. Анализ правоприменительной практики. Принцип единообразия применения норм права, предусмотренный статьями 391⁹ Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, 304 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации обязывает правоприменителя при разрешении дела руководствоваться не только буквой закона, но и практикой применения судами норм права. Нарушение указанного принципа является основанием для пересмотра, отмены или изменения судебных постановлений в порядке надзора. Использование по аналогии гражданского права является частью гражданско-процессуальной и арбитражно-процессуальной правоприменительной деятельности, поэтому анализ практики применения норм права является обязательной стадией в применении судами института юридической аналогии. В остальной сфере правоприменения, помимо деятельности судов, принцип единообразия применения норм права законодательно не закреплен, что не обязывает субъектов несудебного правоприменения при использовании аналогии права учитывать правоприменительную практику.

5. Выработка правовой позиции относительно применения средств использования аналогии права. При применении аналогии права используются многие юридические приемы и методы. На выработку правовой позиции по делу могут оказывать влияние как субъективные факторы, в виде уровня профессионализма правоприменителя, его личностных качеств, эмоционального и психического состояния, так и объективные факторы, к которым можно отнести социальную среду, в которой правоприменитель осуществляет правосудие, несовершенство процессуального законодательства, способствующего подведению позиции суда под единый стереотип, чрезмерную загруженность, вызванную нехваткой кадров и т.д.

На данном этапе, принимая во внимание отраслевую принадлежность и специфику неурегулированных законодателем общественных отношений, нужно определить круг правовых средств, с помощью которых можно разрешить дело. Необходимо максимально абстрагироваться от нормы права конкретного содержания и избрать правовое средство, с помощью которого может быть преодолен пробел в праве. Не представляется возможным законодательно закрепить строгий перечень всех правовых средств. Необходимо выявлять их содержание путем функционального толкования, применяемого в конкретном случае правового средства, исходя из особенностей общественных отношений, требующих разрешения, в том числе уровня правового менталитета, правовой культуры и установленного в правовой системе обычая и т.д.

6. Принятие решения по делу. Принятие решения является объективированным результатом деятельности правоприменителя – заключительным этапом применения права по аналогии. Любое решение должно быть мотивированным и содержать ссылки на конкретные правовые средства.

На данном этапе необходимо отразить в правоприменительном акте в предусмотренной законом форме применяемые при преодолении пробела правовые средства, а так же дать мотивированное обоснование их использования применительно к конкретным обстоятельствам дела. Причем нужно учесть требования отраслевого материального и процессуального законодательства, предъявляемые к актам применения права. Никто не может быть ограничен в предусмотренном законом праве на обжалование правоприменительного акта. Вынесение справедливого и мотивированного решения является гарантией законности и стабильности системы правоприменения.

Применение гражданского права по аналогии является составной частью правоприменения, одной из форм реализации права. Ключевой особенностью, выделяющей аналогию гражданского права среди иных правоприменительных институтов, является особый порядок использования, который исключает применение института аналогии при установлении санкций репрессивно-карательного характера, мер юридической ответственности (за исключением гражданско-правовой), применение норм права конкретного содержания. В указанных обстоятельствах применение гражданского права по аналогии приобретает особую важность в сферах правотворчества и правоприменения, требует высокого уровня юридической квалификации, высоких моральных и нравственных качеств.

Рубан О. О., здобувач кафедри цивільного права №2 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ПРО ФОРМИ ВИНИ РОБОТОДАВЦЯ ПРИ ВІДШКОДУВАННІ ЗАВДАНОЇ НИМ ШКОДИ

Відповідно до Конституції України, Закону України «Про охорону праці» був прийнятий Закон України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності» в якому визначено правову основу, економічний механізм та організаційну структуру загальнообов'язкового державного соціального страхування громадян від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, що призвели до втрати працездатності або загибелі застрахованих на виробництві. Згідно із ст. 5 Закону України «Про охорону праці» усі працівники підлягають загальнообов'язковому соціальному страхуванню від нещасного випадку і професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності.

В §2 глави 82 ЦК України зазначаються правові норми, які регулюють питання стосовно відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю.

На відміну від кримінального права України цивільне право виходить із принципу презумпції вини особи, яка завдала шкоди, тобто вона звільняється від її відшкодування, якщо доведе, що вжила всіх залежних від неї заходів щодо належного виконання зобов'язання (ч. 1 ст.614 ЦК України). Це загальне правило розповсюджується і на суб'єктів, які зобов'язані виплачувати страхові внески за своїх працівників (ст. 254 КЗпП України).

Вина, як одна з умов виникнення зобов'язання з відшкодування шкоди, визначається як умисне чи неумисне, але завжди залежне від волі та свідомості суб'єкта права його власне ставлення до вжиття чи невжиття заходів запобігання зовнішньому прояву своєї поведінки, котра є протиправною і шкідливою для особистих немайнових чи майнових благ інших осіб.

У цивільному законодавстві України розрізняються дві форми вини – умисна і необережна. Вина у формі умислу характеризується тим, що

особа, яка спричинила шкоду усвідомлює протиправність своєї поведінки, передбачає її шкідливі наслідки, бажає або байдуже ставиться до їх настання. Необережна вина характеризується тим, що особа не усвідомлює протиправності своєї поведінки, не передбачає і не бажає настання шкідливих наслідків, але має усвідомлювати характер своєї поведінки і передбачати можливість заподіяння шкоди. Необережність виражається в такому відношенні особи до своїх вчинків, яке характеризується порушенням належної уважності, дбайливості, передбачливості, яка визначається характером відповідного виду підприємницької чи іншої господарської діяльності та особливостями здійснюваних повноважень. Зовні необережність проявляється як порушення боржником (роботодавцем) або кредитором (працівником) певних вимог, дотримання яких було необхідно в конкретній ситуації. Так зокрема, якщо всупереч статті 17 Закону України «Про охорону праці» від 14.10.1992р. №2694-ХІІ власник (роботодавець) не організовує проведення попередніх і періодичних медичних оглядів працівників, зайнятих на важких роботах, роботах із шкідливими чи небезпечними умовами праці тощо, внаслідок чого своєчасно не було виявлене професійне захворювання останніх, то в цих випадках визначального значення набуватиме не саме психічне ставлення роботодавця до виконання свого обов'язку, а наявність чи відсутність зовнішнього вияву його волі, спрямованої на його виконання, наприклад, наявність чи відсутність відповідного наказу, адресованого працівникам щодо проходження ними професійного медогляду. Необхідно зазначити, що з об'єктивної сторони така бездіяльність роботодавця матиме протиправний характер, а з суб'єктивної – характеризуватиметься відсутністю залежного від повноважних органів юридичної особи зовнішнього вияву її обов'язкової власної волі.

Визначальним в даному випадку є не стільки ставлення роботодавця до своєї протиправної поведінки, скільки упущення (свідоме чи несвідоме, умисне чи необережне) за власною волею контролю за своєю поведінкою.

Разом з тим, слід вказати, що не можна необережну вину перетворювати тільки у фактичну помилку, якою вона постає, якщо відволіктися від внутрішнього (психічного) ставлення особи до здійснюваних нею дій та їх наслідків. Суб'єктивна характеристика необережної вини виражається в недостатній інтелектуальній та вольовій активності суб'єкта, що призвела до нещасного випадку, хоча він міг і повинен був проявити

необхідні зусилля для його запобігання, для недопущення факту заподіяння шкоди іншій особі.

В теорії цивільного права України міститься оригінально-галузеве поняття змішаної вини, під якою розуміється вина обох сторін правовідношення – і кредитора і боржника. В таких випадках негативний наслідок настає в результаті протиправної поведінки не лише заподіювача шкоди, а й потерпілого. Зокрема в інших галузях права, змішана вина визначається як вина однієї особи (правопорушника), що має дві форми вини (умисла стосовно діяння, і необережності по відношенню до наслідків). При цьому змішана вина в цивільному праві характеризується наступними моментами: а) збитки наступають в результаті винної поведінки не тільки боржника, але і кредитора; б) збитки зосереджуються в майновій сфері тільки однієї сторони зобов'язання – кредитора; в) збитки являють собою єдине ціле, коли неможливо визначити, в якій частині вони викликані винними діями боржника, а в якій – винними діями кредитора.

При змішаній вині фактично єдиним критерієм, яким можна керуватися при розподілі між боржником і кредитором збитків, є ступінь вини боржника і кредитора.

Так, якщо груба необережність потерпілого сприяла виникненню або збільшенню шкоди, то залежно від ступеня вини потерпілого (а в разі вини особи, яка завдала шкоди, – також залежно від її вини) розмір відшкодування зменшується, якщо інше не встановлено законом (ч. 2 ст. 1193 ЦК України). Таким чином, змішана вина (вина роботодавця і потерпілого працівника) визиває необхідність встановлення ступеня вини як боржника, так і кредитора.

На наш погляд, якщо відмовитися від поняття вини кредитора, то в понятті змішаної вини (у її загальнотеоретичному розумінні) у цивільному праві не буде необхідності, так як при безвинній відповідальності не потрібно встановлювати вину боржника, буде оцінюватися тільки поведінка кредитора (потерпілої особи), яка сприяла заподіянню шкоди.

Таким чином, виходячи із вищевикладеного, для визначення цивільно-правової відповідальності роботодавця при відшкодуванні шкоди працівнику, форма вини юридичного значення не має. Шкода, заподіяна роботодавцем своєму працівнику (робітнику чи службовцю) навмисними чи необережними діями, підлягає відшкодуванню.

Вина роботодавця у кожному окремому випадку встановлюється комісією з розслідування нещасного випадку, а також можливий і судо-

вий порядок встановлення вини роботодавця, відповідно до ст. 221 КЗпП.

Мірою цивільно-правового обов'язку з відшкодування завданої шкоди є фактичний розмір цієї шкоди, а не сам характер і ступінь вини боржника, як це має місце у кримінальному праві стосовно мір кримінальної відповідальності.

Руденко А. В., аспірант кафедри цивільного права №1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

СУБСИДАРНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ДЕРЖАВИ

Участь держави у цивільних правовідносинах зумовлена насамперед необхідністю реалізації публічних завдань, що стоять перед нею. Відповідно до ч.1 ст.167 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) держава діє у цивільних відносинах на рівних правах з іншими учасниками цих відносин. Держава не відповідає за зобов'язаннями створених ними юридичних осіб, крім випадків, встановлених законом. Субсидарна відповідальність держави як засновника створених нею юридичних осіб публічного права встановлена у ст. 176 ЦК України, де передбачена можливість встановлення такої відповідальності спеціальними законами.

Вказані положення законодавства дозволяють говорити про державу як про суб'єкта права зі спеціальною правоздатністю, яка визначається нормами як приватного, так і публічного права. У зв'язку із цим з метою визначення оптимального співвідношення публічних та приватних інтересів у цивільному обігу є важливим завдання щодо визначення співвідношення зазначених норм і застосуванні їх на практиці.

Субсидарна відповідальність держави за боргами створених ним юридичних осіб може наступати у разі, коли державна установа, організація, казенне підприємство діють в цивільному обороті від власного імені. Якщо державні юридичні особи діють у цивільному обороті від імені держави, виникає безпосередня відповідальність держави. Критерієм, що дозволяє розмежовувати суб'єктів відповідальності, може слугувати інтерес, який переслідує юридична особа, хоча цей критерій і є досить невизначеним.

Правоздатність держави спричиняє необхідність використання його майна в рамках суворого переліку цілей, в тому числі тоді, коли воно передано у господарське відання або оперативне управління. При цьому отримання прибутку для держави не може бути визначальним, оскільки мета отримання прибутку може переслідуватися публічно-правовими утвореннями виключно як засіб для досягнення цілей, основоположних для держави. Інакше кажучи, перед державними підприємствами крім комерційних ставляться багато соціально-економічні завдання, пов'язані з вирішенням ключових загальнонаціональних проблем. Крім того, спеціальна правоздатність та особливість відповідальності зазначених осіб зумовлена однією і тією ж причиною – цільовою правоздатністю держави, направленістю останнього не на будь-які види діяльності, а тільки лише на ті, які будуть відповідати функціям, покладеним на нього суспільством.

Відповідно до ст. 82 ЦК України на юридичних осіб публічного права у зв'язку з їх участю в цивільних відносинах поширюються положення Цивільного кодексу, якщо інше не встановлене спеціальним законом (абзац 2 частини 3 ст. 81 ЦК України). Тому проблема відповідальності держави або заснованих нею юридичних осіб як учасників цивільних правовідносин завжди пов'язана з суспільними відносинами публічно-правового характеру.

Особливістю участі у цивільних правовідносинах державних органів, підприємств, установ, організацій полягає в тому, що вони не є власниками майна, яке використовують у своїх статутних цілях. Майно закріплюється за державними підприємствами і установами у володіння, користування і розпорядження відповідно до ст. 136 і 137 Господарського кодексу України, тобто на праві господарського відання чи праві оперативного управління. Здійснення господарської діяльності на основі матеріальної бази, що не є власністю зазначених осіб, викликало необхідність залишити у правовій системі особливу юридичну конструкцію, яка дозволила б захистити інтереси можливих кредиторів. Застосування принципу самостійної цивільно-правової відповідальності юридичної особи всім належним їй майном щодо юридичних осіб публічного права з певних міркувань є вочевидь неприйнятним. Зважаючи на це цивільне законодавство має передбачати інші, відмінні від винятково самостійної і повної майнової відповідальності зобов'язаного суб'єкта механізми максимально ефективного захисту цивільних прав та інтересів кредито-

рів юридичної особи. З метою захисту прав кредиторів зазначених юридичних осіб дійсно виникає необхідність передбачити можливість покладання субсидіарної відповідальності за боргами останніх на публічні утворення, функції яких виконують відповідні боржники.

З урахуванням зазначених потреб щодо встановлення відмінностей у режимах цивільно-правової відповідальності юридичних осіб публічного і приватного права є загальновизнаною доцільність (принаймні на певний період) збереження права оперативного управління майном та повного господарського відання щодо майна, яке передається державній або комунальній установі чи органу для виконання ними функцій відповідно державної влади чи місцевого самоврядування.

Саме з цих міркувань українським законодавством передбачена субсидіарна відповідальність держави за дії юридичних осіб публічного права у випадках, передбачених законом. При вирішенні питання про субсидіарну відповідальність держави необхідно враховувати і специфіку плюралістичної моделі участі держави у цивільних правовідносинах: чи повинна нести відповідальність безпосередньо держава як особливий суб'єкт права, який виступає як власник і засновник у правовідносинах через уповноважених ним осіб, або ті особи, які здійснюють повноваження власника і засновника. Держава за загальним правилом не несе відповідальності за дії створених нею юридичних осіб, а кількість винятків з цього правила дуже незначна. Настання субсидіарної відповідальності держави залежать від виду юридичної особи та обмеженого речового права на передане йому майно. Зокрема це стосується і казенних підприємств, які згідно з ч. 7 ст. 77 ГК України відповідають за своїми зобов'язаннями лише коштами, що перебувають у його розпорядженні. У разі недостатності зазначених коштів держава, в особі органу, до сфери управління якого входить підприємство, несе повну субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями казенного підприємства.

При застосуванні зазначених норм на практиці виникають проблеми, пов'язані з визначенням суб'єкту та порядку доказування недостатності коштів (майна) у державної установи або підприємства для задоволення вимог кредиторів, та чи можливо і достатньо в судовому порядку встановити, що наявного в його розпорядженні коштів не вистачає для задоволення вимог кредиторів, щоб залучити до субсидіарної відповідальності державу, в особі відповідного його органу.

Судова практика свідчить про відсутність єдиного застосування зазначених норм та наявність порушень чинного законодавства при визна-

ченні відповідача, що виступає від імені держави. Застосування зазначених положень законодавства на практиці викликає труднощі у визначенні процесуального статусу особи, яка несе субсидіарну відповідальність. Так, характерним для судової практики є залучення органів Державної казначейської служби як у якості співвідповідачів, так і якості третіх осіб, які не заявляють самостійні вимоги на предмет спору, на боці відповідача, тобто державного органу, державної установи чи підприємства. В інших справах державний орган, головний розпорядник бюджетних коштів, якому підпорядковується юридична особа-боржник, залучається кредитором за зобов'язаннями казенних підприємств.

Таким чином, нормативно-правове регулювання відповідальності держави за зобов'язаннями створених нею юридичних осіб характеризується підсиленням державних гарантій виконання судових рішень. Слід визнати, що зазначений Закон залишає складності у визначенні порядку захисту прав та інтересів кредиторів юридичних осіб публічного права, обумовлені необхідністю застосування норм публічного права. Норми цивільного права, які встановлюють необхідність встановлення недостатності коштів у казенного підприємства, державного органу чи бюджетної установи підлягають застосуванню не в порядку судочинства, а органами Державної виконавчої служби, які зобов'язані у разі відсутності необхідних коштів здійснити заміну стягувача на центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері казначейського обслуговування бюджетних коштів.

Самбір О.Є., аспірант Інституту законодавства Верховної Ради України

УМОВИ ПЕРЕХОДУ ПРАВ КРЕДИТОРА ДО ПОРУЧИТЕЛЯ, ЯКИЙ ВИКОНАВ ЗАБЕЗПЕЧЕНЕ ПОРУКОЮ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

Суброгація прав кредитора поручителю передбачена чинним цивільним законодавством і відповідає методологічним засадам заміни кредитора у зобов'язанні. Підставою для переходу прав у даному випадку є виконання поручителем зобов'язання, забезпеченого порукою. Отже має місце класична законна суброгація, для якої ЦК України встановлює низку додаткових умов.

Насамперед, на момент виконання поручителем основного зобов'язання, воно повинно бути дійсним, оскільки ніхто не може передати більше прав, ніж має сам. Так, якщо основне зобов'язання припинилось у зв'язку із належним його виконанням боржником, то поручитель, який виконав зобов'язання, забезпечене порукою, у зв'язку з ненаправленням йому боржником повідомлення про виконання ним свого зобов'язку, має право стягнути з кредитора безпідставно одержане або пред'явити зворотню вимогу до боржника (ч. 2 ст. 557 ЦК України). Оскільки вже перше таке виконання, не важливо, з боку кого – боржника або поручителя, припиняє зобов'язання, друге аналогічне виконання здійснюється фактично у «пустоту», зобов'язання вже не існує, у кредитора немає правової підстави одержувати «подвійне виконання», тобто мова йде про безпідставне збагачення. Але оскільки, поручитель виявляється потерпілою стороною з вини чи халатності боржника, поручителю дається право обирати: пред'явити вимогу до кредитора з поверненням безпідставно одержаного або пред'явити зворотню вимогу до боржника. Боржник у цьому випадку вимушений вдруге виконати один і той самий зобов'язок: по відношенню до кредитора і до свого поручителя. Але якщо він виплатив відому суму поручителю, то кредитор, що отримав два рази виконання, звичайно, не може бути таким чином «винагороджений». Боржник має право звернути до нього кондикційну вимогу. Так само на момент виконання поручителем зобов'язання, забезпеченого порукою, повинна бути чинною сама порука. Якщо ж поручитель виконав зобов'язання після припинення поруки, то говорити про перехід до нього прав кредитора вже немає підстав, натомість має місце набуття кредитором майна за рахунок поручителя без достатньої правової підстави.

З положень чинного законодавства впливає ще одна умова суброгації поручителя прав кредитора – порушення боржником свого зобов'язання. ЦК України передбачає з цього приводу низку додаткових правил. Так, у разі одержання вимоги кредитора поручитель зобов'язаний повідомити про це боржника, а в разі пред'явлення до нього позову – подати клопотання про залучення боржника до участі у справі. Якщо поручитель не повідомить боржника про вимогу кредитора і сам виконає зобов'язання, боржник має право висунути проти вимоги поручителя всі заперечення, які він мав проти вимоги кредитора. На перший погляд вказані норми не впливають на заміну кредитора у зобов'язанні, однак

можливі дві ситуації, які напряду не вирішенні законодавцем. По-перше, поручитель виконав зобов'язання, не повідомивши про це боржника, а останній, в свою чергу, здійснив повторне виконання на користь кредитора. По-друге, поручитель виконав зобов'язання в досудовому порядку або не залучивши боржника до участі у справі, а в останнього були на момент виконання поручителем зобов'язання підстави визнати свій борг перед кредитором погашеним. Вважаємо, що в обох випадках суброгація поручителю прав кредитора недопустима, оскільки основне зобов'язання припинилося, або внаслідок належного виконання боржником, або в силу інших підстав визнається погашеним. Натомість, має місце збагачення кредитора без достатньої правової підстави: набуття майна внаслідок повторного виконання або виконання, підстава якого відпала. При цьому в обох випадках збагачення відбувається за рахунок поручителя, скільки майнова сфера останнього зменшується або з підстави, яка згодом відпала, або взагалі без підстави. Отже, виконання поручителем основного зобов'язання за відсутності вказаних умов призводить не до суброгації, а до безпідставного збагачення кредитора, і як наслідок виникнення кондикційного зобов'язання, і, як виняток, регресного зобов'язання, у випадку невиконання боржником свого обов'язку негайно повідомити поручителя про виконання зобов'язання, забезпеченого порукою.

Також необхідно акцентувати, що законодавство не передбачає жодних формальних умов для переходу прав кредитора до поручителя чи спеціального порядку їх передачі. Тому що, підставою переходу прав кредитора до поручителя в порядку суброгації виступає не угода про уступку права вимоги, а такий юридичний факт, як виконання зобов'язання за боржника, з яким закон пов'язує перехід прав кредитора до третьої особи.

У контексті дослідження умов суброгація поручителя прав кредитора необхідно розглянути питання про можливість часткової суброгації, при якій до суброганта переходить лише частина прав кредитора, тобто чи допускається суброгація при частковому виконанні поручителем зобов'язання, забезпеченого порукою. Оскільки порукою може забезпечуватися виконання зобов'язання частково або у повному обсязі, слід розглянути два варіанти. Перший – коли порукою забезпечено виконання боржником зобов'язання в повному обсязі, а поручитель виконав таке зобов'язання лише частково. Підстава для суброгації в даному випадку відсутня, оскільки зобов'язання виконано лише частково, а поручитель

відповідає перед кредитором у тому ж обсязі, що і боржник, тобто до повного виконання зобов'язання. Але від цього слід відрізнити ситуацію, коли поручитель виконав зобов'язання лише в тій частині, в якій воно не було виконано основним боржником. Тут вже має місце суброгація, проте класична, а не часткова.

Другий – коли порукою забезпечено зобов'язання частково, і поручитель в цій частині його виконав, тобто поручитель виконав свій обов'язок за договором поруки, але зобов'язання, цією порукою забезпечене, залишилось невиконаним. За даних обставин відповідь вже видається не такою очевидною. Так, буквальне тлумачення ст. 556 ЦК України, свідчить, що умовою переходу до поручителя прав кредитора є повне виконання основного зобов'язання. Крім того суди відстоюють принцип повного виконання як підстави для суброгації. Цивілістична доктрина, на відміну від законодавства та практики його застосування, допускає часткову суброгацію. Однак такий висновок можливий тільки за умови законодавчого закріплення пріоритету права вимоги первісного кредитора перед суброгантом.

Поручительство може бути ускладнено множинністю осіб на боці поручителя: поручителем може бути одна особа або кілька осіб (ч. 3 ст. 553 ЦК України). Постає питання про співвідношення прав таких співпоручителів. Зазвичай на забезпечення виконання зобов'язання укладається один договір поруки, де на стороні поручителя виступають кілька осіб, що означає спільне видання поруки кількома поручителями. Згідно із ч. 3 ст. 554 ЦК України особи, які спільно дали поруку, відповідають перед кредитором солідарно, якщо інше не встановлено договором поруки. Після виконання зобов'язання, забезпеченого порукою, до кожного з кількох поручителів переходять права кредитора у розмірі частини обов'язку, що виконана ним (ч. 3 ст. 556 ЦК України). Якщо ж лише один з поручителів виконав зобов'язання, забезпечене порукою, то він має право вимоги до кожного з решти солідарних поручителів у рівній частці, якщо інше не встановлено договором, за вирахуванням частки, яка припадає на нього. Однак правова природа такої вимоги обґрунтовується не переходом прав кредитора в порядку суброгації, а виникненням регресного зобов'язання між солідарними боржниками.

Якщо ж зобов'язання забезпечується кількома поручителями, які надали поруку за різними договорами поруки, то останні не несуть солідарної відповідальності перед кредитором, якщо інше не встановлено

договором. Відповідно до поручителя, який виконав на вимогу кредитора зобов'язання, забезпечене порукою, переходять права кредитора як за основним зобов'язанням, так і за іншими договорами поруки, що забезпечували його виконання, і він може звернутися з вимогою як до боржника, так і до будь-якого з поручителів. До аналогічного висновку приходимо і щодо інших забезпечувальних боржників, наприклад, майнового поручителя (ч. 2 ст. 556 ЦК України).

Самойлова О. М., здобувач кафедри цивільного права № 1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ЩОДО ПИТАННЯ ВІДМЕЖУВАННЯ СПОСОБІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ВІД СУМІЖНИХ ПРАВОВИХ КОНСТРУКЦІЙ

Останнім часом на сторінках публічних видань спостерігається збільшення публікацій, присвячених окремим способам забезпечення виконання зобов'язань, не названих в главі 49 Цивільного кодексу України. Більш детальному розгляду такого виду способів забезпечення виконання зобов'язань сприяло закріплення на законодавчому рівні можливості їх застосування у вигляді відкритого переліку забезпечувальних способів. Однак однозначного розуміння серед науковців щодо віднесення правових інструментів, що знайшли поширення на практиці для посилення положення кредитора в зобов'язанні, до способів забезпечення виконання зобов'язань немає. Проявом чого є безпідставне розширення способів забезпечення виконання зобов'язань за рахунок різних за своєю правовою природою інструментів, що, у свою чергу, спричиняє деструктивні наслідки як в правозастосовній сфері, так і в загальнотеоретичному осмисленні способів забезпечення виконання зобов'язань. Так, до способів забезпечення виконання зобов'язань ряд вчених відносять і окремі види договорів, що мають самостійне значення (договір страхування, угоди репо, складське свідоцтво, договори про субординацію тощо), і способи та порядок виконання договірних обов'язків (акредитив, безакцептне списання, попередня оплата тощо), і мір цивільно-правової відповідальності та інші інструменти цивільного права.

Чинників, які зумовлюють таку тенденцію на практиці та в науці цивільного права, декілька. Умовно їх можна розподілити на ті, що мають правозастосовне та теоретичне походження. Серед правозастосовних чинників основними, на нашу думку, є: низький рівень довірливої дисципліни, що зумовлює постійний пошук учасників цивільного обороту нових засобів, які б гарантували їм задоволення інтересів в зобов'язальних правовідносинах; та загальносвітова тенденція інтернаціональності правових систем яка, у свою чергу, сприяє запозиченню не властивих праву України забезпечувальних конструкцій та апробація їх в умовах національного права. До теоретичних, в першу чергу, слід віднести: відсутність загального вчення про забезпечення виконання зобов'язань; консерватизм в підході до способів забезпечення виконання зобов'язань, який полягає в розумінні забезпечувальних способів через призму їх функціонального призначення; та відсутність єдиного критерію, властивого всім забезпечувальним конструкціям.

Для вирішення питання відмежування способів забезпечення виконання зобов'язань від суміжних правових конструкцій особливої уваги, вважаємо, заслуговує саме виділення єдиного критерію як головного чинника віднесення тих чи інших правових інструментів до способів забезпечення виконання зобов'язання. Спроби на теоретичному рівні виділення такого єдиного критерію за своєю більшістю зводяться до об'єднання способів забезпечення виконання зобов'язань або за функціональним призначенням, або ж за властивістю їм певних видових ознак, спільних для всіх способів забезпечення виконання зобов'язань, які поєднують їх в самостійний інститут цивільного права. Однак такий шлях повною мірою не вирішує нагальних проблем щодо об'єму правових інструментів, що входять до поняття «способів забезпечення виконання зобов'язань».

Так, поєднання правових інструментів за функціональним призначенням, як свідчить практика, призводить до розширення видів забезпечення до необмеженої кількості. Таке розширення є наслідком того, що функції, які виділяються науковцями для характеристики забезпечувальних способів: укріплення зобов'язального права, спонукання боржника до належного виконання взятих на себе обов'язків; компенсації збитків кредитора тощо, – властиві більшості правовим механізмам, як і праву взагалі.

У свою чергу, виділення єдиних, загальних для всіх способів забезпечення виконання зобов'язань ознак, ускладнюється тим, що за своєю більшістю навіть поіменовані в законодавстві забезпечувальні способи мають подвійну правову природу, що, у свою чергу, унеможлиблює їх характеристику за єдиними ознаками. Отже, інститут забезпечення виконання зобов'язань потребує нових підходів для з'ясування природи забезпечувальних механізмів, їх виділення з-поміж суміжних правових конструкцій.

Вирішенню поставленого питання може слугувати, на наш погляд, обрання як єдиного, загального критерію поєднання правових інструментів в самостійний інститут забезпечення виконання зобов'язань можливість таких забезпечувальних інструментів формувати додаткове (резервне) джерело виконання боржником свого обов'язку. Таке джерело має слугувати матеріальним підґрунтям, яке укріплює особисту довіру, яку кредитор надає у зобов'язальних відносинах боржнику. Оскільки, як правило, інтерес кредитора у зобов'язанні має майновий характер, то безсумнівно і джерело його задоволення має бути майнового походження. Отже, ядром забезпечувальних інструментів є майно боржника, яке заздалегідь відособлено, або все майно третьої особи – додаткового боржника відносно основного, та слугує гарантією задоволення інтересів кредитора на випадок неспроможності боржника виконати взятий на себе обов'язок. В залежності від того як саме це майно виділяється, чи персоніфіковано воно, чи ні, який механізм задоволення за допомогою такого майна інтересів кредитора і виділяються різні способи забезпечення як закріплені на законодавчому рівні, так і поширені на практиці.

Підсумовуючи, слід зазначити, що інститут забезпечення виконання зобов'язань, не зважаючи на багатовікову історію застосування на практиці і теоретичного осмислення, залишається остаточно не вирішеним. У такому стані невирішеності тривалий час перебуває і проблема відмежування способів забезпечення виконання зобов'язань. Одностаїнність в розумінні цього питання надасть можливість учасникам цивільного обороту реалізувати на практиці надане цивільним законодавством право використання нових, непоіменованих способів забезпечення виконання зобов'язань, потребу в яких вимагає сучасний цивільний оборот.

Сіщук Л. В., молодший науковий співробітник Лабораторії корпоративного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

ПРОБЛЕМИ ОБОРОТОЗДАТНОСТІ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ВДОСКОНАЛЕННЯ КОРПОРАТИВНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ЩОДО ОБІГУ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ У ЦИВІЛЬНОМУ ОБОРОТІ

З розвитком ринкових відносин у цивільному обороті все частіше значну економічну цінність відіграють такі об'єкти цивільних прав як корпоративні права, що в умовах ринкової економіки є одним із найбільш прибуткових оборотоздатних об'єктів, що привертають інтерес як вітчизняних, так й іноземних інвесторів, які вкладають свої інвестиції в підприємницьку діяльність з метою отримання прибутку. Адже з моменту створення корпорації учасники набувають корпоративні права, які, стаючи предметом цивільного обороту, можуть бути відчужені їх власниками на оплатній чи безоплатній основі за цивільно-правовими договорами або в порядку універсального правонаступництва (при реорганізації та при спадкуванні).

Як відомо, Господарський кодекс України (далі – ГК) відводить окрему главу поняттям «корпоративні відносини», «корпоративні права», але не містить норм, які б регулювали порядок набуття і здійснення корпоративних прав. У Цивільному кодексі України (далі – ЦК) визначається правовий механізм їх відчуження та переходу у порядку універсального правонаступництва. В той же час специфіка обігу корпоративних прав обумовлена тим, що ЦК не оперує поняттям «корпоративні права», а, натомість, застосовуються такі терміни як «частка», «акція», «пай», що перебувають у цивільному обороті. Більше того слід зазначити й про статтю 100 ЦК, в якій йдеться про право участі як особисте немайнове право, яке входить в зміст корпоративних прав, що поєднують у собі елементи майнових і немайнових прав, якими наділяються учасники юридичної особи корпоративного типу. Саме тому серед вчених – корпоративістів протягом значного часу ведуться дискусії щодо поняття

корпоративних прав як об'єктів цивільних прав, що можуть перебувати у цивільному обороті, зокрема:

1) корпоративні права являють собою певну єдність і є майновими правами. Частка має грошову оцінку і стосовно неї можуть фіксуватися рух матеріальних благ від однієї особи до іншої, а немайнові права слідує за ними (І. В. Спасибо-Фатєєва);

2) при відчуженні корпоративних прав відбувається перехід лише майнових правових можливостей, а немайнові корпоративні права виникають із закону та установчих документів корпоративної організації (В. І. Цікало);

3) корпоративні права відносяться до майна товариства в розумінні статті 190 ЦК (О. М. Великорода).

Як наслідок, відсутність законодавчого закріплення поняття «корпоративні права», а також неоднозначне сприйняття і тлумачення цього поняття вченими зумовлює на практиці складність їх переходу від учасника товариства до інших осіб (учасників товариства, товариства, третіх осіб), що неодноразово призводить, як не до порушення корпоративного інтересу в цілому, то до порушення інтересу учасника товариства або набувача корпоративних прав.

Безумовно теоретичне обґрунтування наведених підходів до визначення корпоративних прав та особливостей їх реалізації в цивільному обороті мають як наукове, так і практичне підґрунтя, оскільки пояснюють порядок набуття статусу учасника товариства. Проте вимоги сьогодення вказують нам й на прогалини, які необхідно заповнити, виходячи з потреб ринкової економіки, залучення іноземних інвестицій, підвищення фінансових показників товариства тощо. Все це зумовлює необхідність запровадити поняття корпоративних прав як самостійного об'єкта цивільних прав, що може вільно обертатися на ринку та бути конкурентоспроможним, враховуючи ділову репутацію та час існування товариства.

Однак, відповідно до діючого механізму похідного набуття корпоративних прав, зокрема у товариствах з обмеженою відповідальністю, особа набуває статус учасника товариства з моменту внесення змін до статуту товариства та державного реєстру, а не з моменту укладення договору як правової форми реалізації корпоративних прав. При цьому внесення змін до статуту товариства здійснюється на загальних зборах учасників за умови наявності кворуму, що забезпечить можливість їх проведення та прийняття відповідних рішень, що здійснюється шляхом

голосування. І саме на даному етапі набуття корпоративних прав виникає ряд питань, що досить часто мають місце на практиці. Як забезпечити наявність кворуму для проведення загальних зборів у разі набуття особою частки, яка необхідна для проведення таких зборів? Чи має право особа, яка за договором набула корпоративні права, реєструватися для участі у загальних зборах? Чи має право особа брати участь у загальних зборах, на яких приймається рішення про визнання її як учасника товариства та розглядати інші питання, що виносяться на голосування загальних зборів? Чи має право особа оскаржувати рішення загальних зборів, якщо вони були прийняті до прийняття її як учасника товариства?

Наведені питання вказують на недосконалість корпоративного законодавства, що обумовлюють часті випадки зловживання корпоративними правами одними учасниками товариства та порушенням корпоративних прав інших учасників. Змоделюємо таку ситуацію. Учасник ТОВ за договором дарування передав частку у розмірі 55 відсотків іншій особі, яка не є учасником товариства. Відповідно до Закону України «Про господарські товариства» загальні збори ТОВ будуть вважатися правомочними, якщо кворум становить більше як 60 відсотків голосів. Враховуючи норми закону, особа не може стати учасником товариства через відсутність кворуму для проведення загальних зборів і не може брати участь у скликанні таких зборів, адже ще не є учасником товариства. В той же час учасники товариства, які володіють недостатньою кількістю часток, можуть самостійно скликати загальні збори, збільшувати розмір статутного капіталу за рахунок внесків у збільшення власних часток, що призводить до розмивання і зменшення частки набувача, корпоративний інтерес якого стає фактично незахищеним. Отже, незначеність правового статусу особи, яка набула частку у статутному капіталі за договором, вказує на відсутність ефективних способів захисту її прав. Це зумовлено, в першу чергу, відсутністю поняття корпоративних прав як єдиного оборотоздатного об'єкта цивільних прав, набуття якого вказувало б на нерозірваний у часі перехід всіх правомочностей від учасника товариства до особи – набувача. Зокрема, В. А. Васильєва вказує на те, що корпоративне право для цивільного обороту слід розуміти як єдиний неподільний об'єкт¹. Визнання корпоративного права як

¹ Корпоративне право України: підручник / [В. В. Луць, В. А. Васильєва, О. Р. Кібенко, І. В. Спасибо-Фатєєва та ін.]; за заг. ред. В. В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – С. 167.

об'єкта цивільних прав дозволяє йому виступати предметом договорів, а вартісна сутність корпоративного права робить його привабливим для цивільного обороту¹.

Таким чином, можна дійти до висновку, що застосований законодавцем термін «частка», «акція» – це тільки правова форма, у якій корпоративні права переходять від учасника товариства до інших осіб. Корпоративне право як єдиний неподільний об'єкт, що являє собою комплекс прав майново-організаційного характеру, зміст яких визначається установчими документами та законом, заслуговує на окреме місце серед об'єктів цивільних прав, яким притаманні наступні ознаки:

- організаційно-майновий характер, що вказує на специфіку корпоративних прав та впливає з природи корпоративних відносин;
- оборотоздатність, тобто можливість переходу корпоративних прав від учасника товариства до інших осіб, що забезпечується шляхом укладення правочинів або здійснення інших правомірних дій;
- вартісний характер, що вказує на майнову цінність корпоративних прав, яка визначається із суми внесків до статутного (складеного) капіталу, що мають матеріальну цінність; прибуткової діяльності товариства та його ділової репутації на ринку капіталів;
- правовою формою фіксації корпоративних прав є частка (акція).

В той же час, враховуючи відсутність нормативного закріплення поняття корпоративних відносин як предмета цивільного-правового регулювання, відсутність законодавчого визначення корпорації як самостійного суб'єкта права, переліку організаційно-правових форм, які можна віднести до юридичних осіб корпоративного типу, конструктивного вирішення не віднайшло й питання визначення суті та місця корпоративних прав як об'єкта цивільних прав на кодифікованому рівні. Тому нині одним із шляхів подолання низки проблем, що стосуються визнання корпоративних прав як єдиного неподільного об'єкта цивільних прав, слід шукати у можливості вдосконалення корпоративного законодавства шляхом уніфікації правових норм, що визначають порядок переходу частки (акції, паю) у статутному (складеному) капіталі товариства та визначити єдиний одномоментний перехід та/або набуття частки (акції, паю) та прав, які ними закріплені (корпоративних прав), що надасть на-

¹ Васильєва В. А. Корпоративні правочини: поняття та особливості / В. А. Васильєва // Проблеми охорони прав суб'єктів корпоративних правовідносин: Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції. – Івано-Франківськ: Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2012. – С. 26.

бувачеві можливість одночасної реалізації корпоративних прав учасника товариства, а учаснику товариства гарантії володіння економічно привабливим об'єктом на ринку капіталів.

Смуток М. В., юрист юридичної фірми
«Примус Інтер Парес»

РЕГУЛЯТИВНА РОЛЬ ПРИНЦИПІВ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Актуальність проблеми застосування принципів цивільного законодавства до цивільних відносин зумовлена наявністю, поряд із визначальним значенням принципів, очевидної неузгодженості правових норм, що регламентують порядок застосування принципу, який вивчається у роботі. Окрім того питання практичного застосування загальних засад (принципів) залишається відкритим і у доктрині цивільного права. Адже, зазвичай, принцип у доктрині сприймається як категорія здебільшого філософсько-правова, віддалена від правозастосування та така, що справляє на юридичну практику незначний, ледь помітний, виключно ідеологічний вплив.

Врешті-решт, хотілося б акцентувати увагу на аналіз регулятивного значення принципів цивільного законодавства, на їхнє нормативне закріплення та співвідношення із іншими правовими нормами – саме ці питання, на мій погляд, є ключовими.

Так, згідно із частиною 1 статті 3 Цивільного кодексу України, загальними засадами цивільного законодавства є: неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом; свобода договору; свобода підприємницької діяльності; судовий захист цивільного права та інтересу; справедливість, добросовісність, розумність.

Використаний законодавцем термін «засада» в даному контексті за змістом співпадає із терміном «принцип», тому вважаємо за доречне використання останнього поряд із законодавчо встановленим.

Як вже було зазначено вище, питання сутності принципу взагалі розкривається через його особливості, пов'язані зі значенням принци-

пів для права в цілому та аспектами застосування принципів до цивільних відносин. Наголос на цьому міститься і в Науково-практичному коментарі до цивільного законодавства під ред. В.Г. Ротаня, де зазначено, зокрема, що принципи окремих галузей права покликані впливати на поточну правотворчу діяльність. Разом із цим суб'єкти правотворчої діяльності, в тому числі законодавець, повинні враховувати вимоги основних засад.

Проте, для того ж щоб з'ясувати співвідношення норм, які містяться у положеннях вже прийнятих нормативно-правових актів, у разі їхньої несумісності із встановленими принципами цивільного законодавства, варто за допомогою логічних засобів визначити ієрархічне положення норм статті 3 Цивільного кодексу поряд із нормами інших нормативно-правових актів.

Наслідки неврахування вимог основних засад є різними для законодавчих та інших нормативно-правових актів.

Спеціальні (конкретні) законодавчі положення підлягають переважному застосуванню перед загальними положеннями, тим більше – перед основними засадами, що є найбільш загальними положеннями. Отже, невиконання законодавцем вимог основних засад не є підставою незастосування законодавчих положень, які суперечать ст. 3 ЦК.

В свою чергу, підзаконні акти повністю підпорядковані Конституції і законам, в тому числі і найбільш загальним положенням законів. А тому підзаконні акти не можуть застосовуватись, якщо вони суперечать законодавчим актам, в тому числі і основним засадам, сформульованим у статті 3 Цивільного кодексу України.

На перший погляд, остаточно можна стверджувати, що норма, яка міститься у статті 3 Цивільного кодексу України є найбільш загальним положенням, а сфера її регулювання є надзвичайно широкою та поглинає усі види цивільних відносин. Це твердження було б правильним, якби не положення частини 2 статті 8 Цивільного кодексу України, яке істотно звужує сферу застосування принципів цивільного законодавства.

Якщо таке твердження можна було б (за умови відсутності норми, передбаченої частиною 2 статті 8 Цивільного кодексу України) взяти за основу вирішення будь-яких можливих колізій між принципами цивільного законодавства та іншими нормами, що містяться у актах цивільного законодавства, то вони логічно вирішувалися б із використанням правил *lex specialis derogat generali* та *lex superior derogat legi interior*.

Проте, за умови існування (принаймні на даний момент) норми, що міститься у частині 2 статті 8 Цивільного кодексу України, остання чинить певні перешкоди у можливості застосування принципів цивільного законодавства до всіх цивільних відносин в якості найбільш загальної норми (як це було б привальним, на мою думку і як це впливає, власне, з ієрархічного положення принципів цивільного законодавства).

Звернемо увагу на найважливішу, з нашої точки зору проблему діючого цивільного законодавства в контексті регулювання сфери застосування принципів цивільного законодавства, взагалі, та принципу свободи договору, зокрема.

Згідно із частиною 2 статті 8 Цивільного Кодексу України, основні засади цивільні законодавства (в тому числі і свобода договору) застосовуються в порядку аналогії права.

З цієї норми висновком від протилежного виявляється правова норма, згідно з якою в інший спосіб принципи (основні засади) цивільного законодавства застосуванню не підлягають.

Такий логічний висновок можна зробити з двох причин: по-перше, жодної іншої текстуально закріпленої норми, яка б регулювала порядок застосування визначених статтею 3 Цивільного кодексу загальних засад не існує. Якби така текстуально закріплена норма існувала, звичайно, логічно закріплена норма, виявлена за допомогою висновку а *contrario*, не могла б із нею конкурувати. Проте, такої норми діюче цивільне законодавство не містить (стаття 627 Цивільного кодексу регулює порядок застосування лише свободи договору, інших принципів цивільного законодавства вона не стосується). По-друге, навіщо ж тоді законодавцем було передбачати можливість застосування принципів в порядку аналогії права, якщо можливо їх застосувати і у будь-який інший спосіб.

Проте, на нашу думку, законодавче положення, яке міститься у ч. 2 ст. 8 ЦК, не відповідає існуючим реаліям та потребам суспільного життя та не сприяє ефективному регулюванню цивільних відносин, нівелюючи значення основних засад цивільного законодавства та невиправдано обмежуючи перспективи їхнього застосування.

Проте, на відміну від інших засад цивільного законодавства, свобода договору знаходиться «під захистом» статті 627 Цивільного Кодексу України, якою суттєво розширена сфера застосування цього принципу,

оскільки саме статтею 627 Цивільного кодексу передбачено, що суб'єкти цивільних правовідносин є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог ЦК, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості.

Логічно закріплена у ч. 2 ст. 8 ЦК норма, виявлена висновком а *contra*rio (згідно з якою в іншому порядку, аніж аналогія права, принцип свободи договору, як і інші засади цивільного законодавства, не застосовується) не може застосовуватись всупереч правовій нормі текстуально закріпленій у ст. 627 ЦК. Отже, перевагу має норма, що міститься у ст. 627 ЦК, яка надає можливості безпосередньо застосовувати принцип свободи договору до цивільних відносин, не обмежуючись випадками його застосування в порядку аналогії права.

Таким чином, принцип свободи договору застосовується до цивільних відносин з урахуванням обмежень, визначених ст. 627 ЦК, та, безперечно, є потужним важелем не лише для розвитку приватно-правових відносин, а й для захисту майнових прав та інтересів споживачів і суб'єктів господарювання в умовах ринкової економіки.

Принцип свободи договору (як і інші основні засади цивільного законодавства, передбачені статтею 3 ЦК) складається із, власне, норми та декларації. Та частина принципу, що містить нормативний регулятор підлягає безпосередньому застосуванню до суспільних відносин поряд із іншими нормами права. Декларація, що міститься у принципі не має сили нормативного регулятора, не має нормативного впливу на суспільні відносини та застосовується в залежності від соціального контексту: таким чином порядок застосування декларації (декларативної складової принципу) до суспільних відносин може змінюватися із плином часу та, власне, із трансформацією суспільних відносин. Коли реалії суспільного життя досягають визначеного принципом стану, такий принцип набирає нормативного значення та починає застосовуватись і регулювати цивільні відносини. Іншими словами, декларація набирає «нормативно-регулятивної потужності», тоді та внаслідок того, як суспільні відносини еволюціонують та вибудовуються у відповідності до декларованих положень. Отже, при тлумаченні принципів завжди має враховуватись соціальний контекст.

Соботник Р. В., здобувач Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

ОСОБЛИВОСТІ УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРІВ СТРАХУВАННЯ ЦИВІЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ШКОДУ, ЗАПОДІЯНУ ДЖЕРЕЛОМ ПІДВИЩЕНОЇ НЕБЕЗПЕКИ

За договором страхування цивільної відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки страхуванню підлягають майнові інтереси страхувальника, пов'язані з його зобов'язанням відшкодувати шкоду, заподіяну життю, здоров'ю, майну третіх осіб або навколишньому природному середовищу внаслідок пожежі або аварії на експлуатованому небезпечному об'єкті. Так, відповідно до ст. 979 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) за договором страхування одна сторона (страховик) зобов'язується у разі настання певної події (страхового випадку) виплатити другій стороні (страхувальникові) або іншій особі, визначеній у договорі, грошову суму (страхову виплату), а страхувальник зобов'язується сплачувати страхові платежі та виконувати інші умови договору.

Договір страхування цивільної відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки є ризиковим, оскільки виникнення збитків зумовлено обставинами, що характеризуються ознаками ймовірності та випадковості. При укладанні договору страхування відповідальності між його учасниками повинно бути досягнуто згоди з усіх істотних умов договору, передбачених ст. 982 ЦК України.

Згідно зі ст. 981 ЦК України договір страхування укладається в письмовій формі. У разі недодержання письмової форми договору страхування такий договір є нікчемним.

Відповідно до ст. 18 Закону України «Про страхування» для укладання договору страхування страхувальник подає страховику письмову заяву за формою, встановленою страховиком, або іншим чином заявляє про свій намір укласти договір страхування. Зокрема, документами, необхідними для укладення договору страхування цивільної відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки можуть також

бути, крім письмової заяви страхувальника, – декларації і паспорт об'єкта підвищеної небезпеки, ліцензії на право здійснення ліцензованих видів діяльності тощо.

У разі надання страхувальником письмової заяви за формою, встановленою страховиком, що виражає намір укласти договір страхування, такий договір може бути укладений шляхом надіслання страхувальнику копії правил страхування та видачі страхувальнику страхового свідоцтва (поліса), який не містить розбіжностей з поданою заявою. Страхувальник у своїй заяві повинен повідомити про своє бажання укласти договір страхування, вказуючи, що саме він страхує і на яку суму. Крім того, страхувальник повинен засвідчити, що ознайомлений з правилами та умовами страхування, і надати всі відомості, необхідні страховику для визначення розміру страхового відшкодування.

Факт укладання договору страхування посвідчується страховим свідоцтвом (полісом, сертифікатом), що є формою договору страхування.

Таким чином, страховий поліс – це документ, що видається страхувальнику і безпосередньо засвідчує факт страхування за договором, або підтверджує умови обов'язкового страхування згідно з чинним законодавством та містить зобов'язання страховика виплатити страхувальнику у разі настання страхового випадку визначений умовами договору страхування розмір страхового відшкодування. Більше того, законодавець певною мірою ототожнює поняття договору страхування і страхового полісу. По-перше, окремого законодавчого визначення страхового полісу (свідоцтва) не має. А, по-друге, якщо страховий поліс є формою договору страхування, то його можна вважати тим самим договором страхування.

При укладанні договору страхування відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки страховик має право запросити у страхувальника баланс або довідку про фінансовий стан, підтвержені аудитором (аудиторською фірмою), та інші документи, необхідні для оцінки страховиком страхового ризику.

Відповідно до ст. 17 Закону України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» договори обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів, що підлягають обов'язковому технічному контролю відповідно до Закону України

«Про дорожній рух», укладаються страховиками за умови проходження транспортними засобами обов'язкового технічного контролю, якщо вони згідно з протоколом перевірки технічного стану визнані технічно справними. Договори обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів укладаються на строк, що не перевищує строку чергового проходження транспортним засобом обов'язкового технічного контролю відповідно до вимог Закону України «Про дорожній рух». Поліс обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності є документом, технічний опис, зразки, порядок замовлення, організації постачання якого затверджуються Уповноваженим органом за поданням МТСБУ (п. 17.2 ст. 17 Закону).

При укладенні договору обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності страхувальник зобов'язаний повідомити страховика про всі діючі договори обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності, укладені з іншими страховиками, а також, за вимогою страховика, надати інформацію про всі відомі обставини, що мають істотне значення для оцінки страхового ризику.

Відповідно до п. 22 Порядку і правил проведення обов'язкового страхування цивільної відповідальності за ядерну шкоду договір обов'язкового страхування укладається на підставі письмової заяви страхувальника між страховиком та страхувальником лише після призначення страхувальника оператором ядерної установки. Страхувальник зобов'язаний під час укладення договору страхування надати страховику необхідну інформацію щодо ядерної установки та про всі відомі йому обставини, що мають істотне значення для оцінки страхового ризику (п. 26). Страховик, у свою чергу, зобов'язаний видати страхувальнику в триденний строк страховий поліс (п. 27).

Отже, договір страхування може укладатись шляхом видачі страховиком страхувальникові страхового свідоцтва (поліса, сертифіката). Правове значення страхового полісу полягає в тому, що він поєднує в собі значення документа, який згідно з вимогами чинного законодавства надає договору письмової форми, передає згоду страхувальника на пропозицію страховика укласти договір і є доказом укладення страхового договору.

Суц О. П., старший викладач кафедри правового забезпечення господарської діяльності факультету права та масових комунікацій Харківського національного університету внутрішніх справ

НЕДОЛКИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ПАЙОВИХ ФОНДІВ

Закон України «Про інститути спільного інвестування» регламентує діяльність двох видів фондів як різновидів інститутів спільного інвестування – корпоративного та пайового фонду. Корпоративний фонд має статус юридичної особи, оскільки утворюється як акціонерне товариство. Його правове становище визначається ст. 8 Закону України «Про інститути спільного інвестування». Навідміну від корпоративного фонду, пайовий фонд визначається як сукупність активів, що належать його учасникам на праві спільної часткової власності, перебувають в управлінні компанії з управління активами та обліковуються нею окремо від результатів її господарської діяльності (ст. 41 Закону України «Про інститути спільного інвестування»).

Виходячи з того, що пайовий фонд визначається як сукупність активів, на нашу думку, він є об'єктом інвестиційних правовідносин, що виникають між вкладником такого фонду та компанією з управління його активами. Тому вважаємо, що досліджувати пайовий фонд необхідно не через категорію «правовий режим». В контексті правового режиму пайового фонду можливо дослідити порядок управління майном пайового фонду, а також визначити об'єм прав та обов'язків вкладників (учасників) пайового фонду.

Звернемо увагу, що ст. 41 Закону України «Про інститути спільного інвестування» має назву «Правовий статус пайового фонду». Таку категорію як «правовий статус» доцільно застосовувати в контексті дослідження юридичної особи, наприклад, корпоративного фонду або компанії з управління активами, а не під час вивчення сукупності активів, що є об'єктом правовідносин.

Не зовсім зрозумілою є вимога законодавця щодо мінімального розміру активів пайового фонду. Не дивлячись на те, що пайовий фонд не є юридичною особою, до нього законодавством встановлюється міні-

мальний обсяг активів, як для акціонерних товариств. Так, відповідно до ч. 2 ст. 41 Закону України «Про інститути спільного інвестування» мінімальний обсяг активів пайового фонду становить 1250 мінімальних заробітних плат у місячному розмірі, встановленому законом на день реєстрації фонду як інституту спільного інвестування. При цьому вимоги щодо мінімального обсягу активів застосовуються до пайового фонду через шість місяців з дня реєстрації випуску інвестиційних сертифікатів такого фонду. Якщо обсяг активів пайового фонду став меншим, ніж мінімальний обсяг активів пайового фонду та протягом шести місяців не збільшився до мінімального обсягу активів передбачених законодавством, такий пайовий фонд підлягає ліквідації.

Вважаємо, що недоцільно встановлювати такі вимоги щодо мінімального розміру активів пайового фонду, оскільки: по-перше, пайовий фонд не має статусу юридичної особи; по-друге, від свого імені але в інтересах пайового фонду виступає компанія з управління активами, яка створює такий пайовий фонд та виступає емітентом його інвестиційних сертифікатів, таким чином правосуб'єктність пайового фонду проявляється через компанію з управління активами, а щодо неї, мінімальний розмір статутного капіталу визначено на законодавчому рівні. Так, відповідно до ч. 2 ст. 63 Закону України «Про інститути спільного інвестування» розмір статутного капіталу такої компанії повинен становити не менш як 7 мільйонів гривень. Відповідно, вважаємо необґрунтованим є законодавчий підхід стосовно встановлення мінімального розміру активів пайового фонду на рівні з мінімальним розміром, передбаченим до такої організаційно-правової форми як акціонерне товариство.

Згідно з ч. 4 ст. 41 Закону України «Про інститути спільного інвестування» пайовий фонд не є юридичною особою. В ньому не можуть бути утворені органи управління. На підставі аналізу даної норми виникає питання про можливість об'єднання в одній правовій категорії – «інститут спільного інвестування» корпоративного фонду як акціонерного товариства та пайового фонду як сукупності активів. Вважаємо, що суб'єктами відносин, пов'язаних з корпоративним інвестуванням (організаторами), є корпоративний фонд та компанія з управління активами. Отже, саме вони й можуть бути визнані інститутами спільного інвестування.

Наша думка зумовлена наступним: по-перше, створюється та ліквідується пайовий фонд за рішенням компанії з управління активами (ч. 1 ст. 42, ст. 46 Закону України «Про інститути спільного інвестування»);

по-друге, компанія з управління активами пайового фонду укладає договори з аудитором (аудиторською фірмою), зберігачем активів пайового фонду, депозитарієм від свого імені в інтересах фонду; по-третє, ч. 1. ст. 43 Закону України «Про інститути спільного інвестування» закріплює, що бухгалтерський та податковий облік операцій і результатів діяльності із спільного інвестування, які проводяться компанією з управління активами через пайовий фонд, здійснюється такою компанією окремо від обліку операцій та результатів її господарської діяльності та обліку операцій і результатів діяльності інших інститутів спільного інвестування, активи яких перебувають в її управлінні; по-четверте, – емітентом інвестиційних сертифікатів пайового фонду є компанія з управління активами; по-п'яте, у випадку анулювання ліцензії компанії з управління активами пайовий фонд підлягає ліквідації (п. 5 ч. 2 ст. 46 Закону України «Про інститути спільного інвестування»). Таким чином, пайовий фонд не має ознак правосуб'єктності без компанії з управління активами, тому надання пайовому фонду статусу інституту спільного інвестування, на нашу думку, є некоректним.

Аналіз Закону України «Про інститути спільного інвестування» дав підстави констатувати наявність проблем у правовому регулюванні та діяльності пайових фондів в Україні. Для ефективного функціонування інститутів спільного інвестування на ринку цінних паперів, постала нагальна проблема переосмислення механізму інвестування через пайові фонди.

Уразова Г. О., аспірантка кафедри цивільного права № 1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ВІДМОВА ВІД ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВА ТА ВІДМОВА ВІД ПРАВА

У Цивільному кодексі України (далі – ЦК) поширені такі поняття, як *відмова від здійснення права* (наприклад, абз. 2 ч. 2 ст. 362 ЦК та ін.) та *відмова від права* (наприклад, ч. 3 ст. 12 ЦК, ст. 347 ЦК та ін.).

Словникове тлумачення терміну «здійснення» – привести у виконання, перетворити що-небудь на дійсність. Його синонімами є: виконання, втілення у життя, реалізація. Таким чином, загальний сенс цих термінів полягає у русі, процесі.

Традиційно у науці цивільного права поняття здійснення цивільних прав визнається як реалізація передбачених законом або договором можливостей використовувати своє право на власний розсуд. В. П. Грибанов вважав, що здійснення права являє собою процес його реалізації у реальних, конкретних діях управненої особи. При цьому відбувається реалізація можливостей, які надаються суб'єктивними правами. О. О. Краєвчикова зауважував, що «Здійснення цивільних прав – це вчинення тих дій, які складають зміст суб'єктивних прав». Таким чином, автори акцентують увагу на відносинах активного, динамічного характеру здійснення суб'єктивних цивільних прав.

Однак існує й інший підхід науковців, які виокремлюють різноманітні способи здійснення цивільних прав. Як зазначає Н. І. Матузов, дії можуть набувати різноманітні форми, тому однієї цієї вказівки не достатньо, потрібна конкретизація, уточнення – поділ загальної можливості на елементи. С. В. Вавілін вказує на те, що під здійсненням суб'єктивних цивільних прав необхідно розуміти певну поведінку особи (дію чи бездіяльність) у конкретному та визначеному стані суспільних відносин, спрямованих на досягнення бажаного юридичного та фактичного результату.

Отже, на думку вищезазначених науковців, здійснення права – це реалізація уповноваженою особою тих можливостей, які передбачені суб'єктивним цивільним правом, шляхом діяння (дії чи бездіяльності).

Вважаємо, що відмова від права виражається через активну поведінку – дію, що має наслідком припинення цього права у особи. Натомість пасивна (відмова від здійснення права) – за загальним правилом, не веде до втрати права. Нездійснення права має свій вираз у бездіяльності – невчинення будь-яких дій, спрямованих на реалізацію належного права. Як зазначає І. В. Спасибо-Фатєєва, «право у особи залишається, оскільки відмова від здійснення права не припиняє саме право, на відміну від випадків відмови від права, наприклад, право власності, наслідком відмови від якого є його припинення». Отже, за загальним правилом, нездійснення особою свого цивільного права не має наслідком його припинення, оскільки воно, на відміну від відмови від права, на це не спрямовано.

Відповідно до ч. 2 ст. 12 ЦК нездійснення особою своїх цивільних прав не є підставою для їх припинення, крім випадків, встановлених законом. З цієї норми випливає, що особа не тільки вільна в активному використанні прав, але й має можливість утримуватись від їх реалізації. На уповноважену особу не покладається обов'язок здійснювати належні їй права. Ця якість розмежує цивільне право від прав іншого роду, наприклад, що розглядаються

в області публічного права. Проте, як зазначає Д. І. Мейер, не всі права допускають зречення, оскільки між ними зустрічаються й несамотійні, тобто такі, які одночасно мають характер обов'язку». Таке твердження знаходить своє відображення у ч. 4 ст. 633 ЦК, згідно з якою підприємець не має права відмовитися від укладення публічного договору за наявності у нього можливостей надання споживачеві відповідних товарів (робіт, послуг). Крім того, на підприємця у разі його необгрунтованої відмови покладається обов'язок з відшкодування збитків, які завдані споживачеві такою відмовою. Тобто, фізична особа-підприємець зобов'язана укласти публічний договір за наявності у неї можливостей надання споживачеві відповідних товарів (робіт, послуг). Таким чином, право, вищезазначеної особи, на укладення договору є одночасно й її обов'язком від якого закон не допускає відмови.

Отже, з вищенаведеного випливає, що категорії «відмова від права» та «відмова від здійснення права» *мають деякі відмінності*, залежно від:

- правової природи, відмова від права – це позитивна дія суб'єкта, спрямована на припинення своїх цивільних прав, тобто правочин, тоді як відмова від здійснення права – негативна дія особи, що виражається у бездіяльності;

- наслідків – відмова особи від права спрямована на його припинення у неї; відмова від здійснення права, за загальним правилом, не призводить до втрати права;

- способів реалізації – відмова від права – це один з видів здійснення особою свого права, яке завжди виражається в *активних діях*, спрямованих на це. Відмова від здійснення права має свій прояв у *пасивній поведінці*, тобто не вчинення жодних дій.

Устименко О. А., аспірант кафедри цивільно-правових дисциплін юридичного факультету Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ОПЛАТНОГО ВИЛУЧЕННЯ ТВАРИНИ

Протягом останніх десятиліть спостерігається тенденція зростання уваги з боку громадськості до тварини як до живої істоти, у тому числі й з позицій правового регулювання. Істотне розширення приватнопра-

вової сфери регулювання, яке стало передумовою означеного, зумовило нагальну необхідність залучення в цивільне право норм, що регулюють відносини права власності, об'єктом яких виступає тварина.

У Цивільному кодексі України відсутня відособлена норма, яка врегульовує підстави та порядок припинення права власності на такий об'єкт як тварина. Разом з тим, у статті 12 Закону України «Про захист тварин від жорстокого поводження» зазначено, що «... право власності та інші речові права на тварин у разі жорстокого поводження з ними можуть бути припинені за рішенням суду шляхом їх оплатного вилучення або конфіскації». Тобто, у разі жорстокого поводження з твариною, за рішенням суду до особи може бути застосовано стягнення, що передбачає припинення права власності на тварину в примусовому порядку на оплатній або безоплатній основі.

Слід зазначити, що в статті 28 Кодексу України про адміністративні правопорушення передбачено такий вид адміністративного стягнення, як оплатне вилучення предмета, який став знаряддям вчинення або безпосереднім об'єктом адміністративного правопорушення. Вилучення проводиться примусово, на підставі рішення суду, з подальшою реалізацією і передачею вирученої суми колишньому власникові з урахуванням витрат по реалізації вилученого предмета. При цьому в Кодексі України про адміністративні правопорушення відсутня відповідна стаття, що передбачає оплатне вилучення саме тварини (так само як відсутнє законодавче врегулювання цього аспекту й в інших нормативно-правових актах). Більш того, стаття 89 Кодексу України про адміністративні правопорушення в якості стягнення за жорстоке поводження з тваринами передбачає лише накладення штрафу від дев'яти до двадцяти одного неоподаткованого мінімуму доходів громадян, застосування такого виду стягнення як оплатне вилучення тварини зазначеною статтею не регламентується.

Слід зауважити, що доцільним в даному випадку буде відступ від понятійного апарату, притаманного публічним галузям права, і необхідним видається запозичення дефініцій, які іманентні цивільному праву інших держав (Російської Федерації, Молдови, Білорусі тощо). Іншими словами, більш доречним буде оперування терміном «викуп тварини», а не «оплатне вилучення тварини».

Отже, в разі виявлення факту жорстокого поводження з твариною зацікавлена особа має право звернутися до суду з відповідною позовною заявою про викуп тварини. Позивачем при цьому може виступати будь-яка фізична або юридична особа, якій стало відомо про жорстоке поводження з твариною. Суд у кожному конкретному випадку має дійти ви-

сновку, чи дійсно мав місце одиничний випадок або систематичні випадки жорстокого поводження з твариною. Викупна ціна має визначатися, за аналогією з положеннями частини 5 статті 352 Цивільного кодексу України, за згодою між власником тварини та особою, що звернулася до суду. В разі відсутності досягнення згоди між позивачем та відповідачем, викупна ціна тварини має визначатися судом.

Після набуття законної сили рішення суду про викуп тварини вона може бути передана у власність зацікавленої фізичної або юридичної особи. Зацікавленою особою в даному випадку може виступити не обов'язково виключно позивач, оскільки він міг звернутися до суду тільки з метою припинення жорстокого поводження з твариною шляхом її викупу у власника, не маючи на меті набуття цієї тварини у власність. Цією особою може стати також будь-яка інша особа з числа зацікавлених, яка (так само як і позивач в разі висловлення ним бажання про набуття тварини, що викупається, у власність), зобов'язана надати суду докази можливості належного забезпечення подальшої життєдіяльності тварини. За відсутності зацікавлених осіб тварина має бути передана до притулку для тварин. В Україні на теперішній час діє Положення про притулок для тварин, затверджене наказом Державного комітету ветеринарної медицини України від 15.10.2010 № 439.

Таким чином, пропонуємо оперувати категорією «викуп тварини», а не «оплатне вилучення тварини», яку слід розцінювати як підставу припинення права власності в примусовому порядку. Вважаємо за можливе включити в цивільне законодавство України статтю, викладену в такій редакції: «У разі жорстокого поводження власника з твариною вона може бути на підставі рішення суду викуплена у власника та передана зацікавленій особі або в притулок для тварин».

Філатова Н. Ю., аспірантка кафедри цивільного права № 1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ОСОБЛИВОСТІ ЗДІЙСНЕННЯ ОХОРОНИ І ЗАХИСТУ ПРАВ САМОРЕГУЛІВНИМИ ОРГАНІЗАЦІЯМИ

У сучасних умовах безперервного розвитку підприємницьких відносин інститут охорони та захисту цивільних прав та інтересів зазнає

постійних змін. Це пов'язано з тим, що під дією різноманітних факторів (розширення меж свободи підприємницької діяльності, імплементація нових законодавчих інститутів зарубіжного законодавства та інше) по-вноваження здійснювати охорону і захист прав все частіше передається недержавним суб'єктам. До таких суб'єктів належать, зокрема, і саморегульвні організації (далі – СРО).

У найбільш загальних рисах ці організації можна охарактеризувати як такі невідприємницькі товариства, які об'єднують на основі членства суб'єктів певного виду підприємницької або професійної діяльності з метою внутрішньоорганізаційного регулювання їх діяльності. В Україні створення СРО передбачено в різних галузях підприємництва (зокрема, на ринку цінних паперів, у сфері страхування, недержавного пенсійного забезпечення та інше).

Насамперед, слід зазначити, що при вивченні функціональних особливостей СРО доцільно чітко розділяти механізми охорони цивільних прав та інтересів, а також способи і форми захисту, здійснюваних ними. У питанні співвідношення понять «охорони» та «захисту» цивільних прав, на нашу думку, необхідно слідувати найбільш усталеній позиції, згідно з якою дані поняття розмежовуються залежно від спрямованості регулятивної дії кожного з них. Зокрема, говорячи про охорону, слід розуміти такі дії, які спрямовані на забезпечення і закріплення прав, що передбачають превентивні способи запобігання усіяких зазіхань на право або інтерес. Водночас правові способи охорони вже порушених прав та інтересів іменуються захистом. При цьому і охороні, і захисту, підлягають як права та інтереси членів СРО (суб'єктів підприємницької або професійної діяльності), так і їх клієнтів.

Таким чином, до механізмів охорони, застосовуваним СРО, слід відносити різноманітні засоби запобігання порушень прав, які передбачені законодавством або локальними корпоративними актами об'єднання. Умовно їх можна розділити на такі групи:

- 1) видання правил і стандартів професійної діяльності;
- 2) здійснення контролю за діяльністю учасників об'єднання;
- 3) застосування різних стягнень до членів організації, які порушили положення стандартів або правил діяльності;
- 4) підтримання системи колективного або індивідуального страхування відповідальності членів організації.

Так, видання правил і стандартів професійної діяльності має на меті встановлення підвищених вимог до членів організації, що сприяє вста-

новленню додаткових гарантій забезпечення прав клієнтів членів організації. У діяльності українських СРО дане правило, на жаль, поки не вкоренилося, оскільки найчастіше такі правила і стандарти містять лише декларативні вимоги або положення, що повністю повторюють текст законів. Однак у тих країнах, в яких подібні організації існують вже давно, прийняття розгорнутих і об'ємних кодексів професійної етики є широко розповсюдженим явищем. Зокрема, в США діяльність лікарів в більшій мірі врегульована положеннями Кодексу медичної етики Американської медичної асоціації 1847, який є великим за обсягом документом, що детально врегульовує професійну діяльність лікарів.

Здійснення контролю за діяльністю учасників СРО також є ефективним охоронним заходом. Суть контролю полягає в зіставленні належного виконання членами СРО їхніх професійних обов'язків з реальним станом такого виконання. Зокрема, Українською асоціацією інвестиційного бізнесу (УАІБ), яка є СРО на фондовому ринку, здійснюється контроль у формі періодичної перевірки інформації, отриманої у формі звіту від членів УАІБ на предмет її повноти, достовірності, своєчасності подачі. Безумовно, вказаний механізм також сприяє охороні прав та інтересів споживачів.

Ефективним механізмом охорони прав клієнтів членів СРО є застосування стягнень до порушників стандартів або правил професійної діяльності. Як правило, подібні стягнення у законодавстві та локальних актах організацій іменуються заходами дисциплінарного впливу, хоча даний термін є певною мірою умовним. Зазвичай перелік стягнень встановлюється у локальних корпоративних актах СРО, однак у деяких галузях підприємництва він визначений на рівні законодавства. Зокрема, до професійних учасників фондового ринку може бути застосоване попередження, призупинення членства та виключення з числа членів.

Механізм підтримки системи колективного або індивідуального страхування професійної відповідальності членів організації може виступати і засобом охорони прав та інтересів учасників СРО та їх клієнтів, і засобом їх захисту. В Україні даний механізм передбачений лише Законом «Про архітектурну діяльність», який встановлює, що СРО в цій галузі повинні передбачити механізми відшкодування збитків, заподіяних споживачам внаслідок некомпетентних дій членів СРО. Водночас у багатьох зарубіжних країнах даний механізм охорони (захисту) прав та інтересів є надзвичайно поширеним. Зокрема, обов'язкове страхування

професійної відповідальності передбачено для членів Американської асоціації адвокатів.

До механізмів же захисту цивільних прав та інтересів, здійснюваних СРО, на нашу думку, можливо віднести лише одну форму, а саме – захист прав та інтересів в органах і підрозділах СРО.

Згідно з чинним законодавством України дана форма реалізується у третейських судах, які можуть бути створені при СРО і подібних їм організаціях (ст. 8 Закону України «Про третейські суди»). По суті, інших механізмів вирішення спорів в рамках саморегулювних організацій чинне законодавство України не передбачає.

Тим не менш, у зарубіжних країнах СРО, навпаки, забезпечують існування найрізноманітніших форм захисту прав та інтересів своїх членів та їх клієнтів, встановлюючи різні формальні і неформальні механізми вирішення спорів. Зокрема, в США найбільш поширеною формою захисту є центри розгляду спорів (Dispute Resolution). При найбільшій СРО учасників фондового ринку, Управлінні ринку фінансових послуг (FINRA), створено спеціальний підрозділ для вирішення спорів між членами організації, а також між ними та їх клієнтами – FINRADR. Арбітражний орган має право використовувати різні способи захисту, зокрема, застосовувати припинення правопорушення, відшкодування збитків та моральної шкоди потерпілій стороні та інше. При цьому в діяльності FINRADR використовується не лише арбітрування, спрямоване на врегулювання конфлікту на користь однієї зі сторін, але й медіація, сутність якої полягає у вирішенні спору шляхом досягнення консенсусу.

В європейських країнах з метою захисту прав клієнтів членів СРО утворюється омбудсман, який уповноважується на прийняття і розгляд скарг і діє як відносно автономний підрозділ організації. Відмінною рисою захисту прав та інтересів омбудсманом є те, що дана форма захисту є найбільш простою для скаржника: вона не передбачає оплати будь-яких зборів чи внесків, необхідності дотримання чітко встановленої процедури оскарження та форм звернення. Однак арсенал способів захисту, які можуть бути застосовані омбудсманом, є досить обмеженим. Найчастіше його рішення носять рекомендаційний характер для сторін. Водночас омбудсман вправі встановлювати факт наявності порушення прав і визнавати право на отримання певних компенсацій постраждалою стороною. Кожне рішення, в якому встановлено факт порушення прав споживача, доноситься до відома широкої громадськості: вони публіку-

ються на офіційному сайті саморегульованої організації, розміщуються в друкованих ЗМІ.

Таким чином, механізми охорони та захисту прав, використовувани СРО, мають ряд особливостей, які не властиві вітчизняній правовій системі. Незважаючи на численні переваги, які вони здатні забезпечити, саме введення їх в правозастосовчу практику або в законодавство може викликати певні труднощі. Це пов'язано з тим, що чинний ЦК України передбачає невеликий перелік форм захисту, серед яких – судова та адміністративна форми, а також самозахист цивільних прав. Однак, на нашу думку, положення цивільного законодавства в частині визначення форм захисту слід тлумачити розширено. Це є допустимим з огляду на положення ст. 20 ГК України, яка встановлює право учасників цивільних правовідносин здійснювати захист їх прав та інтересів на власний розсуд, що, на нашу думку, включає й право на вільний вибір форм захисту, які не обов'язково повинні бути передбачені законом.

Шляхта В. І., здобувач кафедри цивільного права № 1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ПРЕДМЕТ ДОГОВОРУ НАЙМУ БУДІВЛІ АБО ІНШОЇ КАПІТАЛЬНОЇ СПОРУДИ (ЇХ ОКРЕМОЇ ЧАСТИНИ)

У чинному Цивільному кодексі України (далі – ЦК України) вперше передбачений договір найму будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини). Визначення предмету цього договору має теоретичне та практичне значення. Це обумовлено тим, що, по-перше, саме предмет є тією кваліфікуючою ознакою, за якою даний договір виділений в окремий вид договору найму (оренди). По-друге, відповідно до ст. 638 ЦК України умова про предмет договору є єдиною істотною умовою для будь-якого договору. Отже, відсутність чіткого визначення предмету договору може призвести до того, що договір буде вважатися неукладеним.

В ст. 793 ЦК України визначено, що предметом даного договору може бути будівля, капітальна споруда або їх окрема частина. При цьому визначення цих понять відсутні в ЦК України та інших актах цивільного законодавства. Визначення понять «будівля» та «споруда» надається

в інших галузевих нормативно-правових актах, зокрема, у будівельних нормах. Однак, враховуючи специфіку галузевого законодавства, не завжди можливо застосовувати ці визначення для потреб цивільного права.

Так, у містобудівному законодавстві *будівлею* визнається споруда, що складається з несучих та огорожувальних або сполучених (несучо-огорожувальних) конструкцій, які утворюють наземні або підземні приміщення, призначені для проживання або перебування людей, розміщення устаткування, тварин, рослин, а також предметів. *Спорудою* ж вважається будівельна система, пов'язана із землею, яка створена з будівельних матеріалів, напівфабрикатів, устаткування та обладнання в результаті виконання різних будівельно-монтажних робіт. У Законі України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» також надаються визначення понять будівлі та споруди. *Будівлі* – це об'єкти нерухомості, в яких розташовані приміщення, призначені для перебування людини, розміщення рухомого майна, збереження матеріальних цінностей, здійснення виробництва тощо. *Споруди* (інженерні, гідротехнічні тощо) – земельні поліпшення, що не належать до будівель та приміщень, призначені для виконання спеціальних технічних функцій. У Податковому кодексі України *будівлі* визначені як земельні поліпшення, що складаються з несучих та огорожувальних або сполучених (несуче-огорожувальних) конструкцій, які утворюють наземні або підземні приміщення, призначені для проживання або перебування людей, розміщення майна, тварин, рослин, збереження інших матеріальних цінностей, провадження економічної діяльності. А під *спорудами* розуміються земельні поліпшення, що не належать до будівель і призначені для виконання спеціальних технічних функцій.

Аналізуючи зміст цих понять з точки зору цивільного права можна зазначити наступне.

По-перше, будівля та капітальна споруда – це нерухоме майно. Відповідно до ст. 181 ЦК України до нерухомих речей належать земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення. Поділ майна на рухоме та нерухоме впливає на їх правовий режим. Відповідно до ст. 182 ЦК України та Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» право власності на нерухомі речі та інші речові права, обтяження цих прав, їх виникнення, перехід і припинення підлягають державній реєстрації. Отже, право

користування будівлею або іншою капітальною спорудою (їх окремої частини), яке виникає на підставі договору найму, підлягає державній реєстрації. Викликає певне застереження положення ст. 794 ЦК України, відповідно до якого державній реєстрації підлягає лише право користування будівлею або іншою капітальною спорудою (їх окремої частини) за договором найму, укладеного на строк не менш як на *три роки*.

По-друге, категорія «будівля» охоплює будівлі як житлового, так і нежитлового призначення. Однак, предметом договору найму будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини) може бути лише нерухоме майно нежитлового призначення. У цивільному законодавстві нерухомість, яка забезпечує житлові потреби людей, визначається як житловий будинок (ст. 380 ЦК), квартира (ст. 382 ЦК) або інше приміщення, призначене та придатне для постійного проживання в них (ст. 379 ЦК). Користування цими об'єктами здійснюється на підставі договору найму (оренди) житла (глава 59 ЦК), а не договору найму будівлі або іншої капітальної споруди.

Отже, будівлі та інші капітальні споруди повинні розумітися як такі, що здатні задовольняти різноманітні побутові, виробничі, соціальні та інші потреби учасників цивільних відносин, окрім житлових.

Підсумовуючи вищезазначене, можна стверджувати, що визначення понять «будівля» та «споруда» в цивільному законодавстві не є тотожним з тими, що закріплені в інших галузевих нормативно-правових актах.

І останнє, найбільш проблемним є питання щодо визначення поняття «окрема частина» будівлі або іншої капітальної споруди. Якщо питання що таке будівля або капітальна споруда певним чином вирішується, то проблеми пов'язані з таким об'єктом як окрема частина будівлі або іншої капітальної споруди тільки загострюються. Цей термін можна розуміти буквально як будь-який конструктивний елемент, зокрема, дах, стіна, сходи. Р.О. Майданик вважає, що в користування на підставі договору оренди можуть бути передані певні площі приміщень, стени, парко-місця та інші частини об'єкту. Прибічники цієї позиції наводять наступні аргументи. Конструктивний елемент будівлі можна вважати річчю, тобто предметом матеріального світу, що здатний задовольняти потреби учасників цивільних відносин. Він може використовуватися за призначенням протягом тривалого часу, отже, є неспоживчою річчю. Однак, вбачається, що більш аргументованими є доводи на користь того, що під окремою частиною будівлі розуміється приміщення, тобто час-

тина внутрішнього об'єму будівлі, обмежені будівельними елементами. При укладенні договору предмет найму необхідно індивідуалізувати, певною мірою виокремити для передання наймачу. Останній, користуючись річчю, тим самим усуває наймодавця від користування нею. Розміщення ж на стіні будівлі рекламного щита, не позбавляє власника будівлі здобувати її корисні властивості. Отже, предметом договору найму може бути приміщення, тобто частина внутрішнього об'єму будівлі, обмежені будівельними елементами.

Печений О. П., доцент кафедри цивільного права № 1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, кандидат юридичних наук, доцент

Клименко С. С., курсант ІПЮК для СБУ, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

ПРОБЛЕМА СПАДКУВАННЯ ЖИТЛА, ЩО ПЕРЕБУВАЄ В ПРОЦЕСІ ПРИВАТИЗАЦІЇ

Процес приватизації житла має свої особливості, які неодмінно впливають на можливість його подальшого спадкування.

По-перше, цей процес представляє собою не одиничний юридичний факт, а триваючі в часі правовідносини. Саме триваючий характер процесу приватизації ускладнює механізм спадкування, оскільки факт смерті спадкодавця здійснює вплив на відносини, що вже виникли і тривають.

По-друге, для здійснення права на приватизацію житла, яке є особистим і невідчужуваним правом громадянина, достатньо виразу волі лише однієї особи – даного громадянина. Орган приватизації лише оформлює скероване йому у формі заяви волевиявлення даної особи. При цьому природа даного волевиявлення є неоднозначною, очевидно, вона тяжіє до одностороннього правочину. Виникнення ж права власності на житло спричиняє певний юридичний склад, що містить низку юридичних фактів.

По-третє, досить складним є питання про момент виникнення права власності на приватизоване житло, особливо з урахуванням запровадження системи державної реєстрації прав на нерухоме майно та їх обтяжень відповідно до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень».

Дослідженню проблемних питань спадкування приділяли увагу такі вчені, як В. Чуйкова, В. Васильченко, Ю. Заїка, В. Співак, Є. Рябоконт та інші автори. В. Чуйкова, зокрема, притримується думки, що у випадку смерті громадянина, що не одержав з якихось причин приватизаційні папери, у тому числі житлового чеку, право на одержання належних до видачі померлому паперів не спадкується з огляду на положення Закону України «Про приватизаційні папери». Так, відповідно до ч. 1 ст. 1 зазначеного Закону приватизаційні папери – це особливий вид державних цінних паперів, які засвідчують право власника на безоплатне одержання у процесі приватизації частки майна державних підприємств, державного житлового фонду, земельного фонду. Приватизаційні папери можуть бути лише іменними.

Статтею 2 Закону України «Про приватизаційні папери» право власності на одержані приватизаційні папери в разі смерті їх власника переходить у порядку спадкування, визначеному законодавством України. В разі смерті громадянина, що не одержав приватизаційні папери з будь-яких причин, право одержання належних до видачі померлому паперів не успадковується. Отже необхідно відмежувати право на цінні папери (у даному випадку – приватизаційні) і право на їх одержання. Якщо перше входить до складу спадщини, то друге до нього не включається.

Разом з тим, варто зауважити, що процес приватизації змінює житлові правовідносини на правовідносини власності. Моментом виникнення правовідносин власності є прийняття рішення відповідних органів приватизації про передачу житла у власність не пізніше місяця з дня одержання заяви громадянина (ст. 8 Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду»). Таким чином, постають такі питання: чи можна вважати квартиру приватизованою і включати її до складу спадкового майна, якщо спадкодавець подав заяву про приватизацію квартири і помер до одержання свідоцтва про право власності у випадку коли:

а) рішення про передачу житла у власність прийнято після смерті спадкодавця, зокрема коли органу приватизації не було відомо про смерть заявника;

б) рішення про передачу житла у власність не прийнято, але місячний строк, встановлений для його прийняття не сплив;

в) рішення про передачу житла у власність не прийнято, місячний строк, встановлений для його прийняття сплив.

Вказані питання не знайшли однозначного вирішення на практиці.

Правовідносини у сфері приватизації не можуть припинятися зі смертю громадянина. Так, якщо громадянин подав до відповідного органу приватизації заяву з необхідними документами, передбаченими чинним на час вчинення такої дії, законодавством України, тим самим виявивши свій намір приватизувати певне житло, процес приватизації зупинитись у зв'язку зі смертю такої особи не може, оскільки смерть не означає відмову від наміру приватизації, не змінюючи первісно висловленого волевиявлення.

У п. 13 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 22 грудня 1995 року «Про судову практику у справах за позовами про захист права приватної власності» надано роз'яснення: якщо квартира (будинок) не була передана у власність наймачеві, його спадкоємці вправі вимагати визнання за ними права власності на неї лише в тому разі, коли наймач звертався з належно оформленою заявою про це до відповідного органу приватизації або власника державного чи громадського (щодо громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи) житлового фонду, однак вона не була розглянута в установленний строк або в її задоволенні було незаконно відмовлено при наявності підстав і відсутності заборон для передачі квартири у власність наймачеві.

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ у своєму Листі від 16.05.2013 №24–753/0/4–13 «Про судову практику розгляду цивільних справ про спадкування» зазначив: якщо за життя спадкодавець не набув права власності на житловий будинок, земельну ділянку, то спадкоємець також не набуває права власності у порядку спадкування. До спадкоємця переходять лише визначені майнові права, які належали спадкодавцеві на час відкриття спадщини. Для набуття права власності у встановленому законодавством порядку спадкоємець повинен здійснити дії, які необхідні для набуття права власності на визначене нерухоме майно, зокрема на житловий будинок, іншу споруду (п. 3.4.).

Зазначене впливає зі змісту ст. 1218 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), в якій зазначено, що до складу спадщини входять

усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини (стаття 1218 ЦК України). На нашу думку, правильніше говорити, що право вимагати визнання права власності в порядку спадкування виникає у спадкоємців, а не переходить до них, тому роз'яснення Верховного Суду України є більш точним.

Право на приватизацію квартири, мають особи, які постійно проживають у цій квартирі. Для здійснення цього права особа повинна звернутись до відповідного органу приватизації з належно оформленою заявою, яка підлягає розгляду вказаним органом у строк, передбачений чинним законодавством. У тому разі, коли громадянин, який висловив волю на приватизацію займаної ним квартири, помер до прийняття компетентним органом рішення про приватизацію, але після збігу встановленого ч. 3 ст. 8 Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду» строку, у спадкоємців виникає право вимагати визнання за ними права власності на таку квартиру в порядку спадкування. Верховний Суд України притримується аналогічної правової позиції, яка викладена в Постанові від 11.12.2013 у справі за позовом Особа_10 до Павлівської сільської ради Радехівського району Львівської області, Особа_11 про скасування рішення ради, визнання недійсним та скасування ордера, визнання права на приватизацію квартири в порядку спадкування. Дана постанова носить обов'язковий характер.

Отже, квартиру можна вважати приватизованою і включати відповідні права на неї до складу спадщини, тільки у випадку, якщо рішення про передачу житла у власність не прийнято, але місячний строк, встановлений для його прийняття сплив.

Зміст

Василь Пилипович Маслов – славетна людина, видатний вчений-цивіліст	5
--	---

Частина перша

<i>Богданов Е. В.</i> Гражданское право и гражданское общество России.....	7
<i>Борисова В. І.</i> До проблеми самостійних правових можливостей суб'єктів цивільних правовідносин	11
<i>Яроцький В. Л.</i> Цінні папери як правовий засіб забезпечення мінімізації майнових ризиків	14
<i>Галаянтич М. К.</i> Захист житлових інтересів фізичних осіб	18
<i>Харитонов С. О.</i> Деякі проблемні питання співвідношення цивільного та сімейного законодавства України	22
<i>Харитонова О. І.</i> До питання про поняття піратства, контрафакції та плагіату за законодавством України та Польщі	26
<i>Кохановська О. В.</i> До питання про поняття та види об'єктів цивільних прав в ЦК України і в пропозиціях розробників його проекту.....	30
<i>Спасибо-Фатеева І. В.</i> Окремі питання з астосування реституції.....	34
<i>Коссак В. М.</i> Передумови укладення договору будівельного підряду.....	37
<i>Мошак Г. Г.</i> Дослідження зобов'язальних транспортних відносин професором К. Отге (ФРН).....	40
<i>Гриняк А. Б.</i> Співвідношення порушення договірного зобов'язання з такою суміжною правовою категорією як зловживання правом.....	44
<i>Труба В. І.</i> О семейном праве Украины.....	47
<i>Шшика Р. Б.</i> Щодо подальшого розвитку цивільного законодавства	50
<i>Демидова Г. С., Ряполова О. А.</i> К вопросу о совершении действий в обход закона с целью приобретения или отчуждения права собственности	53
<i>Яворська О. С.</i> Спільне інвестування в Україні: новели правового регулювання.....	57
<i>Кройтор В. А.</i> Доступність правосуддя як певний міжнародний стандарт справедливого правосуддя	61
<i>Янкова Е. С.</i> К вопросу о форме договора аренды зданий и сооружений государственной и коммунальной формы собственности	66
<i>Зайцев О. Л.</i> Договір закупівель товарів, робіт і послуг за державні кошти	69

<i>Сліпченко С. О.</i> Щодо правоприпиняючих юридичних фактів в механізмі правового регулювання особистих немайнових відносин з оборотоздатними об'єктами.....	73
<i>Патрюк М. В., Сліпченко О. І.</i> Реалізація принципу змагальності сторін при розгляді цивільних справ	76

Частина друга

<i>Антонюк О. І.</i> Способи цивільно-правового захисту прав та інтересів суб'єктів спільної часткової власності	84
<i>Баранова Л. М.</i> Невиконання та неналежне виконання як види порушення зобов'язання.....	87
<i>Блажівська О. Є.</i> Особливості правового регулювання окремих видів договірних відносин за загальним цивільним уложенням австрійської імперії 1811 р.....	90
<i>Богдан В. В.</i> К вопросу о понимании дефиниции «потребитель» в законах о защите прав потребителей России и Украины.....	94
<i>Богданов Д. Е.</i> К вопросу о сущности преддоговорной ответственности.....	97
<i>Герц А. А.</i> Цивільно-правовий аспект лікарської помилки.....	101
<i>Гужва А. М.</i> Погашувальна давність у цивільному праві	104
<i>Домащенко М. В.</i> Правовий механізм регулювання відносин дарування	107
<i>Євко В. Ю.</i> Право дружини на утримання під час вагітності	110
<i>Жорнокуй В. Г.</i> Про здатність немайнових прав учасників господарських товариств до цивільного обороту	113
<i>Жорнокуй Ю. М.</i> Нарушение прав мажоритарных акционеров: миф или реальность?	117
<i>Зеліско А. В.</i> Проблеми систематизації статусу підприємницьких юридичних осіб приватного права	121
<i>Зилковская Л. М.</i> Право ребенка жить и воспитываться в семье	125
<i>Зозуляк О. І.</i> Про закритий перелік організаційно-правових форм невідприємницьких юридичних осіб	128
<i>Игнатенко В. Н.</i> Действия в чужом интересе без поручения как способ самозащиты гражданских прав	132
<i>Ісаєв А. М.</i> До питання про обов'язки дарувальника за Цивільним кодексом України	135
<i>Калаур І. Р.</i> До питання про правову природу права наймача	137
<i>Коваль І. Ф.</i> Деякі аспекти застосування одноразового грошового стягнення у сфері промислової власності	140
<i>Коструба А. В.</i> Наслідки правоприпиняючих юридичних фактів у формі недійсних правочинів та визнання їх законом	144

<i>Коробцова Н. В.</i> Актуальні проблеми захисту особистих прав людини	147
<i>Кравцова Л. Н.</i> Факторы, определяющие метод семейного права	150
<i>Красицька Л. В.</i> Про антропологічний підхід у правовому регулюванні сімейних відносин	155
<i>Ленєх С. М.</i> Спадкування права на вклад у банку	159
<i>Литовченко Л. А.</i> Розсуд у контексті диспозитивності в цивільному праві	162
<i>Міловська Н. В.</i> Категорія ризику в договірних зобов'язаннях зі страхування	165
<i>Надьон В. В.</i> Загальна характеристика правосуб'єктності	168
<i>Пленюк М. Д.</i> Об'єкти будівництва як власність підрядника за договором будівельного підряду	172
<i>Пучковська І. Й.</i> Джерело виконання порушеного зобов'язання – сутнісна ознака забезпечень	176
<i>Розгон О. В.</i> Співвідношення між договором міні житла, договором купівлі-продажу житла та обміном житла	178
<i>Селиванова Е. С.</i> Понятие и основания возникновения договорного жилищного правоотношения	182
<i>Соловьєв А. Н.</i> Анатомические материалы человека как объекты права собственности (некоторые аспекты проблемы)	187
<i>Сурженко О. А.</i> Майнові права учасників господарського товариства та їх захист	190
<i>Ткаченко Т. В.</i> Публичные и частные начала в семейном праве	192
<i>Цікало В. І.</i> Проблеми звернення за захистом корпоративних прав у практиці господарських судів України	197
<i>Чалий Ю. І.</i> Галузева належність норм, що регулюють відносини з надання вищої освіти	200
<i>Чернусь Н. Ю.</i> Правовое обеспечение оказания услуг по перевалке грузов в морском порту	202
<i>Щербакова Н. В.</i> Проблемы применения положений о процентах за пользование чужими средствами и процентов по денежным обязательствам	207
<i>Янищен В. П.</i> До питання несправедливих умов договорів про надання споживчого кредиту	211
<i>Ясечко С. В.</i> Щодо існування предмету правочину	214

Частина третя

<i>Біленко М. С.</i> Поняття «родичі» за законодавством України	217
<i>Грейдін О. І.</i> Про дотримання принципу пропорційності при обранні та застосуванні способу захисту суб'єктивного права	220
<i>Долгополова Л. М.</i> До питання визначення категорії торги	224

<i>Евков А. Н.</i> Проблеми урегулювання територіального аспекта исчерпання исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности в международно-правовых актах	227
<i>Іванова К. Ю.</i> Договірний механізм регламентування інноваційних відносин	230
<i>Карнаух Б. П.</i> Антиномія об'єктивного і суб'єктивного в цивілістичному понятті необережності	233
<i>Кочин В. В.</i> Статус особи як підстава участі у цивільних відносинах	236
<i>Маслова-Юрченко К. О.</i> Щодо питання про обов'язок андеррайтера діяти в інтересах емітента	239
<i>Саракун І. Б.</i> Поняття та особливості корпорацій в Польщі	243
<i>Тарасенко Л. Л.</i> Договори у сфері оренди транспортних засобів: вдосконалення правового регулювання	246
<i>Туцицька Є. О.</i> Форма договору новачії боргу у позикове зобов'язання	249
<i>Ус М. В.</i> До питання про «очищення» від застави майна у разі його примусового продажу	253
<i>Ходико Ю. Є.</i> Звернення стягнення на предмет іпотеки як елемент реалізації компенсаторної функції	256
<i>Алієва К.</i> Музично-драматичний твір як об'єкт авторського права	259
<i>Балюк В. М.</i> Актуальні питання рентних відносин	262
<i>Беляев А. А.</i> Правовая природа отношений по привлечению зрителей для просмотра спортивных соревнований	264
<i>Борисов І. В.</i> До проблем створення ефективного правового механізму регламентування відносин у будівельній галузі	266
<i>Грачов О. А.</i> Заходи оперативного впливу як способи захисту цивільних прав	269
<i>Гринько П. О.</i> До питання про медичне страхування в Україні	272
<i>Гришина І. І.</i> Відповідальність акціонерного товариства в контексті здійснення акціонером права на отримання дивідендів	274
<i>Доценко О. М.</i> Право на особисте життя за ЦК України та ЦК Російської Федерації	277
<i>Загородній А. С.</i> Цивільно-правова відповідальність виконавців юридичних послуг: окремі проблемні питання	280
<i>Замуравкіна Р. М.</i> Договір аренды жилища с выкупом в системе договоров по Гражданскому кодексу Украины	283
<i>Іванов А. М.</i> Відмова від права власності як підстава припинення права власності в Україні	285
<i>Іванюченко О. В.</i> Обмеження видачі патентів на винаходи, пов'язані з комп'ютерною програмою у ФРН	288
<i>Казанцев С. В.</i> До питання про належність частки у складеному капіталі командитного товариства до спільної сумісної власності подружжя	290

<i>Казарян К. А.</i> Співвідношення понять «шлюбно-сімейні відносини» та «відносини подружжя»	293
<i>Калишник Е. Н.</i> Способи преодолення пробелов	296
<i>Каретник О. С.</i> Персональні дані фізичної особи в цивільному праві України: питання правової визначеності	298
<i>Карпенко О. І.</i> Проблема юрисдикції відносин в мережі Інтернет	301
<i>Кацюба К. В.</i> До питання про цивільну правосуб'єктність непідприємницьких товариств	304
<i>Коблюк І. С.</i> Практичне застосування договору про сплату аліментів на дитину за сімейним законодавством України	307
<i>Конюхова Є. О.</i> Соціальний найм житла: європейський досвід	311
<i>Менська О. А.</i> Підстави примусового припинення права власності на об'єкти культурної спадщини	314
<i>Музика Т. О.</i> Форма здійснення вибору в альтернативному зобов'язанні	317
<i>Панченко І. М.</i> Проблеми визнання права власності на нерухоме майно за набувальною давністю	320
<i>Польнікова Г. Г.</i> Медична послуга як різновид споживчих послуг	322
<i>Романенко Д. І.</i> К вопросу о порядке применения института аналогии в российском гражданском праве	325
<i>Рубан О. О.</i> Про форми вини роботодавця при відшкодуванні завданої ним шкоди	329
<i>Руденко А. В.</i> Субсидіарна відповідальність держави	332
<i>Самбір О. Є.</i> Умови переходу прав кредитора до поручителя, який виконав забезпечене порукою зобов'язання	335
<i>Самойлова О. М.</i> Щодо питання відмежування способів забезпечення виконання зобов'язань від суміжних правових конструкцій	339
<i>Сіцук Л. В.</i> Проблеми оборотоздатності корпоративних прав та перспективи вдосконалення корпоративного законодавства щодо обігу корпоративних прав у цивільному обороті	342
<i>Смуток М. В.</i> Регулятивна роль принципів цивільного законодавства	346
<i>Соботник Р. В.</i> Особливості укладення договорів страхування цивільної відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки	350
<i>Суц О. П.</i> Недоліки правового регулювання діяльності пайових фондів	353
<i>Уразова Г. О.</i> Відмова від здійснення права та відмова від права	355
<i>Устименко О. А.</i> Деякі аспекти оплатного вилучення тварини	357
<i>Філатова Н. Ю.</i> Особливості здійснення охорони і захисту прав саморегульованими організаціями	359
<i>Шляхта В. І.</i> Предмет договору найму будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини)	363
<i>Печений О. П., Клименко С. С.</i> Проблема спадкування житла, що перебуває в процесі приватизації	366

Наукове видання

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРИВАТНОГО ПРАВА

**Матеріали міжнародної науково-практичної конференції,
присвяченої 92-й річниці з дня народження
доктора юридичних наук, професора,
члена-кореспондента АН УРСР В. П. Маслова**

28 лютого 2014 р.

Відповідальний за випуск професор *В. І. Борисова*

Формат 60×84 $\frac{1}{16}$. Папір офсетний. Гарнітура Times.
Обл.-вид. арк. 20,01. Ум. друк. арк. 21,85.
Тираж 130 прим.

Виготовлено у друкарні ТОВ «ПромАрт»
Тел. (057) 717-28-80