

ДОРОГИЕ ЧИТАТЕЛИ!

Начинается
подписка на 2001 год
на журнал

«ПІДПРИЄМНИЦТВО, ГОСПОДАРСТВО І ПРАВО»

Подписку можно оформить
в любом почтовом отделении
связи Украины за наличный
или безналичный расчет

ПОДПИСНОЙ ИНДЕКС ЖУРНАЛА:

Предпринимательство
и права
76

ЖУР

6.12.00 490 Левадиса
14.02.01 3273 Толубов
16.03.01 7750 Симо-сб

Осольский
Виктор

ТОЛЬКО ПО ПОДПИСКЕ

НИКИ Й ЧИТАЧІ!

ал матиме назву

ТВО І ПРАВО»

ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВО, ХОЗЯЙСТВО И ПРАВО

2000
10

ЕЖЕМЕСЯЧНЫЙ НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКИЙ
ХОЗЯЙСТВЕННО-ПРАВОВОЙ ЖУРНАЛ
ИЗДАЕТСЯ С 1 ЯНВАРЯ 1996 ГОДА

СОЮЗ ЮРИСТОВ УКРАИНЫ
ИНСТИТУТ ГОСУДАРСТВА
И ПРАВА НАН УКРАИНЫ

*«Pacta servanda sunt»
«Договоры следуют выполнять»*

В НОМЕРЕ:

ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

Евгений Коваль

Загадки украинского законодательства

3

ХОЗЯЙСТВЕННОЕ ПРАВО

Елена Кибенко

Наименование хозяйственного общества:
законодательство и практика

7

Оксана Вінник

Юридичне значення класифікації господарських товариств

10

Дмитро Сумський

Правовий статус акціонера: поняття і зміст

15

Михаил Ройтберг

Обеспечительные функции договорных обязательств
в условиях рынка

20

**В'ячеслав Ляшенко, Віктор Хахулін,
Павло Боярчук**

Про необхідність створення правової бази розвитку
франчайзингу в Україні

22

Ярослав Іолкін

Деякі аспекти правового регулювання договору франшизи

27

Сергій Кисіль

Типовий договір лізингу

30

АРБИТРАЖНИЙ ПРОЦЕС

Борис Поляков

Практика применения Закона Украины «О возобновлении
платежеспособности должника или признании его банкротом»

37

Продолжение таблицы

регион (уровень) распространения сведений о событиях, которые произошли (в СМИ):	
локальный	1
местный	1,2
региональный	1,5
общегосударственный	2
общественная опасность правонарушения, которое послужило причиной моральных потерь:	
проступок	1
преступление	1,5
тяжкое преступление	2

субъективная оценка событий пострадавшим (выражается и учтена в глубине моральных страданий);

степень вины потерпевшего лица в случаях повреждения здоровья (значение имеет лишь вина в форме грубой неосторожности; форма вины ответчика на размер возмещения не влияет) – и имущественное состояние лица, причинившего вред (не было ли оно до причинения морального вреда и не станет ли вследствие его возмещения крайне затруднительным (это правило не применяется при одинаковом имущественном состоянии обеих сторон) *уменьшают компенсации на определенный процент.*

ПРИМЕР РАСЧЕТА РАЗМЕРА КОМПЕНСАЦИИ МОРАЛЬНОГО ВРЕДА

Факт наличия вреда – 5 минимальных размеров зарплаты (согласно ст. 440-1 ГК Украины)
 118 грн., · 5 = 590 грн.

Допустим, установлено наличие таких обстоятельств, следствий и критериев, которые влияют на размер вреда:

психические страдания, связанные с физической болью	к. 3	590 · 3 = 1770 грн.
тяжесть повреждения здоровья: легкое	к. 1	1770 · 1 = 1770 грн.
вид психических страданий: стыд, унижение	к. 1,5	1770 · 1,5 = 2655 грн.
глубина моральных страданий: значительная душевная боль	к. 1,5	2655 · 1,5 = 3982,5 грн.
существенность вынужденных изменений в жизни пострадавшего: могут быть частично восстановлены	к. 1,5	3982,5 · 1,5 = 5973,75 грн.
продолжительные	к. 2	5973,75 · 2 = 11 947,5 грн.
время, которое минуло с момента возникновения морального вреда, в случаях: до 1 года	к. 1	11 947,5 · 1 = 11 947,5 грн.
общественная опасность правонарушения, которое послужило причиной моральных потерь: преступление (средней тяжести)	к. 1,5	11 947,5 · 1,5 = 17 922 грн.

Если предположить, что обстоятельств, которые бы снижали размер ответственности, нет, то в данном конкретном примере размер компенсации морального вреда может составлять **17 920 грн.**

Предложенная схема, естественно, не может быть абсолютной или обязательной, не претендует на совершенство, но все же, как

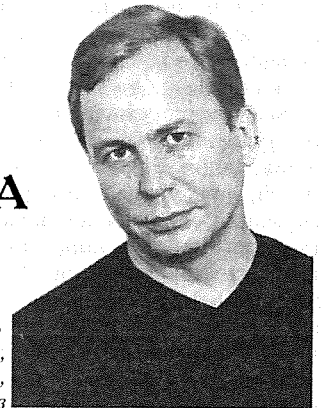
кажется, могла бы быть одним из путей решения данной проблемы на сегодняшнем этапе. В случае использования ее соответствующим специалистом на практике критерии и коэффициенты могут изменяться, дополняться, совершенствоваться в зависимости от приобретенного опыта и субъективного представления правоведа о существе данного вопроса.

РЕАЛИЗАЦИЯ ПРИНЦИПА СВОБОДЫ ТРУДА И ЗАПРЕТА ПРИНУДИТЕЛЬНОГО ТРУДА В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ УКРАИНЫ

Владимир Жернаков,

канд. юрид. наук, доцент,

Национальная юридическая академия им. Ярослава Мудрого, г. Харьков



Конституция Украины (ч. 1 ст. 43) закрепила право каждого зарабатывать себе на жизнь трудом, который он свободно выбирает или на который свободно соглашается. Это право основывается на положениях важнейших международных правовых актов – **Всеобщей декларации прав человека 1948 г., Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г., Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах 1966 г.**

Одной из основных правовых гарантий реализации этой конституционной нормы является запрет принудительного труда, установленный Конституцией Украины (ч. 3 ст. 43). Понятие принудительного труда в тексте Конституции не приводится; оно содержится в п. 1 ст. 2 **Конвенции № 29 Международной организации труда 1930 г. «О принудительном или обязательном труде».**

Термин «**принудительный или обязательный труд**» означает любую работу или службу, требуемую от какого-либо лица под угрозой какого-либо наказания, для которой это лицо не предложило добровольно своих услуг.

В реализации положений международных актов о запрете принудительного труда в национальном законодательстве Украины следует выделить несколько этапов.

Во-первых, это ратификация Указом Президиума Верховного Совета УССР от 09.06.56 г. Конвенции № 29 МОТ 1930 года «О принудительном или обязательном труде» и закрепление в Конституции 1996 г. запрета принудительного труда, а также видов деятельности, которые, хотя осуществляются и не по инициативе гражданина, но принудительным трудом не являются.

Во-вторых, подготовка к ратификации Конвенции № 105 МОТ «Об упразднении принудительного труда» 1957 г. В пп. 2.3.3 Генерального соглашения между Кабинетом Министров и Конфедерацией работодателей Украины и профсоюзными объединениями на 1999–2000 гг. закреплена договоренность сторон о проведении в рамках Национального Совета социального партнерства консультаций по определению социально-экономических возможностей ратификацией Украиной данной Конвенции наряду с другими конвенциями МОТ.

В Конвенции № 105 речь идет об упразднении принудительного труда и недопустимости его применения в форме:

а) средства политического воздействия или воспитания или в качестве меры наказания за наличие или за выражение политических взглядов или идеологических убеждений, противоположных установленной политической, социальной или экономической системе;

б) метода мобилизации и использования рабочей силы для нужд экономического развития;

в) средства поддержания трудовой дисциплины;

г) средства наказания за участие в забастовках;

е) меры дискриминации по признакам расовой, социальной и национальной принадлежности или вероисповедания.

Если внимательно проанализировать законодательство Украины, то в нем, пожалуй, не найдется норм, дающих основания для применения принудительного труда в перечисленных случаях.

Так, провозглашенное в ч. 1 ст. 34 Конституции Украины право на свободу мысли

и слова, на свободное выражение своих взглядов и убеждений может быть ограничено законом только в интересах национальной безопасности, территориальной целостности либо общественного порядка с целью предупреждения беспорядков или преступлений, для охраны здоровья населения, защиты репутации или прав других людей, предупреждения разглашения информации, полученной конфиденциально, или для поддержания авторитета и непредвзятости правосудия (ч. 3 ст. 34 Конституции). Подтверждением реализации права граждан Украины на объединение в политические партии и общественные организации для осуществления и защиты своих прав и свобод, а также для удовлетворения политических, экономических, социальных, культурных и других интересов является регистрация более ста политических партий и объединений в Украине. Ни одним из законодательных актов Украины не предусмотрено наказание за наличие или выражение политических взглядов или убеждений.

В нормативно-правовых актах Украины не предусмотрена возможность мобилизации и использования рабочей силы для нужд экономического развития. Законом Украины от 24.12.99 г., внесшим изменения в Кодекс законов о труде, производственная необходимость (которая допускалась и для предотвращения простоя, гибели или порчи имущества) как основание для временного перевода работника на не обусловленную трудовым договором работу исключена из ст. 33 КЗоТ. Такое изменение хотелось бы полностью одобрить, ибо интересы производства не могут быть приоритетными перед интересами, правами и свободами человека-труженика. В основе этого правила — конституционные положения о том, что человек — наивысшая социальная ценность, а также о свободе труда, возможности свободно выбирать вид деятельности и свободно ее продолжать (подчиняясь не интересам собственника, а порядку, установленному на предприятии на основе законов).

Перевод на нижеоплачиваемую работу или смещение в должности как дисциплинарное взыскание был исключен из ст. 147 КЗоТ еще в 1991 г. Согласно п. 12 постановления Пленума Верховного Суда Украины «О применении Конституции Украины при осуществлении правосудия» от 01.11.96 г. № 9 не могут применяться как не соответствующие Конституции Украины и правила ведомственных положений или уставов о дисциплине труда, предусматривающие возможность временного перевода

работника без его согласия на другую работу в порядке дисциплинарного взыскания.

В соответствии со ст. 28 Закона Украины «О порядке разрешения коллективных трудовых споров (конфликтов)» организация забастовки, признанной судом незаконной, а также участие в ней является нарушением трудовой дисциплины, а время участия в такой забастовке в общий и специальный трудовой стаж не включается. За организацию незаконной забастовки и участие в ней никаких дополнительных по сравнению со ст. 147 КЗоТ санкций не предусмотрено.

Что же касается возможности применения принудительного труда по признакам расовой, социальной и национальной принадлежности или вероисповедания, то она исключена в силу конституционного принципа равенства граждан в правах, свободах и перед законом. Не может быть привилегий или ограничений по признакам расы, цвета кожи, политических, религиозных или иных убеждений, пола, этнического или социального происхождения, имущественного положения, места жительства, по языковым или другим признакам (ст. 24 Конституции Украины).

В-третьих, реализация основных положений международных договоров Украины в разрабатываемом Трудовом кодексе.

В новом Трудовом кодексе следует закрепить принцип свободы труда; сформулировать понятие принудительного труда (на основе конвенций № 29 и № 103 МОТ), указав исключения из этого понятия, допускаемые в соответствии с Конституцией и международными договорами Украины; запретить работодателю требовать выполнения работы, не обусловленной трудовым договором.

Формулировка принудительного труда в Конвенции № 29 МОТ как работы или службы, для которой лицо не предложило добровольно своих услуг, в украинском законодательстве и судебной практике удачно воплощена в более точных и устойчивых понятиях «другая работа» и «не обусловленная согласием сторон работа». Например, при определении понятия перевода Пленум Верховного Суда исходит из того, что переводом на другую работу считается поручение работы, не соответствующей специальности, квалификации или должности, определенной трудовым договором. В этом определении за

нову принята качественная сторона трудового процесса, его содержание, а не временные характеристики. Поэтому понятием принудительного труда, а тем более перевода не охватывается поручение работы в пределах трудовой функции, но за пределами рабочего дня.

В связи с необходимостью толкования понятия «другая работа» считаю необходимым еще раз возвратиться к содержанию ст. 34 КЗоТ¹. Действительно ли следует считать предоставление работы в случае простоя принудительным трудом? В случае перевода в связи с простоем собственник не принуждает работника к выполнению работы, для которой работник добровольно не предложил своих услуг. Наоборот, в самой статье говорится, что временный перевод в случае простоя возможен только с учетом специальности и квалификации работника, т. е. на тех условиях, на которые работник дал согласие при заключении трудового договора. Поэтому работник не переводится «на другую работу», как это ошибочно указано в названии и тексте ст. 34 КЗоТ. По форме такое действие напоминает перемещение, предусмотренное ч. 2 ст. 32 КЗоТ, а по содержанию ему более соответствует определение «обеспечение работой в случае простоя».

Мне кажется, что после внесения 24.12.99 г. в ст. 34 КЗоТ дополнения о необходимости согласия работника на временный перевод в случае простоя правовое регулирование получилось гармоничным. В нем сочетаются и ограниченные возможности работодателя по обеспечению работой в случае простоя, и свобода работника выбирать вариант поведения, и принцип договорного регулирования основных условий труда.

Сейчас работник волен самостоятельно выбирать один из вариантов — или «сидеть» на двух третьих заработной платы как гарантии, предусмотренной ст. 113 КЗоТ в случае простоя, или выполнять свою работу на другом рабочем месте, получая за это полную заработную плату. Принуждения с правовой точки зрения нет, и работник, скорее всего, будет руководствоваться экономической целесообразностью.

¹В статье «Поняття примусової праці за законодавством України» (Право України. — 1997. — № 10) нами уже обращалось внимание на то, что перевод в порядке ст. 34 КЗоТ нельзя считать случаем принудительного труда, как предлагается в постановлении Пленума Верховного Суда Украины «О применении судами Конституции в осуществлении правосудия» от 01.11.96 г. № 9.

ностью и выбирать работу, а не простой (который, за неимением средств, могут и не оплатить).

В широком смысле свобода труда — это свобода не только от принудительного труда, но и свобода от принуждения к отдыху. Такой аспект проблемы свободы в труде на первый взгляд кажется нелогичным или надуманным. В самом деле, в ограничении рабочего времени, обеспечении права на отдых заинтересован прежде всего работник, и в этом проясняется объективная закономерность. Продолжительность рабочего времени всегда ограничивалась законодательством, и привлечение к труду за его пределами носит исключительный характер. Жизнь человека протекает во времени, она скоротечна, человек должен иметь возможность по собственному усмотрению распоряжаться своим временем как жизненной ценностью. Свободное время необходимо человеку не только для восстановления затраченных в процессе труда сил, но и для многих других целей. Кстати, среди них значительное место занимает и труд вне общественно-трудовой формы (например, труд в домашнем хозяйстве), когда работник не отдыхает, поэтому формулировка «время отдыха», применяемая в законодательстве о труде, не совсем точна. Более правильной является формулировка «свободное от работы время», которую и следует применить в новом Трудовом кодексе. По словам Д. Ж. Марковича, время, в котором живет человек, едино, однако он использует это время, проявляя себя как человеческое существо в различных формах и при различных видах деятельности. В самом общем смысле можно сказать, что человек располагает временем, которое делится на время, занятое трудом, и время вне труда². Возможностью свободно распоряжаться своим временем человек обладает за пределами трудовой деятельности, протекающей в рамках трудовых отношений, поэтому работника не нужно заставлять отдыхать, он сам к этому стремится.

При стабильном состоянии экономики действуют объективно существующие законы, и продолжительность рабочего времени, а тем самым и соотношение рабочего и вне рабочего времени, определяются степенью развития производительных сил общества и общественно-экономическими отношениями. В условиях спада производства, затяжного экономического кризиса, когда потребность в рабочей силе уменьшается,

²Маркович Данило Ж. Социология труда: Учебник. — М., 1997. — С. 348.

этот баланс нарушается, сфера применения труда значительно суживается, внеб-бочее время увеличивается. Предприятия простаивают, собственники вынуждены от-правлять работников в так называемые про-изводственные отпуска.

В Украинском законодательстве пред-принята попытка разрешить сложившуюся ситуацию. В соответствии с ч. 2 ст. 26 За-кона Украины «Об отпусках» в порядке, определенном коллективным договором, собственник или уполномоченный им ор-ган в случае простоя предприятия по не зависящим от работника причинам может предоставлять отпуск без сохранения за-работной платы или с частичным ее со-хранением. Нельзя сказать, что эта по-пытка удалась в полной мере, ведь эта норма противоречит механизму правового регулирования трудовых отношений, по-скольку является отступлением от индиви-дуально-договорного регулирования. При заключении трудового договора собствен-ник обязуется обеспечить работнику усло-вия труда, необходимые для выполнения работы, и оплачивать труд (ст. 21 КЗоТ). В случае простоя работники могут быть переведены на другую работу на том же предприятии или на другое предприятие, и такой перевод осуществляется с их согла-сия (ч. 2 ст. 34 КЗоТ).

Однако при этом под *простоем* пони-мается приостановление работы, вызван-ное отсутствием организационных или технических условий, необходимых для выполнения работы (ч. 1 ст. 34), т. е. простой понимается как временное явле-ние, приостановление, а не остановка и тем более прекращение деятельности пред-приятия. В условиях экономического кри-зиса, когда простой неограничен во време-ни, эта норма оказалась неэффективной ни с финансовой стороны (время простоя не по вине работника не может быть запла-чено из расчета не ниже двух третей тариф-ной ставки установленного работнику раз-ряда, как того требует ч. 1 ст. 113 КЗоТ, поскольку у предприятий нет средств), ни

с организационной стороны (если про-стаивает не структурное подразделение, а предприятие в целом или несколько пред-приятий, то переводить работника неку-да). Поэтому и возникла необходимость в регулировании простоя другого уровня, простоя массового и долгосрочного, кото-рый и подразумевается в ст. 26 Закона Украины «Об отпусках». Однако в норма-творчестве нельзя исходить из беспорядка, допуская возможность нарушения прав граждан. Не случайно в пп. 2.3.21 Гене-рального соглашения между Кабинетом Министров, Конфедерацией работодателей и профсоюзными объединениями Украины на 1999–2000 гг. сторона собственников обя-залась предоставлять указанные в ст. 26 Закона Украины «Об отпусках» отпуска в связи с простоем предприятия лишь по со-глашению сторон трудового договора.

Предоставление предусмотренных за-конодательством видов времени отдыха является обязанностью работодателя, и законодательством предусмотрен целый комплекс мер, обеспечивающих реализа-цию этой обязанности. Так, с одной сто-роны, запрещается непредоставление еже-годных отпусков полной продолжительно-сти в течение двух лет подряд (ч. 5 ст. 11 Закона Украины «Об отпусках»), а новый срок отпуска в случае его перенесения со-гласовывается с работником (ч. 4 ст. 11 этого же Закона). С другой стороны, в ис-пользовании отпуска работнику представ-лено больше прав. Если раньше компенсация за неиспользованный отпуск могла быть вы-плачена только при увольнении, то сейчас работник наделен правом решать — пол-ностью использовать отпуск или получить частичную компенсацию даже при про-должении трудовых отношений. Согласно ч. 4 ст. 24 Закона Украины «Об отпусках» по желанию работника часть годового от-пуска может быть заменена денежной компенсацией. При этом продолжитель-ность предоставленных работнику годовых и дополнительных отпусков не должна быть меньше 24 календарных дней.

СТРАЙКИ: правові питання

Олександр Мурашин,

канд. юрид. наук,

доцент Національної академії внутрішніх справ України



Розбудова української державності, роз-виток демократії і гласності обумовили значне підвищення політичної актив-ності мас. Це знайшло свій прояв у таких масових формах, як мітинги, демонстрації, страйки. Так, лише за період 1988–1989 рр. страйки відбулися на багатьох шахтах Донбасу. Розпочавшись у Макіївці, вони охопили Донецьку, Луган-ську, Дніпропетровську, Львівську, Волин-ську області. Народного господарські збитки від страйків становили понад 200 млн грн. і ста-ли мірилом їх справедливості.

Сьогодні вивчення зазначеного явища, можливостей його законодавчої регламен-тації насамперед з метою максимального зменшення його економічних і соціально руйнівних наслідків для суспільства є ак-туальною проблемою правової науки.

Закон України 1998 р. з аналогічною назвою (далі — Закон) у ст. 17 дає таке визначення:

Страйк — це тимчасове колектив-не добровільне припинення роботи працівниками (невихід на роботу, невиконання своїх трудових обо-в'язків) підприємства, установи, організації (структурного підроз-ділу) з метою вирішення колек-тивного трудового спору (кон-флікту).

При цьому застерігається, що страйк застосовується як крайній засіб (коли всі інші можливості вичерпано).

Істотна шкода, що заподіювалася страй-ками в цілому, історично зумовила розвиток законодавства переважно шляхом їх заборони. Лише з часом, коли піднесення робітни-чого руху неможливо було стримувати нор-мативними рамками, законодавці були ви-мушені визнати, а потім і законодавчо закрі-пити поняття «страйки».

Прийняті Загальна Декларація прав лю-дини, Міжнародний пакт про громадянські та політичні права проголосили право кож-ної людини на страйк. Держави, що ратифі-кували міжнародні акти, у тому числі й Ук-

раїна, зобов'язалися реально забезпечувати додержання цього права. Міжнародна ор-ганізація праці (МОП) в одному із своїх рі-шень кваліфікувала страйк як важливий еле-мент прав трудящих і розробила ряд прин-ципів, що розкривають зміст цього інституту. Хоча ці принципи не закріплені офіційно і не є юридично обов'язковими, проте вони мають велике значення для робітничого ру-ху, оскільки відображають історичний досвід регулювання страйків у світовій практиці. Окрім того, виходячи з досвіду розвинених країн, відповідних оцінок, слід зазначити, що поряд з негативними економічними на-слідками страйки можуть стимулювати модер-нізацію економіки і викликати удосконален-ня її структури, а також можуть бути єдиним вірним виходом протягом найкоротшого часу знайти компроміс і задовольнити вимоги ро-бітників.

Джерела, за якими визначається інститут страйку у різних країнах, не однакові. Як правило, це закони про порядок врегулюван-ня, вирішення колективних трудових спорів (конфліктів). У Болгарії такий закон прийнятий і набрав чинності у березні 1990 р., у Румунії і Польщі — відповідно у лютому і травні 1991 р., в Україні — у березні 1998 р. В Угорщині є спеціальний закон про страйки від 1989 р. Крім того, спеціальна частина прийнятого у березні 1992 р. КЗпП присвя-чена трудовим спорам і одна її глава — ко-лективним трудовим спорам. Окремі норми, що пов'язані з вирішенням трудових спорів, містяться у конституціях, законах про гро-мадські організації тощо.

У цілому у цих документах встанов-люються норми права, що регулюють пи-тання про страйки і їх проведення відпові-дно до міжнародних угод. Вони виходять з можливості використання страйків як край-нього засобу в інтересах стабілізації громад-ського і економічного порядку. У законо-давчих актах визначаються не тільки умо-ви проведення страйку, а й процеси, які мають йому передувати.

Суть процедури, що передуює страйку, в узагальненому вигляді зводиться до такого.