KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

МВС України
Харківський національний університет внутрішніх справ
Кафедра цивільного права та процесу
Кафедра цивільно-правових дисциплін
Навчально-наукового інституту права, економіки та соціології
Кафедра правових основ підприємницької діяльності
Навчально-наукового інституту права, економіки та соціології

ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА ТА ПРОЦЕСУ

МАТЕРІАЛИ
науково–практичної конференції
22 травня 2010 р.

Харків 2010

ББК 67,9(4укр)304+310я
П32
УДК 347(447)+351.743(07)

Рекомендовано до видання
організаційним комітетом
20 травня 2010 р.

П32 **Проблеми** цивільного права та процесу: Матеріали науково-практичної конференції, присвяченій пам'яті професора О. А. Пушкіна (22 травня 2010 року). – Харків : Харківський національний університет внутрішніх справ, 2010.- 456 с.

У збірнику представлені тези наукових доповідей та повідомлень учасників науково-практичної конференції, присвяченій пам'яті професора О. А. Пушкіна (22 травня 2010 року).

Матеріали надано в авторській редакції.
Стиль та орфографію збережено.
Усю відповідальність за якість тез несуть автори та їх наукові керівники

Відповідальний за випуск
канд. юрид. наук, доцент Кройтор В. А.

ББК 67,9(4укр)304+310я
УДК 347(447)+351.743(07)

© Харківський національний університет внутрішніх справ, 2010
© А. С. Тяпкін, Р. А. Артеменко, дизайн обкладинки, 2008

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Тези наукових доповідей на пленарному засіданні

Проблематика партнерства

Спасибо-Фатєєва І. В.

Однією з новітніх тенденцій стало вживання терміна «партнерство» спочатку в якості сленгу, пізніше наявним став факт обрання партнерства в якості форми в першу чергу юридичних компаній (наприклад «Василь Кисіль і партнери»), а нині і як політико-правовий та економіко-правовий оборот у програмних документах, що ставляться найчастіше до стратегічних напрямків інноваційного розвитку нашої країни. Мова йде про державно-приватне партнерство.

Все це змушує задуматися про подібні явища в праві як у цілому, так і про окремі їхні прояви. В силу обмежених можливостей умістити весь обсяг міркувань на цю тему в тези, зупинимося на одному лише аспекті цієї проблеми - партнерство з позицій цивільного права.

Насамперед слід застережити, що ЦК не оперує поняттям партнерства. Не містять його визначення й інші закони України. Однак у зв'язку з тим, що партнерства de facto існують, це змушує до їхньої характеристики й з'ясуванню правової природи. У всякому разі аналогічним чином розвивалися події з поняттям корпорації й корпоративних прав, які тривалий час не знаходили свого закріплення в законодавстві, хоча повсюдно така термінологія використовувалася.

На відміну від України, у РФ законодавець не тільки оперує терміном «партнерство», а й визначає його, зокрема Федеральним законом від 12 січня 1996 р. "Про некомерційні організації", згідно ст.8 якого некомерційні партнерства розуміються як форма організації непідприємницької діяльності, а саме: як заснована на членстві некомерційна організація, заснована громадянами й (або) юридичними особами для сприяння її членам у здійсненні діяльності, спрямованої на досягнення соціальних, благодійних, культурних, освітніх, наукових і управлінських цілей, охорону здоров'я громадян, розвиток фізичної культури й спорту, задоволення духовних і інших нематеріальних потреб громадян, захист прав, законних інтересів громадян і організацій, вирішення спорів і конфліктів, надання юридичної допомоги, інших суспільних благ. В окремих нормативно-правових актах деталізуються сфери використання даної форми. Так, Законом РФ "Про садівничі, огородницькі та дачні некомерційні об'єднання громадян" некомерційне партнерство назване можливою формою зазначених об'єднань. В Законі "Про ринок цінних паперів" встановлена обов'язковість цієї форми при створенні фондових бірж (ст. 11).

Із цього випливає, що законодавство РФ оперує поняттям «партнерство» стосовно некомерційних юридичних осіб. Наскільки прийнятний такий підхід для української дійсності й у чому специфіка партнерства в порівнянні з іншою формою організації тієї або іншої діяльності? Відповідь на це питання вимагає порівняльного аналізу партнерства з подібними або аналогічними конструкціями, що передбачені законом, в історичному й порівняльному аспекті.

Крапкою відліку цього аналізу повинне, мабуть, стати право, в якім зародився термін "partnership" («партнерство») - англосаксонське, а також американське право. Коренем цього терміна є англійське partner. Німецький термін "partnerschaftsgesellschaft" у корені своєму містить слово "gesellschaft", яке також означає "товариство" (повністю він перекладається як "товариство партнерів"). З додаванням до словотворчого кореня слова "некомерційне" вийшов термін, використовуваний для вказівки цілей створення й наступної діяльності одного з товариств. Звідси ясно, що партнерства є товариствами. Некомерційні партнерства не змінюють організаційну форму товариств на іншу, а вказують на мету об'єднання осіб і капіталу.

Що стосується товариств, то їх правове регулювання також неоднозначне. Якщо інші правопорядки виділяють товариства з-поміж господарських товариств (наприклад, у Німеччині, РФ, де є «товарищества» - повні, командитні, а є «общества» - з обмеженою відповідальністю та акціонерні), то в Україні такий розподіл відсутній (ст. 83-85, Глава 8 ЦК), хоча окремо врегульований договір простого товариства.

Звідси проблема переходить у трохи іншу площину - розгляд товариств на предмет наявності у них статусу юридичної особи або відсутності такого. Щодо цього також не спостерігається єдності в підходах (у часі й просторі). Так, якщо з прадавніх часів товариства не були юридичними особами, а лише свідчили про наявність договірного об'єднання осіб, що залишилося в такому виді в сучасній РФ і Німеччині, то вже російські цивілісти XIX століття (Д.І.Мейер, Г.Ф. Шершеневич та ін.) указували, що під товариством розуміється договір, у силу якого кілька осіб взаємно зобов'язуються брати участь своїми особистими зусиллями або майновими коштами в спільному веденні справ, спрямований на отримання прибутків та внаслідок чого утворюється юридична особа[1].

У радянському праві така позиція одержала закріплення, тому що ЦК УРСР 1922 р. регулював *договори* товариства в розділі X «Товариства», а не в Розділі II «Суб'єкти права», де йшлося про юридичних осіб. Проте в розділі X передбачалися як договір простого товариства, так і договори про створення товариств, що

[1] См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). - М., 2001. - С. 388.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

є юридичними особами - повного, на вірі, з обмеженою відповідальністю, пайового (АТ). ЦК УРСР 1963 р. взагалі не згадує про товариства, а лише про договір про спільну діяльність. Разом з тим існували й товариства (наприклад, садівничі, що відносилися до кооперативів). ЦК України 2003 р., відмовившись від поділу товариств на «товарищества и общества», помістив їхнє регулювання в Розділ II «Особи».

Таким чином, ми маємо досить різношерсте регулювання в різних порядках і в різні проміжки часу. Відчути підхід вітчизняного законодавця, який був би зрозумілий і прийнятний, поки не цілком вдається. Занадто очевидна різноманітність юридичних осіб з відсутністю об'єднуючого підходу о понять товариств й «обществ». Тим більше ситуацію не проясняє поява на такому різновеликому юридичному полі тих утворень, які йменуються партнерствами.

Зі сказаного випливає, що під партнерствами можна розуміти й договірні зв'язки декількох осіб без створення нового суб'єкта права - юридичної особи, і договірний порядок створення й функціонування товариства як юридичної особи, і створення тільки непідприємницького/некомерційного товариства.

Інакше кажучи, термін «партнерство» застосовується до доволі різноманітних правових конструкцій і не являє собою щось чітко позначене.

Якщо ж розглядати партнерство як вид юридичної особи, то в чому полягає його особливість у порівнянні з іншими товариствами? Поки вдається виділити лише два підходи: а) ціль створення партнерства полягає в спільному одержанні й користуванні благами, що перебувають поза сферою комерційного інтересу; б) партнерів поєднують особистісні зв'язки більш, ніж майнові.

До першого підходу слід поставитись скептично, оскільки дійсність свідчить про наявність найчастіше бізнес-партнерств. З другим можна погодитися й замітити, у свою чергу, що партнерами бачаться такі товариші, які, діючи окремо, більше б втратили у бізнесі, ніж придбали. Тобто партнерів зв'язує міцний зв'язок, який усім вигідний як з точки зору бізнесу, так і різних супутніх чи інших зручностей.

У свою чергу, такі «особисті майнові відносини» не можуть не відбитися на специфіці зв'язків між партнерами, які сьогодні носять винятково договірний характер і не передбачені законодавчо. Так, існують старші й молодші партнери, залежність або відсутність такої від майнового внеску партнера, рольового значення кожного партнера в спільній справі, а також залежність від зазначених критеріїв порядку управління в партнерстві. Не однозначне й питання про можливість відчуження партнером своєї частки, та й взагалі про самий об'єкт, яким визначається участь особи в партнерстві. Всі вони індивідуально вирішуються в кож-

ному конкретному випадку. Законодавець не пропонує їхньої універсальної моделі.

У той же час є й деякі практично ясні й однозначні підходи до партнерства, яке, *по-перше*, обов'язково припускає наявність не менш двох партнерів. Видається, що на відміну від товариств, навряд чи тут прийнятно говорити про компанію "однієї особи". *По-друге*, майнова й інша участь у партнерстві не усуває партнерів від майнової частки в ньому, як це має місце в непідприємницьких товариствах. Тобто, якщо навіть вести мову про некомерційне партнерство, наприклад, що діє в сфері фондових операцій (із цінними паперами), то ясно, що майнові права партнерів зростають із ростом майна партнерства. *По-третє*, як наслідок, партнери можуть одержати частину майна й, що інший раз важливіше, частину бізнесу при виході з партнерства. *По-четверте*, корпоративні права по управлінню й по веденню спільних справ, а також вступ у правовідносини з третіми особами в партнерствах можуть мати специфіку. Не виключено, щоб партнери управляли спільними справами по черзі чи разом, або кожен з них наділявся б таким правом (аналогічно з управлінням справами в повному товаристві), чому не заважає статус партнерства, наприклад, як ТОВ. *В-п'ятих*, на відміну від схожих учасників повних товариств, партнери своїм власним майном не несуть відповідальність по спільних боргах, тобто тих, що виникли з їхньої діяльності як партнерів (якщо вони створені у формі ТОВ).

Із цього випливає, що партнерство у відсутність регулювання в законодавстві України втілюється у відому форму господарського товариства (як правило, це ТОВ, хоча може бути й командитне товариство), з припустимими законом модифікаціями управління й порядку здійснення прав партнерів-учасників господарського товариства. У такій ситуації навряд чи доцільно вести мову про те, щоб направити партнерство виключно в русло непідприємницької діяльності. Напроти, сутність партнерських відносин найбільше яскраво проявляється саме в сфері бізнесу.

Що стосується поняття державно-приватного партнерства в різних сферах суспільного й економічного життя, то видається, що це не більш, ніж сленг, не наповнений правовим змістом. Для того, щоб таке «партнерство» набуло правової форми, слід її обрати з асортименту наявних форм. Це можуть бути й договірні зв'язки, і створення господарського товариства, учасниками якого є державні установи або органи, а також органи місцевого самоврядування й приватні особи - фізичні і юридичні. Вид цього товариства, строк його існування, мета діяльності, порядок управління й майнові відносини можуть визначатися партнерами в такий само спосіб, як це було відзначено вище, оскільки українське законодавство достатньо гнучке й дозволяє використовувати нюанси для тих або інших видів правових зв'язків.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Книга IV Цивільного кодексу України: протиріччя та шляхи їх вирішення

Жуков В. І.

З дня прийняття ЦК, пройшло понад сім років. Настає період аналізу як Кодексу в цілому, так і окремих його Книг, зокрема, - Книги IV „Право інтелектуальної власності". При цьому слід виходити з того, що ЦК, як і попередні (1922 р., 1963 р.) належить до *пандектної системи права.* Відповідно до цього ЦК повинен „вписуватися" в дану *систему* права і не виходити за її межі як за змістом так і за формою, зокрема, використовувати лише ті терміни, які їй традиційно притаманні.

1. Термін „право інтелектуальної *власності*" не вписується в термінологію пандектної правової системи. Він є умовним. Законодавцю слід усунути цю неузгодженість шляхом викладення назви Книги IV наступним чином: „ПРАВО НА РЕЗУЛЬТАТИ ТВОРЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ЗАСОБІВ ІНДІВІДУАЛІЗАЦІЇ *а далі в дужках* („Право інтелектуальної власності"). Зауваження в скобках – це точка дотику для „стиковки" ЦК з іншою правовою системою – англосаксонською, де діє пропрієтарна теорія, щодо об'єктів інтелектуальної власності. Таким чином, буде знято **просте протиріччя**, яке на даний час існує між *назвою* Книги IV та її *змістом*, який не базується на праві *власності* (на тріаді: права володіння, права користування, права розпорядження), а базується на *виключних правах*, – об'єктивно притаманних саме пандектній системі права.

2. Існує і більш **складне протиріччя**. Воно лежить „зовні" між *змістом* тексту ЦК, викладеним за термінологію у відповідності до пандектної системи права, та *змістом* текстів спеціальних законів України про захист прав на об'єкти промислової власності (умовна, скорочена назва), та інших, ним супутніх (включаючи підзаконні акти Держпатенту), які викладені за термінологію пропрієтарної теорії права. Всі вони були прийняті в 1991-1993 роках на підставі Закону України „Про власність" (1991 р.), який базується на тріаді прав: володінні, користуванні, розпорядженні, але щодо тілесних речей ("res corporalis"). Такі речі мають тіло (буквально - „corpus"), до яких можна доторкнутися ("quae tangi possunt"). Ними можна володіти (в порозумінні „corpus" + „animus"). Нетілесними речами – науковим відкриттям, винаходом, твором – володіти (в порозумінні „corpus" + „animus") – в принципі неможливо.

В названі Закони 1991-1993 рр. були внесені лише „поверхові" зміни. Поряд з терміном „право власності" внесли термін "право інтелектуальної власності". В результаті отримали: *„втілення в закон правових положень і термінів двох протилежних теорій"*

(теорії виключних прав, та пропрієтарної теорії). Цей „гібрид" принципово неможливий. Він свідчить про те, що законодавець, таким чином, тривалий час допускає грубу юридичну помилку. Опоненти можуть заявити контраргумент: в ЄС йдуть процеси взаємопроникнення правових положень і термінів однієї системи права в іншу. Так. Йдуть. Але, не у формі результату, який є „механічним змішування" одних правоположень з іншими без врахування їх протилежної юридичної природи /результат: маємо – „костюм арлекіна"/.

3. „***Пропрієтарна теорія***", щодо об'єктів права інтелектуальної власності, має право на існування в англосаксонський системі, але не в пандектній (яка діє і в Україні). В пандектній системі термін „права на ..." нетілесні об'єкти, які є результатом творчої діяльності людини, а також на нетілесні об'єкти *прирівняні* до них, які є засобами індивідуалізації осіб та їх товарів, послуг, – покоїться на теорії „*виключних прав*" (абсолютних). При цьому, на нашу думку, слід звернути увагу на *метод* і *предмет* регулювання аналізуємих відносин.

Метод регулювання відносин, які виникають по поводу нетілесних об'єктів, зазначених в Книзі IY ЦК, не базується на юридичній рівності їх учасників, вільному волевиявленню та майновій самостійності. Так, класичний ***метод*** патентного права полягає в наступному.

1) В ***наданні*** державою лише *визначеним* нею особам (винахідникам, іншим) тимчасової монополії /виключних прав/ *на використання* ними *певних нематеріальних благ на її території*, які мають попит в умовах конкуренції.

2) В ***встановленні*** державою для всіх третіх осіб *заборони*, і лише в окремих випадках *дозволу*, щодо використання даних благ без згоди осіб (ліцензіара).

Саме тому у всіх інших випадках треті особи можуть використовувати *певні нематеріальні блага на її території* лише за дозволом (ліцензією) особи-ліцензіара, який може приймати лише форму від цивільного договору.

Існує і неоднорідність **предмету** регулювання. Так, „права на патент" (або право на отримання патенту /монополії/) - елемент *публічних* відносин. Саме тому цивільні кодекси держав континентальної Європи, де діє пандектна система права, - не мають у своєму складі книги аналогічної Книзі IV „Право інтелектуальної власності". Тому вона повинна бути вилучена з ЦК.

4. Заслуговує увагу термін „**заборона**" на використання третіми особами об'єктів патентного та авторського права. Така заборона виникає „із закону", або, якщо говорити більш детальніше, „*в силу наявності фактів, визначених в законі*". Для об'єктів авторського права з моменту створення твору, як такого. При цьому непотрібна ніяка діяльність з боку держави, щодо *визнання* його об'єктом права. Для об'єктів патентного права „**заборона**" на використання їх третіми особами виникає не з моменту їх створен-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

ня, а тільки після відповідної діяльності з боку держави, в особі його патентного відомства, а саме: *визнання* заявленого об'єкту відповідним органом державного управління патентоздатним у встановленому законом порядку - державної реєстрації; публікації в відповідному бюлетені.

Висновок: для виникнення даної „заборони" *ніяких дій* з боку автора твору (авторське право), з боку винахідника (патентне право) по відношенню до третьої особи /конкурента/, з кола третіх осіб, - здійснювати не потрібно. За авторів і винахідників це здійснив закон. Між тим, аналіз судової практики свідчить про те, що окремі судді буквально тлумачать припис „**забороняти – дозволяти**". Мотивують свої рішення тим, що винахідник або автор твору саме своїми діями при здійсненні суб'єктивних прав не заборонив певним особам, з кола третіх осіб /конкурентів/ використовувати об'єкти на які вони (винахідник, автор) має виключне право. Дане правило не повинно мати виключень, але вони є як в патентному праві так і в авторському.

5. Термін **„здійснення"** означає *дію* суб'єкта патентного або авторського права по *реалізації* (здійсненні) *виключного /монопольного/ права*, яке йому належать, а саме:

1) права на ***особисте використання об'єкту***, відповідно до закону за своєю волею, незалежно від волі третіх осіб, за умов дотримання універсального правила передбаченого в ст. 13 ЦК /"Межі здійснення цивільних прав"/;

2) права ***розпоряджатися виключним „правом на ..."***: а) *результати* творчої діяльності та б) на *засоби* індивідуалізації, теж за умов дотримання ст. 13 ЦК.

Права на *результати* творчого труда можна іменувати „інтелектуальні права", оскільки вони, на відміну від інших, мають автора. Наступне протиріччя. Не всі нетілесні об'єкти права, які перераховані в Книзі IV, в ст. 420, (перелік не вичерпний) підпадають під правовий режим: а) *результатів* творчої діяльності та б) *засобів* індивідуалізації. Не можна віднести до них: фонограми, відеограми, передачі (програми) організацій мовлення, „комерційну таємницю, як інформацію", зокрема, „ноу-хау" (ст. 505 ЦК). Не визначено місто в ЦК норм права, щодо „бази даних", як об'єкту суміжних прав. По суті, не підпадають ні під один з названих інститутів „право на наукове відкриття", та „право на раціоналізаторську пропозицію".

6. Термін в законі **„дозвіл"** /або ліцензія/ - тобто *дія-дозвіл* ліцензіара по розпорядженню своїм правом на твір; „правом із патенту", в силу якої між ліцензіаром і однією з третіх осіб (ліцензіатом) виникають взаємні права і обов'язки, свідчить про наступне. У ліцензіата, з кола третіх осіб, права на використання нетілесного об'єкту виникає не на підставі одного і суто цивільно-правового договору (факту). Дані відносини, по діючому законодавству, можна вважати такими, які тільки *прирівняні* до цивільно-правових договорів, оскільки між ліцензіаром і третьою осо-

бою /ліцензіатом/ виникають відносини не лише на підставі волевиявлення сторін, де вони реалізують тільки цивільну праводієздатність. Ліцензіар реалізує, поряд з цивільною праводієздатність також свої *публічні* повноваження як монополіст, отримані *виключні права* від держави Україна. В патентному праві ліцензіар отримує патент від держави Україна (в особі його органу - Держпатенту). Тому, якщо мати на увазі юридичну природу даних відносин, то більш точною формуліровкою буде словосполучення „ліцензійна угода" („соглашение" – рус.), а не „ліцензійний договір" (ст.1107 ЦК. Глава 75 „Розпорядження майновими правами ІВ". Книга V „Зобов'язальне право").

7. Законодавець в Книзі IV „Право інтелектуальної власності" ЦК розмістив поруч два різних за суттю інститути права: авторське /суміжне/ і патентне (назва скорочена /умовна/) і об'єднав їх „Загальними положеннями". Відомо, що авторське право охороняє лише одну ***форму*** твору, якій є результатом творчої праці. Охороняє форму - оригінальну, унікальну, і не охороняє зміст твору. І навпаки. Патентне право охороняє ***зміст*** технічного рішення, який є результатом творчої праці, у різних конкретних формах, але строго в межах формули винаходу.

Ці два інституту права дійсно мають спільні правові положення. Між тим вони настільки суттєво відрізняються один від одного по своїм цілям, змісту, правовій природі. Можна стверджувати: Глава 35 Книги IV „Загальні положення" потребує переосмислення і редакційній правки, якщо вона взагалі потрібна, як і сама Книга.

8. Є ще одна наукова проблема, яка тривалий час залишається за межами уваги: це співвідношення, в широкому смислі цього слова, законодавства патентного, авторського, з одного боку (предмет дослідження фахівців приватного права), та антимонопольного, з другого боку (предмет дослідження фахівців публічного права). За межами дослідження залишаються і проблеми, які виникають „на стику" зазначених вище норм права.

Якщо *виключне право* на нетілесні об'єкти права (ст. 420 ЦК), – *це монополія*, то за її межами, але поруч, повинні діяти норми антимонопольного права і вони повинні бути узгоджені так, як, наприклад, узгоджені норми ЦК та СК. При цьому слід звернути увагу на те, що поняття „зловживання" цивільними правами (ст.13 ЦК) і „зловживання" монопольними правами (авторським, патентними) повністю не співпадають. Виникає **конкуренція норм права**, різнорідних по юридичній природі.

Специфіка вирішення таких спорів в дотриманні правила: навіть тоді, коли суб'єкт патентного права, авторського права *здійснює* їх *в межах* дозволеного (тобто формально не порушує права іншої особи) його дії можуть бути законно оцінені судом, антимонопольним комітетом як такі, які не підлягають захисту, оскільки вони підпадають під состав фактів, який дає право або навіть зобов'язує юрисдикційний орган застосувати норми права про

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

„**недобросовісну конкуренцію**". Саме тому в державах континентальної Європи норми права, які регулюють ліцензійні угоди, розташовані в антимонопольних законах, а не в законах, які регулюють відносини щодо охорони прав на винаходи, твори, тощо. І зрозуміло, вони відсутні в цивільних кодексах (в Україні такі норми права розміщені в Главі 75 „Розпорядження майновими правами інтелектуальної власності" Книга V „Зобов'язальне право" ЦК).

Загальний висновок: Книгу IV „Право інтелектуальної власності" ЦК слід вилучити. Підстав: метод правого регулювання відносин, які виникають по поводу об'єктів авторського права, суміжних прав, права промислової власності не співпадають з методом цивільного права. Норми права Книги IV слід розмістити в спеціальних законах (тобто залишити так, як це є на даний час). Норми права Глави 75 „Розпорядження майновими правами ІВ" Книга V „Зобов'язальне право", узгодити з нормами антимонопольного законодавства і всіма процесуальними кодексами України та регламентом (процедурними правилами) органів антимонопольного комітету України. Такий підхід буде сприяти гармонізації українського законодавства з законодавством держав-учасників ЕС.

Договори на безоплатне надання в цивільному праві

Шишка Р. Б.

Гуманізація суспільства та підвищення ролі особистості та проявів її індивідуальності спричинили увагу до проявів свободи особистості та свободи договору. Зокрема, йдеться про встановлення юридичної природи безоплатного надання та задоволення майнових та інших потреб (в роботах та послугах) одних осіб за рахунок інших. Основна проблема тут полягає у тому, що: 1) особа, яка вчиняє таке надання витрачається; 2) такі затрати не є основною метою, а лише засобом досягнення іншої немайнової мети; 3) перевага надається не майновому інтересу, а немайновому. До того законодавець адміністративними (фіскальними) чи іншими засобами стимулює до безоплатного надання. Так, в ряді штатів США водіям, які підвозять подорожуючих і підбирають пасажирів надається право проїзду по більш швидкісним за режимом полосам автострад. Тим особам, які надають допомогу надаються фіскальні пільги, присвоюються спеціальні звання меценат, благодійник.

В українській традиції є такі види безоплатного надання як толока – допомога, у виконанні роботи, яка потребує участі багатьох осіб і повинна бути проведена швидко. Зазвичай толока використовувалась в використовується при зборі урожаю, наприклад картоплі, побудові будинку чи іншої споруди. Таку допомогу надають сусіди, родина, приближені, товариші, а особа яка отримує її зазвичай годує чи навіть причащає учасників толоки. Але

це не є обов'язковою ознакою таких відносин із надання допомоги. Тут здебільше є взаємовиручка за якої особа, яка отримала допомогу морально зобов'язана при необхідності надати її тому, хто буде її потребувати. Відповідно виникає запитання про особливість такої діяльності із безкорисливого надання та можливість і допустимість його правового регулювання.

Досі системоутворюючим договором тут є договір дарування. Він в ЦК має відносно відокремлене самодостатнє регулювання, що викладене у Главі 55 ЦК. Принаймні, законодавець відмовився від відсильного регулювання відносин за договором дарування, як це було в ЦК УРСР 1963 р., де надавалось визначення договору та вказувалось, що до відносин за договором дарування застосовуються правила про договір купівлі-продаж. Наразі цей договір, виписаний як самодостатній, що виділяє його серед інших договорів на передачу майна у власність. Принаймні, він випадає із загальних підходів до регулювання договорів купівлі-продажу на основі параграфу 1 Глави 54 ЦК, що підкреслюється більшістю правників. Більш того, зважаючи на самодостатність норм про договір дарування, до нього тяжіють інші договори з безоплатного надання речей, робіт чи послуг. При тому не йдеться про введення в ЦК, а тим більше в майбутній ЦК ЄС договорів, які вписуються у модель безоплатного надання, а про розробку доктринальних підходів до їх регулювання та посилення регулятивної та виховної функції права.

Законодавець намагається упорядкувати деякі відносини із безоплатного надання. Деякі з них, врегульовані на рівні спеціального законодавства, зокрема в Законі України „Про благодійництво та благодійні організації" [1]. З нього вбачається підхід до благодійництва як різновиду дарування. За його ст. 1. Благодійництво визначене як добровільна безкорислива пожертва фізичних та юридичних осіб у поданні набувачам матеріальної, фінансової, організаційної та іншої благодійної допомоги; специфічними формами благодійництва є меценатство і спонсорство. При тому, тут же меценатство визначене як добровільна безкорислива матеріальна, фінансова, організаційна та інша підтримка фізичними особами набувачів благодійної допомоги; а спонсорство як добровільна матеріальна, фінансова, організаційна та інша підтримка фізичними та юридичними особами набувачів благодійної допомоги метою популяризації виключно свого імені (найменування), свого знака для товарів і послуг. Уже в тому вбачається за метою певна відмінність: у першому випадку – безкорисливість, а у другому є певна мета та очевидно й умова спонсорства.

В той же час встановлені й правові ознаки благодійництва, яке повинне здійснюватися на засадах законності, гуманності, спільності інтересів і рівності прав її учасників, гласності, добровільності та самоврядування. Напроти, договір дарування здебільше має особистісний характер і не підлягає розголошенню ні сам факт дару, ні тим більше предмет, а інколи і дарувальник вчинює дар інкогніто.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Договір дарування відомий багатьом цивілізаціям але своїй юридичній завершеності завдячує римському приватному праву. В республіканський період розвитку римської державності дарування визнавалось охоронюваним законом способом виникнення права власності. Виголошена у формі стимуляції обіцянка подарувати мала юридичну силу. В той же час подружжям заборонялось дарувати речі один одному. У період імперії отримав позовний захист окремий вид неформальної домовленості про дарунок – pactum donationis [2, с.447-448], що характеризувався визначеністю предмету дару, відповідальністю дарувальника, підставами відміни дарування, що опісля запозичене іншими правовими системами.

В доктрині контрактного права договір дарування спричиняє складнощі щодо його розуміння за того, що 1) він не вкладається у загальну конструкцію договору як домовленості; 2) проявляє не так свої властивості як домовлені (двохсторонні та багатосторонні правочини) як інші; 3) має інший механізм виникнення та забезпечення виконання.

Здебільше він вважається як: спосіб набуття права власності [3, с.364-366], через односторонній акт, а не договір де дар – акт передачі речі обдарованому, який не спричиняє зобов'язань для нього. Власне це прояв дерелікції, але не взагалі викиданням речі, а цілеспрямованою на користь конкретної особи – обдарованого; як два правочини, один із яких спрямований на відчуження майна на користь обдарованого, а другий – на прийняття дарунку; як різновид цивільно-правового договору де предметом можуть бути не тільки речі, а й інші майнові блага. Є й інші конструкції, навіть оригінальні. Так чи інакше ці договори проявляють інші властивості, які впливають на їх механізм і тим не вписуються у конструкцію договору як домовленості.

Безумовно все це потребує теоретичного осмислення та розробки виважених пропозицій щодо поглиблення правового регулювання відносин, які вкладаються у конструкцію безоплатного надання майна чи інших об'єктів цивільних правовідносин. Тим більше, що добротним науковим аналізом вони досі були обійдені. Поодинокі публікації, здебільше описового спрямування не відображають стану наукової проблематики та пропозицій щодо можливого напрямку їх врегулювання.

Можливою гіпотезою для моделювання типу договорів на безоплатне надання є їх самостійність, наявність групи договорів, які вписуються в загальний стандарт договорів, їх мету та характеристику і механізм. Йдеться про можливий окремий тип договорів, який має певні відмінності від оплатних договорів на передачу майна (перенесення права власності), свої види та специфіку прояву мети, змісту, гарантій їх виконання. Тож мета цієї роботи встановитися у проявах правовідносин із безоплатного надання, їх особливостей та підґрунті правового регулювання відносин. Об'єктом є правовідносини, які виникають при безоплатному наданні.

Висхідною моделлю є зобов'язання які виникають при безоплатному наданні: передачі чи обіцянці зобов'язанні передати у майбутньому, а рівно відмови від отримання належного як економічного еквіваленту чи іншого різновиду надання, зокрема робіт послуг. Для всіх цих випадків притаманні одні ознаки: значна доля свободи надавача, безповоротність переходу прав, безстроковість, набуття вигоди набувачем в виді збільшення майна обдарованого чи відпадіння потреби витрачатися, або існуючого правового зв'язку за боргом. Тож такі правовідносини не вкладаються у традиційну конститутивну ознаку домовленості, чи навіть найбільш відомого договору дарування як домовленості сторін. Зазвичай, домовленість сторін досягається укладенням договору чи укладення договору є процесом досягнення домовленості , а не переноситься на момент його виконання.

Наразі на тлі договору дарування виникло ряд інших подібних правовідносин: пожертви, підтримки, спонсорства, піднесення, подаяння, відмови від прав вимог тощо. Їх об'єднує спільне: добровільна відмова володільця прав від них на користь іншої особи вигодонабувача без взаємного економічного надання та можливості заяви вимог. За сучасних технологій перерахування грошей виникають й інші проблеми, зокрема щодо можливості кваліфікації такого перерахування як хабара, особливо коли підлеглі обдаровують свого керівника у досить значних сумах.

Є й інші проблеми правового та етичного спрямування. Зокрема, стосовно подарунків до певних віхових подій, які зазвичай повинні вчинятися тактовно та бути інтелігентним і доречним до певного ювілею чи свята. Подарунки – свідчення певного ставлення до обдарованого, а інколи й натяк на його подальші дії: сумісне застілля, розрахунок чи натяк на слабкості у характері та пристрастях, намагання тактовно допомогти у формуванні певного майна (колекції), на подальше майбуття (особливо при дарування обручальної каблучки) тощо. Це здавна – певне мистецтво, навіть дарування квітів певний знак та знакова система, якою слід оволодіти і вміло користуватися не тільки у особистій, але й у професійній діяльності. Інколи воно набуває форми складчини - внеску у спільний захід (корпоративну вечірку). Тож дар торту, тістечок, фруктів є відчуженням у формі частування.

Досить незрозуміла допомога у формі складщини коли збираються кошти на гуртову допомогу (похорони, лікування, допомогу колезі, який потрапив у скрутне матеріальне становище, на загальні витрати персоналу структурного підрозділу та покриття недофінансування, зокрема на канцелярські витрати). Окрім згадування особливо тими правовідносинами ніхто не переймався. Можна говорити, що це прояв спільної діяльності, яка має елементи відчуження: на користь конкретної особи, на користь невизначеного кола осіб, на користь колективу структурного підрозділу, інколи загалу (обладнання та облагородження , навіть ланд-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

шафтний дизайн прибудинкової території або приміщення загального користування однією особою на користь).

Легальне визначення поміщене у ст. 717 ЦК : за договором дарування**,** одна сторона (дарувальник) передає або зобов'язується передати в майбутньому другій стороні (обдарованому) майно (дарунок) у власність. Воно спричиняє ряд складнощів: є тавтологічним та наперед обмежує дар у його об'єктах. Це стосується й повтору сторін, що є над лишнім і достатньо назвати тут персоніфіковані сторони: дарувальник та обдарований. Не виключено дар із участю третьої сторони – вигодонабувача чи договір з умовою на користь вигодонабувача. Дарую тобі цей цінний дар з тим, щоб ти передав певній особі таку ж але менш цінну річ: цінній автомобіль з тим щоб свій ти подарував іншій особі на яку вказав дарувальник. Батько дарує сину автомобіль з тим, щоб той подарував власний менш цінний автомобіль іншому сину. Тому підтвердженням є ст. 725 яка встановлює можливість обов'язку обдарованого на користь третьої особи. Тож тут є конструкція легатів, яка відома спадковому праву, зокрема про заповідальний відказ (статті 1237-1238 ЦК). Тим можливий і договірний відказ, як вказівка набувачу за договором передати одержувачу у власність або із іншим речовим правом майнового права. Принаймні, така вказівка в договорі на користь третіх осіб не суперечить прояву принципу свободи договору (ст. 627 ЦК). Слід зважати, що предмет дарунку відповідно до ст. 718 ЦК не обмежується лише майном, а відповідно до ст. 718 ЦК набагато ширший. Подарувати можна й туристичну путівку як туристичні послуги тощо.

Вважається що договір дарування спрямований на припинення права власності у дарувальника і виникнення права власності у обдарованого чи передачу майна у власність. В законодавстві Німеччини це влучно названо перенесенням права власності із відчужувача на набувача. Тим самим визначено типологічна приналежність цього договору – на передачу майна у власність. Проте, варто зазначити, що поняття "безоплатна передача майна" значно ширше за поняття "передача майна за договором дарування". Крім того, не досить зрозуміло чи переслідується дарувальником саме мета відчуження ? Видається що ні: тут переслідується інша мета, яка досягається майновим чи іншим наданням. Відповідно тут або слід в межах договорів на передачу майна у власність виділити підтипи, або намагатися змоделювати окремий підтип, де основна мета не сам дар як передача майна у власність, а висловлення свого ставлення та здійснення особистого права на спілкування, на повагу на самовираження чи навіть індивідуальність. Не дарма стверджується, що важливий не подарунок, а ставлення дарувальника до обдарованого чи навіть навпаки: обдарованого – до дарувальника.

Так чи інакше ми визнаємо, що цей договір як і інші йому подібні дисонує із загальними правилами пар.1 Глави 54 ЦК. Тут

йдеться не стільки про майнову мету та її прояв на практиці – «на тобі Боже, що мені не гоже», а про домінування особистих мотивів над майновими. Тим більше, що є ряд різновидів зазначених договорів. До того, не дарма у ст. 1 ЦК на перше місце поставлені немайнові відносини і їх спеціальне правове регулювання у Книзі другій ЦК. Можливо піти дальше та визнати договори у сфері особистих прав на рівні закону, а не беззастережно притримуватися що особисті немайнові права не можуть бути предметом договорі та інших правочинів. Тим більше, що практика давно вже їх використовує але законодавче стримування, означає незахищеність сторін.

Безоплатність таких договорів означає що відчужувач не має права вимагати від набувача зустрічних дій майнового характеру. Інша справа щодо немайнових дій, тої ж подяки. Звідси, ми поставимо пересторогу хамству набувачів, які невдячні, а інколи ще «поносять» своїх благодійників. Такі обов'язки переносяться у сферу звичаїв і немайнових відносин. Безоплатне надання - форма висловлення особливого особистого, а інколи й колективного, ставлення до набувача, засіб підтримки його у скрутному становищі. Видається справедливим, що він повинен хоча б подякувати за принесений дар і виявити до дарувальника певну увагу і тим цей обов'язок з морального перенести у сферу правового. Можна мені дорікнути за таку пропозицію, але не слід забувати про виховну функцію права та засаду справедливості.

Домінування немайнових інтересів у відчужувача виділяє ці договори із договорів на передачу речі, навіть при тому, що засобом їх досягнення є переважно майно. Відповідно можна стверджувати, що такі договори надають можливість самовиразитися. Побудовані меценатами храми та споруди увіковічили їх у пам'яті вдячних потомків, навіть якщо вони виписані ликами святих. Ніякого святотацтва ми тут не вбачаємо, як і не вбачають їх представники кліру християнства. Такий підхід слугує обґрунтуванню переваги відчужувача над одержувачем за безоплатними договорами чи те, що він є сильною стороною і до нього не можуть бути заявлені вимоги. Тож очевидне домінування тут немайнового інтересу та відносин, хоча поки що не детермінуючих права та обов'язки їх сторін. Проте вони незримо тут присутні.

Безоплатність – основна конститутивна ознака договорів дарування та йому подібних. Проте це не означає відсутність зустрічних обов'язків певного характеру: морального – подякувати дарувальнику, висловити прихильність до нього, висловити задоволення дарунком навіть за того що він може не подобатися; зобов'язального – використати дарунок для загальнокорисної мети або за певним призначенням. Якщо дитячій установі подаровано телевізор то він повинен використовуватися для навчально-інформаційної мети, а не бути елементом обстановки кабінету чи домівки її керівника; речового – обтяження предмету дару заста-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

вою чи сервітутом. Обтяження можуть бути й щодо самого відчужувача, наприклад дарування будинку із правом проживання у ньому самого дарувальника.

Певну складність з огляду на це складає спонсорство яке здійснюється не з благодійною метою, а зазвичай із комерційною. Спонсором є юридична або фізична особа, яка цілеспрямовано здійснює матеріальну, фінансову, організаційну або іншу підтримку будь-якої діяльності спонсорованої сторони з метою популяризації винятково свого імені (найменування), свого знака для товарів і послуг. В Законі України «Про благодійництво та благодійні організації» спонсорство визначене як безкорислива пожертва - добровільна безкорислива пожертва фізичних та юридичних осіб у поданні набувачам матеріальної, фінансової, організаційної та іншої благодійної допомоги. Але пожертва надається без очікування донора отримати якусь вигоду чи на повернення наданого. Напроти, спонсори завжди очікують прямої чи не прямої вигоди від спонсорування. Спонсорство форма взаємовигідних договірних відносин між спонсором і спонсорованою стороною, за якою спонсор зобов`язується і гарантує оплату усіх витрат на проведення певного заходу за умови, що назва спонсора, його торгової марки буде широко асоціюватися з проведеним заходом (проектом) [4,с.47] .

Зустрічне зобов'язання обдарованого щодо третіх осіб чи самого дарувальника не перетворює його із безоплатного у оплатний. У іншому разі це б суперечило ч.2 ст. 717 ЦК де прямо вказано що якщо договір встановлює обов'язок обдарованого винити на користь дарувальника певну дію майнового або немайнового характеру він не є договором дарування.

Право на відчуження майна чи інше безоплатне надання – виключне право, яке не забезпечене юридичним обов'язком набувача. В тому його особливість та відмінність від інших суб'єктивних прав. Таке суб'єктивне право реалізується особисто як і право набувача на відмову від набуття прав. Зазвичай і перше і друге є односторонніми правочинами. З їх укладенням як правило, не виникають взаємні обов'язки. З поширенням на договір дарування правил про договір купівлі-продажу виникла проблема із обов'язком дарувальника попереджувати обдарованого про властивості дарунку, що можуть завдати шкоди життю та здоров'ю обдарованого чи інших осіб чи їх майну. З одного боку за звичаєвим правилом „дарованому коню у зуби не заглядають" обдарований не може вимагати подарунку з певними характеристиками та він може відмовитися від прийняття дарунку який його не влаштовує, а з другого його особисті та майнові інтереси повинні бути належним чином захищені.

У той же час на практиці нотаріуси намагаються зобов'язати обдаровуваного застереженням що „обдарований із вдячністю приймає дарунок", що є неправильним із правової точки та традиційної конструкції зазначеного договору, а з другого є морально виправданим и немає перепон для переведення із моральної ка-

тегорії в правову. В той же час „вдячність” як правова категорія не досить чітка і потребує на перших порах тлумачення, а в подальшому наповненні правовим змістом.

Зазвичай обдарований набуває права власника стосовно прийнятого майна. Проте при даруванні майна фізичними особами юридичним особам, зокрема державним, кооперативним або іншим громадським організаціям, може бути встановлено обов’язок використанням дарунку для певної суспільно корисної мети (бібліотеку — для наукових досліджень, колекція картин — для публічного показу в музеї чи влаштування картинної галереї тощо). Умова про певне цільове використання дару можлива й для обдарованої фізичної особи.

Останнім часом загострилась проблема культурного надбання, яке було передане власниками державі. Зокрема, спадкоємці заявляють вимоги про повернення їм спадку. З одного боку, відсутність договору про дарування – означає сумнівну легітимність набуття прав. З другого, ніхто не відміняв строки позовної давності, не доведене неправомірне заволодіння цими об’єктами прав.

Зазначений договір вкладаються в конструкцію договорів про приєднання як за способом укладення так і за можливістю формувати їх умови. Набувач не може висувати зустрічну оферту щодо предмету та інших умов, якщо інше не встановлене законом. Він або приєднується до умов або не погоджується з ними і договір не відбувається. Відповідно за договорами про надання надавач надає матеріальне чи фактичне надання набувачу, не заявляє претензій щодо повернення боргу або іншого виконання юридичного обов’язку, а набувач приймає таке надання або від нього відмовляється.

В такі конструкції відсутня домовленість та стадія укладення договору у своїй класичній схемі оферти та акцепту. Основне у виникненні правовідносин та правового зв’язку відводиться набувачу і той фактичними діями визначає погоджуватися йому на запропоноване чи ні.

Таким чином, договори на безоплатне надання мають ряд особливостей, які слугують підставами для виділення їх в окремий тип.

Література: 1. Закон України „Про благодійництво та благодійні організації” від 16 вересня 1997 р. //Урядовий кур'єр. Інф. додаток "Орієнтир". — 1997. — № 1. 2. Покровский И.А. История римского права. СПБ.. 1913., 3. Победоносцев К. Курс гражданского права. В 3-х т. СПб. 1896. Т.3., 4. Божков В.В. «Реклама та стимулювання збуту: навчальний посібник – К. Кондор. 2009 – 334 с.

Застосування діалектичного методу у цивілістичних дослідженнях

Мічурін Є. О.

Наразі у наукових дослідженнях застосовується чимало методів наукового пізнання. Серед них діалектичний метод є найбільш загаль-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

ним при проведенні юридичних досліджень, інші методи наукового пізнання природно доповнюють діалектичний метод, логічно випливають з нього. Діалектичний метод передбачає застосування всієї гами методів наукового пізнання, втім, вони базуються на ньому.

Енциклопедичне визначення діалектичного методу вказує, що це один з основних методів пізнання світу, що базується на аналізі різних позицій на досліджуваний об'єкт. Як правило, такий всебічний аналіз різних точок зору зводиться до стикання двох протилежних істотних позицій, які прийнято називати тезою та антитезою[2]. Найбільш відомим формулюванням діалектичного методу, що існувало за радянські часи була фраза, що цей метод втілюється у єдності та боротьбі протилежностей. *Втім, як видається, у найбільш формалізованому вигляді визначення діалектичного методу виявляється за структурою:* ***«теза → антитеза → аналіз → синтез».***

Саме розуміння юридичної науки з виходом на нове знання виявляється у наявних тезі та антитезі як двох неузгоджених між собою, протилежних наукових позицій (чи груп таких позицій). Можливим є дещо скорочений варіант, коли на противагу певній позиції чи погляду на те чи інше юридичне явище, висувається альтернативна позиція. Втім, і в такому варіанті протилежна позиція ґрунтується на певній аргументації, що передбачає певну антитезу, втім, не таку, що ґрунтується на іншій позиції, а таку, яка ґрунтується на аргументах, що піддають попередню позицію сумніву. В іншому випадку, коли немає різних за своєю сутністю позицій слід казати про існування відносної узгодженості у тому чи іншому погляді на певне юридичне явище.

В правовій науці нові аргументи в найбільш глобальному вигляді зумовлені зміною економічної формації суспільства (як базису юридичних конструкцій), є підставою для формулювання іншої, ніж була обґрунтована до того, позиції. Так, свого часу провідний радянський ідеолог В.І.Ленін відзначав, що все у галузі господарства є публічно-правовим, але не приватним та обстоював розширення застосування державного втручання у приватноправові відносини[3]. Ця ідеологія втілювалася у нормах радянського законодавства – від Декрету «Про землю» від 26 жовтня (8 листопада) 1917 р., яким було скасовано, як тоді писали, раз і назавжди і без будь-якого викупу право приватної власності на землю до ЦК УРСР 1963 р, за яким земля перебувала у виключній власності держави (ст. 90), отже казати про її майновий обіг через відчуження між фізичними особами не доводилося. Зміна економічної формації в державі призвела до можливості формування нової юридичної моделі права власності на землю, яка передбачила зокрема наявність приватної власності на земельні ділянки.

[2] http://ru.wikipedia.org/wiki/Диалектика

[3] Ленин В. И. Полн. собр. соч., т. 44. - С. 398.

Те саме можна сказати про інші види майна – квартири, будівлі, підприємства як цілісні майнові комплекси тощо.

Звичайно, діалектичний метод як провідний метод наукового пізнання не залежить від тимчасових історичних, економічних, політичних та інших умов. Інша справа у конкретних виразах його застосування, оскільки універсалізм діалектичного методу дозволяє розглядати явища скрізь різні зрізи. Якщо береться за основу концепція приватної власності, цей метод дозволяє обґрунтовано протиставити її концепції пріоритету державної власності. Концепція розвитку прав людини може бути протипоставлена концепції пріоритету державних інтересів, що відбивається на визначенні провідного в сучасних умовах шляху розвитку права. Втім, це не змінює сутності діалектичного методу, який дозволяє розвиватися науковому знанню за допомогою інструментарію виявлення тези та антитези та виявлення серед них провідних концепцій, вчень, позицій. Таким чином можуть вирішуватися і локальні наукові завдання, зокрема, розвиток нового знання шляхом виявлення загальних позицій, заперечення одних позицій і сприйняття інших та поглиблення на основі останніх існуючої позиції, що взята за основу.

Отже, в сучасній науці конструкція «теза → антитеза → аналіз → синтез», тобто прояв діалектичного методу природно існує та застосовується в дослідженнях через свою логічну узгодженість та можливість при застосуванні цього методу досягнення обґрунтованого наукового результату.

Так, при дослідженні обмежень майнових прав фізичних осіб одні вчені висловлюють позицію, що обмеження у праві встановлюються лише законом (Р.Б.Шишка[4], В.П.Камишанський[5], К.Скловський[6], В.С.Пономарьов [7], Т.Б.Станкевич[8] та інші), окремі дослідники припускають можливість встановлення нових обмежень судом (І.В.Міщенко[9]). Аналіз судової практики, чинного законодавства України, теоретичної конструкції механізму правового регулювання дозволяє досягти певного синтезу знань з у цьому питанні й дійти висновку, що встановлення обмежень майнових прав фізичних осіб відбувається законом, втім у меха-

---

[4] Шишка Р.Б. Охорона права інтелектуальної власності: Монографія. - Х.: Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2002. – С. 46.

[5] Камышанский В.П. Ограничения права собственности: гражданско-правовой анализ: Дис... д-ра юрид. наук : 12.00.03 . - М.: РГБ, 2003. – С.109.

[6] Скловский К. О возможности ограничения права собственности договором // Хозяйство и право, 1999, №5, с. 109.

[7] Пономарев В.С. Право собственности граждан на жилое помещение: вопросы ограничений. Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 .-М.: РГБ, 2005. - С. 54.

[8] Станкевич Т.Б. Ограничения права собственности на земельные участки: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 .-М: РГБ, 2003. - С.6.

[9] Міщенко І.В. Судове рішення як підстава виникнення обмежень права приватної власності. Збірник тез наукових робіт учасників ІІ Всеукраїнської цивілістичної наукової конференції студентів та аспірантів / Упорядник: Чанишева А.Р// Одеська національна юридична академія. Одеса: Феникс, 2007. - С.133.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

нізмі правового регулювання судові рішення як акти застосування права сприяють втіленню окремих обмежень. При цьому суд має діяти в межах закону, отже не вправі за власною ініціативою встановлювати такі обмеження, що не передбачені до того у законі.

Аналіз і синтез є важливими методами наукового пізнання, втім гармонійно з'єднуються при застосуванні діалектичного методу, адже аналізувати та синтезувати факти у правовій науці прийнято з урахуванням більшості позицій на певне явище, серед яких нерідко існують протилежні, неузгоджені.

Релятивна недослідженість окремих питань юридичної науки виникає з прийняттям нових нормативних актів галузевого значення, наприклад, ЦК України. Це дає підстави для активного наукового пошуку у певному напрямку юридичної науки, що пов'язано з визначенням природи явища, необхідності у результатах порівняльного правознавства, моделювання, виявлення закономірностей дії та тенденцій розвитку юридичних інститутів, можливостей їх вдосконалення.

Синтез знання: існуючих наукових позицій, практики застосування чинного законодавства (зокрема інших країн), історичних джерел, статистичної інформації за допомогою аналізу, який у свою чергу спирається на формально-логічний, історичний та інші методи наукового пізнання, дозволяє досягти нового знання, сформувати позицію, що враховує попередні з них, у тому числі протилежні за своєю сутністю (узгодити існуючи суперечності), сформувати нову позицію за допомогою існуючих знань.

Як загальний висновок слід відзначити важливість застосування діалектичного методу при проведенні досліджень з юриспруденції як загального методу наукового пізнання, що дозволяє при дослідженні юридичних явищ брати за основу різні, у тому числі протилежні за своєю сутністю наукові позиції та через їх аналіз і подальший синтез знань виходити на творчі результати, яким притаманні якості наукової новизни.

Поняття цивільного права як приватного права

Борисова В. І.

1. Ще з часів римського права існує проблема дуалізму права, тобто необхідність його поділу на публічне і приватне. Сучасна система права України теж виходить з поділу права на приватне і публічне, поклавши в основу такого поділу зміст інтересу. Там, де відносини ґрунтуються на владно-розпорядчих засадах, йдеться про загальний, публічний, а не приватний інтерес. Проголошений, наприклад, у відповідності зі ст. 67 Конституції України (далі – Конституції) обов'язок кожного сплачувати податки і збори в порядку і розмірі, встановлених законом, є обов'язком публічно-

правовим. Необхідність його виконання обумовлена суспільним інтересом, оскільки суспільство безпосередньо зацікавлено у здійсненні державою обов'язків, зокрема щодо забезпечення екологічної безпеки, здійснення захисту суверенітету і територіальної цілісності території України, забезпечення її економічної та інформаційної безпеки (статті 16 та 17 Конституції) тощо. Публічний правопорядок необхідний будь-якій фізичній особі для того, щоб вона могла реалізовувати гарантовані їй Конституцією права та свободи, здійснювати свою приватну життєдіяльність у відповідності до власних інтересів.

Однак, поділ права на приватне та публічне тільки за критерієм інтересу (матеріальний критерій) в сучасних умовах можливий, але навряд чи є універсальним. Так, коли на юридичних осіб публічного права у цивільних відносинах поширюються положення ЦК (ст.82), коли йдеться про публічний договір (ст.633 ЦК), договір приєднання (ст.634 ЦК) тощо, неможливо чітко визначити чий інтерес має перевагу - приватний чи публічний? В зв'язку з цим доцільнішим було б визнати, що критерієм поділу права на приватне та публічне, перш за все, є формальний критерій, а саме спосіб побудови і регулювання юридичних відносин, що властивий системі приватного та системі публічного права. Такий підхід випливає з самої природи регульованих приватним правом відносин, оскільки останні, як це передбачено у ст.1 ЦК, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. Хоча, безумовно, при цьому не можна нехтувати і такою категорією як інтерес, оскільки будь-яке правове регулювання має місце заради задоволення тих чи інших потреб людини.

Таким чином, публічне право - це сукупність правових норм, які регулюють відносини, що побудовані на засадах влади і підпорядкування їх учасників владним інституціям, і пов'язані з державними або суспільними інтересами. Основну сутність публічного права складає прийом юридичної централізації. Приватне право - сукупність правових норм, що за допомогою диспозитивного методу забезпечують і регулюють захист відносин, заснованих на юридичній рівності, вільному волевиявленні і майновій незалежності їх учасників.

Цивільне право як приватне право (в об'єктивному розумінні) – це сукупність правових норм, які регулюють шляхом диспозитивного методу особисті немайнові та майнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників

2. Проте між приватним і публічним правом немає і не може бути, як писав І. Покровський, "різкої демаркаційної лінії". Так, в приватному (цивільному) праві застосовуються суто публічні інститути, наприклад, державна реєстрація юридичних осіб, обмеження права власності, публічний договір, договір приєднання тощо. На-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

впаки, в публічному праві можна знайти приклади регулювання відносин на загальних засадах цивільного права. Зокрема публічні юридичні особи діють у цивільних відносинах на рівних правах з іншими учасниками цих відносин, тобто, на власний розсуд, реалізуючі свої права на засадах свободи договору, свободи підприємницької діяльності, якщо інше не встановлено законом.

3. У свою чергу публічне і приватне право (система права) поділяються на галузі права. До галузей публічного права традиційно відносять адміністративне, конституційне, кримінальне, фінансове, канонічне право, а до галузей приватного права – цивільне, трудове право тощо. Проте, система права України не є незмінною, вона трансформується. Але чи свідчить це про те, що виникли і сформувалися такі нові галузі права як підприємницьке, корпоративне, господарське тощо? І якщо це так, то до яких галузей права – приватного чи публічного їх можна віднести? Таким чином, проблема співвідношення цивільного права з нормами, що регулюють підприємницькі відносини, питання підпорядкування і системної належності різних груп норм, які покликані регулювати однорідні приватно-правові відносини, в сучасних умовах є вельми актуальною.

Вважаємо, що при вирішенні цієї проблеми слід погодитися з С.С. Алексєєвим, який вважає: у загальній системі права, де існують три основні ланки галузей – профілюючі (базові), спеціальні і комплексні, що характеризуються поєднанням різнорідних інститутів профілюючих та спеціальних галузей, спостерігається формування своєрідних сфер комплексного характеру, які юридично опосередковують нові «прошарки соціальності» і, більше того, зростає тенденція їх переростання в основні галузі. Але в сучасних умовах вони ще не в повній мірі виявили свою юридичну специфіку і не накопичили свій самобутній матеріал, а лише є комплексом елементів з різних галузей права. Крім того, навіть у сферах своїх специфічних відносин вони відтворюють ті правові засади, які характерні для інших галузей, перш за все, базових – цивільного і адміністративного, галузей процесуального права. Тому для більш адекватної в науковому і практичному відношенні характеристики їх слід визначати як вторинні, комплексні галузі [1, с.46, 598-601].

Список використаної літератури: 1. *Алексеев С.С.* Право: азбука-теория-философия: Опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999.

Гласність цивільного судочинства

Кройтор В. А.

Як зазначається в юридичній літературі засада гласності цивільного судочинства базується на конституційній вимозі гласності судового процесу.

(п.7 ст.129 Конституції України).[5, с.39-40] В п.7 частини третій ст.129 Конституції України вказується, що однією із засад судочинства є гласність судового процесу та його повне фіксування технічними засобами. Таким чином, нам слід визначити, які саме найзагальніші та специфічні для судочинства у цивільних справах правові вимоги повинні увійти в зміст засади гласності та відповідної статті ЦПК.

В залежності від осіб, які можуть бути ознайомлені з діяльністю суду, виокремлюють гласність для сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, - гласність в вузькому розумінні цього слова і гласність для народу, чи публічність.[1, с.42] Можливо сказати, що зміст засади гласності цивільного судочинства складають правові вимоги звернені прямо до суду (процесуальний зміст принципу гласності) і положення, які закріплюють права громадян, що виникають у зв'язку з проведенням відкритого судового розгляду (публічність).

У процесуальний зміст засади гласності судового розгляду цивільних справ на нашу думку входять наступні елементи: найбільш повно гласність здійснюється у відкритому судовому розгляді, який згідно частини другої ст. 6 ЦПК, є основним елементом змісту гласності судового розгляду цивільних справ; обов'язкове повідомлення про час і місце розгляду справи; повне фіксування судового розгляду цивільних справ технічними засобами; підстави та загальний порядок здійснення розгляду цивільної справи у закритому судовому засіданні; прилюдне оголошення рішень та ухвал, якими закінчується розгляд справи.

Принциповим положенням гласності цивільного судочинства є і загальне правило про те, що ніхто не може бути позбавлений інформації про час і місце розгляду справи. Як зазначає М.Й.Штефан встановлене ст. 6 ЦПК визначення змісту принципу гласності як відкритого розгляду справ у суді не є повним. Гласність означає також відкритість усіх матеріалів справи для осіб, які беруть участь у справі, в їх праві знайомитися з ними, в обов'язковому їх інформуванні про час і місце судового засідання і про виконання окремих процесуальних дій. Гласність судового розгляду полягає також у праві публікувати звіти і повідомлення про судові процеси в пресі, інформувати про них по радіо, телебаченню та з використанням інших засобів масової інформації, обговорювати матеріали справи в трудовому колективі тощо. Ніхто не може бути обмеженим у праві на отримання в суді усної чи письмової інформації щодо результатів розгляду справи .[2, с.40]

Маємо зазначити, що зниження у більшості населення зацікавленості до відкритого розгляду обумовлено і непоодинокими випадками недостатньою інформованістю про судові процеси, які мають відбутися, та несвоєчасний їх початок. Не виключені і випадки, коли окремі учасники цивільного процесу, в тому числі і суд, можуть бути зацікавлені в тому, щоб, наприклад хід судового засідання не висвітлювався у засобах масової інформації і т.п.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Тому є важливим положення частини другої ст. 6 ЦПК: "Ніхто не може бути позбавлений права на інформацію про час і місце розгляду своєї справи".

Положення ст.129 Конституції України про повне фіксування судового процесу технічними засобами отримує двояке відображення: перше полягає в обов'язку суду забезпечити повне фіксування судового процесу технічними засобами (як мінімум — повинен вестись протокол судового засідання); друге — це право громадян, присутніх на судовому розгляді справи, вести записи, звукозапис, фото- і кінозйомку, теле- і відеозапис. [3, с.564-565]

Особливий інтерес викликає право осіб, які присутні в залі суду вести звуко-, теле- і відеозапис, фото- і кінозйомку. Застосування цих засобів в ході судового засідання розглядалось у процесуальній літературі в основному як джерело фіксації доказів.[4,с.243-247] Але дані засоби можуть використовуватися представниками засобів масової інформації як для підготовки репортажів, так і для транслювання судового засідання. І.Петрухін вказує, що всі присутні в залі судового засідання можуть вести записи, стенографування і навіть безшумний звукозапис з тією умовою, щоб це не заважало ходу процесу .[5, с.171,217] Маємо зазначити, що це питання нині врегульовано в частині восьмій ст. 6 ЦПК, згідно якої учасники цивільного процесу та інші особи, присутні на відкритому судовому засіданні, мають право робити письмові записи, а також використовувати портативні аудіотехнічні пристрої. Проведення в залі судового засідання фото- і кінозйомки, відео-, звукозапису із застосуванням стаціонарної апаратури, а також транслювання судового засідання по радіо і телебаченню допускаються на підставі ухвали суду за наявності згоди на це осіб, які беруть участь у справі.

Наступним елементом змісту засади гласності цивільного судочинства виступають підстави та загальний порядок закритого судового розгляду цивільних справ. Як вже зазначалось зміст принципу гласності цивільного судочинства полягає в тому, що розгляд справ у всіх судах відкритий, за винятком випадків, коли це суперечить інтересам охорони державної або іншої таємниці. Закритий судовий розгляд також допускається за мотивованою ухвалою суду з метою запобігання розголошенню відомостей про інтимні чи інші особисті сторони життя осіб, які беруть участь у справі, або відомості, що принижують їх честь і гідність, а також забезпечення таємниці усиновлення.

Також слід звернути увагу на те, що згідно частини четвертої ст.6 ЦПК особисті папери, листи, записи телефонних розмов, телеграми та інші види кореспонденції можуть бути оголошені у судовому засіданні тільки за згодою осіб, визначених ЦПК. Вказане правило застосовується при дослідженні звуко- і відеозаписів такого самого характеру.

В закритому судовому засіданні мають право бути присутні особи, які беруть участь у справі, а у разі необхідності - свідки, експерти, спеціалісти і перекладачі (частина п'ята ст. 6 ЦПК).

Важливим елементом засади гласності судочинства є також публічне проголошення рішення у всіх випадках. Ця норма закріплена в частині дев'ятій ст. 6 ЦПК. Згідно положенням частини шостої ст.6 ЦПК розгляд справи в закритому засіданні провадиться з додержанням усіх правил цивільного судочинства. Відповідно до положень частини дев'ятої ст.6 ЦПК рішення судів у всіх випадках проголошується прилюдно, крім випадків, коли розгляд справи проводився у закритому судовому засіданні. Особи, які беруть участь у справі, а також особи, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їх права, свободи чи обов'язки, мають право на отримання в суді усної або письмової інформації про результати розгляду відповідної справи.

Важливою гарантією неупередженої поведінки судді та прийняття справедливих рішень є соціальний контроль громадян в умовах гласності (відкритості) судового процесу. Публічний характер правосуддя, що забезпечує його відкритість і сприяє контролю з боку суспільства, має й ту особливість, що стимулює суддю контролювати свою поведінку, додержувати норм закону, відігравати належну судді роль. Будучи справедливим по суті, суддя своєю поведінкою у відкритому публічному процесі повинен підтверджувати цю якість. Суд над людиною передбачає її право пояснити судді та співгромадянам суть своїх вчинків, розраховуючи при цьому на розуміння. В обстановці публічності значно знижується можливість засудження невинного або призначення надмірно суворого покарання. В усіх міжнародних нормах, що стосуються здійснення правосуддя, публічність є необхідним елементом його справедливості. Публічність (гласність, відкритість) судового розгляду справ спрямована на захист сторін від таємного правосуддя (яке не підпадає під контроль громадськості) і є одним із засобів збереження довіри до судів усіх рівнів.[6, с.57]

Література: 1. Гражданский процесс: Учебник/Под ред. В.А.Мусина, Н.А.Чечиной, Д.М.Чечота. – М.: "Проспект", 1998. – 480 с.; 2. Штефан М.Й. Цивільний процес: Підручник для студ. юрид. спеціальностей вищих закладів освіти. – Вид.2-ге, перероб. та доп. – К.: Видавничий Дім "Ін Юре", 2001. – 696с.; 3. Король В. Зміст засади гласності кримінального судочинства//Вісник Львів. ун-ту. Серія юридична. – 2001. – Вип.36. – С. 562-567.; 4. Треушников М.К. Судебные доказательства. – М.: ОАО Издательский дом "Городец", 2004. – 272 с.; 5. Петрухин И.Л. Гласность судопроизводства//Конституционные основы правосудия в СССР. Под ред. В.М.Савицкого. – М.: Наука, 1981.-360с.; 6. Кононенко В.І. Неупередженість суддів//Вісник Верховного Суду України. - № 2. – 2002.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Правові підстави притягання до цивільно-правової відповідальності за нецільове використання бюджетних коштів

Гетманець О. П.

В умовах децентралізації бюджетної системи, розвитку міжбюджетних відносин і суттєвого впливу політичних чинників на бюджетний процес суттєве підвищується рівень вимог к процедурі розгляду бюджетних порушень і злочинів і забезпеченню державного бюджетного контролю інструментами їх попередження і покарання.

Суттєвим кроком в розробці концепції відповідальності за бюджетні правопорушення було прийняття Бюджетного кодексу України (далі - БК), який визначає поняття бюджетного правопорушення і юридичні заходи відповідальності за них. Однак сучасна практика бюджетної діяльності свідчить про декларативний характер цих норм і фактично про безвідповідальність за порушення строків або процедури бюджетного процесу [1]. Тому дуже корисним для удосконалення механізму бюджетного контролю є поява в науці фінансового права публікацій про види юридичної відповідальності за бюджетні правопорушення [2].

Пробіли в бюджетному законодавстві щодо методології, процедури і організації бюджетного контролю, відповідальності за бюджетні правопорушення приводе до порушень і злочинів в бюджетному процесі.

Нецільове використання бюджетних коштів, як можливо зробити висновок з диспозиції ст.119 БК, це правопорушення, змістом якого є - витрачання коштів на цілі, що не відповідають бюджетним призначенням, встановленим законом про Державний бюджет України чи рішенням про місцевий бюджет, виділеним бюджетним асигнуванням чи кошторису [3].

Нецільове використання бюджетних коштів є тим правопорушенням за яке передбачено притягнення відповідних посадових осіб до дисциплінарної, адміністративної чи кримінальної відповідальності, а також їх обов'язкове повернення до відповідного бюджету, що по суті є фінансовою санкцією що відновлює збитки держави. Отже, ст.119 БК визначає декілька покарань за одне бюджетне правопорушення, що порушує принцип відповідальності. Теж саме стосується і ст. 121 БК, яке визначає, що особи винні у порушення бюджетного законодавства несуть цивільну, дисциплінарну, адміністративну або кримінальну відповідальність. Інших норм, які регламентували би порядок застосування зазначених видів відповідальності, у БК немає. Тому для застосування цієї норми слід користуватися іншими законами. Таким чином, визначено, що в разі виявлення бюджетного порушення можна застосовувати будь-яку міру відповідальності залежно від

вимог різних галузей права, зокрема цивільного, кримінального, адміністративного, фінансового. Тобто нема чіткості у визначенні покарання за конкретний вид бюджетного правопорушення.

Водночас передбачено, що незалежно від настання цивільно-правової відповідальності в разі скоєння бюджетного правопорушення до розпорядників чи одержувачів бюджетних коштів застосовуються стягнення і заходи впливу, регламентовані нормами БК. Зокрема, йдеться про призупинення бюджетних асигнувань (ст.117 БК), про зупинення операцій із бюджетними коштами, про адміністративні стягнення (ст. 118БК), а також про призупинення рішення про відповідний місцевий бюджет (ст. 122 БК) і про повернення до відповідного бюджету коштів, отриманих як субвенції, в разі їх нецільового використання (п.2 ст.119БК). Таким чином, який самий захід застосовується до посадової особи, яка притягнута до цивільно-правової відповідальності за бюджетне порушення залишається не зрозумілим, як і те, що фінансове покарання, чомусь, покладається на бюджетну установу.

Неврегульованість законодавства на практиці може привести до уникнення від відповідальності, або до застосування подвійного покарання, або до покарання разом з винними і невинних осіб.

Фахівці відмічають, що з прийняттям БК було скасовано нормативне положення, яке забезпечувало повернення бюджетних коштів у разі їх нецільового використання, а нове не було прийнято [1]. Все це створює умови, за яких нецільове використання спостерігається майже у кожного розпорядника бюджетних коштів і набуває загрозливих масштабів для фінансової стабільності держави.

Механізм бюджетного контролю не буде ефективним без визначення в розпорядженні контролюючих суб'єктів заходів реалізації правооновлюючих і правопокараних функцій, які в бюджетному процесі мають матеріальний зміст, що притаманне саме фінансової відповідальності, яку можливо використовувати у вигляді стягнення штрафу з винних осіб при притягненні до цивільно-правової відповідальності, що і потребує відповідних змін ст. 121 БК.

Література: 1.Іванова І. М. Система відповідальності учасників бюджетного процесу в Україні потребує змін / І. М. Іванова // Фінансовій контроль. – 2008. – № 1. – С. 17–23. ; 2.Іванський А. Й. Фінансова-правова відповідальність: теоретичний аналіз: монографія / А. Й. Іванський. – Одеса : Юридична література, 2008. – 504 с.; 3.Бюджетний кодекс України : від 21.06.2001 р., № 2542–III // Офіційний вісник України. – 2001. – № 29. – Ст. 1291.

Досягнення компромісу як спосіб недопущення виникнення та вирішення корпоративного конфлікту

Жорнокуй Ю. М.

Розвиток та функціонування цивілізованого суспільства дозволяє констатувати, що погодження інтересів може бути у двох фо-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

рмах: правовій і не правовій. Дослідження наукової літератури надає можливість констатувати, що правові форми співвіднесення інтересів можуть бути у двох формах: не договірні та договірні. Під не договірними формами узгодження інтересів розуміються законодавчі, адміністративні, судові, тобто ті, що ґрунтуються на законодавчих, нормативних, судових актах. Стосовно договірної форми, варто зауважити, що вона є правовим засобом організації соціальних зв'язків між окремими суб'єктами соціальних систем. Волевиявлення даних суб'єктів конкретизоване, на думку Ж.В. Завальної, у певній договірній формі та є інтересом кожної із сторін [4, с. 43], у тому числі й сторін корпоративного конфлікту. Це пояснюється основоположними засадами, за якими, на думку Р.З. Лившиця, право, за своєю соціальною сутністю є засобом суспільної згоди, компромісу, воно є нормативно закріпленою і реалізованою справедливістю [9, с. 32].

У зв'язку з цим постала проблема з'ясування місця компромісу між учасниками корпоративних відносин у структурі правових відносин з недопущення або, у разі виникнення, вирішення корпоративного конфлікту.

Уявлення про протилежність приватних і суспільних інтересів використовується для розмежування публічного і приватного права, але все частіше науковці зазначають, що публічне і приватне право повинні знаходитися між собою не у відносинах супідрядності, а бути рівноправними системами зі своїми сферами та методами регулювання [1, с. 584]. При цьому важливим є компроміс між публічними і приватними інтересами, виключення їх конфронтації [10, с. 89]. Компроміс на державному рівні має подвійну природу. З одного боку, у державі компроміс використовується як засіб попередження та розв'язання конфліктів. З другого – компроміс є відповідним станом функціонування суспільства у межах держави, який характеризується стабільністю [2, с. 149].

Баланс інтересів учасників корпоративних відносин [6, с. 19] - один із принципів корпоративного права. С. Михайлов вважав, що особливості вияву інтересів полягають у діяльності щодо встановлення, зміни, припинення, захисту суб'єктивних прав і обов'язків у правовідносинах із використанням юридичних засобів для досягнення поставлених цілей [10, с. 86-92]. Проте інтереси учасників корпоративних відносин є різними (наприклад, інтереси міноритарних акціонерів зводяться, як правило, до отримання дивідендів, у той час як інтереси мажоритарних (-ого) – до "примноження" майна самого товариства, власником якого фактично є останні).

Участь особи у корпоративних організаціях передбачає наявність взаємності, еквівалентності, отримання певних вигод від такого роду зв'язків і, таким чином, добровільну узгодженість приватного інтересу та інтересу соціальної системи певного рівня (корпорації). При виникненні нових соціальних систем людина прагне на договірних засадах узгоджувати власні інтереси, йдучи

на компроміси, поступки, беручи на себе виконання певних обов'язків, погоджуючись із певними обмеженнями на користь соціальної системи, для отримання від останньої відповідного сприяння, допомоги, захисту своїх приватних інтересів [4, с. 42]. Проте якщо приватні інтереси стали поступово набувати важливого значення в нашому суспільстві, не слід відводити їм егоцентричну роль [7, с. 170]. Констатацією факту компромісності при вступі особи до нових корпоративних організацій є укладення договору [11, с. 182-190] (у більшому випадку це має значення для публічних товариств), що спонукає до: 1) залучення коштів корпоративною організацією від майбутнього учасника (забезпечення публічного інтересу), та 2) забезпечення інтересів та захист суб'єктивних прав майбутнього учасника.

Компромісність та конфліктність у поведінці суб'єктів проявляється по-різному, залежно від рівня соціального інституту. У соціальних інститутах простого рівня (міжособистісний рівень, внутрішньогруповий рівень) конфліктність і компромісність поведінки суб'єктів залежить, як правило, від суб'єктивних чинників, на які чинить вплив об'єктивна реальність шляхом функціонування в єдиному просторі інших соціальних інститутів. У свою чергу, в соціальних інститутах складного рівня (міжгруповий рівень, державний рівень, рівень світової системи) компромісність і конфліктність обов'язково прив'язані до об'єктивно встановленого у таких інститутах порядку [2, с. 145]. При застосуванні компромісу кожна сторона отримує частково те, до чого має інтерес. Проте компроміс часто є лише тимчасовим виходом із конфліктної ситуації, оскільки сама причина залишається невирішеною [8, с. 22].

Д.І. Дєдов вважає, що проблеми конфліктних ситуацій дозволяють виокремити духовний зміст права, оскільки захист від такого конфлікту, так як і від недобросовісності або від несправедливості, має глибокий моральний характер, і до нього не може бути застосованим поняття "правове регулювання" [5, с. XI]. У зв'язку з цим постає слушне питання: яким же чином, на рівні нормативного масиву, ми можемо попередити можливість виникнення корпоративних конфліктів? Якщо відстоювати позицію неможливості застосування поняття "правове регулювання" до категорії "корпоративний конфлікт", то виникає потреба убезпечити особу від можливості його виникнення не правовими методами. Ми вважаємо, що застосування методів, які не відповідають правовим засадам суспільства, не є можливим у контексті побудови правової системи і урегулювання відповідних суспільних відносин. Тому, можливо, проблематика за таких обставин полягає не у самому правовому регулюванні, а застосуванні відповідної правової категорії, яка б відображала порядок правового забезпечення недопущення або захисту від корпоративного конфлікту. Ми вважаємо, що доречним було б застосування до категорії "корпоративний конфлікт" поняття "недопущення та право-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

вий захист від ...". По-перше, стосовно "недопущення корпоративного конфлікту", варто збагнути, що законодавчий масив повинен бути побудований таким чином (хоча б були здійснені спроби), щоб конфліктуючі інтереси були виключені з відповідних корпоративних відносин. По-друге, "правовий захист від корпоративного конфлікту" має містити комплекс правових заходів щодо запобігання порушення прав та законних інтересів учасників корпоративних відносин.

Віднесення корпоративних конфліктів до правових обумовлено тим, що у випадку, якщо учасники конфлікту не досягли компромісу і не зафіксували своє волевиявлення у рішенні загальних зборів або шляхом укладання договору, то вирішення конфлікту здійснюється шляхом розгляду судом цивільних або господарських спорів.

На підставі викладеного ми доходимо висновку, що одним із способів недопущення виникнення та вирішення корпоративного конфлікту є досягнення компромісу між зацікавленими сторонами корпоративних відносин. Недопущення виникнення конфлікту може вчинятися як публічно-правовими засобами (передбачатися чинним законодавством), так і приватноправовими засадами (укладення договірних конструкцій). Вирішення корпоративного конфлікту має ті ж самі "відтінки", але, у цьому разі, передує приватноправовий рівень, оскільки сторонам надається право самостійно узгодити власні інтереси та вирішити розходження у них на міжособистісному рівні, у той час, як публічний характер вирішення корпоративних конфліктів зумовлений участю судових інстанцій.

Література: 1. Алексеев, С.С. Право: азбука-теория-философия: Опыт комплексного исследования [Текст]. – М.: Статут, 1999. – 712 с.; 2. Бобровник, С. Специфіка прояву компромісу і конфлікту в межах соціальних інститутів [Текст] // Право України. – 2009. - № 12. – С. 144-150.; 3. Энциклопедическій словарь. Томъ XVa: Коала – Конкордія [Текст]. Издатели: Ф.А. Брокгауз, И.А. Ефронъ. С.-Петербургъ, Типо-Литографія И.А. Евфрона, 1895. – 960 с.; 4. Завальна, Ж.В. Договірні форми узгодження (співвіднесення) інтересів [Текст] // Підприємництво, господарство і право. – 2007. - № 10. – С. 40-43.; 5. Конфликт интересов [Текст] / Дедов Д.И. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – 288 с.; 6. Корпоративное право [Текст]: Курс лекций /А.А. Кирилловых. – М.: Юстицинформ, 2009. – 192 с.; 7. Корпоративне управління [Текст]: Монографія/ І. Спасибо-Фатєєва, О. Кібенко, В. Борисова; За ред. проф. І. Спасибо-Фатєєвої. – Х.: Право, 2007. – 500 с.; 8. Кузьмина М.Н. Юридический конфликт: теория и практика разрешения [Текст]. – М.: Издательство "Юрлитинформ", 2008. – 256 с.; 9. Лившиц, Р.З. Теория права [Текст]. Учебник – М.: Издательство БЕК, 1994. – 224 с.; 10. Михайлов С.В. Интерес как общенаучная категория и ее отражение в науке гражданского права [Текст] // Государство и право. – 1999. - № 7. – С. 86-92.;11. Спасибо-Фатєєва, І.В. Акціонерні угоди [Текст] // Право України. – 2009. - № 12. – С. 182-190.

Тези наукових доповідей та повідомлень в секції цивільного та сімейного права

Реформирование системы институциональной заботы о детях, оставшихся без попечения родителей в России, Англии и Японии

Татаринцева Е. А.

1. Конвенция ООН о правах ребенка 1989 г. среди форм заботы о ребенке, который временно или постоянно лишен своего семейного окружения, предусматривает его помещение в соответствующие учреждения по уходу за детьми лишь в случае необходимости. Стремительное падение интереса к воспитанию детей в детских домах за последние десятилетия XX-XXI столетий объясняется не только экономическими причинами, в т.ч. тем, что содержание воспитанников интернатных учреждений обходилось государству намного дороже, чем все другие альтернативные формы заботы о детях, но и тем, что их воспитание часто не имело успеха в достижении целей реабилитации детей, поскольку из-за стигматизации

[1] и институционализации[2] тех, кто передавался под опеку государства, такие организации создавали больше проблем, чем решали. Не случайно сегодня главной и наиболее выраженной законодательной тенденцией для большинства европейских стран и США является преобладание семейно-ориентированного подхода над институциональным по принципу «Лучше «плохая» семья, чем «хороший» детский дом».

2. Процесс деинституционализации быстрыми темпами развивается и в России, выражаясь в ликвидации детских домов и массовой передачи детей на воспитание в семьи, что обусловлено не только рекомендациями Комитета по правам ребенка по поводу необходимости принятия Российской Федерацией незамедлительных профилактических мер, направленных на сокращение числа детей, проживающих в интернатных учреждениях [1], но также и соображениями экономии государственных средств, поскольку содержание одного воспитанника в детском доме государству обходится в 150-200 тыс. рублей в год, а в семье, даже с выплатой всех пособий – в три раза дешевле. Так, в 2008/09 г.г. число всех типов образовательных учреждений для детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей (государственные детские дома, школы-интернаты, детские дома-школы, негосударствен-

[1] Имеется в виду название «детдомовский», которое рассматривается как позорное.

[2] Ценности учреждения доминируют над ценностями личности и ребенок лишается своей индидуальности.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

ные детские дома) уменьшилось на 8,2% по сравнению с 2007/08 г.г; за этот же период количество воспитанников стало меньше на 11,7%, а число работников учреждений – на 7,3 % [2]. Вместе с тем ежегодно выявляется более 100 тысяч родителей и опекунов, злоупотребляющих своими родительскими правами по отношению к детям, и количество детей, переданных на государственное попечение, по-прежнему остается очень высоким. Это вызывает необходимость выработки четкого государственного механизма по реформированию системы институциональной заботы о детях, оставшихся без попечения родителей, при их передаче на семейное воспитание с тем, чтобы интересы ребенка могли быть обеспечены наилучшим образом. Прежде всего, это касается принятия мер по установлению государственного контроля за денежными средствами, которые при реорганизации детских домов должны направляться на создание служб по сопровождению ребенка и семьи, материальному стимулированию лиц, взявших на воспитание ребенка, развитию системы профессиональной поддержки семьи.

3. Мировой опыт показывает, что в подходе к решению проблемы реформирования системы институциональной заботы по отношению к детям, оставшимся без попечения родителей, в европейских и восточных странах имеются значительные отличия, отражающие различные взгляды, идеологии и традиции, примером чего являются такие государства как Англия и Япония. Однако, несмотря на это, сравнительно-правовой анализ этих стран в части большинства вопросов, лежащих в основе государственной системы защиты прав ребенка, представляется возможным.

В Японии ребенок считается главным «сокровищем нации» и поэтому инвестиции в детей, их социализация и обращение с ними рассматриваются большинством авторов [3, с. 5] как единственная и наиболее важная область социальной политики. Не случайно в Японии под опеку государства передается намного меньше детей, чем в Англии [4]. Вместе с тем, если в Англии, помещение ребенка в детский дом, предназначенный как для временного (respite care), так и для постоянного проживания (residential care) детей, рассматривается в качестве крайней меры, используемой в целях профилактики и урегулирования конфликтов, возникающих в семье, то в Японии при решении вопроса об устройстве детей, оставшихся без попечения родителей, предпочтение отдается именно детскому дому и очень незначительно используются альтернативные формы заботы о детях, такие как воспитание в приемной в семье (фостеринг), что, несомненно, является выражением доверия государственному попечению. И, если в Англии официально число детей, проживающих в детских домах постоянно снижается, составляя в настоящее время около 15%, в Японии оно приближается к 90% и в последние годы возрастает. При этом, если в Англии в свыше 30% случаев дети передаются

на воспитание в детский дом на основании судебных решений, в Японии при устройстве детей в детские дома суды принимают участие крайне редко [3, с. 6].

Вместе с тем, как в Японии, так и в Англии поощряется временное помещение ребенка в детский дом самими родителями, при сохранении последними своих родительских прав с тем, чтобы они могли возобновить заботу о своем ребенке в любое время в отличие от его принудительного помещения на постоянное проживание, осуществляемое органами государственной власти.

В Англии устройство детей под опеку органов местного самоуправления осуществляется в основном профессиональными социальными работниками, которые отвечают за качество услуг, предоставляемых детям, сразу с момента их помещения в детские или фостеровские дома. В Японии система профессиональной социальной работы не развита и устройство детей, оставшихся без попечения родителей, зависит от совместной работы органов местного самоуправления и местных волонтерских организаций, контролирующих благосостояние детей, попавших в трудную жизненную ситуацию.

В Японии свыше 90% детских домов являются частными, и именно частные институты и организации, созданные в конце XIX столетия привели к созданию института защиты прав ребенка. В Англии, хотя частные благотворительные организации, такие как «Доктор Барнадос», играют важную роль в профилактике социального сиротства, ответственность за заботу о нуждающихся детях несет государство с момента принятия Парламентом еще в 1601 г. Закона о праве бедных. Сегодня в Англии имеется около 30% частных детских домов, которые при этом получают государственные деньги для оказания услуг (система патроната), аналогичных тем, которые предоставляются в японских детских домах, за счет средств государственных фондов, предназначаемых для содержания детей, оставшихся без попечения родителей [3, с. 7–8].

В Англии детские дома становятся все более и более специализированными и являются своего рода индивидуальными организациями, предлагающими свои собственные различные программы, отвечающие потребностям определенных специальных групп детей в их общей популяции. В Японии существует лишь очень небольшое количество специализированных учреждений, оказывающих терапевтические услуги для детей и их лечение в детских домах, оказываемое без предоставления какой-либо специализированной помощи, является все еще нормой.

Сегодня в государственных детских домах Англии, в среднем находится менее пяти детей [5], и они практически ничем не отличаются от частных детских домов как по своим размерам, так и по обстановке; в Японии детские дома рассчитаны в среднем более чем на 50 человек и имеют тенденцию к увеличению как

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

количества мест проживания, так и инфраструктуры, предназначенной для их обслуживания.

В Англии контроль за помещением детей, переданных на попечение органов местного самоуправления осуществляется не реже 1 раза в шесть месяцев для того, чтобы ребенок не оставался в детском доме временного пребывания больше установленного срока; срок долговременного пребывания в среднем составляет свыше года. В Японии за последние два десятилетия средняя продолжительность пребывания в детских домах становится более длительной и в среднем составляет почти пять лет.

В детских домах Японии, дети, с потенциально делинквентным поведением помещаются в отдельные учреждения, в то время как в Англии, согласно Закону о детях и подростках 2001 г. их стараются помещать в те же детские дома, что и детей, не испытывающие поведенческих проблем. Таким образом, если в Англии в результате жесткой критики системы воспитания ребенка в учреждениях в конце XX столетия произошло ее реформирование в альтернативные семейные формы воспитания, японские детские дома продолжают сохранять в целом позитивный общественный имидж и являются приоритетной формой устройства детей, оставшихся без попечения родителей, на воспитание.

Литература: 1. Комитет по правам ребенка ООН. 40-я сессия. Рассмотрение доклада Российской Федерации «О реализации Конвенции о правах ребенка». 30 сентября 2005 г. (п. 39) // http://www. fw.ru/Analytic/Reports; 2. Образование в России. – 2008. Статистический бюллетень. – М.: МГУПИ, 2009; 3. Goodman R. The Changing Role of Child Protection Institutions in Contemporary Japan. – New York: Oxford University Press, 2004; 4. Если в 2000 г. в Англии, где насчитывалось 13 млн. детей, не достигших возраста 18ти лет под опеку органов местного самоуправления было передано 54 400 детей, что составило 0,4 % от всего количества детей в Англии, то в Японии, где количество несовершеннолетних достигло 30,79 млн. чел. – около 31 000 детей, что составило 0,1 % всего детского населения; 5. Закон о детях 1989 г. предусматривает, что количество детей, проживающих в детском доме должно составлять более трех человек См. Children Act 1989, Part VIII, s. 63(3)(a).

Проблемні питання, що виникають при застосуванні Прикінцевих та перехідних положень Цивільного кодексу України щодо спадщини

Міненкова Н. О.

Важливість вирішення питання про застосування правил кн. 6 чинного ЦК щодо спадщини, яка відкрилася, але не була прийнята ніким із спадкоємців до набрання чинності цим Кодексом (абз. 1 п. 5 Прикінцевих та перехідних положень ЦК 2003 р.), підтверджена часом та судовою практикою.

Так, під час вивчення судової практики у цивільних справах в судах м. Харкова та Харківської області нами було виявлено, що у

статистичних звітах судів. не передбачено графи, в якій би зазначалася кількість заявлених позовів та розглянутих справ щодо визнання права власності на майно у порядку спадкування із застосуванням абзацу 1 п. 5 Прикінцевих та перехідних положень, а відсоток оскарження в апеляційному порядку рішень, постановлених за цими позовами, незначний. Однак такі справи досить часто зустрічаються в судовій практиці, а підходи, які застосовують суди, потребують удосконалення.

ЦК 1963 р. було визначено коло спадкоємців та черговість одержання ними права на спадкування. Спадкування здійснювалося у дві черги, до кола яких входили лише найбільш близькі родичі спадкодавця, тобто коло спадкоємців за законом було істотно обмежено. До числа спадкоємців за законом також належали непрацездатні особи, які перебували на утриманні померлого не менше одного року до його смерті.

Відповідно до ЦК 2003 р. право на спадкування отримали родичі до шостого ступеня споріднення включно. Коло спадкоємців за законом істотно розширено, і ті спадкоємці, які за ЦК 1963 р. не мали права на спадкування, за ЦК 2003 р. його отримали. Так, набули право на спадкування у третю чергу рідні дядько та тітка спадкодавця, в четвергу чергу — особи, які проживали зі спадкодавцем однією сім'єю не менш як п'ять років до часу відкриття спадщини. Реформування спадкового справа за ЦК наблизило його до засад регулювання відносин спадкування, покладених в основу європейських правових систем.

Відповідно до ст. 555 ЦК 1963 р. спадкове майно по праву спадкування переходило до держави, якщо у спадкодавця не було спадкоємців ні за законом, ні за заповітом. Натомість, в чинному ЦК перехід спадщини до держави не передбачено (за винятком випадку, коли держава виступає спадкоємцем за заповітом).

Проведеним аналізом судової практики з розгляду цивільних справ за позовами про визнання права власності на спадкове майно, спадщина на яке відкрилась до набрання чинності ЦК 2003 р. і не була прийнята колом спадкоємців, які мали право на спадкування за нормами ЦК 1963 р., визначено, що майже у 80 % справ суди позови задовольняли, оскаржувались такі рішення дуже рідко.

Характерною є цивільна справа за позовом З. до П., Зміївської міської ради про визнання права власності на ½ частину будинку в порядку спадкування. Суд задовольнив позов, визнавши право власності на частину будинку за позивачем після смерті його тітки, яка померла в червні 2002 р. і не мала спадкоємців, які мали право на спадкування за нормами ЦК 1963 р. Суд виходив із того, що спадщина не була прийнята спадкоємцями за нормами ЦК 1963 р., який діяв на час відкриття спадщини, не взята на облік податковими органами, міська рада із заявою про визнання спадщини відумерлою не зверталася, тому дійшов висновку про за-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

стосування до даних правовідносин абз. 1 п. 5 Прикінцевих та перехідних положень ЦК 2003 р. і ст. 1265 цього Кодексу. Позивач проживав у будинку та прийняв спадщину після смерті своєї матері П. на ½ частку, у зв'язку з чим суд зробив висновок про можливість визнання права власності на іншу ½ частину будинку, яка належала його тітці. Рішення в апеляційному порядку не оскаржувалось.

У справі за позовом В. до ДПІ у Зміївському районі про визнання права власності у порядку спадкування після смерті Х., яка виховувала його з дитинства, суд першої інстанції також виходив із того, що представник відповідача позовні вимоги визнав і на підставі ст. 1264 ЦК 2003 р. визнав право власності на будинок за позивачем, так як судовим розглядом було встановлено, що позивач проживав зі спадкодавцем однією сім'єю більше п'яти років, інших спадкоємців не було.

Рішенням Вовчанського районного суду Харківської області від 6 жовтня 2004 р. визнано право власності на 1/3 частину житлового будинку за позивачкою Г. після смерті її тітки Г., що померла в червні 2000 р.

Суд встановив, що після відкриття спадщини спадкоємців, які входили до числа спадкоємців за нормами ЦК 1963 р. померла не мала. Позивачка постійно проживає в будинку і після набрання чинності ЦК 2003 р. була єдиною спадкоємицею після смерті своєї рідної тітки. Представник територіальної громади Вовчанської міської ради проти позову не заперечував. Суд, застосувавши абзац 1 п. 5 Прикінцевих та перехідних положень та ст. 1265 ЦК 2003 р., позовні вимоги задовольнив. В апеляційному порядку рішення суду не оскаржувалось.

Наведені приклади свідчать про те, що суди в основному задовольняли позовні вимоги, враховуючи, що спадщина відкрилась і не була прийнята спадкоємцями за законом, коло яких було визначено ЦК 1963 р., і що спадщина не була взята на облік та не перейшла у власність держави. Позови здебільшого пред'являли спадкоємці, зазначені у статтях 1263, 1264, 1265, 1266 ЦК.

Дуже часто, задовольняючи позовні вимоги про визнання права власності у порядку спадкування за племінниками, двоюрідними сестрами та братами спадкодавця суди відносили їх до п'ятої черги спадкоємців за законом та керувались нормами ст. 1265 ЦК, не враховуючи положення про спадкування за правом представлення (ст. 1266 ЦК). Спадкування за правом представлення надано не лише онукам і правнукам, а й прабабі, прадіду, племінникам, двоюрідним братам та сестрам, тобто родичам третього—четвертого ступеня споріднення. Не слід нехтувати того правила, при спадкуванні за прямою низхідною лінією, право представлення діє без обмеження ступеня споріднення.

Оскільки спадкоємці за правом представлення спадкують ту частку спадщини, яка належала б за законом їх родичам, якби

останні були живими на час відкриття спадщини, то вони можуть не одержати частку, рівну часткам інших спадкоємців.

Під час розгляду позовних вимог позивачів К., М., Р. про визнання права власності на спадщину за правом представлення Печенізьким районним судом Харківської області встановлено, що після смерті спадкодавця спадкоємцями на його майно були його донька і троє онуків — діти померлого раніше сина. Суд визнав право власності у порядку спадкування на ½ частину спадкового майна за донькою, а за онуками як спадкоємцями за правом представлення відповідно по 1/6 частині.

Слід також відмітити, що при вирішенні цих справ положення ЦК щодо строків прийняття спадщини не враховувались. Водночас, відповідно до ст. 1270 цього Кодексу для прийняття спадщини встановлюється строк у шість місяців, який починається з дня відкриття спадщини. А тому питання про застосування норми ч. 3 ст. 1272 ЦК 2003 р. про визначення додаткового строку, достатнього для подання заяви про прийняття спадщини, спірне і потребує роз'яснення.

Гарантійні строки як один із видів захисту суб'єктивних цивільних прав

Кузьменко С. Г.

Однією з найважливіших як в науковому так і в практичному сенсі проблем цивільного права є проблема захисту цивільних прав. Будь-яке суб'єктивне право буде мати соціальну цінність лише постільки, оскільки його можна буде захистити у встановленому законом порядку.

Матеріальні та процесуальні норми чинного законодавства, які регулюють способи, форми та порядок захисту, мають єдину мету – забезпечити повний, всебічний та швидкий захист суб'єктивного права. Захист суб'єктивних цивільних прав забезпечується різноманітними способами і мірами, серед яких строки мають важливе значення.

На наш погляд, під строками захисту цивільних прав слід розуміти періоди у часі, в межах яких можна захистити своє порушене суб'єктивне право, тобто здійснити дії, передбачені законом, по відновленню порушеного права або компенсації завданої шкоди.

У юридичній літературі правовідносини прийнято поділяти на регулятивні та охоронювальні. Так, В.В. Луць вважає, що в регулятивних правовідносинах встановлені строки здійснення суб'єктивних прав і виконання обовязків, а в охоронювальних – вони є строками захисту цивільних прав [1, с. 263].

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Порушене суб'єктивне цивільне право яке підлягає захистові буде реалізуватися в межах охоронювальних правовідносин, до яких належать гарантійні зобовязання якості продукції, робіт та послуг, що є дійсними протягом певних строків (гарантійних строків) [1, с.264].

Так, п. 2 ст. 675 ЦК визначає гарантійний строк як встановлений договором або законом строк, протягом якого продавець гарантує якість товару [2]. Тобто, суть гарантійних строків полягає у тому, що при виявленні у товарах (роботах, послугах) відступів від умов договору про якість, покупець (замовник) на свій вибір може вимагати від виготовлювача: а)заміни товару; б) відповідного зменшення винагороди; в) безоплатного усунення недоліків; г)розірвання договору з відшкодуванням покупцеві збитків (п.1,2 ст. 678 ЦК) [2].

Конкретні гарантійні строки встановлюються у різних стандартах, технічних умовах, правилах про договори підряду на капітальне будівництво та інших підзаконних актах.

Як зазначає І. Кучеренко гарантійний строк – це період часу, встановлений законодавством або договором, протягом якого виготовлювач (виконавець) забезпечує якісну роботу (застосування, використання) товару (виробу), послуги тощо. Гарантійний строк застосовується у договорах купівлі-продажу, міни, поставки [3, с.168].

Наприклад, Закон України «Про захист прав споживачів» ретельно регулює відносини між споживачами товарів, робіт і послуг та виробниками і продавцями товарів, виконавцями робіт і надавачами послуг різних форм власності, встановлює права споживачів, а також визначає механізм їх захисту та основи реалізації державної політики у сфері захисту прав споживачів [4]. Так, п.5 ст.1 цього Закону визначає гарантійний строк як строк, протягом якого виробник (продавець, виконавець або будь-яка третя особа) бере на себе зобов'язання про здійснення безоплатного ремонту або заміни відповідної продукції у зв'язку з введенням її в обіг [4].

Тобто, як вважає В.В. Луць, для деяких правовідносин (а ми маємо на увазі та розглядаємо зараз охоронювальні правовідносини, які захищаються гарантійними строками – *Авт.*) у законі передбачається, що нездійснення права або невиконання обов'язку в певний строк призводить до припинення цього права або невиконання обов'язку. Такі строки називаються присічними (преклюзивними) [1, с.263].

Так, М.А. Гурвич з цього приводу зазначає, що слід погодитися з думкою тих авторів, які відносять до присікальних (присічних (преклюзивних) – *Авт.*) строків гарантійні строки, бо під гарантією ми розуміємо додаткову, підвищену на відміну від звичайних строків, відповідальність за справність речі або за належне виконання обов'язку іншою особою. Гарантійний строк є складовою

частиною зобов'язання. Гарантійні строки не можуть бути припинені внаслідок того, що гарантійні строки не є строками позовної давності [5].

Аналогічної позиції дотримувалась М.Я. Кириллова, яка також відносила гарантійні строки до присікальних строків. Закінчення гарантійного строку це припинення права покупця вимагати усунення недоліків товару в передбаченому порядку. Гарантійні строки не є строками позовної давності, тому до них також не застосовуються норми щодо зупинення, перерви і поновлення [6].

На наш погляд, слід погодитися з думками вчених щодо відношення гарантійних строків до присікальних строків у цивільному праві. Дійсно, адже закінчення гарантійного строку тягне за собою припинення суб'єктивного права вимагати заміни товару, безоплатного усунення недоліків, відповідного зменшення винагороди або розірвання з відшкодуванням покупцеві збитків. Крім цього, також припиняється й суб'єктивний обов'язок виготовлювача товару здійснити відповідні дії. Вважаємо, що саме за цими ознаками гарантійні строки можна вважати присікальними або присічними (преклюзивними) строки які захищають порушене суб'єктивне цивільне право.

Література: 1. Цивільне право України: Академічний курс: Підруч.: У двох томах / За заг. ред Я.М. Шевченко. – Т.1.Загальна частина.–К., Ін Юре, 2003. – 520 с. 2. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року, № 435-IV // Відомості Верховної Ради України, 2003. – №40-44. – Ст. 356; із змінами, внесеними згідно із Законом України від 21січня 2010 року, № 1822-VI // Відомості Верховної Ради України, 2010. – №10. – Ст. 106 3. Енциклопедія цивільного права України / Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; від. ред. Я.М. Шевченко. – К.: Ін Юре, 2009. – 952 с. 4. Закон України «Про захист прав споживачів» від 12 травня 1991 року, №1023-XII // Відомості Верховної Ради УРСР, 1991. – №30. – Ст. 379; із змінами, внесеними згідно із Законом України від 17 лютого 2009 року, № 1779-VI // Відомості Верховної Ради України, 2010. – №9. – Ст. 84; 5. Гурвич М.А. Пресекательные сроки в советском гражданском праве. - М.: Изд-во ВЮЗИ, 1961 - 80с.; Кириллова М.Я. Исковая давность. - М.: Юрид. литература, 1966. - 156с.

Іноземні громадяни як суб'єкти права власності на землю в Україні

Самойлов М. О.

Інститут придбання нерухомості іноземцями є дуже спірним у доктринах як України, так і інших європейських держав, оскільки стосується не лише економічного, а й політичного аспекту. Європейська доктрина міжнародного приватного права, аналізуючи законодавства різних країн, говорить про три основні форми регулювання державою цього питання: 1) повна заборона на придбання нерухомості іноземцями; 2) дозвіл на придбання при виконанні певних умов; 3) дозвіл на придбання без обмежень [1, с. 355-357].

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

У статті 26 Конституції України встановлено, що іноземці та особи без громадянства, які перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, що й громадяни України, за винятками, установленими Конституцією, законами чи міжнародними договорами України. Правовий статус названих категорій осіб визначено Законом України "Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства" [2] від 4 лютого 1994 р., що закріплює основні права, свободи та обов'язки іноземців та осіб без громадянства, які проживають або тимчасово перебувають в Україні. Іноземці та особи без громадянства є рівними перед законом незалежно від походження, соціального і майнового стану, расової та національної належності, статі, мови, ставлення до релігії, роду і характеру занять, інших обставин.

Іноземці та особи без громадянства наділені однаковим обсягом дієздатності з громадянами України, проте щодо цієї групи фізичних осіб існують певні загальні обмеження: здійснення іноземцями та особами без громадянства своїх прав і свобод не повинно завдавати шкоди національним інтересам України, правам, свободам і законним інтересам її громадян та інших осіб, які проживають в Україні.

Правовий статус іноземців у земельно-правових відносинах врегульовано різними нормативними актами. Оскільки має місце існування іноземного елементу (суб'єкт правовідношення) то поперше слід знайти колізійну норму законодавства України, яка б відсилала до необхідного правопорядку. Так, відповідно до ст. 38-40 ЗУ «Про міжнародне приватне право» [3] право власності та інші речові права на нерухоме та рухоме майно (їх належність до нерухомих або рухомих речей, класифікація, виникнення та припинення та відомості, які підлягають внесенню до державних реєстрів) визначаються правом держави, у якій це майно знаходиться – тобто норма відсилає до права України.

Відповідно ж до статті 374 ЦК [4] іноземці, особи без громадянства можуть набувати право власності на землю (земельні ділянки) відповідно до закону. На відміну від громадян України, які можуть набувати земельні ділянки всіх категорій і на різних підставах, іноземні суб'єкти права власності на землю обмежені у придбанні земель за категоріями, вибором місця їх розташування, у меті використання, умовах одержання тощо. Так, відповідно до частини четвертої ст. 22 ЗК [5] землі сільськогосподарського призначення **не можуть передаватися у власність іноземним громадянам**, особам без громадянства, іноземним юридичним особам і іноземним державам.

Частина 4 ст. 81 ЗК встановлює, що землі сільськогосподарського призначення, прийняті у спадщину іноземними громадянами, а також особами без громадянства, **протягом року підлягають відчуженню**. Водночас земельне законодавство дозволяє іноземним гро-

мадянам та особам без громадянства набувати право власності на земельні ділянки несільськогосподарського призначення в межах населених пунктів, а також на земельні ділянки несільськогосподарського призначення за межами населених пунктів, на яких розташовано об'єкти нерухомого майна, що належать їм на праві приватної власності (ч. 2 ст. 81 ЗК). Крім того, іноземні громадяни та особи без громадянства не мають права на безоплатне придбання земельних ділянок, що належать до державної і комунальної власності. Вони не мають права на приватизацію земельних ділянок, що раніше надавались їм у користування. Отже, закон взагалі виключає можливість придбання (передачі) іноземними суб'єктами права власності на землю сільськогосподарського призначення. Це пояснюється тим, що відповідно до частини першої ст. 1 Земельного кодексу земля є основним національним багатством країни, що перебуває під особливою охороною держави. Тому її використання іноземними суб'єктами на праві власності може заподіювати шкоду правам і інтересам вітчизняних громадян і суспільству.

Враховуючи вищевикладене, можна підкреслити, що відповідно до законодавства України існує три істотні обмеження придбання права власності на землю іноземними громадянами й особами без громадянства, а саме: іноземні громадяни й особи без громадянства можуть набувати право власності на земельні ділянки відповідно до частини другої ст. 81 у випадку:

придбання по договорах купівлі-продажу, дарування, міни й іншими цивільно-правовими угодами; викупу земельних ділянок, на яких розташовані об'єкти нерухомого майна, що належать їм на праві власності; прийняття спадщини.

Порівняння вищенаведених випадків придбання права власності на земельні ділянки іноземними громадянами й особами без громадянства із правовими підставами їх придбання вітчизняними громадянами також свідчить про обмежені можливості перших (частина третя ст. 81 Земельного кодексу).

Література.1. Bialocerkiewicz J. Status prawny cudzoziemca w świetle standardów międzynarodowych. – Toruń 1999. – str. 299.2. Закон України «Про правовий статус іноземців» // Відомості Верховної Ради України. – 1994.– № 23.– Ст. 161.3. Закон України „Про міжнародне приватне право" // Відомості Верховної Ради (ВВР), 2005. - № 32. – С. 422. 4. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. — 3-є вид., перероб. і доп. / За ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2008. — Т. І. — 832 с. 5. Земельний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. В. І. Семчика. — К.: Видавничий Дім «ІнЮре», 2003. — 676 с.

Проблеми спадкування права на частку у статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю

Печений О. П.

Проблема спадкування права на частку у статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю викликає складнощі у

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

двох аспектах. По-перше, складною і неоднозначною бачиться відповідь на питання про предмет спадкового правонаступництва, тобто ***що*** саме спадкується і переходить до спадкоємців. А по-друге, реалізація спадкоємцями своїх прав щодо частки у статутному капіталі ТОВ та інших підприємницьких товариств є *стадійною* і не в повній мірі вписується в класичні канони оформлення спадкових прав.

Зі смертю спадкодавця — учасника ТОВ відкривається спадщина на все його майно, права і обов'язки, включаючи право на частку у статутному капіталі товариства. Книга VI ЦК не містять норм, які б встановлювали специфіку спадкування цього об'єкта, на кшталт правилам про спадкування права на земельну ділянку (ст. 1225 ЦК), частку у праві спільної сумісної власності (ст. 1226 ЦК), права на одержання грошових сум (ст. 1227 ЦК), права на вклад у банку чи фінансовій установі (ст. 1228 ЦК). Водночас відсутні серед положень Книги VI ЦК і норми, які б не дозволяли включати право на частку до складу спадщини або забороняли правонаступництво у цих правах. Не може бути перешкодою і п. 2 ст. 1219 ЦК, за яким до складу спадщини не включається право на участь у товариствах, оскільки спадкується не право на участь, а право на частку (п. 9 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 2008 р. № 7 «Про судову практику у справах про спадкування»).

Отже, право на частку у статутному капіталі входить до складу спадщини нарівні з іншими майновими правами. Однак та обставина, що законодавець при визначенні специфіки спадкування окремих об'єктів (ст. 1225-1231 ЦК) не визначив певної специфіки спадкування права на частку, яка б враховувала природу цього права, що якісно відрізняється від інших прав спадкодавця, свідчить про певні вагання в цьому питанні. Аналіз норм ЦК, які регулюють перехід частки учасника ТОВ до інших осіб, наприклад ст. 147 ЦК, свідчить, що законодавець застосовує не зовсім характерний для спадкування термін «перехід частки до спадкоємців», хоча вірніше було б казати «включення до складу спадщини». Очевидно, цим законодавець прагнув підкреслити специфіку спадкування права на частку, яка проявляється у тому, що відповідно до ч. 5 ст. 147 ЦК частка переходить до спадкоємця фізичної особи, якщо статутом товариства не передбачено, що такий перехід допускається лише за згодою інших учасників товариства. Спадкоємець реалізує свої спадкові права на частку шляхом отримання у нотаріуса свідоцтва про право на спадщину, однак після цього повинен отримати згоду інших учасників товариства.

Таким чином, спадкоємці набувають права щодо товариства (зокрема, право на отримання вартості частки померлого у грошовому виразі), але не стають автоматично учасниками товариства з правами, що обумовлені часткою у статутному капіталі (ко-

рпоративні права). Можливість набуття статусу учасника може бути відповідно до статуту ТОВ пов'язуватись із наявністю згоди інших учасників товариства, про що йдеться у ч. 5 ст. 147 ЦК. Оскільки дана норма не встановлює форми і порядку надання згоди іншими учасниками, практичне наповнення змісту норми може істотно відрізнятись. Виділимо три основні підходи до розуміння положень ч. 5 ст. 147 ЦК.

Перший. Окремого рішення про прийняття спадкоємців до кола учасників не вимагається.

Другий. Прийняття спадкоємців до складу учасників ТОВ здійснюється загальними зборами учасників.

Третій. Питання про прийняття спадкоємців розглядається і вирішується кожним учасником окремо.

Відповідно до роз'яснень судових органів (п. 30 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2008 р. «Про практику розгляду судами корпоративних спорів», Узагальнення практики вирішення корпоративних спорів) прийняття рішення про вступ спадкоємця (правонаступника) учасника до ТОВ (ТДВ) належить до компетенції загальних зборів учасників. Таким чином, суди при застосуванні ч. 5 ст. 147 ЦК схиляються лише до одного варіанту вирішення проблеми.

Видається, що цей підхід є результатом занадто звуженого погляду на проблему і не вирішує усіх питань, які можуть виникнути. По-перше, роз'яснення судових органів не узгоджуються з буквальним змістом норми ЦК, де йдеться *про згоду інших учасників*, а не про рішення загальних зборів. По-друге, не враховується ситуація, коли загальні збори учасників товариства провести не можливо. Наприклад, помер єдиний учасник товариства. В цьому випадку наведені роз'яснення взагалі втрачають сенс. По-третє, частка спадкодавця може бути настільки значною (наприклад, 80 відсотків), що унеможливлює скликання загальних зборів.

Отже, на нашу думку, оформлення вступу спадкоємця учасника до ТОВ шляхом прийняття рішення виключно загальними зборами учасників бачиться не зовсім вірним підходом.

Умови виникнення зобов'язання із вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення

Ігнатенко В. М.

Згідно ч. 1 ст. 1158 ЦК, якщо майновим інтересам іншої особи загрожує небезпека настання невигідних для неї майнових наслідків, особа має право без доручення вчинити дії, спрямовані на їх попередження, усунення або зменшення. Реалізуючи зазначене право особа може понести витрати під час вчинення дій в чужому інтересі. Зміст зобов'язання із вчинення таких дій полягає в

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

праві особи (гестора), яка вчинила дії в майнових інтересах іншої особи (домінуса) без її доручення вимагати від останньої відшкодування фактично зроблених витрат, якщо вони були виправдані обставинами, за яких були вчинені дії і відповідно в обов'язку зобов'язаної особи відшкодувати ці витрати. З цього слідує, що зобов'язання по відшкодуванню понесених витрат виникає не в будь-яких випадках ведення чужих справ, а при наявності певних умов. Стосовно останніх, цивілістичній доктрині існують різні підходи, що відрізняються, як кількістю так і характером таких умов. Виходячи з аналізу норм глави 79 ЦК «Вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення» вважаємо, що слід віднести до їх числа наступні.

1. Дії в інтересах домінуса вчиняються без його доручення, що означає лише власну ініціативу гестора тобто відсутність договору, вказівки або наперед обіцяної згоди зацікавленої особи, а також обов'язку в силу закону вчинити певні дії в інтересах іншої особи. Такими, наприклад, є дії опікуна, піклувальника в інтересах підопічних, працівників служби соціального захисту населення, які надають допомогу громадянам похилого віку та інвалідам і т. ін. Як вбачається з постанови Вищого господарського суду України від 13.07.2006 р. по справі № 13/255, факт виконання ремонтних робіт пошкодженої ділянки водопроводу позивачем в інтересах відповідача за його проханням виключає можливість застосування ст. 1160 ЦК для відшкодування фактично зроблених витрат [1].

2. Наявність небезпеки настання невигідних майнових наслідків і спрямованість дій на їх попередження, усунення або зменшення. Небезпека повинна існувати на час вчинення дій, а не бути уявною. Вищий господарський суд України в постанові від 26.10.2006 р. по справі № 2-25/336-2006 зазначив, що позивач у повній мірі, відповідно до вимог законодавства добросовісно виконав дії, спрямовані на зберігання майна відповідача, його дії були виправдані обставинами, при яких вони були здійснені, оскільки, у протилежному випадку врожай, що належить відповідачу, міг загинути, позивач повідомив відповідача про збирання ним врожаю [2]. По іншій справі № 10/142/06 в постанові від 25.10.2006 р. цей же суд небезпекою визнав знаходження відповідача в стадії ліквідації, що передбачає припинення підприємницької діяльності з метою здійснення заходів щодо задоволення вимог кредиторів шляхом продажу його майна [3].

3. Дії гестора повинні бути націленими на отримання вигоди заінтересованою особою (збереження майна, виконання зобов'язання перед третьою особою). За своїм характером це можуть бути як фактичні дії (ремонт речі, захист майна від протиправних дій інших осіб), так і юридичні (укладення правочину, сплата боргу). Такою дією, зокрема, Вищий господарський суд України по справі № 10/142/06 в постанові від 25.10.2006 р. ви-

знав погашення заборгованості позивачем за кредитним договором, укладеним між відповідачем та банком на суму 180.000 грн. [4].

4. Гестор не має можливості отримати згоду зацікавленої особи на вчинення дій в її інтересі. В той же час обставини вимагають термінового втручання в справи домінуса. Коли ж такої терміновості немає і у гестора була можливість отримати згоду домінуса, зобов'язання по веденню чужих справ без доручення не виникає.

5. Особа яка діє в чужих інтересах, усвідомлює на що направлені її дії і не має на меті виникнення іншого цивільно-правового зобов'язання. Так, якщо із поведінки особи, яка звільняє боржника від майнового обов'язку перед третьою особою, слідує, що вона робить це не тільки на безкоштовній, але й на безповоротній основі, то йдеться про її бажання здійснити дарування.

6. Наявність витрат, понесених особою у зв'язку з вчиненням нею дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення, що як раз і означає ведення чужої справи за чужий рахунок. Враховуючи матеріали наведених господарських справ під витратами розуміється витрачання грошових коштів, паливно-мастильних матеріалів, амортизація техніки, заробітна плата працівників і т.п.

7. Особа, яка вчинила дії в майнових інтересах іншої особи без її доручення повинна при першій нагоді повідомити цю особу про свої дії.

Список літератури: 1, 2, 3, 4. www.nau.kiev.ua.

Сімейна правосуб'єктність дітей

Красицька Л. В.

Категорія сімейної правосуб'єктності є малодослідженою у науковій літературі. Це обумовлено тим, що найчастіше вважається, що сімейної право- та дієздатності як самостійних правових категорій не існує, оскільки й саме сімейне право є підгалуззю цивільного права, тому сімейна право- та дієздатність співпадають з цивільною правосуб'єктністю фізичної особи. У той же час цілком зрозуміло, що на сімейні правовідносини не можна механічно перекласти загальні положення про цивільну правоздатність та дієздатність фізичних осіб, зважаючи на ряд чинників: по-перше, у сімейному праві пріоритет надається правовому регулюванню саме особистих немайнових відносин, тому дієздатність впливатиме на можливість здійснювати самостійно особисті немайнові права; по-друге, цивільну дієздатність фізичної особи законодавець розкриває через правочиноздатність та деліктоздатність, що ж стосується сімейної дієздатності, то у сімейних правовідносинах положення про правочиноздатність зберігають своє значення, у той час як положення про деліктоздатність втрачають сенс. До змістовної характеристики сімейної правосуб'єктності зверталися

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

такі вчені, як Я.Р. Веберс [1, с.8], М.В. Антокольська [2, с.82-84] та інші, в межах цього дослідження буде розглянуто питання сімейної правосуб'єктності дітей на підставі аналізу чинного сімейного законодавства України.

Сімейну правоздатність М.В. Антокольська визначає як здатність мати майнові і особисті немайнові права та обов'язки [2, с.82], сімейну дієздатність – як здатність своїми діями набувати і здійснювати права, створювати для себе обов'язки і виконувати їх [2, с.84].

М.А. Хватова пропонує визначати дієздатність в області сімейного права як здатність до вчинення сімейно-правових актів, направлених на створення або припинення сімейних правовідносин (укладення шлюбу, встановлення батьківства, усиновлення), до здійснення особистих і майнових прав та обов'язків, що витікають з них [3, с.19].

Розглядаючи сімейну правосуб'єктність дітей, безумовно, не викликає спору положення, що сімейна правоздатність як здатність фізичної особи мати сімейні права та обов'язки виникає з моменту народження дитини. Також можна стверджувати, що у випадках, встановлених законом, здатність мати окремі сімейні права та обов'язки може пов'язуватися з досягненням фізичною особою відповідного віку, наприклад, здатність бути усиновлювачем дитини тощо.

Що ж стосується сімейної дієздатності, то зважаючи на пріоритет регулювання особистих немайнових відносин сімейним правом, сімейну дієздатність можна визначити як здатність фізичної особи своїми діями набувати і здійснювати сімейні особисті немайнові та майнові права, самостійно створювати для себе сімейні обов'язки та їх виконувати.

СК передбачає випадки, коли діти мають право самостійно здійснювати свої особисті немайнові права у віці, значно нижчому, ніж чотирнадцять років. Так, наприклад, у разі зміни прізвища обома батьками прізвище дитини, яка досягла семи років, змінюється за її згодою (ч.2 ст.148 СК). Частина 2 ст. 160 СК передбачає, що місце проживання дитини, яка досягла десяти років, визначається за спільною згодою батьків та самої дитини. Відповідно до ч.1 ст.218 СК для усиновлення дитини потрібна її згода, якщо вона досягла такого віку та рівня розвитку, що може її висловити.

Наведені вище законодавчі положення свідчать, що сімейна дієздатність дітей має певні рівні, які не співпадають з положеннями про часткову та неповну цивільну дієздатність дітей, тому питання сімейної дієздатності дітей ще потребує свого подальшого дослідження, розробки й законодавчого закріплення.

Література: 1.Веберс Я.Р. Правосубъектность граждан в гражданском и семейном праве /Латвийский государственный университет им. П.И. Стучки. - Рига: Зинатне, 1976. -231с.;2. Антокольская М.В.Семейное право: Учебник. – Изд. 2-е, перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2003. – 333 с. ;3. Хватова М.А. Семейная дееспособность физических лиц в РФ // Семейное и жилищное право. – 2009. - №3. – С.18-20.

Притримання у банківській практиці: окремі проблемні аспекти

Чалий Ю. І.

1. Застосування у банківській практиці такого способу забезпечення неналежного виконання зобов'язань як притримання має свою специфіку та деякі теоретико-практичні проблеми. Найбільш проблемним є питання про визначення предмету притримання.

За вимогами норм про притримання (параграф 7 глави 49 ЦК) предметом притримання виступає тільки річ. Принаймні, законодавцем у нормах ст.,ст. 594-597 ЦК для позначення предмету притримання використовується виняткова термін „річ". З огляду на те, що банківські операції пов'язані переважно з грошима, виникає питання про те, яке саме майно може притримати банк, аби забезпечити свої вимоги, звернені до неналежно діючого контрагента за тим чи іншим договором.

2. При визначенні об'єктів цивільних прав законодавцем зазначається, що „об'єктами цивільних прав є речі, у тому числі гроші та цінні папери..." (ч. 1 ст. 177 ЦК). Співставлення цитованої норми та норми ст. 179 ЦК дозволяє зробити висновок, що гроші, коли вони мають матеріальне втілення (готівкову форму), підпадають під цивільно-правову категорію „річ". Той же висновок можна розповсюдити й на цінні папери, які матимуть паперову документарну форму. Отже, на перший погляд гроші та цінні папери в уречевленому вигляді потенційно здатні бути предметом притримання. Втім, подібний висновок буде передчасним, адже для можливості реалізації банком права притримання стосовно „уречевлених" грошей та цінних паперів вимагається наявність інших обов'язкових ознак, закріплених у законодавстві. Серед інших законодавцем згадується наявність у кредитора правового титула знаходження у нього речі боржника, яка (річ) може стати предметом притримання. З цього приводу виникає питання – в яких випадках готівкові гроші та цінні папери у документарній формі можуть титульно знаходитись у володінні кредитора-банка? Напевно, це можуть бути випадки здійснення зберігання майна клієнтів у банківських сейфах. Але при цьому необхідно звернути увагу на те, що зберігання може здійснюватись на двох юридично відмінних підставах. Перший випадок – це зберігання у дійсному цивільно-правовому розумінні, тобто коли банк приймає від клієнта поклажу у володіння та розміщує її у своєму сейфі. Другий випадок пов'язаний із наданням банком клієнтові у користування сейфу для збереження в ньому певного майна. За цим зобов'язанням банк не знає про склад майна клієнта, яке

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

знаходиться у сейфі; банк здійснює лише контроль за доступом у приміщення, де знаходиться сейф, наданий клієнтові у строкове користування. Зрозуміло, що за другим випадком у банка відсутнє право володіння речами клієнта, тут йдеться про оренду клієнтом сейфа банка. Слід зазначити, що найчастіше банки надають сейфи клієнтам саме на підставі оренди, так як не бажають бути відповідальними за схоронність майна на підставі норм про зберігання.

Таким чином, застосування банками притримання готівкових грошей, а також цінних паперів у документарній формі потенційно можливе лише у тих випадках, коли подібне майно клієнтів (боржників) знаходиться у володінні банків на дійсній правовій підставі, зокрема – договір зберігання. Зрозуміло, що даний висновок можна розповсюдити й на випадки зберігання банками не тільки готівкових грошей та цінних паперів у документарній формі, а й інших речей, наприклад, ювелірних виробів.

3. Притримання є речовим способом забезпечення належного виконання зобов'язань. Цей висновок витікає як з безпосереднього аналізу відповідних норм цивільного законодавства, так і з положень, вироблених цивілістичною наукою. Через ці причини право притримання не може бути реалізовано банком стосовно безготівкових грошей клієнта, що знаходяться на банківських рахунках та стосовно інших майнових зобов'язальних прав клієнта-боржника.

На наш погляд, даний висновок необхідно розповсюдити й на цінні папери як у паперовій (документарній), так і в бездокументарній формі, адже цінні папери засвідчують тільки наявність у особи майнової вимоги. Майнова вимога (навіть якщо інформація про наявність у особи подібного права на певному уречевленому джерелі) не може вважатися річчю.

Некоторые аспекты методологии исследования личных неимущественных прав

Слипченко С. А.

Рыночные отношения и стремительное развитие личных неимущественных отношений вносят, в традиционное понимание нематериальных благ и возникающих по поводу них отношений, определенные коррективы. Это вызвано товаризацией некоторых личных неимущественных отношений. Однако, в стороне правового регулирования, научного исследования остаётся целый блок имущественных отношений, возникающих, по поводу личных неимущественных благ и развивающихся вне нарушенного состояния.

Такое положение в праве, т.е. несоответствие сферы «должного» и сферы «сущего», может быть объяснено тем, что современные юристы отстали в методологи познания[1], и не учитывают тот факт, что сегодня в обществе «… сошлись вместе катастрофическое и ренессансное начала, тенденции гибели старого и рождение нового»[2], что должно приводить к новому пониманию и восприятию мира. Вместе с тем, юриспруденция, признавая на словах необходимость изменить устаревшие взгляды на современный мир, сплошь и рядом стремится к консервации идей в рамках привычного стиля мышления[3], в рамках суждений, выработанных в начале прошлого века. Несмотря на то, что приведенное высказывание прямо не касалось гражданского права, в равной степени очерченный подход наблюдается и при исследовании личных неимущественных отношений.

Использование одних и тех же методов научного познания[4] привело большинство исследователей к подобным или однотипным выводам об абсолютной применимости, ко всем личным неимущественным благам и личным неимущественным правам, общих элементов характеристики, к их абсолютной неизменности по содержанию во времени. Это сформировало в теории права

---

[1] Куц В.Н. Методология и методика уголовно-правового исследования// Методологія наукового дослідження у галузі права: проблеми та перспективи розвитку: Збірник наукових праць. – Харків: Видавництво Національного університету внутрішніх справ, 2004. С. 45. V- 160.

[2] Бачинин В.А. Философия права и преступления. Х., 1999. – С. 6.

[3] Демидов А.И. О методологической ситуации в правоведении// Правоведение. 2001. №4. – С. 16. V-14-22.

[4] См. например, Красицька Л.В. Право громадян України на життя, здоровя, свободу і особисту недоторканість: Автореф. дис… канд. юрид. наук: 12.00.03/ У-нт внутр. Справ. – Харьків, 1999. – С. 3. – 19 с.; Устименко Н.В. Таємниці особистого життя людини та їх цивільно-правова охорона. Автореф. дис. … канд. юрид. наук. Харків. 2001. - С. 2-3; Павловська Н.В. Теорія та практика захисту моральних благ цивільним законодавством України.// Дис… канд.юрид.наук. Київ. 2002. – С. 3; Петров Є.В. Інформація як об'єкт цивільно-правових відносин. Автореф. дис. … канд. юрид. наук. Харків. 2003. – С. 3-4; Бобрик В.І. Цивільно-правова охорона особистого життя фізичних осіб: Автореф. дис… канд. юрид. наук: 12.00.03/ Національний у-нт ВС. – Харьків, - 2004. – С. 2-3. – 20 с.; Соловйов А.В. Право людини на життя: цивільно-правові аспекти: Автореф. дис… канд. юрид. наук: 12.00.03/ Львівський національний унт ім. І.Франка. Андрій Володимирович Соловйов. – Львів, - 2005. – С.2-3. V- 17; Ліснича Т.В. Захист особистих немайнових прав, що забезпечують природнє існування фізичної особи (право на життя, здоровя, свободу та особисту недоторканість): Автореф. дис… канд. юрид. наук: спец. 12.00.03/ Харківський Національний у-нт ВС."Цивільне право, цивільний процес, сімейне право, міжнародне приватне право"/ Тетяна Володимирівна Ліснича. – Харків, 2007. – С. 3-4. 20 с.; Жидкова О.С. Цивільно-правовий механізм захисту права на недоторканість ділової репутації: Автореф. дис… канд. юрид. наук. 12.00.03/ ХНУВС. – Харків, 2008. – С. 3-4. – 20 с.; Синєгубов О.В. Особливості цивільно-правового захисту прав на гідність, честь та ділову репутацію працівників міліції: Автореф. дис… канд. юрид. наук: спец. 12.00.03/ "Цивільне право, цивільний процес, сімейне право, міжнародне приватне право"/ Харківський Національний у-нт внутр. справ. – Харків, - 2008. – С. 3-4. – 20 с.; Молчанов Р.Ю. Здійснення та цивільно-правовий захист особистого немайнового права на імя: Автореф. дис… канд. юрид. наук: спец. 12.00.03/ "Цивільне право, цивільний процес, сімейне право, міжнародне приватне право" / Харківський Національний у-нт ВС. Роман Юрійович Молчанов. — Харків, 2009. - С. 4. — 22 с.; Горобець Н.О. Право на недоторканність житла: цивільно-правовий аспект: Автореф. дис… канд. юрид. наук.: спец. 12.00.03. "Цивільне право, цивільний процес, сімейне право, міжнародне приватне право" / Наталія Олександрівна Горобець. — Харків, 2009. С. 4. – 22 с. и др..

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

единое представление о природе, характеристике рассматриваемых отношений. И поскольку, любое теоретическое представление, которое претендует на абсолютную применимость (т.е., предполагается, имеет безграничные пределы применимости) или же абсолютно неизменно по своему содержанию во времени, есть догма (т.е. рассматривается, как абсолютная истина)[1], то практически все попытки переосмысления существующих подходов к личным неимущественным правам, их объектам, содержанию и т.д., заканчиваются: либо выводами в рамках существующей доктрины, т.е. непрерывным потоком подтверждений и лишь изредка – констатацией о несоответствии таких выводов сфере должного[2]; либо разбиваются о догму («абсолютную истину») и отвергаются.

Таким образом, отсутствует качественный «скачек», в приросте знаний о личных неимущественных правах, «прыжок» вперед. Знания увеличиваются лишь количественно, по «горизонтали», в одной плоскости.

Представляется, что разрешение очерченного конфликта возможно с помощью метода альтернатив, т.е. метода решения научных проблем путем сопоставления и взаимной критики конкурирующих между собой теорий. Сущность данного метода, сформулированного Карлом Поппером, заключается в том, чтобы всегда отыскивать альтернативы уже имеющимся доктринальным («истинным», догматичным) гипотезам, точкам зрения, теориям, а затем сталкивать между собой эти альтернативы[3].

Развивая идею К.Поппера Пол Фейерабенд, известный ученый, методолог науки, отмечает, что если альтернативной теории не существует, то ее необходимо изобрести и лишь затем сопоставлять[4]. Даже если общепринятые точки зрения в высшей степени подтверждены, обоснованы и доказаны, как например, это происходит с личными неимущественными правами, им все равно надо противопоставлять несовместимые теории.

---

[1] Кулигин Виктор, Кулигина Галина, Корнева Мария. Физика и философия физики// http://www.bestreferat.ru/referat-9286.html

[2] См. например, Петров Є.В. Інформація як об'єкт цивільно-правових відносин. Автореф. дис. … канд. юрид. наук. Харків. 2003. – С. 4; Жидкова О.С. Цивільно-правовий механізм захисту права на недоторканість ділової репутації: Автореф. дис… канд. юрид. наук. 12.00.03/ ХНУВС. – Харків, 2008. – С. 9. – 20 с.; Синєгубов О.В. Особливості цивільно-правового захисту прав на гідність, честь та ділову репутацію працівників міліції: Автореф. дис… канд. юрид. наук: спец. 12.00.03/ "Цивільне право, цивільний процес, сімейне право, міжнародне приватне право"/ Харківський Національний у-нт внутр. справ. – Харків, - 2008. – С. 11; Молчанов Р.Ю. Здійснення та цивільно-правовий захист особистого немайнового права на імя: Автореф. дис… канд. юрид. наук: спец. 12.00.03/ "Цивільне право, цивільний процес, сімейне право, міжнародне приватне право" / Харківський Національний у-нт ВС. Роман Юрійович Молчанов. — Харків, 2009. - С. 6.

[3] Поппер Карл Р. Объективное знание. Эволюционный подход. Пер. с англ. Д. Г. Лахути. Отв. ред. В. Н. Садовский. — М.: Эдиториал УРСС, 2002. С. 62. — 384 с.

[4] Кемеров В. Философская энциклопедия. - "Панпринт", 1998 г.// [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://terme.ru/dictionary/183/word/%CC%C5%D2%CE%C4+%C0%CB%DC%D2%C5%D0%CD%C0%D2%C8%C2

При сложившихся условиях, когда существующее научное знание, его уровень и понятийный аппарат оказываются: недостаточны для решения новых задач познания и практики; неспособны устранить противоречия законодательной базы и привести их в соответствие с потребностями общества, метод альтернатив обладает наибольшей разрешительной способностью[1]. Именно столкновение альтернативных гипотез приводит, по словам Карла Поппера, к получению больших знаний о предмете исследования, появлению нового стиля мышления в науке, возникновению новых гипотез, появлению нового уровня знаний[2] ибо, какой бы совершенной и универсальной не казалась в своем применении какая-либо теория, ее истинная ценность может быть выяснена лишь после сопоставления с альтернативной[3]. И чем большее количество новых и неожиданных проблем возникает в процессе преднамеренного сопоставления друг с другом альтернативных гипотез, тем больший интерес обеспечен науке[4].

Альтернативной общепринятому восприятию личных неимущественных прав, как бы нелепо она не выглядела, может служить следующая гипотеза. Нематериальные объекты обладают потенциальной способностью участвовать в обороте, они отделимы, могут быть оценены в деньгах и обладать таким свойством как товарность, а права на них могут обладать экономическим содержанием, т.е. могут рассматриваться как имущественные.

Учитывая, что развитие научного знания всегда предполагает уточнение и увеличение объема существующих знаний, то любая новая теоретическая или экспериментальная информация, например, предложенная выше, во-первых, должна отвергать какие-либо уже существующие представления о чем-то. В данном случае – о личных неимущественных правах. Благодаря этому могут сузиться границы применимости уже существующих теорий. Во-вторых, новая гипотеза позволит дополнить позитивную часть прежних представлений новыми гипотезами и теориями. Они, в свою очередь, дадут возможность расширить пределы достоверного знания о личных неимущественных правах.

---

[1] Куц В.Н. Методология и методика уголовно-правового исследования// Методологія наукового дослідження у галузі права: проблеми та перспективи розвитку: Збірник наукових праць. – Харків: Видавництво Національного університету внутрішніх справ, 2004. С. 47. V- 160.

[2] Поппер Карл Р. Объективное знание. Эволюционный подход. Пер. с англ. Д. Г. Лахути. Отв. ред. В. Н. Садовский. — М.: Эдиториал УРСС, 2002. С. 62. — 384 с.

[3] Поппер Карл Р. Объективное знание. Эволюционный подход. Пер. с англ. Д. Г. Лахути. Отв. ред. В. Н. Садовский. — М.: Эдиториал УРСС, 2002. С. 64. — 384 с.; Куц В.Н. Методология и методика уголовно-правового исследования// Методологія наукового дослідження у галузі права: проблеми та перспективи розвитку: Збірник наукових праць. – Харків: Видавництво Національного університету внутрішніх справ, 2004. С. 47. V- 160.

[4] Пивоваров Д. В. Метод альтернатив// Кемеров В. Философская энциклопедия. - "Панпринт", 1998 г.// [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http:// terme.ru/dictionary/ 183/word/%CC%C5%D2%CE%C4+%C0%CB%DC%D2%C5%D0%CD%C0%D2%C8%C2

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Визнання спадщини відумерлою як самостійна правова підстава набуття права власності територіальною громадою

Розгон О. В.

У кожній державі завжди існує необхідність створення законодавства, здатного відповідати їх потребам в регулюванні спадкових відносин. Відумерла спадщина є одним з найбільш цікавих та малодосліджених інститутів спадкового права.

Цією проблематикою цікавилися такі вчені як Блинков О. Е., Фурса С. Я., Черепахин Б. Б. та ін. але завжди залишаються питання, які підлягають дискусії або залишаються невирішеними.

Щоб всебічно розглянути всі особливості відумерлої спадщини необхідно звернутися до генезису та проаналізувати законодавства різних держав.

Якщо звернутися до ЦК 1922 р., то він вказував за *відсутності спадкоємців за законом спадкове майно переходило до держави як відумерле*. ЦК 1922 р. знав тільки три категорії спадкоємців згідно із законом: 1) прямі низхідні померлого (діти, внуки, правнуки); 2) чоловік, що пережив, і 3) непрацездатні і неімущі особи, що фактично знаходилися на повному утриманні померлого не менше одного року до його смерті. Тобто ЦК 1922 р., має наявним певне обмеження, яке полягало у встановленні вузького круга спадкоємців за законом. Таким чином, спадкоємцями за законом були, в основному, члени сім'ї померлого громадянина.

Згідно ст. 433 ЦК РСФСР, майно померлого визнається відумерлим і переходить у власність держави у разі *нез'явлення у встановлений термін, відмови від ухвалення спадку або позбавлення заповідачем права спадкоємства всіх спадкоємців*. Тому буде визнано відумерлим майно, якщо, наприклад, всі спадкоємці, присутні в місці відкриття спадку, протягом тримісячного терміну заявлять нотаріальному органу про відмову від спадку (ст. 429 ЦК) або якщо всі відсутні спадкоємці не приймуть спадку протягом шести місяців з дня відкриття спадку (ст. 430 ЦК).

Усталеною на даний час є точка зору, що *відумерле майно* — це майно, яке залишилося після смерті особи, що не залишила спадкоємців ні згідно із законом, ні по заповіту.

ЦК ж визнає відумерлою спадщиною, на підставі встановлення судом існування (чи не існування) кількох юридичних фактів (окрім, самого факту смерті спадкодавця, *такими фактами можуть бути*: відсутність спадкоємців за заповітом та законом, усунення спадкоємців від спадщини тощо) та виконання відповідним органом місцевого самоврядування необхідних процедурних (процесуальних) моментів, спрямованих на набуття *територіальною громадою* прав та обов'язків померлої особи. У практиці можуть виникнути ситуації коли майно після смерті власника так

і не переходить у власність жодного зі спадкоємців, унаслідок чого це майно залишиться як без власника, а сам перехід до територіальної громади у цьому випадку вказує на відсутність безсуб'єктності й у випадку визнання відумерлого майна та уникненню подібних ситуацій.

В науці можна зустрітити різні точки зору щодо набуття прав на відумерлу спадщину територіальною громадою. Так, Б. Б. Черепахін перехід до держави відумерлого майна визначав особливим видом спадкового *правонаступництва за законом* [7]. І. С. Перетерський зазначав, що в даному випадку «ніякого спадкування не відбувається», а перехід до держави відумерлого майна втілює всі риси правонаступництва: 1) відбувається в силу смерті особи; 2) поширюється на все майно померлого як єдине ціле; 3) пов'язується із зобов'язаннями за боргами, що обтяжують спадщину; 4) вважається таким, що виникло з моменту відкриття спадщини [5; с. 170].

За цивільним законадавством України визнання спадщини відумерлою та набуття прав на неї відповідною територіальною громадою є *самостійною правовою підставою набуття права власності* й територіальна громада, набуваючи прав на відумерлу спадщину, не є спадкоємцем ні за заповітом, ні за законом [6; с. 383], оскільки територіальна громада не згадується в жодній черзі спадкоємців за законом, також слід зазначити, що набуття права власності на відумерлу спадщину є обов'язком відповідної територіальної громади, на відмінну від російських вчених, які вважають, що перехід до держави відумерлого майна є особливим видом спадкування.

Сходними моментами щодо спадкування є наявними і у інших державах. Цивільне законодавство Франції, РФ, Респуліки Білорусь, Туркменістану вказують, що суб'єктом спадкування відумерлого майна є держава, але з тією різницей, що *у Франції* тільки *при відсутності спадкоємців* [1; ст. 768], у РФ відумерле майно переходить в порядку спадкування *по закону* у власність Російської Федерації [2; ст. 1151], у Респуліці Білорусь суб'єктом спадкування відумерлого майна є названі *адміністративно-територіальні одиниці — муніципальні утворення* [3; п. 2 ст. 1039], а у згідно ст. 1160 ЦК Туркменістану якщо немає спадкоємців ні за законом, ні за заповітом або ні один з спадкоємців не прийняв спадщину, або усі спадкоємці позбавлені права на спадкування, майно, що немає спадкоємців переходить до скарбниці; якщо спадкодавець знаходився на утриманні установ для старих, інвалідів, лікувальних, виховних установ й установ соціального забезпечення, — в їх власність. Майно, що немає спадкоємців у вигляді акцій товариства в або долі, пая в кооперативі переходить до них, якщо законом не передбачено інше [4; ст. 1160].

Таким чином, ми можемо зазначити, що по-перше, визнання спадщини відумерлою та набуття прав на неї відповідною терито-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

ріальною громадою є *самостійною правовою підставою набуття права власності* й територіальна громада, набуваючи прав на відумерлу спадщину, не є спадкоємцем ні за заповітом, ні за законом; по-друге, відносини правонаступництва на «відумерлу спадщину» за чинним ЦК України прямо не визнаються спадкуванням взагалі; а по-третє, хоча й є сходні моменти у законодавстві інших держав у питанні спадкування відумерлого майна, але все ж такі є й норми законодавства, які суттєво відрізняються від законодавства України.

Використані матеріали: 1. Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / [пер. с фр. В. Захватаев / Предисловие: А. Довгерт, В. Захватаев; Приложения 1—4: В. Захватаев / отв. ред. А. Довгерт]. — К. : Истина, 2006. — 1008 с.; 2. Гражданский кодекс Российской Федерации // СЗ РФ. — 2001. — №49. — Ст. 4553.; 3. Гражданский кодекс Республики Беларусь от 04.01.2002 // Ведомости Национального собрания Республики Беларусь. – 2002. - № 79-3. – Ст. 101.; 4. Гражданский кодекс Туркменистана [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://icpo.at.tut.by/civru.htm; 5. Перетерский И. С., Крылов Б. С. Международное частное право. М., 1940. — 211 с.; 6. Цивільний кодекс України: Науково–практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). — Т. 12: Спадкове право / За ред. проф. І. В. Спасибо–Фатєєвої, — Серія «Коментарі та аналітика». — Х.: ФО-П Колісник А. А., 2009. — 544 с.; 7. Черепахин Б. Б. Труды по гражданскому праву / Черепахин Б.Б. — М.: Статут, 2001. — 479 с.

Формування єдиного понятійно - категоріального апарату в фінансовому та цивільному праві

Сараскіна Т. В.

Сучасні науковці часто ставлять на меті сформувати чи поліпшити формулювання певних правових категорій в своїх наукових працях. Вдосконалення понятійного апарату не є завданням науки в сенсі розвитку її інструментарію лише задля логічного викладення виразних наукових концепцій. Вдалий понятійно-категоріальний апарат, що охоплює найбільш суттєві риси правових явищ, має визначальне значення для ефективного функціонування механізму правового регулювання при впорядкуванні тих чи інших суспільних відносин.

В цих тезах ми звертаємо увагу на те, що певні, єдині за суттю явища, визначаються, як науковцями, так і в правових джерелах – по-різному, лише через різногалузеву приналежність.

Єдина правова система нашої держави має дві складові частини: приватне та публічне право. Чи може вважатися допустимим становище в якому в межах однієї правової системи формулюються різні визначення категорій і понять, що відображають однакові правові явища? Якщо відштовхуватися від напрацювань науковців згідно яких „категорія", як науковий інструментарій – це фундаментальне поняття, яке являє собою теоретичне ядро, що концентрує найбільш суттєві ознаки явища, можна зробити висновок, що одні й ті самі категорії повинні мати наскрізне використання науковцями при дослідженні не тільки правових

явищ в межах єдиної правової системи, а і в економічній науці, соціології та інших галузях знань. „Поняття" ж, на думку деяких фахівців, дуже подібні до „категорій", але все ж таки відрізняються від них приналежністю до конкретної науки, вони, не гублячи базових ознак „категорій", долучають до себе специфічні галузеві ознаки. Звичайно цей підхід не спростовує існування галузевих системоутворюючих категорій, дослідження яких останнім часом є досить популярним.

Сьогодні нашу увагу направлено на позикові відносини, що виникають в публічно-правовій і приватноправовій сферах, адже, незважаючи на єдину суть, їх визначення в фінансовому праві та в цивільному праві різниться.

В цивільно-правовій доктрині загальне поняття позикових правовідносин полягає у виникненні грошового боргового зобов'язання боржника перед кредитором. В широкому розумінні позикові правовідносини розглядаються як борг, що виникає при будь-якому борговому зобов'язанні, в якому одна особа має заборгованість перед іншою. У вузькому розумінні під позиковими правовідносинами розуміється позика у власному розумінні, що безпосередньо і цілеспрямовано виникає за самостійною правовою підставою, якою є договір позики, в силу якого одна сторона передає у власність іншій стороні гроші або речі, визначені родовими ознаками, під зустрічне зобов'язання повернути їх в майбутньому такої самої кількості і того ж роду.

Бюджетний кодекс України (далі БК), закріплюючи в ст. 15 джерела фінансування дефіциту бюджету говорить про право Кабінету Міністрів України брати позики в межах, визначених законом про Державний бюджет України. Поряд з цим, БК не визначає поняття позики, а лише містить норми-дефініції з поняттям запозичень, яке сформульовано через операції, пов'язані з отриманням бюджетом коштів на умовах повернення, платності та строковості, в результаті яких виникають зобов'язання держави, Автономної Республіки Крим чи місцевого самоврядування перед кредиторами. Звідси, згідно одного з основних джерел фінансового права, поняття запозичення будується на підставі цивільно-правової позики з врахуванням фінансово-правової специфіки, де однією з сторін відносин є держава чи органи місцевого самоврядування, але відсутня владність останніх, притаманна саме фінансово-правовим відносинам. Зауважимо, що дослідження ролі та місця договірних відносин в фінансовому праві нині є цікавим завданням для представників фінансово-правової науки.

Складнішою виглядає ситуація з визначенням в законодавстві поняття позички. Так, згідно ст. 73 БК позички можуть використовуватись лише для покриття тимчасових касових розривів, що виникають під час виконання загального фонду місцевого бюджету, вони отримуються лише на термін до трьох місяців у фі-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

нансово-кредитних установах. Таким чином, на нашу думку, позичку виходячи з норм БК можна зрозуміти як короткостроковий різновид цивільно-правової позики, що виникає виключно між фінансово-кредитними установами та учасниками бюджетного процесу з питань виконання бюджету. Поряд з цим, ЦК викладає власне розуміння позички. За договором позички одна сторона (позичкодавець) безоплатно передає другій стороні (користувачеві) річ для користування протягом встановленого строку. Отже, законодавцем закладено різний зміст в поняття „позички". Згідно із ЦК договір позички є безоплатним та об'єктом позичкових правовідносин виступає, як правило, рухоме майно, а згідно БК, позичка може надаватись виключно у грошовій формі і завжди буде оплатною. Такий незважений підхід законодавця до формування понятійного апарату не враховує суті подібних за характером правових відносин, може слугувати підставою для ототожнення позики з позичкою у правозастосовчій практиці та народженню інших колізій. Отже, головним завданням правової науки в Україні має стати формування єдиного базового понятійно-категоріального апарату, який при необхідності додаватиме окремі специфічні ознаки у випадку різногалузевого застосування.

Засоби захисту права власності політичних партій

Мандрика Л. М.

Відсутність однозначності у правовому регулюванні захисту відносин власності призвели до наукових дискусій щодо розуміння понять „правовий захист" та „правова охорона". Вирішуючи проблему, З.В. Ромовська настоює на тому, що призначенням правової охорони є регулювання суспільних відносин на першому етапі та визначенні заходів з охорони конкретного суб'єктивного права на другому етапі, а сама можливість захисту цього права і конкретне його здійснення є одним з чинників правової охорони, а правовий захист - лише результат реалізації особою права на захист.

В наступному ця позиція отримала активну підтримку більшості цивілістів, внаслідок чого цивільно-правовий захист права власності, як більш вузьке поняття, що застосовується до випадків його порушення, почав розглядатися в якості складової іншого, більш широкого поняття – охорони права власності. Критерієм розмежування цих понять А.А. Іванов пропонує визнавати наявність правопорушення, мотивуючи це тим, що „правовое регулирование рассматривается с двух сторон – позитивной, когда создаются нормы, регулирующие правомерное поведение людей, и негативной – когда речь идет о защите от правонарушений". Я.М. Шевченко також висловилася за визнання правового захис-

ту складовою частиною правової охорони, говорячи, що захист входить у структуру поняття охорони поряд із заходами політичного, економічного, ідеологічного характеру.

Інший прихильник наведених наукових поглядів, О.М. Соловйов, відзначає, що стосовно права власності взагалі можна стверджувати, що цивільно-правова охорона відносин власності у широкому розумінні слова здійснюється з допомогою всіх норм цивільного права, котрі забезпечують нормальний та безперешкодний розвиток відзначених правовідносин, а також усунення причин, що їх породжують. Він же цивільно-правий захист визначає як сукупність передбачених законом засобів, котрі застосовуються у зв'язку з вчиненням проти відносин власності правопорушень, спрямованих на усунення вказаних порушень права власності і (або) відновлення порушеного права правопорушником. Але з наведеним визначенням однозначно погодитися не можна, так як воно звужує перелік засобів захисту, зводячи їх виключно до тих, які передбачені законом, що перечить принципу верховенства права.

Здається, що більш вдале визначення розробила І.О. Дзера, говорячи, що цивільно-правовим захистом права власності є система активних заходів, які застосовує власник, компетентні державні і інші органи, спрямована на усунення порушень права власності... .

Слід зауважити, що досить часто у цивілістичній літературі у зміст термінів *„засоби"* та *„способи"* захисту права власності вкладається одне і те ж значення. Проводячи розмежування між ними, І.О. Дзера цілком слушно зауважує, що поняття „засоби" повинно означати те, *що* особа може вимагати у разі порушення її цивільних прав, а поняття „способи" – *як* (у якому порядку) особа може реалізувати свою вимогу про захист порушеного права. Наведене трактування понять слугує додатковим підтвердженням вказаної необхідності розрізнення елементів „засоби" та „механізм" захисту права власності, і дає можливість розглядати поняття „способи" в якості синоніму поняття „механізм" захисту права власності.

Наведені обставини дають підстави прийти до наступних висновків: по-перше, єдино можливими засобами та механізмами захисту права власності політичних партій мають стати засоби, застосування яких не повинно порушувати справедливого балансу інтересів приватної особи та інтересів суспільства і держави. По-друге, .порядок і підстави їх застосування не повинні відрізнятися від порядку та підстав для інших суб'єктів цивільного права, що пояснюється єдністю і одноманітністю цивільно-правових норм, які поширюються на всіх його суб'єктів, незалежно від їх організаційно-правової форми, роду та характеру діяльності. По-третє, можливість застосування партіями публічно-масових чи імперативних форм захисту права власності повинна бути виключена повністю, оскільки вони не лише не допускають-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

ся законодавством і правом, але й не випливають із змісту прав партії як власника.

Час відкриття спадщини

Зайцев О. Л.

Часом відкриття спадщини є день смерті особи або день, з якого вона оголошується померлою. Під днем смерті слід розуміти конкретну календарну дату (добу). Не слід плутати смерть особи та реєстрацію смерті фізичної особи. Юридично особа вважається померлою з моменту, коли зроблений відповідний запис про смерть особи органами РАГСу. Тому довідка про смерть (відповідної форми) або судове рішення про оголошення особи померлою (яке набрало законної сили) це лише підстава для відповідної реєстрації смерті фізичної особи зі зазначенням дати її смерті. Якщо дата фактичної смерті невідома наприклад при оголошенні особи померлої, то в свідоцтві про смерть обов'язково повинен бути вказаний місяць або рік смерті (набрання судового рішення законної сили). У цьому випадку часом відкриття спадщини слід вважати останній день вказаного місяця або року.

Якщо протягом однієї доби померли особи, які могли б спадкувати одна після одної, спадщина відкривається одночасно і окремо щодо кожної з них (ч. 3 ст. 1220 ЦК). Ці поодинокі випадки як правило носять характер смерті від екстраординарних умов (дорожньо-транспортна пригода, катастрофа, руйнування будинку) Зрозуміло, що зазначені особи не можуть успадковувати один після іншого, навіть якщо в одну добу гине одна особа, а через декілька годин інша, але в цю ж добу. Виняток з цього правила полягає в тому, що коли кілька осіб, які могли б спадкувати одна після одної, померли під час спільної для них небезпеки (стихійного лиха, аварії, катастрофи тощо), припускається, що вони померли одночасно. Але зрозуміло, що про таку презумпцію можна казати лише при оголошенні особи померлим. У цьому разі спадщина відкривається одночасно і окремо щодо кожної з цих осіб незалежно від доби, в яку вони померли. Найімовірніше всього зазначені обставини - стихійне лихо, аварія, катастрофа тощо мають бути тривалими (більше однієї доби або захоплювати кілька годин між добами) та безперервними.

ПВС України від 30.05.2008 № 7 «Про судову практику у справах про спадкування» ввів нове правило, згідно якого часом відкриття спадщини посмертно реабілітованих осіб є день прийняття рішення районною комісією з питань поновлення прав реабілітованих про повернення майна реабілітованого або відшкодування його вартості спадкоємцям першої черги. Коло спадкоємців першої черги визначається на день винесення цього рішення.

Правове значення відкриття часу спадщини полягає в тому, що саме на цей момент в часі: визначається законодавство, яке буде регулювати спадкові правовідносини (відносини спадкування регулюються правилами ЦК, якщо спадщина відкрилася не раніше 1 січня 2004 року. У разі відкриття спадщини до зазначеної дати застосовується відповідні правила ЦК Української РСР, у тому числі щодо прийняття спадщини, кола спадкоємців за законом. У разі коли спадщина, яка відкрилася до набрання чинності ЦК і строк на її прийняття не закінчився до 1 січня 2004 року, спадкові відносини регулюються ЦК); встановлюється місце відкриття спадщини; визначаються коло спадкоємців, які призиваються до спадкування; встановлюються обсяг та зміст спадкової маси; починають перебігати строки для прийняття спадщини; припиняються особисті зобов'язання спадкодавця; починають перебігати строки для прийняття спадщини, тощо.

Окремі питання отримання та визнання свідоцтв на знак для товарів та послуг недійсними

Селіванов М. В.

1. Сучасний розвиток економічних відносин спонукає підприємців до більш широкого використання позначень як знаків для товарів та послуг. За таких умов, проблеми отримання свідоцтва на знак та визнання свідоцтва на знак недійсним стають особливими способами захисту своїх підприємницьких інтересів. В обох випадках, правове регулювання здійснюється шляхом встановлення законом підстав для відмови в наданні правової охорони певним позначенням.

2. Одна з проблем у отримання (відповідно у подальшому можливому визнанні недійсним) свідоцтва на знак для товарів та послуг є описовість позначення, зокрема відтворення в знакі географічного міся. Відповідно до п.2 ст. 6 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» не можуть отримати правову охорону позначення, які складаються лише з позначень чи даних, що **є описовими** при використанні щодо зазначених у заявці товарів і послуг або у зв'язку з ними, **зокрема вказують на** вид, якість, склад, кількість, властивості, призначення, цінність товарів і послуг, **місце** і час **виготовлення** чи збуту товарів або надання послуг;

Тобто, Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» відносить до описових позначень позначення, які вказують на місце виготовлення товарів чи надання послуг (місце походження).

Згідно зі ст. 1 Закону України "Про охорону прав на зазначення походження товарів":

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

- **назва місця походження (далі - НМП) товару - назва географічного місця**, яка вживається для позначення товару, що походить із зазначеного географічного місця та має особливі властивості, виключно або головним чином зумовлені характерними для даного географічного місця природними умовами або поєднанням цих природних умов з характерним для даного географічного місця людським фактором.

Тобто, місце виготовлення товарів чи надання послуг (місце походження) є описовим коли відражає географічне місце.

Згідно зі ст. 1 Закону України "Про охорону прав на зазначення походження товарів", географічне місце - **будь-який географічний об'єкт із офіційно визначеними межами**, зокрема: країна, регіон як частина країни, населений пункт, місцевість тощо.

Таким чином, географічне місце є підставою для відмови у реєстрації знака для товарів та послуг за умови офіційного визначення його меж.

3. Пунктом 4 статті 6 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» передбачено, що не реєструються як знаки позначення, які відтворюють назви відомих в Україні творів науки, літератури і мистецтва або цитати і персонажі з них, твори мистецтва та їх фрагменти без згоди власників авторського права або їх правонаступників; прізвища, імена, псевдоніми та похідні від них, портрети і факсиміле відомих в Україні осіб без їх згоди.

В окремих випадках судової практики зустрічається ототожнення визначення відомості назви твору або особи з встановленням добре відомого знака. Зазначене є не припустимим.

Згідно з ч. 2 ст. 25 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», при визначенні того, чи є знак добре відомим в Україні, можуть розглядатися, зокрема, такі фактори, якщо вони є доречними:

ступінь відомості чи визнання знака у відповідному секторі суспільства;

тривалість, обсяг та географічний район будь-якого використання знака;

тривалість, обсяг та географічний район будь-якого просування знака, включаючи рекламування чи оприлюднення та представлення на ярмарках чи виставках товарів та/або послуг, щодо яких знак застосовується;

тривалість та географічний район будь-яких реєстрацій та/або заявок на реєстрацію знака за умови, що знак використовується чи є визнаним;

свідчення успішного відстоювання прав на знак, зокрема територія, на якій знак визнано добре відомим компетентними органами;

цінність, що асоціюється зі знаком.

Відомість позначення, які відтворюють назви відомих в Україні творів чи осіб має визначатись відповідно до загально вживаного поняття цього слова.

Відповідно до універсального тлумачного словника української мови (www.slovnyk.net) - ВІДОМИЙ, -а, -е. 1. Про якого знають; знайомий. // Якого добре знають з певного боку. <> Відома річ – уживається як вставне словосполучення в значенні відомо, звичайно. 2. Якого знає багато людей, який користується популярністю, славою; знаменитий, славетний. 3. у знач. ім. відоме, -мого, с., мат. Дана величина.ВІДОМІСТЬ див. відомості.

Відповідно до словника Ожегов С.И. Словарь русского языка: 70000 слов/ под ред. Н.Ю. Шведовой.- 23-е изд., испр.- М.: Рус. яз., 1991.-917 с. ИЗВЕСТНЫЙ -ая -ое. -тен -тна. 1. Такой о к-ром знают имеют сведения. Известное всем событие. Стало известно (в знач. сказ.) о чем-н. Известное дело (конечно разумеется; разг.). 2. Такой о деятельности к-рого все хорошо знают пользующийся популярностью. И. писатель. 3. полн. ф. Общепризнанный (в сочетании с существительными оценочного характеризующего значения) (разг.). И. обжора. И. плутишка. 4. полн. ф. Установленный определенный такой к-рый признается необходимым. Соблюдать и. режим. При известных условиях. 5. Некоторый подразумеваемый (но в данном случае прямо не называемый). Девицы известного поведения * Как известно вводн сл. - о том что знают все. || сущ. известность -и ж. (к 1 и 2 знач.). Привести в и (узнать определить). Поставить в и. (уведомить). Пользоваться известностью (быть известным во 2 знач.).

В розумінні п. 4 статті 6 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», відомість назви твору повинно застосовуватись в розуміння “про якого знають; знайомий”. Посилання на визначення відомості в значенні “добре відомий” не має під собою підстав. Відповідно до ст. 25 Закону України “Про охорону прав на знаки для товарів та послуг”, охорона прав на добре відомий знак здійснюється згідно з статтею 6 bis Паризької конвенції про охорону промислової власності та цим Законом на підставі визнання знака добре відомим Апеляційною палатою або судом. Зазначена норма регулює умови надання правової охорони добре відомим знакам, та не може застосовуватись до визначення назв відомих в Україні творів чи осіб. Встановлення відомості назви твору в розумінні “про якого знають; знайомий” у здійснюється на основі оцінки доказів, що містяться в матеріалах справи, і не потребує спеціальних знань.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Некоторые проблемы защиты прав человека при признании его недееспособным

Соболев А. В.

В самом начале необходимо оговориться, что настоящие тезисы в большей мере ставят проблему, чем предлагают пути ее решения. Немаловажным фактором, в данном случае, является ограничение объема предусмотренного требованиями к написанию тезисов. Более детальное рассмотрение проблемы поиска путей защиты, прежде всего, гражданских прав физического лица лишенного дееспособности будут рассмотрены мною в отдельной статье.

В теории и практике права признание человека недееспособным рассматривается, прежде всего, как мера, служащая интересам самого гражданина. Однако, тот факт, что данная мера предусматривает беспрецедентные ограничения человека в правах, включая и целый ряд его основных прав (право избирать и быть избранным, право на осуществление большинства видов трудовой деятельности, право на отчуждение и приобретение имущества, право на создание семьи и т.п.), похоже до конца не осознается ни законодателями, ни судьями, ни учеными-правоведами, ни психиатрами, ни правозащитниками. Однако в законодательстве вряд ли найдутся аналогичные меры, сопоставимые по степени и широте ограничения в правах. И это с учетом того, что, как было сказано выше, недееспособность – это не наказание, а мера защиты!

Следует отметить, что указанная проблема находит отклики как в среде представителей власти, так и среди представителей здравоохранения, а также правозащитных организаций. В качестве примера можно привести проведение 28 мая 2009 года круглого стола «Права человека и институт недееспособности в России: соответствие международно-правовым стандартам», в офисе Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации. На котором, в частности, отмечалось, что действующее в России законодательство об опеки в отношении недееспособных граждан явно не соответствует международным стандартам. В законодательном плане, Украина шагнула не намного дальше России.

Выше сказанное и побудило меня обратиться к рассмотрению данной проблемы, связанной, прежде всего, с необходимостью защиты прав и интересов человека лишенного дееспособности.

Согласно п.1 ст.39 ГК физическое лицо может быть признано судом недееспособным, если оно вследствие хронического, стойкого психического расстройства не способно сознавать значения своих действий и (или) руководить ими. Порядок такого признания устанавливается ГПК. Для установления психического состояния лица, о дееспособности которого решается вопрос, суд наз-

начает судебно-психиатрическую экспертизу. Экспертное заключение подлежит оценке судом.

В данном случае, необходимо указать, именно на возможность судом признать гражданина недееспособным. Следовательно, сам по себе факт душевной болезни или слабоумия, и непосредственно очевидный для окружающих, и, даже, подтвержденный справкой лечебного учреждения, не дает никаких оснований считать человека недееспособным.

Исходя из сказанного, можно установить, что в данном определении сочетаются два критерия: медицинский (хроническое, стойкое психическое расстройство, или иными словами психическая болезнь или слабоумие) и юридический (неспособность сознавать значения своих действий и (или) руководствоваться ими). Для признания судом лица недееспособным необходимо совпадения этих двух критериев.

Статья 8 ГК УССР 1922 года предусматривала несколько иные (расширенные) основания для признания физических лиц недееспособными. Так, согласно упомянутой статье, совершеннолетние лица могли быть подлежащими учреждениями объявлены недееспособными по двум основаниям. Во-первых, если они вследствие душевной болезни или слабоумия неспособны рассудительно вести свои дела, и, во-вторых, если они своей чрезмерной расточительностью разоряют находящееся в их распоряжении имущество.

Для защиты личных и имущественных прав недееспособных над ними устанавливается опека. Опекуном может стать кто-то из родителей или родственников. Опекун действует от имени признанного недееспособным гражданина, является его законным представителем и может совершать от его имени и в его интересах все необходимые сделки. Это можно выделить как позитив.

Но не надо забывать и о том, что в данном случае, человек лишается практически всех прав принадлежащих полноправному члену общества.

Лишение дееспособности, фактически, это «гражданская смерть». И связано это, прежде всего, в связи с отсутствием правового регулирования восстановления дееспособности и ущербностью правоприменительной практики.

В свое время киевский психиатр С. Глузман в беседе с корреспондентом «Огонька» Е. Изюмовой обращал внимание на то, что в любом обществе, как в таком, в котором идет перестройка, так и в таком, где в ней нет необходимости, при любой, даже самой высокой степени открытости и гласности, психиатр, выбирая свою профессию, осознает ее опасность. Также С. Глузман считал, что тема защиты врача от больного гораздо менее актуальна, чем тема защиты больного от недобросовестного врача [2, с. 56].

Немаловажно привести и слова известного профессора психиатрии Н.Г. Шумского, который писал: «Ошибаются врачи всех спе-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

циальностей. Психиатры не составляют исключения. Больные первыми платят за совершенные врачами ошибки» [1, с.3].

Но если бы в правоприменительной практике были только ошибки врачей и судей. Зачастую лишение человека в дееспособности являлось очень серьезным инструментом правящего класса в борьбе с инакомыслящими. И это касается не только преступлений против человека в годы коммунистического правления.

Проведя экскурс в историю, мы можем прийти к неутешительным выводам относительно применения статьи Закона. Как показывает многолетняя практика, к сожалению, рассматриваемая норма ГК не всегда была призвана защищать гражданина, но и служила репрессивной мерой применяемой к так называемым «неугодным» для правящего класса. В качестве примера можно привести случай с русским мыслителем Петром Яковлевичем Чаадаевым. Публикация в 1836 году в журнале «Телескоп» статьи с его размышлениями о причинах духовного застоя и национального самодовольства в России, стоила ему домашнего ареста, по распоряжению императора Николая I. Следует добавить, что своим «высочайшим повелением», за данную статью, объявил Чаадаева «сумасшедшим», а журнал закрыл [2, с.3].

Вкратце рассмотрев данную проблему можно сделать некоторые промежуточные выводы:

1. Разработать и дополнить действующее законодательство нормами регулирующими порядок восстановления дееспособности.

2. Более конкретно регламентировать обязанности опекуна и органов опеки, с целью исключения возможности злоупотреблений.

3. В проектируемом будущем рассмотрение данной категории дел должно производиться исключительно судом присяжных.

Литература: 1. Право и психиатрия. – М.: Юрид. лит., 1991. – 384 с. (Сер.: «Проблемы, мнения, перспективы»). 2. Шумский Николай Георгиевич. Диагностические ошибки в судебно-психиатрической практике – Спб.: «Академический проект», 1997.

Особливості повернення орендованого майна

Мороз М. В.

Внаслідок настання більшості юридичних фактів, що є підставами припинення або розірвання договору оренди, виникає обов'язок повернути об'єкт оренди орендодавцеві.

Умови повернення обумовлюються сторонами в договорі. До них можуть бути віднесені строк повернення після закінчення дії договору або його розірвання, порядок приймання-передачі об'єкту оренди, порядок і строки проведення розрахунків між сторонами та ін.

Зобов'язання орендаря з повернення об'єкту оренди вважається виконаним, якщо майно повернене орендодавцеві у строк, в обумовленому місці і в належному стані.

Під належним станом майна при його поверненні орендодавцеві, згідно, ч.1 ст.785 ЦК, слід розуміти повернення майна в тому стані, в якому його отримав орендар, з урахуванням нормального зносу. Це правило застосовується в тому випадку, якщо вимоги до стану орендованого майна не встановлені в договорі або актах нормативного характеру.

Деякі учені, проте, говорять про те, що узяте в оренду майно після закінчення строку договору або у разі його розірвання повертається орендодавцеві в справному вигляді, не згадуючи про те, що окрім справності, майно, повинно бути повернено і з нормальним зносом.

Під нормальним зносом речі слід розуміти відповідний відсоток її амортизації за час дії договору при експлуатації речі за призначенням в тих конкретних умовах, в яких орендар повинен був користуватися нею. Фактичний знос орендованого майна у вартісному виразі визначається шляхом зіставлення вартості орендованого майна на момент передачі його орендареві з вартістю цього майна на момент повернення останнім вказаного майна орендодавцеві. Отримана різниця між двома цими величинами не повинна перевищувати норми амортизації, які застосовуються.

Наднормальний відсоток зношеності орендованого майна при його поверненні є погіршенням стану об'єкту оренди. Подібне погіршення стану викликає обов'язок орендаря відшкодувати орендодавцеві збитки.

Зобов'язання з повернення майна вважається виконаним належним чином, якщо майно передане орендодавцеві не тільки в належному стані і своєчасно, але і в обумовленому порядку і місці.

Визначення місця виконання зобов'язання з повернення об'єкту оренди має істотне значення тому, що від цього залежить вирішення ряду інших істотних питань. Зокрема, з урахуванням цього місця між орендарем і орендодавцем "розподіляються витрати з доставки виконання", визначається місце передачі об'єкту оренди тощо.

У тому випадку, якщо сторони в договорі оренди не встановили місця виконання зобов'язання з повернення об'єкту оренди, застосовуються загальні правила, викладені у ст.532 ЦК.

Вказані правила застосовуються у тих випадках, коли інше не встановлене не тільки договором оренди, але і не витікає із суті зобов'язання.

У тому випадку, якщо предметом орендного зобов'язання є цілісний майновий комплекс, зобов'язання з його передачі в місці його знаходження витікає із суті даного зобов'язання, зокрема, з особливостей його предмету. Виконання зобов'язання з повернення орендованого майна не в обумовленому місці або із порушенням встановленого в ньому порядку визнається неналежним виконанням.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

При припиненні договору оренди вирішується і доля поліпшень. Поліпшення, проведені орендарем у предметі договору оренди, можуть визнаватися його власністю. В.Л. Мусіяка відзначає, абсолютно обгрунтовано, що орендар, отримавши у володіння об'єкт оренди "... в процесі його використання створює додатковий продукт, постійна капіталізація частини якого приводить до утворення абсолютно нових об'єктів виробничого призначення, на які може бути визнано за ним право власності". Передумовами для подібного висновку, слугувала та обставина, що доходи орендаря, отримані в результаті використання орендованого майна, є його власністю.

Це залежить від двох моментів: по-перше, від того, чи є ці поліпшення відокремлюваними або невідокремлюваними, і, по-друге, чи було отримано згоду орендодавця на проведення цих поліпшень. Відокремлюваними поліпшеннями є поліпшення, які можуть бути відокремлені від майна, що орендується, без пошкодження останнього. Невідокремлюваними ж є поліпшення, які не можна відокремити від об'єкту оренди без його пошкодження.

Для визначення долі відокремлюваних поліпшень при припиненні договору оренди не має значення, чи було отримано згоду орендодавця на їх проведення. В цьому випадку, згідно абз.1 ч. 2 ст. 27 Закону України „Про оренду державного та комунального майна", орендар вправі залишити за собою проведені ним поліпшення орендованого майна, здійснені за рахунок власних коштів. Отже, відокремленні поліпшення можуть бути визнані окремим майном, яке належить орендареві на праві власності.

Поза всяким сумнівом, відокремлювані поліпшення можуть залишитися і за орендодавцем, у випадку, якщо сторони виявлять на це свою волю. Вартість їх в цьому випадку має бути відшкодована орендареві орендодавцем.

У тому ж випадку, якщо поліпшення є невідокремлюваними, доля їх залежить від того, чи було дотримано основну умову поліпшення об'єкту оренди - отримання згоди орендодавця на їх проведення. Абз.2 ч. 2 ст. 27 Закону України „Про оренду державного та комунального майна" встановлює правило, яке визначає, що якщо на проведення поліпшень, які неможливо відокремити, було отримано згоду орендодавця, він зобов'язаний компенсувати орендареві вартість цих поліпшень, якщо інше не визначене договором оренди. Отримання згоди орендодавця на проведення подібних поліпшень накладає на нього обов'язок відшкодувати в неамортизованій частині витрати по внесенню поліпшень при поверненні майна разом з поліпшеннями.

У випадку, якщо невідокремлювані поліпшення були проведені без згоди орендодавця, їх вартість компенсації не підлягає. Вказане правило повинне застосовуватися і в тому випадку, якщо орендар звернувся до орендодавця за отриманням згоди на вне-

сення поліпшень, але не отримавши його все-таки вніс поліпшення в об'єкт оренди.

Залишення поліпшень, внесених до об'єкту оренди без згоди власника, без компенсації фактично є санкцією за порушення орендарем встановленого порядку узгодження з орендодавцем здійснення поліпшень об'єкту оренди, оскільки в результаті цього орендар зазнає майнових втрат - він позбавляється грошових витрат, вкладених в поліпшення і їх матеріально-речового виразу.

Установчі документи та інші локальні акти як джерела регулювання порядку вчинення значних правочинів акціонерних товариств

Карчевський К. А.

Аналіз положень законодавства про зміст установчих документів акціонерних товариств (надалі - АТ) дозволяє вказати, що до їх числа належить лише статут (ст. 154 ЦК, ст. 13 Закону України "Про акціонерні товариства" (надалі — Закон про АТ). Серед кола відомостей, що зазначаються у статуті АТ, відомості про порядок укладання значних правочинів законом прямо не передбачені. Разом з цим серед кола відомостей, що містяться у статуті АТ та потенційно можуть включати положення про порядок вчинення товариством значних правочинів, можна віднести відомості про: компетенцію загальних зборів; склад органів товариства та їх компетенцію, порядок утворення, обрання і відкликання їх членів та прийняття ними рішень, а також порядок зміни компетенції органів товариства. Крім цього, згідно з ч. 4 ст. 13 Закону про АТ, статут АТ може містити й інші положення, що не суперечать законодавству. Таким чином, до статуту АТ можуть вноситися відомості, які стосуються різних аспектів вчинення товариством значних правочинів. Такі відомості можуть встановлюватися як при конкретизації компетенції відповідних органів, так і окремо.

Фактично аналогічна ситуація характерна і для Федерального закону «Про акціонерні товариства» (надалі — ФЗ "Про АТ") (ст. 11). Разом з цим ч. 3 ст. 11 ФЗ «Про АТ» додатково передбачає, що до змісту статуту належать й інші положення, передбачені цим законом, а також іншими федеральними законами. Таким чином, до змісту статуту АТ у Росії автоматично потрапляють і відомості, що передбачені у статтях 48 та 65, про компетенцію загальних зборів акціонерів та ради директорів (наглядової ради) АТ щодо вчинення товариством значних правочинів, а також про порядок ухвалення ними рішень про їх вчинення (ст. 79 ФЗ).

У зв'язку із зазначеним та враховуючи те, що Закон про АТ наразі достатньо повно не врегулював порядок вчинення АТ знач-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

них правочинів через закріплення компетенції органів товариства, вважаємо за необхідне передбачати у статуті АТ положення, які стосуються повноважень загальних зборів акціонерів, наглядової ради, щодо вчинення значних правочинів, а також прав та обов'язків виконавчого органу АТ стосовно цього питання тощо. При закріпленні у статуті відповідних положень необхідно враховувати положення Закону про АТ, іншого законодавства, яке може бути застосовано до окремих аспектів вчинення значного правочину та не допускати випадків, коли окремі статті статуту АТ будуть їм суперечити.

Разом зі статутом у господарських товариствах можуть існувати й інші локальні нормативні акти. В АТ наразі до таких актів прямо належать положення про загальні збори акціонерів (ст. 33 Закону про АТ); положення про наглядову раду, яке згідно з ч. 3 ст. 51 Закону про АТ встановлює порядок її роботи та деякі інші питання, та положення про виконавчий орган товариства, яке згідно з ч. 5 ст. 58 Закону про АТ визначає права та обов'язки членів виконавчого органу. Закон про АТ не конкретизує, які саме відомості повинні вказуватися у цих положеннях та яким нормам вони мають відповідати. При розробці зазначених положень, на наш погляд, варто закріплювати детальний механізм проведення відповідним органом дій, пов'язаних із вчиненням значних правочинів. Відповідні положення мають містити лише такі відомості, що не суперечать ЦК, Закону про АТ, іншим актам акціонерного законодавства та статуту АТ.

Окрім наведених вище положень, порядок роботи наглядової ради та права і обов'язки членів виконавчого органу можуть встановлюватися договором із членом наглядової ради або трудовим договором, що укладається з кожним членом виконавчого органу відповідно (ч. 3 ст. 51, ч. 5 ст. 58 Закону про АТ). Щодо цього необхідно вказати, що договір із членом наглядової ради є цивільно-правовим, про що прямо зазначено у ст. 33 (п. 17). Із членом виконавчого органу також може укладатися цивільно-правовий договір, про що йдеться у п. 9 ст. 52 Закону про АТ. Можемо зазначити лише те, що в разі розробки відповідного договору з членом наглядової ради та членом виконавчого органу АТ необхідно виходити зі змісту Закону про АТ, статуту АТ та положень про наглядову раду або виконавчий орган та не допускати, щоб відповідний договір їм суперечив. Не варто, на наш погляд, передбачати в таких договорах якихось важливих положень (у тому числі й таких, що стосуються порядку вчинення значних правочинів). Певну складність може становити поєднання у трудовому договорі з членом виконавчого органу трудових та цивільно-правових аспектів.

Таким чином, можна зробити висновок про те, що недосконалість, та суперечливість законодавства України, яке регулює відносини, пов'язані з вчиненням значних правочинів АТ, можуть

бути зняті шляхом встановлення відповідних норм у статуті конкретного АТ та інших його локальних актах.

Определение понятия и значения кооперации

Мавлиханова Р. В.

В системе общественных отношений кооперация всегда занимала особое место. Это проявляется в том, что вокруг нее постоянно бурлили всевозможные страсти: с одной стороны были периоды повсеместного перехода к кооперации, и с другой стороны наступало время полного отказа от нее. Это подчеркивает важность и значимость кооперации для экономического развития государства.

В самом общем виде значение кооперации можно определить как: 1) кооперация является средством повышения благосостояния и удовлетворения потребностей широких масс населения; 2) кооперация объединяет интересы личности и общества путем координации совместных усилий; 3) кооперация является мощным фактором реализации социально-экономических реформ государства и способствует совершенствованию его демократических институтов и др.

Анализ действующего законодательства Украины о кооперации позволяет сделать вывод о неоднозначном понимании законодателем ее сущности. Для осознания сущности кооперации необходимо проанализировать основные подходы в определении данной дефиниции. В переводе с латыни под кооперацией понимается сотрудничество, совместное выполнение работы. В экономических словарях кооперация представлена как объединение кооперативов (обществ, союзов) для совместного ведения хозяйственной деятельности.

Изучив основные научные труды по определению правовой природы и сущности «кооперации» можно прийти к выводу, что такая дефиниция как «кооперация» на сегодняшний день в юридическом смысле не разработана. Есть мнения авторов о необходимом юридическом понятии кооперации, и они же детально рассматривают ее правовую сущность. Другие считают, что необходимо отдельно определять понятия кооператив и кооперация не связывая, их друг с другом. Есть и такие авторы, которые определяют понятие кооператива, подразумевая под ним и кооперацию. Ряд ученных юристов вообще считают, что нет необходимости теоретически определять понятие и кооперации и кооператива отмечая в своих трудах, что это прерогатива только законодателя. С их позицией можно согласиться, поскольку четкое легальное определение кооператива и кооперации позволит избежать использовать кооперативную форму для предпринимательской цели.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Кооперация, как разноплановая категория имеет особую ценность и достоинства. Это проявляется в том, что: 1) она подчеркивает наличие совокупности однородных кооперативных организаций таких как: производственных, сельскохозяйственных, потребительских, обслуживающих и т.п.; 2) имеет целью удовлетворение материальных и иных интересов своих членов; 3) позволяет четко отграничивать термин «кооперация» от термина «предпринимательство», а значит и кооперативной деятельности от предпринимательской деятельности.

В современном понимании такой категории, как «кооперация» необходимо учитывать, то обстоятельство, что содержательная сторона ее правового определения должна базироваться только на принципах идентичности кооперативов, которые существуют в международной праве и в практике международного кооперативного альянса.

Таким образом, базируясь на принципах кооперативной идентичности, кооперацию можно определить как автономную и независимую форму общественно полезной деятельности, основанную на добровольном членстве и сотрудничестве для достижения общественных и потребительских целей.

Литература: 1. Гражданский кодекс Украины. //Ведомости Верховной Рады Украины. – 2004. - N 40-44. - ст.356. ; 2. Хозяйственный кодекс Украины. //Ведомости Верховной Рады Украины. – 2003. - N 18-22. - ст.144. ; 3. Закон Украины «О сельскохозяйственной кооперации». //Ведомости Верховной Рады Украины. – 1997. – N39. - ст.261. ; 4. Закон Украины «О кооперации». //Ведомости Верховной Рады Украины. – 2004. - N 5. - ст.35.; 5. Закон Украины «О потребительской кооперации». //Ведомости Верховной Рады Украины. – 1992. - N 48. - ст.657. ; 6. Рымарук А.И. Кооперативы: формы, организация работ, перспективы развития. – К.: Техника, 1998, - 152с.; 7. Кооперативне право. Підручник. /За ред. В.І. Семчика. – К.: Ін Юре. – 1998. – 336с.; 8. Анцыферов А.Н. Очерки по кооперации. Лекции и статьи. 1908 – 1918. – Полтава. - 1918, - 100с.; 9. Туган-Барановский М.И. Социальные основы кооперации. – М.: Тип. Т-ва И.Н. Кушнерева и комп. – 1919. – 508с.; 10. Чаянов А.В. Основные идеи и формы организации крестьянской кооперации.- М., - 1919. – 454 с.

Щодо застосування терміну «майновий поручитель»

Пучковська І. Й.

Незважаючи на те, що питанню правового становища майнового поручителя сьогодні в юридичній літературі приділено достатньо уваги, суди продовжують приймати рішення, в яких термін «майновий поручитель» застосовується не за своїм призначенням. Мова йде про використання терміну «майновий поручитель» при розгляді спорів щодо виконання договорів поруки. При чому така практика набула безпрецедентного поширення. Достатньо зазначити, що в Єдиному державному реєстрі судових рішень на квітень 2010 р. із 40 таких справ, розглянутих судами загальної юрисдикції, у 18 (а це 45%) термін «майновий поручитель» застосовується щодо відносин за договором поруки [1].

Отже має місце плутанина таких понять як «майновий поручитель» та «поручитель». Незважаючи на їх схожість і застосування щодо забезпечення виконання договірних зобов'язань мова йде про різні договори – застави та поруки відповідно і використання одного терміну замість іншого означає застосування положень про заставу до відносин за договором поруки або звернення стягнення на певне майно поручителя як це передбачено для заставних відносин.

Слід зазначити, що виникнення поняття «майновий поручитель» пов'язане з прийняттям Закону України «Про заставу» і датується 1992 роком. Так згідно ст. 11 цього закону заставодавцем може бути як сам боржник, так і третя особа (майновий поручитель). Саме в такому значенні дане поняття знайшло закріплення як в новому ЦК 2003 р, так і в законі «Про іпотеку» 2003 р. Законодавець майновим поручителем називає особу, яка, виступаючи заставодавцем, не є боржником за основним договором, і відповідно, основний договір з кредитором укладає боржник, а його виконання забезпечується заставою майна, що належить майновому поручителю. Ніяких особливостей при зверненні стягнення на таке майно і задоволенні інтересів кредитора закон не встановлює. Майновому поручителю як заставодавцеві ст. 26 Закону «Про заставу» надається право в разі невиконання забезпеченого заставою зобов'язання перед заставодержателем виконати зобов'язання з метою запобігання зверненню стягнення на предмет застави. Якщо ж процедура звернення стягнення розпочалася, то до моменту реалізації предмета застави він має право припинити звернення стягнення на заставлене майно виконанням забезпеченого заставою зобов'язання.

На практиці ж до майнових поручителів помилково застосовуються ст.ст.553-559 ЦК, що регулюють відносини за договором поруки, зокрема положення ст. 559 ЦК щодо шестимісячного строку для пред'явлення вимог до поручителя від дня настання строку виконання основного зобов'язання. Зі спливом цього строку порука як забезпечувальне зобов'язання припиняє свою дію, що унеможливлює задоволення інтересів кредитора у разі порушення основного зобов'язання, забезпеченого порукою. Застава ж припиняється з припиненням зобов'язання, забезпеченого заставою, і звернутися з вимогою про задоволення своїх вимог заставодержатель може протягом загального строку позовної давності, перебіг якого починається з моменту порушення забезпеченого поукою зобов'язання.

Необхідно вказати, що неоднозначному тлумачення поняття «майновий поручитель» в судовій практиці сприяли Методичні рекомендації із застосування банками Закону України «Про заставу», де майновий поручитель визначався як особа, «яка відповідно до договору поруки зобов'язується перед кредитором іншої особи (банком) відповідати за виконання останнім (боржником)

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

свого зобов'язання в повному обсязі або в його частині за рахунок заставленого майна» [2]. І незважаючи на те, що у 2001 році Вищим господарським судом України було підкреслено у Оглядовому листі «Про практику вирішення окремих спорів, пов'язаних із забезпеченням виконання зобов'язань (за матеріалами судової колегії Вищого арбітражного суду України по перегляду рішень, ухвал, постанов)» [3, п.6] , що порука і застава є різними самостійними способами забезпечення виконання зобов'язань, і тому встановлений ст. 194 ЦК УРСР (нині ст. 559 ЦК) строк для подання позову до поручителя не може застосовуватися до правовідносин заставодавця (майнового поручителя) і заставодержателя за договором застави, а отже, позовні вимоги про звернення стягнення на майно є обґрунтованими і підлягають задоволенню», сьогодні суди продовжують помилково застосовувати терміни «майновий поручитель» до відносин за договором поруки. Так Краматорський міський суд Донецької області своїм рішенням від 26 травня 2008 р.[4], встановивши, що за виконання відповідачем договірних зобов'язань за кредитним договором N та Р виступили як майнові поручителі, стягнув з них солідарно з відповідачем заборгованість за кредитним договором відповідно до положень ст. 554 ЦК, що є типовою помилкою при розгляді даної категорії справ.

Принциповим щодо реалізації таких забезпечень, як поука та застава, є те, що у разі забезпечення виконання зобов'язання порукою кредитор має право пред'явити (протягом строків, визначених у ст. 559 ЦК) до поручителя вимогу про виконання порушеного боржником зобов'язання та стягнення штрафних санкцій, викликаних цим порушенням. Враховуючи відсутність спеціальних приписів закону на такий випадок поручитель відповідає всім своїм майном, на яке може звертатися стягнення. При цьому відповідальність поручителя всім своїм майном ще не гарантує задоволення вимоги кредитора, оскільки майна у поручителя може не вистачити для повного задоволення майнових інтересів кредитора, або ж майна у останнього взагалі може не бути. Якщо ж виконання зобов'язання забезпечив майновий поручитель, то кредитор, у разі порушення зобов'язання боржником, має право звернути стягнення на певне майно майнового поручителя – предмет застави, реалізувавши своє право заставодержателя за договором застави.

Використані джерела: 1. Єдиний державний реєстр судових рішень України: http://www.reyestr.court.gov.ua.; **2.** Лист Національного банку України № 23015/11 від 08.10.1993 р.//Офіційний сайт Верховної Ради України. Законодавство України. – Режим доступу: http.//zakon.rada. gov. ua/cgi-bin/laws/main. cgi.; **3.** Оглядовий лист Вищого Арбітражного Суду України № 01-8/637 від 30.05.2001 р. «Про практику вирішення окремих спорів, пов'язаних із забезпеченням виконання зобов'язань» //Офіційний сайт Верховної Ради України. Законодавство України. – Режим доступу: http.//zakon.rada. gov. ua/cgi-bin/laws/main. cgi.; **4**. Рішення Краматорського міського суду Донецької області від 26 травня 2008 р. Справа № 2-2893/2008 //Єдиний державний реєстр судових рішень України: http://www.reyestr.court.gov.ua.

Про деякі проблемні питання застави корпоративних прав

Чеботарьова Ю. А., Бобришев І. Г.

Перебування нашої країни в останні два роки в складних економічних та фінансових умовах, підняли на поверхню цілу низку неврегульованих питань що стосуються інституту «застави» як засобу забезпечення зобов'язання. При не можливості виконувати зобов'язання природно, кредитор бажає задовольнити свої вимоги об'єктом застави. Але для деяких об'єктів застави досить нечітко прописані деталі процесу заставлення та механізму реалізації. Саме така ситуація склалася в Україні з корпоративними правами.

Визначення поняття «корпоративних прав» міститься в декількох джерелах: в Законі України «Про акціонерні товариства», Законі України «Про оподаткування прибутку підприємств» та в Господарському кодексі України. Якщо проаналізувати правовий зміст наведених у вищезазначених нормативно-правових актах поняття «корпоративні права», можна дійти висновку, що єдиного визначення цього терміну не існує. Але зазначене поняття носить комплексний характер, включаючи в себе як організаційну (право на управління юридичною особою), так і майнову складову (право на отримання прибутку (дивідендів)). Розглядаючи питання про зміст корпоративних прав, слід чітко розуміти, що таке частка в статутному фонді (капіталі). Статутний фонді (капіталі) – є сума вкладів засновників та учасників (в ЦК на позначення даного поняття використовується термін "статутний (складений) капітал"), який виражається у грошовій формі та зазначається в установчих документах юридичної особи. Частка в статутному фонді (капіталі) пропорційна внеску в цей фонд. З урахуванням викладеного, можна дійти висновку, що частка в статутному капіталі та корпоративні права – взаємопов'язані та взаємообумовлені поняття, бо підставою виникнення корпоративних прав є набуття частки в статутному фонді (капіталі).

Як зазначає Кравчук В.М., корпоративні права можуть стати об'єктом застави, бо відповідають ознакам, які притаманні об'єктам застав: можливість відчуження такого об'єкта; на предмет застави може бути звернено стягнення кредиторів.

За змістом ст. 53 Закону України «Про господарські товариства»: відчуження частки у статутному капіталі, а відповідно, корпоративних прав, можливо шляхом продажу чи відступлення у будь-який інший спосіб одному або кільком учасникам цього товариства, а третім особам – за умови, якщо інше не встановлено статутом товариства.

Зі змісту ст. 57 Закону України «Про господарські товариства» можна зробити висновок, що звернення допускається на частину майна товариства, пропорційну частці в статутному капіталі. Це,

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

зокрема, підтверджується і змістом ст. 149 ЦК, в якій йдеться саме про звернення стягнення на частину майна товариства.

Таким чином, частка в статутному капіталі може бути предметом застави (адже вона може бути відчужена), але на неї не можна звернути стягнення, а частина майна товариства, пропорційна частці, не може бути предметом застави (оскільки до виділення вона не існує), але на неї можна звернути стягнення.

Для виходу із цієї ситуації доцільно, щоб предметом застави були саме корпоративні права. Різниця в тому, що Закон України «Про господарські товариства» та ЦК, в якому є наведені вище обмеження, не оперують поняттям корпоративних прав, тому ці обмеження для них є формальними і фактично не відносяться. На сьогодні, в законодавстві відсутня будь-яка норма, яка б забороняла відчуження корпоративних прав або звернення стягнення на них. Разом з тим, оскільки корпоративні права є різновидом майнових прав, то на заставу корпоративних прав поширюються норми, які регулюють заставу майнових прав.

На практиці непоодинокі випадки, коли учасники договірних відносин, виділяють зі складу корпоративних прав, такі його елементи, як право на одержання частини прибутку, права на одержання частини майна товариства, ряд управлінських функцій, і оформляють їх в якості застави корпоративних прав, посилаючись на майнових характер таких прав. При цьому, слід зауважити, що чинне законодавство не передбачає ситуації, коли окремі елементи корпоративних прав, можуть розглядатися в якості самостійних об'єктів заставних відносин.

З аналізу змісту ч. 2 ст. 590 ЦК і ст. 20 Закону України «Про заставу» вбачається, що основним юридичним фактом, з яким пов'язується виникнення у заставодержателя права на звернення стягнення, є невиконання забезпеченого зобов'язання у встановлений строк. Законом передбачено також інші обставини, які надають право звернути стягнення на предмет застави достроково. Але з урахуванням дії принципу «дозволено усе що не заборонено», наприклад, з метою попередження загрози втрати або зниження вартості предмета застави, вважаємо за доцільне в договорі застави корпоративних прав передбачати додаткові обставини, які забезпечать заставодержателеві право звернути стягнення на предмет застави.

Найскладнішим елементом заставних правовідносин залишається звернення стягнення на предмет застави. Тут все залежить, від того як ці відносини врегулюванні в договорі застави, бо механізм звернення стягнення законодавчо не передбачений, тому в цій частині договір застави повинен бути особливо інформативний. Адже, якщо сторони «недорегулюють» свої відносини, то з'явиться широкий простір для їх оспорювання.

Вважаємо, що не дивлячись на вибірковість розглянутих нами проблемних аспектів застави корпоративних прав, нам вдалося

донести важливість і актуальність вказаного питання як для економічного оздоровлення держави, її фінансової стабільності так і для вирішення соціальних програм.

Література: 1.Закон України «Про акціонерні товариства» //Відомості Верховної Ради України. – 2008. - №50-51. – ст.384; 2.Закон України «Про оподаткування прибутку підприємств» //Відомості Верховної Ради України. – 1997. - №27. – ст.181; 3.Господарський кодекс України. //Відомості Верховної Ради України. – 2003. - №18-22. – ст.144; 4.Цивільний кодекс України. //Відомості Верховної Ради України. – 2004. - №40-44. – ст.356; 5.Володимир Кравчук. Застава корпоративних прав // Юридична Україна, 2005. № 1; 6.Василь Олійник. Проблемні питання застави корпоративних прав // Юридична Україна, 2005. № 1; 7.Закон України «Про заставу» //Відомості Верховної Ради України. – 1992.- №47. – ст.642-643 із змінами та доповненями; 8. Закон України «Про господарські товариства» //Відомості Верховної Ради України. – 1991. - №49. – ст.682-683 із змінами та доповненями

Чітке формулювання договірних умов як передумова отримання страхових виплат

Чапічадзе Я. О.

Ринок страхових послуг на протязі останніх років гостро відчуває вплив наслідків фінансової кризи. Тенденції проведення страхових виплат на ринку страхових послуг України на протязі останніх двох років мають досить низький рівень. Однією з послуг, що останнім часом найбільш користувалася попитом, є майнове страхування автотранспорту (КАСКО). За підсумками 2009 року середня збитковість за договорами страхування автотранспорту (КАСКО) складає 65-90%, а в деяких страхових компаніях перевищує 100%. В умовах нестачі фінансових активів та високої збитковості автострахування така тенденція може привести до зростання випадків банкрутства значної кількості страховиків.

Збільшення кількості укладених договорів страхування призвело до суттєвого росту кількості настання страхових випадків і відповідно необхідності проведення страхових виплат. Але в останній час значно збільшилась й кількість відмов страховиків у здійсненні страхових виплат не зважаючи на дотримання передбачених договором страхування умов, і як наслідок, обурення страхувальників.

Враховуючи ситуацію, що склалася на ринку страхових послуг, деякі страхові компанії намагаються будь-яким чином мінімізувати розміри витрат на проведення страхових виплат, відповідно підвищуючи рентабельність своєї діяльності. Значна кількість страховиків йде на ускладнення умов проведення страхових виплат. Договора страхування, що укладаються останнім часом, досить часто передбачають умови, що роблять майже неможливим отримання страхових виплат. Страхувальник не завжди може розраховувати на одержання страхового відшкодування за договором страхування, навіть у випадку, коли з його боку будуть дотримані передбачені умови договору страхування.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Так, підставами відмови проведення страхових виплат з боку страховиків останнім часом виступають «необережність страхувальника» (навіть люба дія, що призвела до ДТП). Неоднобічно трактується і «угон транспортного засобу», «незаконне заволодіння транспортним засобом», а також тлумачення «страхування від ризику стихійного лиха», та деякі расходження положень договору страхування та правил страхування.

Для страхувальника, який не володіє необхідним об'ємом юридичних знань відносно наповнення змісту договору страхування, ще в момент укладення договору необхідно звертати увагу на деяку сукупність договірних положень. Важливою умовою для страхувальника є уважне вивчення умов договору страхування й правил страхування.

Зміст договору страхування багато у чому визначає характер майбутніх взаємовідносин між страховиком і стхувальником. Відповідно до ст. 16 Закону України «Про страхування» від 7 березня 1996 року договір страхування - це письмова угода між страхувальником і страховиком, згідно з якою страховик бере на себе зобов'язання у разі настання страхового випадку здійснити страхову виплату страхувальнику або іншій особі, визначеній у договорі страхування страхувальником, на користь якої укладено договір страхування (подати допомогу, виконати послугу тощо), а страхувальник зобов'язується сплачувати страхові платежі у визначені строки та виконувати інші умови договору.

Згідно ст. 981 ЦК, договір страхування може укладатися шляхом видачі страховиком особі, яка страхується страхового свідоцтва (полісу, сертифікату), але обов'язково у письмовій формі.

У полісі передбачені лише основні права та обов'язки страховика та страхувальника. У той же час страховий поліс знаходиться у невід'ємному зв'язку з правилами страхування. Згідно з ч.1 ст.17 Закону України «Про страхування» Правила страхування розробляються страховиком для кожного виду страхування окремо і підлягають реєстрації в Уповноваженому органі при видачі ліцензії на право здійснення відповідного виду страхування.

Часто страховик (або страховий агент) забуває ознайомити клієнта з правилами страхування. У той же час сам поліс страхування передбачає на обороті витяг з правил страхування, однак клієнти не у всіх випадках можуть з ними ознайомитися, оскільки останні викладені трьохпунктовим шрифтом. Якщо в договір страхування на вимогу клієнта ще можна внести зміни, то правила в цьому плані недоторканні, і реєструються при одержанні ліцензії страховиком. У такому випадку, якщо клієнт не згодний з змістом правил страхування, доречним для нього буде вимога укласти окремий договір страхування, або відмова від послуг даного страховика.

Вносити зміни в запропонований страховою компанією договір страхування потрібно особливо обережно, тому що питання спів-

відношення договору й правил залишається відкритим. Відповідно до частини 1 статті 6 Закону України «Про страхування», загальні умови і порядок здійснення добровільного страхування визначаються правилами страхування, що встановлюються страховиком самостійно відповідно до вимог цього Закону. Конкретні умови страхування визначаються при укладенні договору страхування відповідно до законодавства.

Виходячи зі змісту вищевказаної норми, можна зробити висновок, що договір визначає тільки конкретні умови страхування, у той час як загальні умови страхування, що передбачені правилами, не можуть змінюватися договором страхування.

Слід зазначити, що деякі страхові компанії легко погоджуються внести зміни в зміст договору страхування відповідно до побажань клієнта, при цьому зневажаючи положеннями правил страхування.

В деяких випадках у договір страхування можна вносити загальні умови страхування, відмінні від умов, що передбачені правилами. Справа в тому, що в деяких положеннях правил страхування є формулювання «якщо інше не передбачене договором страхування». Це означає, що в частині цих положень договір має пріоритет над правилами й може їм суперечити. Для того щоб ще раз підкреслити пріоритет договору, у нього варто включити умову про його переважну силу над правилами.

У випадку відмови у виплаті страхового відшкодування варто звернутися до Закону України «Про страхування». Частина 1 ст. 27 даного Закону визначає перелік підстав відмови страховика в проведенні страхових виплат або страхового відшкодування. При розробці правил страхування, страхові компанії не завжди обмежуються зазначеним переліком і закріплюють в ньому нові пункти. У такому випадку страхувальник має підстави стверджувать про пріоритет положенньь Закону перед положеннями правил страхування.

Правові наслідки порушення сторонами умов договору

Мороз О. В.

При порушенні сторонами умов договору для сторони, яка порушила зобов'язання настають певні негативні правові наслідки.

Законодавством України, встановлені наступні правові наслідки за порушення зобов'язань: припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом, або розірвання договору; зміна умов зобов'язання; сплата неустойки; відшкодування збитків та моральної шкоди (ст. 611 ЦК).

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Під збитками розуміються витрати, здійснені кредитором, втрата або пошкодження його майна (реальний збиток), а також неотримані кредитором доходи, які він отримав би, якби зобов'язання було виконане боржником (упущена вигода).

Для цивільного права України традиційним є принцип повного відшкодування збитків. Застосування принципу повного відшкодування збитків обумовлене необхідністю відновити права потерпілої сторони в зобов'язанні. О.С. Іоффе підкреслював, що, лише керуючись принципом повного відшкодування збитків, можна відновити положення, яке існувало на момент правопорушення; лише завдяки ньому, забезпечується всебічна охорона інтересів тих, хто зазнає збитків від несправності своїх контрагентів; лише слідуючи цьому принципу, збитки, що настали, вдається повністю віднести на рахунок особи, яка їх завдала.

На практиці поширені такі порушення, для запобігання яким потрібне встановлення заходів майнової відповідальності. Загроза стягнення збитків досить часто виявляється недостатньо ефективною мірою, оскільки виявляється украй важко, а в деяких випадках і просто неможливо визначити конкретний розмір збитку від правопорушення. Мова йде про такі неналежні дії, як ухилення від укладення договору, затримка передачі відповідного майна і так далі. Відсутня можливість передбачити санкції за них в договорі між сторонами, оскільки порушення допускаються до укладення або на стадії укладення договору.

У зв'язку з цим необхідно торкнутися однієї проблеми загального характеру. У цивілістиці традиційно виділяються два різновиди цивільно-правової відповідальності: договірна і деліктна. Поряд з цим загальновизнаним є і положення, в силу якого в цивільному праві існує самостійне зобов'язання укласти договір, коли необхідність його укладення передбачена законом або попереднім договором між контрагентами. Забезпечення виконання вказаного зобов'язання передбачає виділення особливої групи заходів відповідальності. Вони підлягають застосуванню у зв'язку з допущеною неправомірною відмовою від укладення або затримкою оформлення договору і умовно можуть бути названі “переддоговірними” санкціями.

Було б доцільно доповнити законодавство нормами, що встановлюють відповідні заходи відповідальності за вказані порушення. Це рішення, на наш погляд, є найбільш доцільним з урахуванням поширеності та суттєвого характеру порушень, що допускаються на стадії укладення договорів.

Основний принцип виконання зобов'язань полягає в реальному здійсненні суб'єктами їх прав і виконання прийнятих на себе зобов'язань. Як справедливо відзначає Р.О. Халфіна, встановлення майнової відповідальності «повинно спонукати до своєчасного і належного виконання обов’язків».

Досліджуючи ефективність санкцій, І.Н. Петров констатував низьку результативність відповідальності за багато правопорушень, пов'язуючи таке положення з недоліками в правовому регулюванні відповідальності.

До тих моментів, що вимагають першочергової уваги, на нашу думку, відноситься правильний вибір виду санкції і визначення порядку її застосування з урахуванням характеру завдань, які вирішуються. При порушеннях, що носять триваючий характер, як підтверджує практика, добиватися реального виконання обов'язків більш успішно дають можливість не одноразові стягнення сум, а безперервно поточні (відповідно тривалості прострочення) санкції.

Відповідальність у вигляді неустойки (штрафу, пені) важливо передбачати за невиконання і інших значимих для сторін вимог.

Основним засобом боротьби з подібного роду порушеннями є стягнення заподіяних збитків. Обґрунтування позовів про стягнення збитків дійсно пов'язане із значними складнощами. Перш за все, це стосується таких моментів, як встановлення причинного зв'язку між порушенням і його негативними наслідками та розміри втрат.

Поряд із цим навряд чи можна прийняти пропозицію про спрощення процесу доведення збитків. Будь-які спрощення, що мотивуються складністю документально підтвердити причинний зв'язок або розмір збитків, здатні привести до зворотних результатів - свавілля при ухваленні судових рішень, необгрунтованому стягненню сум з відповідачів.

Цивілістами вже було відмічено, що мета цивільно-правової відповідальності - "відновлення порушених майнових прав кредитора, що потерпів від порушення". Досягнення вказаної мети ускладнюється при заміні збитків твердою сумою. Справедливо зауважив О.С. Іоффе, що стягнення заздалегідь передбачених договором грошових сум має ту перевагу, що для цього досить одного факту винного порушення зобов'язання: не потрібно доводити ні розмір, ні факт настання збитків. Недолік же подібних заходів полягає в тому що сума, що стягується з порушника "не порівнюється із заподіяною ним майновою втратою і тому відшкодувати збиток зазвичай не здатна".

Більш перспективним вирішенням даної проблеми є вдосконалення науково обгрунтованих методик обчислення збитків, диференціація їх відповідно до особливостей господарської діяльності потерпілого і характеру допущеного порушення.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Представницька діяльність юриста при міждержавному усиновленні в Україні

Євко В. Ю.

Сучасне українське сімейне законодавство базується на низці загальновизнаних принципів, які покликані сприяти забезпеченню якнайкращих інтересів дитини відповідно до завдань Конвенції ООН про права дитини, учасницею якої є Україна. Одним з таких принципів є закріплений як сімейним, так і цивільним законодавством принцип пріоритету сімейного виховання дітей: як тих, які мають батьків, так і тих, які з тих чи інших причин залишилися без батьківського піклування. На цьому пріоритеті ґрунтується система форм та способів влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування. Виходячи з цього, найкращім способом влаштування дитини, позбавленої батьківського піклування, визнається саме усиновлення.

Основними пріоритетами при усиновленні дитини є пріоритет внутрішньодержавного усиновлення та заборона посередницької, комерційної діяльності щодо усиновлення дітей.

Проте нерідко трапляється так, що при наявності певних обставин дитина-сирота чи дитина, позбавлена батьківського піклування, не може бути усиновлена громадянами України. Як правило, це стосується тих випадків, коли дитина має кількох братів чи сестер; досягла семирічного віку і більше; страждає тяжким або невиліковним захворюванням. Саме у цих випадках і постає питання про міждержавне усиновлення.

Заборона посередницької, комерційної діяльності щодо усиновлення дітей передбачена ст. 216 СК. Разом з тим, чинне законодавство не містить визначення термінів «посередницька» та «комерційна» діяльність. Для з'ясування їх змісту необхідно звернутися до доктрини, зокрема, науки цивільного та кримінального права, які використовують зазначені поняття.

Посередницькою діяльністю щодо усиновлення (удочеріння) дитини визнається діяльність з будь-якого сприяння усиновленню (удочерінню), коли винна особа зобов'язується в інтересах однієї зі сторін виконати певні дії: розшукати батьків усиновленого та отримати від них або від опікунів (піклувальників) згоду на усиновлення, вплинути на суддю з метою прийняття ним позитивного рішення щодо усиновлення, сприяти в оформленні документів, які б дали змогу усунути обмеження, що встановлені законодавством для усиновителів тощо. ***Незаконною*** є будь-яка посередницька діяльність щодо усиновлення (удочеріння) дитини, яка є ***комерційною***, тобто здійснюється з метою одержання прибутку [1, с. 402].

Разом з тим посередницька діяльність має і цивільно-правову природу і у науці цивільного права частіш за все порівнюється з діяльністю представника. Цивілісти є майже солідарними в тому, що поняття посередницької діяльності та представництва не є тотожними.

Представництво забезпечує усунення юридичних або фактичних перешкод, які не дають фізичній або юридичній особі самостійно укласти той чи інший правочин. Слід також зазначити, що представник може бути уповноважений вчиняти від імені особи, яку він представляє не тільки правочини, а й інші юридичні дії, тобто такі, які тягнуть виникнення, зміну чи припинення правового зв'язку особи, яку представляє представник, та третьої особи. Вчинення юридичних дій може бути спрямоване не тільки на набуття цивільних прав та обов'язків, а й на реалізацію існуючих. Проте наявність у визначенні представництва вказівки на юридичний характер дій, що зобов'язаний або має право вчиняти представник, не виключає того, що він може прийняти на себе обов'язок одночасно вчиняти і фактичні дії. Проте дії, які носять такий характер, повинні слугувати певним доповненням до дій юридичних, тобто носити тим самим залежний від них субсидіарний характер [2, с. 810–811].

Повертаючись до міждержавного усиновлення необхідно зазначити, що у іноземців, які бажають усиновити українську дитину, зазвичай виникає необхідність у послугах представника по крайній мірі з двох причин фактичного характеру. По-перше, через тривалість процедури усиновлення для іноземця виникає потреба довгий час перебувати в Україні, що пов'язане для нього з великими матеріальними витратами на проживання. Цим чинником викликана необхідність максимально скоротити час перебування кандидата-іноземця в Україні. По-друге, іноземці зазвичай є майже необізнаними з вимогами чинного законодавства України щодо процедури усиновлення, його наслідків, а також всього спектру своїх прав та обов'язків. Саме ці причини викликають необхідність у представництві інтересів іноземців-кандидатів в усиновлювачі на території України під час здійснення процедури усиновлення. І при зазначених обставинах роль представника якнайкраще зможе виконати саме юрист, тобто особа, яка обізнана з особливостями українського законодавства. Натомість на сьогоднішній день іноземні громадяни, які бажають усиновити українську дитину, яка проживає на території України, вимушені звертатися за допомогою до сумнівних посередників, які за певну винагороду обіцяють вирішити всі питання, пов'язані з оформленням та поданням документів до Державного департаменту з питань усиновлення та захисту прав дитини, підбором дитини та налагодженням з нею контакту і навіть вирішити питання, пов'язані з усиновленням, у суді. І як не парадоксально ці особи зазвичай не мають юридичної освіти і можна тільки сподіватись

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

на те, що вони хоча б у деякій мірі знайомі з нормативними актами, що регулюють процедуру усиновлення. Саме щодо діяльності таких посередників, на наш погляд, може йти мова про незаконну комерційну посередницьку діяльність щодо усиновлення дітей, які є громадянами України, іноземними громадянами.

Слід зазначити, що принцип недопустимості посередницької комерційної діяльності щодо усиновлення закріплений також і в нормах Конвенції ООН про права дитини, проте його формулювання не має такого категоричного характеру. Так, відповідно до ст. 21 Конвенції держави-учасниці забезпечують, щоб у випадку усиновлення в іншій країні влаштування дитини не призводило до одержання *невиправданих фінансових вигод* (курсив мій – Є. В.), пов'язаних з цією особою. У ст. 32 Конвенції про захист дітей та співробітництво в галузі міждержавного усиновлення від 22.01.1993 (далі – Гаазька Конвенція) зазначена заборона має ще більш диспозитивний характер: ніхто не повинен одержувати неоправдану фінансову чи іншу вигоду від діяльності, що стосується міждержавного усиновлення. *Тільки витрати та видатки, включаючи розумні професійні гонорари особам, які приймають участь в процесі усиновлення, можуть встановлюватись або виплачуватись* (курсив мій – Є. В.).

Нажаль на сьогоднішній день Україною Гаазька Конвенція ще не ратифікована, і тому посередницька, комерційна діяльність щодо усиновлення заборонена під загрозою притягнення до кримінальної відповідальності за ст. 169 КК.

Таким чином, іноземці, які бажають усиновити дитину в Україні, залишаються практично незахищеними перед українськими законами, не дивлячись на демократичність законодавства щодо правового статусу іноземців в Україні. Не будучи знайомі з нашим законодавством, вони також позбавлені можливості одержати правову допомогу при здійсненні процедури усиновлення. Вихід з ситуації, що склалася, вбачається у ратифікації Україною Гаазької Конвенції, яка спрямована не тільки на охорону прав дітей при їх усиновленні і переїзді за межі Держави Походження, а й на захист прав громадян Приймаючої Держави в Державі Походження дитини. На нашу думку, з цих же міркувань необхідно переглянути абсолютний характер принципу недопустимості посередницької, комерційної діяльності щодо усиновлення в Україні. Крім того, слід мати на увазі, що закон не містить прямої заборони на діяльність представника під час здійснення усиновлення.

Література: 1. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 року / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. — К.: Каннон, А.С.К., 2001. – 1104. 2. Договірне право України. Особлива частина : навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін..: за ред. О. В. Дзери. – К. : Юрінком Інтер, 2009. – 1200.

Звернення судом стягнення на предмет іпотеки шляхом набуття іпотекодержателем його у власність

Томчишен С. В.

Згідно із ч. 3 ст. 33, ст. 39 та ст. 41 Закону про іпотеку іпотекодержатель має право звернути стягнення на предмет іпотеки за рішенням суду або на підставі виконавчого напису нотаріуса шляхом його продажу з прилюдних торгів. Поряд із цим статті 36, 37 і 38 Закону про іпотеку передбачають можливість задоволення забезпечених іпотекою вимог шляхом набуття іпотекодержателем предмета іпотеки у власність або шляхом його продажу іпотекодержателем від свого імені будь-якій особі. На відміну від продажу предмета іпотеки з прилюдних торгів, звернення стягнення на предмет іпотеки цими способами може відбуватися за умови, якщо вони безпосередньо передбачені окремим договором з іпотекодавцем або застереженням у договорі іпотеки. Відповідно до ст. 36 Закону про іпотеку передання іпотекодавцем предмета іпотеки у власність іпотекодержателю на підставі окремо укладеного договору про задоволення вимог іпотекодержателя або перехід до нього права власності на предмет іпотеки на підставі застереження в договорі іпотеки є позасудовим способом задоволенням вимог, що здійснюється за взаємною домовленістю іпотекодавця та іпотекодержателя.

Однак, наведеною нормою не виключається можливість звернення стягнення в такий спосіб та набуття іпотекодержателем права власності на предмет іпотеки за рішенням суду. Такий висновок виходить зі змісту статей 36, 37 Закону про іпотеку. Зокрема, в цих нормах задоволення вимог іпотекодержателя шляхом набуття ним права власності на предмет іпотеки ототожнюється передусім із способом звернення стягнення, який поряд з іншими може застосовуватися, якщо його передбачено договором. Тому у разі встановлення такого способу звернення стягнення у договорі іпотекодержатель на підставі ч. 2 ст. 16 ЦК вправі вимагати застосування його і судом.

Незважаючи на можливість позасудового вирішення питання про передання іпотекодержателю у власність предмета іпотеки у рахунок погашення забезпечених іпотекою його майнових вимог ст. 36 Закону про іпотеку не виключає і можливість прийняття судом рішення про визнання за ним права власності на предмет іпотеки. Цей висновок повністю узгоджується зі змістом ч. 2 ст. 35 Закону про іпотеку, якою встановлено право іпотекодержателя у будь-який час звернутися до суду, оминаючи передбачений ч. 1 ст. 35 цього Закону позасудовий порядок добровільного задоволення його вимог іпотекодавцем (боржником). Таке право іпотекодержателя також відповідає вимогам ч. 3 ст. 33 Закону про

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

іпотеку, яка рішення суду поряд з іншим відносить до підстав для звернення стягнення на предмет іпотеки[1]. У розумінні змісту ч. 5 ст. 11 ЦК вказані норми Закону про іпотеку є передбаченим законом випадком, коли рішення суду може бути підставою для виникнення цивільних прав та обов'язків. На підставі цих норм суд може звернути стягнення шляхом припинення у іпотекодавця права власності на предмет іпотеки та передання його у власність іпотекодержателю.

Водночас попри те, що договір про задоволення вимог іпотекодержателя або відповідне застереження в договорі іпотеки можуть передбачати звернення стягнення на предмет іпотеки шляхом набуття його у власність, не у всіх випадках умови цих договорів можуть бути достатньою підставою для переходу предмета іпотеки у власність іпотекодержателя та вказувати на вирішення цього питання у позасудовому порядку.

При розв'язанні цього питання слід враховувати, що відповідно до ч. 1 ст. 334 ЦК, право власності у набувача майна за договором виникає з моменту передання майна, якщо інше не встановлено договором або законом. Зважаючи на цю норму, необхідно відрізняти умови договору, які встановлюють чіткі підстави для переходу права власності на предмет іпотеки до іпотекодержателя, від умов, які передбачають лише можливість застосування такого способу звернення стягнення. У разі непередання іпотекодавцем добровільно предмета іпотеки у власність іпотекодержателю встановлений договором спосіб звернення стягнення надає йому тільки право вимагати звернення стягнення на предмет іпотеки в судовому порядку. Тому, якщо умови договору іпотеки передбачають лише загальну можливість звернення стягнення шляхом набуття іпотекодержателем предмета іпотеки у власність, він може набути право власності на предмет іпотеки тільки в результаті звернення стягнення на нього за рішенням суду або внаслідок добровільного передання його іпотекодавцем на підставі окремо укладеного договору.

У розумінні ст. 600 ЦК позасудове вирішення питання про добровільне задоволення іпотекодавцем забезпечених іпотекою вимог іпотекодержателя шляхом передання йому предмета іпотеки у власність є способом повного або часткового припинення забезпеченого

[1] Вирішення судом питання про задоволення забезпечених іпотекою вимог шляхом набуття іпотекодержателем права власності на предмет іпотеки не може ставитись у залежність від здійснення іпотекодавцем та іпотекодержателем дій, спрямованих на позасудове вирішення питання про звернення стягнення на предмет іпотеки. Цей висновок дістав визнання і в судовій практиці. Так, у постанові ВГСУ від 20 жовтня 2009 року у справі № 38\126-09 судова колегія, даючи правову оцінку висновкам, зробленим у рішеннях місцевого та апеляційного господарських судів, виходила з того, що за наявності підстав для звернення стягнення на предмет іпотеки іпотекодержатель у будь-який час може звернутися до суду з вимогою визнати за ним право власності на предмет іпотеки без попереднього повідомлення іпотекодавця про порушення забезпеченого іпотекою зобов'язання.

іпотекою зобов'язання шляхом передання відступного. До умов про передання відступного може прирівнюватися також застереження в договорі іпотеки. Утім відповідне застереження, крім того, що звернення стягнення може здійснюватися шляхом набуття іпотекодержателем права власності на предмет іпотеки, повинно містити чіткі умови щодо порядку та моменту переходу до нього права власності на предмет іпотеки. Згідно із ст. 212 ЦК такі умови договору іпотеки можуть розглядатись як відкладальні та скасувальні обставини, із настанням яких відбувається припинення у іпотекодавця права власності на предмет іпотеки та його перехід до іпотекодержателя.

Право власності на предмет іпотеки не може переходити до іпотекодержателя на підставі застереження договору іпотеки, яке тільки у загальному вигляді передбачає можливість звернення стягнення на предмет іпотеки шляхом його набуття іпотекодержателем у власність. У цьому разі відсутні і підстави для реєстрації права власності на предмет іпотеки за іпотекодержателем згідно із частинами 1, 2 ст. 37 Закону про іпотеку, п. 2.2 Тимчасового положення про порядок реєстрації прав власності на нерухоме майно та п. 1 його Додатку № 1. Відповідно до цих норм реєстрація права власності на предмет іпотеки за іпотекодержателем може здійснюватися на підставі вимоги про усунення порушень, надісланої іпотекодавцю (боржнику) у не менш ніж тридцятиденний строк із попередженням про звернення стягнення у разі невиконання цієї вимоги протягом тридцятиденного строку з моменту її отримання. За наявності цих обставин реєстрація права власності на предмет іпотеки за іпотекодержателем може відбуватися за умови, якщо застереження договору іпотеки прямо передбачає у зв'язку з цим перехід до нього права власності, а не тільки загальну можливість звернення стягнення в такий спосіб.

З огляду на це можна констатувати, що задоволення вимог іпотекодержателя шляхом набуття предмета іпотеки у власність повинно відбуватися виключно на підставі рішення суду, якщо договір іпотеки у загальному вигляді передбачає тільки можливість застосування цього способу звернення стягнення, а іпотекодавець добровільно не передасть йому у власність предмет іпотеки як відступне. У разі наявності передбачених договором іпотеки підстав для звернення стягнення на предмет іпотеки шляхом набуття іпотекодержателем його у власність суд з урахуванням наведених вище норм Закону про іпотеку може задовольнити вимогу іпотекодержателя шляхом визнання за ним права власності.

Між цим слід розрізняти випадки, коли на підставі рішення суду відбувається звернення стягнення на предмет іпотеки і перехід до іпотекодержателя права власності, та випадки, коли суд, визнаючи право власності, на підставі ст. 392 ЦК здійснює захист вже наявного в іпотекодержателя щодо предмета іпотеки права, яке перейшло до нього згідно із застереженням у договорі іпоте-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

ки. Відповідно до ст. 392 ЦК шляхом визнання судом права власності може здійснюватися захист тільки існуючого в особи права власності, якщо воно порушується, не визнається або оспорюється.

Тому, якщо зміст договору іпотеки передбачає чіткі умови та момент переходу права власності на предмет іпотеки до іпотекодержателя, суд, визнаючи за ним право власності, лише встановлює факт його переходу, який вже відбувся відповідно до такого застереження[1].

Положення цієї статті не можуть застосовуватися при вирішенні спорів у випадках, коли особа не є власником майна, а лише має передбачене законом або договором право на набуття його у власність, у тому числі й на підставі рішення суду. Зокрема, крім Закону про іпотеку, ЦК також передбачає декілька випадків, коли особа вправі вимагати в судовому порядку передання їй майна, яке не є її власністю, а ухвалене судом рішення є підставою для набуття відповідного майна у власність. Наприклад, у разі: передання за рішенням суду в комунальну власність безхазяйної нерухомої речі (ч. 2 ст. 335 ЦК); визнання рішенням суду права власності на самочинно збудоване нерухоме майно за особою, яка здійснила самочинне будівництво, або за власником земельної ділянки, на якій воно було збудовано (ч. 3 та ч. 5 ст. 376 ЦК). Поряд з цим визнання судом права власності на майно за особою, яка не є його власником, передбачено і ч. 2 ст. 365 ЦК. На підставі цієї норми суд може ухвалити рішення про припинення права на частку у спільному майні за вимогою одного із співвласників. При поділі майна, що є у спільній сумісній власності, таке право суду встановлено ч. 2 ст. 372 ЦК. Хоча цими нормами передбачено тільки припинення за рішенням суду права власності на частку у спільному майні одного із співвласників за вимогою іншого, однак, є очевидним, що таке рішення суду повинне ухвалюватись одночасно із визнанням права власності на частку співвласника (право якого припиняється) за особою, яка звертається з відповідною вимогою.

Разом з цим необхідно враховувати, що ст. 392 ЦК не вказує на те, що вимогу про визнання судом права власності може висувати тільки власник, а тому і не може обмежувати встановлене законом право особи вимагати визнання за нею права власності. Якщо договір іпотеки передбачає звернення стягнення шляхом

[1] Зокрема, на це звертається увага і в судовій практиці. Наприклад, у постанові ВГСУ від 11 серпня 2009 року у справі № 39\190пн судова колегія відзначила, що іпотекодержатель, який звернувся до суду, набув право власності на предмет іпотеки на підставі застереження в іпотечному договорі шляхом прийняття його у власність після спливу встановленого строку, протягом якого іпотекодавець міг виконати забезпечені іпотекою вимоги іпотекодержателя, вказані в його повідомленні про порушення кредитного договору. Тому поданий позов про визнання права власності спрямований не на виникнення в позивача права власності за рішенням суду, а на захист відповідно до ст. 392 ЦК вже існуючого у нього права власності, яке перейшло до нього згідно із застереженням договору іпотеки.

набуття іпотекодержателем предмета іпотеки у власність, він із наведених вище правових підстав може звернутися до суду з вимогою про визнання за ним права власності. У цьому разі суд не позбавлений права звернути стягнення шляхом визнання за іпотекодержателем права власності на предмет іпотеки, виходячи із визначених ч. 2 ст. 16 ЦК та ч. 2 ст. 20 ГК способів, що можуть застосовуватися при здійсненні судом захисту цивільних прав та інтересів.

Перелічені у наведених нормах способи захисту за своїми правовими наслідками є взаємопов'язаними, взаємозамінними та можуть доповнювати один одного. Вони підлягають застосуванню судом залежно від характеру спірних правовідносин та правових наслідків, застосування яких із підстав, передбачених законом або договором, вправі вимагати їх сторони. Право іпотекодержателя звернути стягнення на предмет іпотеки передбачає можливість вимагати застосування правових наслідків, що полягають у припиненні в іпотекодавця права власності на предмет іпотеки та його перехід до іпотекодержателя. До підстав для зміни власника предмета іпотеки поряд із договором про відступне вище зазначені норми відносять і рішення суду. Тому в межах передбачених ч. 2 ст. 16 ЦК та ч. 2 ст. 20 ГК способів захисту звернення судом стягнення на предмет іпотеки може відбуватися шляхом визнання за іпотекодержателем права власності, оскільки застосування саме цього способу тягне зміну та припинення правовідносин власності – зміну власника предмета іпотеки за рішенням суду[1].

Відповідно до змісту ч. 5 ст. 11 ЦК та ч. 3 ст. 33 Закону про іпотеку ухвалене судом рішення про звернення стягнення на предмет іпотеки в такий спосіб є підставою для припинення у іпотекодавця права власності на предмет іпотеки та його переходу до іпотекодержателя. Згідно із ст. 19 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» та Додатку № 1 до Тимчасового положення про порядок реєстрації прав власності на нерухоме майно рішення суду про визнання права власності на об'єкти нерухомого майна поряд із рішенням про встановлення факту права власності на об'єкт нерухомого майна є підставою для реєстрації за іпотекодержателем права власності на предмет іпотеки, на який судом було звернуто стягнення.

Висновки. Підсумовуючи наведене, можна констатувати наступне: іпотекодержатель має право вимагати застосування нас-

[1] Право на звернення до суду з такою вимогою визнається і в судовій практиці. Так, у постанові ВГСУ від 18 серпня 2009 року у справі № 11\237\08 судова колегія висловила позицію, що на підставі ст. 37 Закону про іпотеку іпотекодавець може задовольнити забезпечену іпотекою вимогу шляхом визнання судом за ним права власності, якщо в договорі іпотеки передбачено можливість звернення стягнення шляхом набуття предмета іпотеки іпотекодержателем у власність.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

лідків у вигляді переходу до нього права власності на предмет іпотеки, якщо такий спосіб звернення стягнення передбачено договором іпотеки; іпотекодержатель може звертати стягнення на предмет іпотеки та набувати його у власність на підставі рішення суду; суд за вимогою іпотекодержателя може ухвалити рішення про визнання за ним права власності на предмет іпотеки.

Момент укладення договору зберігання транспортного засобу

Батожська О. В.

Договір зберігання транспортних засобів вважається укладеним з моменту передання майна на зберігання, що свідчить про його реальний характер. Між тим, загальні положення про зберігання передбачають обов'язок професійного зберігача зберігати річ, яка буде передана зберігачеві в майбутньому (ч.2 ст.936 ЦК). Тобто зазначена норма передбачає можливість укладення договору зберігання за конструкцією консенсуального і цілком поширюється на спеціальні види зберігання, а отже – і на договір зберігання транспортних засобів. У той же час поширення положення про можливість укладення договору зберігання транспортних засобів за конструкцією консенсуального договору не відповідає сутності цих відносин.

Зазвичай виникнення між сторонами домовленості про передання транспортного засобу на зберігання у майбутньому обумовлюється приватним інтересом поклажодавця (можливістю «зарезервувати» для транспортного засобу місце на стоянці), а може викликатися й заінтересованістю зберігача в отриманні передбачуваного прибутку. Але така домовленість має для сторін і певні негативні прояви. На практиці досить часто укладаються договори (переважно з тривалим строком зберігання), в яких момент передання транспортного засобу на зберігання значною мірою віддалений від моменту укладення договору, що, втім, не виключає обов'язку поклажодавця сплачувати за послуги, які фактично ще не були надані. Стандартні бланки договорів, що застосовуються у практичній діяльності зберігачів, прямо передбачають обов'язок поклажодавця сплачувати за послуги саме з моменту укладення договору. За юридичною природою – це консенсуальний договір зберігання, але такий договір не може встановлювати обов'язку поклажодавця сплачувати за фактично неіснуючі послуги. З іншого боку, і зберігач не може вимагати від поклажодавця виконання зобов'язання в натурі (тобто передання речі на зберігання), якщо той з якихось причин відмовиться від договору, а може лише у відповідності з ч. 2 ст. 939 ЦК розраховувати на

відшкодування збитків у зв'язку з тим, що зберігання не відбулося (крім випадків, коли поклажодавець у розумний строк попередив зберігача про відмову від договору). Очевидно, можна було б припустити, що за даних ситуацій розмір, так званої, плати за зберігання служить своєрідним способом покриття можливих витрат (збитків) зберігача, пов'язаних з тим, що зберігання може не відбутися. Однак, зазначені виплати мають різну правову природу та різне цільове призначення.

Сказане свідчить про недоцільність поширення конструкції консенсуального договору до практичного застосування у сфері укладення договорів зберігання транспортних засобів. Якщо між сторонами виникає домовленість про передання транспортного засобу на зберігання у майбутньому, таку домовленість слід розцінювати як попередній договір.

З одного боку, застосування конструкції попереднього договору у разі, якщо одна із сторін зацікавлена саме в укладенні договору зберігання, але інша сторона ухиляється від цього, забезпечить виникнення юридичного зв'язку між сторонами у випадку, коли передання речі ще не відбулося. На відміну від ситуації, коли використовується консенсуальний договір, для передання речі на зберігання за наявності попереднього договору все ж таки необхідно буде укласти основний договір зберігання. Сторона, яка необґрунтовано ухиляється від укладення основного договору, повинна відшкодувати іншій стороні збитки, завдані простроченням, якщо інше не встановлено попереднім договором або актами цивільного законодавства (ч. 2 ст. 635 ЦК). Оскільки попередній договір, як і будь-який інший, виникає на підставі волевиявлення обох сторін, то й відмовитися від укладення основного договору сторони можуть тільки спільно. Крім того, якщо одна із сторін необґрунтовано ухиляється від укладення основного договору, логічно, що інша сторона може висувати вимогу про спонукання до укладення такого договору.

З іншого боку, враховуючи інтереси менш захищеної сторони договору (поклажодавця), попередня домовленість між сторонами (наприклад, у вигляді резервування місця на автостоянці) не тільки убезпечить поклажодавця від необґрунтованих відмов професійного зберігача в укладенні договору, а й позбавить його необхідності сплачувати за послуги, фактично не отримані ним.

Право дитини народиться

Жидкова О.С.

На сучасному етапі свого розвитку українське суспільство зіткнулося з серйозними проблемами власного відтворення. За різними оцінками, в Україні з 15 млн. пар від 1 до 3 млн. безплідні [5].

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Більш точних даних немає, оскільки глобальних досліджень безплідності не проводилося. Ситуація в Україні сильно від світу не відрізняється. У Росії понад 5,5 мільйонів подружніх пар не в змозі мати дітей з тих чи інших медичних показників [10]. За даними Всесвітньої організації охорони здоров'я (ВООЗ), на планеті від 60 до 80 млн. пар (кожна четверта-п'ята) страждають на безплідність [5].

Однак, для кожної окремої сім'ї важливо мати свою, рідну дитину, і це бажання не залежить ні від соціального статусу людини, ні від матеріального благополуччя, ні від того, що жінка може померти під час пологів. Навіть знаходячись в місцях «не таких віддалених» засуджені також мріються про своїх дітей, і це не просто примха, не просто бажання, ні. Їх метою є створення хоч і не повноцінної в звичайному розумінні, але все ж таки сім'ї.

Водночас права дитини часто вступають в суперечність з правами її батьків. Найскладніший комплекс проблем пов'язаний з правами ненародженої, а іноді – ще й не зачатої дитини.

Ось наприклад одна з них: батьки алкоголіки - навіщо народжувати хворих, нікому не потрібних і часто, розумово відсталих дітей?

А.І. Осипов говорить про це так, невинні діти в сенсі гріховному ... вже несуть на собі цей відбиток порочності, і, як правило, стають на шлях того ж пороку. Так і є, злодійські сім'ї наприклад. Мабуть сама атмосфера виховання вже накладає на дитину подальший відбиток, але не тільки виховання – ось це абсолютно дивовижна річ. Продовжуючи далі, цей автор відмічає, що раніше було таке захоплення в наших аристократичних сім'ях, коли брали дітей з сімей тих, що опустилися і намагалися їх виховувати в атмосфері культури і комфорту. Але цікаво, що з цих випадків відсотків сімдесят дітей, з подібного роду сімей, врешті-решт, збігали і ставали на шлях ось такого поганого батьківського життя. Є виявляється якась зараза, яка вростає в людину з самого початку життя – ось цікавий факт [4].

Стосовно цієї проблеми святитель Лука (Войно-Ясинецкий), пише, що у двадцятих роках минулого сторіччя в Америці жила молода жінка, надзвичайно розбещена. Засуджена вже в ранній молодості до повішення, вона ізбігла покарання – вийшла заміж і мала багато дітей. Через шістдесят років число її нащадків по прямій лінії досягло вісімдесяти. З них двадцять були покарані законом за злочини, а інші шістдесят складалися з п'яниць, божевільних, ідіотів і жебраків [1].

Одним з виходів з цієї ситуації, на думку деяких вчених є насильницька стерилізація безнадійних алкоголіків, осіб позбавлених батьківських прав за жорстоке поводження з дітьми (і в деяких інших аналогічних ситуаціях) – найбільш допустимий, з погляду моралі метод зниження рівня насильства в суспільстві [6].

Далі цей автор вважає, що стерилізація значно гуманніша міра, ніж позбавлення батьківських прав на вже народжену дитину [6].

У своєї статті автор доходить висновку, що багато хто побоюється зловживань, але очевидно, що відповідальне рішення може бути ухвалене тільки судом в кожному конкретному індивідуальному випадку. Зловживання можливі, як при рішенні по позбавленню батьківських прав, тюремному вироку тощо. Але ж ці рішення довірені суду [6].

Протоієрей Дмитро Смирнов зауважує, що тут підміняється одне поняття іншим. Чом би не вбити цих батьків? Батьки алкоголіки, соціально небезпечні люди. Вони шкодять суспільству. Чому за них повинні страждати діти? Можна видати закон, накладати штрафи, можна цих людей якимсь чином ізолювати. Хоча, звичайно, краще б було алкоголікам кинути пити і жити нормальним життям. Це було б взагалі чудово. На ділі ж чомусь вибирається зло найбільше. Держава повинна знайти якийсь інший спосіб, чим просто вбивство дитини [8].

Професор медицини Юрій Блошанський, з цього приводу говорить, що далеко не завжди можна з впевненістю сказати, чому діти з'являються на світ з відхиленнями. Трапляється, що і батько і мати здорові, цілком благополучні, а дитина, що народилася у них, сильно хвора. Причиною може стати все що завгодно. Навіть генетичне дослідження не завжди допомагає розібратися, в чому справа. В той же час буває і інакше: мати п'яниця, про батька взагалі нічого не відомо, а дитина з'являється на світ практично здоровою [7]. Далі він наголошує, що примусова стерилізація - це насильство над особою. Її практикували у фашистській Німеччині в 1934-1935 рр. Якщо у нас вирішать ввести примусову стерилізацію, тоді вибухне весь світ. Адже сьогодні навіть психічно хвору людину не можна покласти в клініку без її згоди [7].

Стерилізація - це тупиковий шлях, який вже проходили розвиненіші країни. І ми знаємо, до чого привів цей метод в Германії. В Японії якось цілком серйозно обговорювалося, що потрібно стерилізувати всіх хворих цукровим діабетом! Існує небезпека, що в такі питання відразу втрутиться велика політика, почнуться блюзнірські зловживання і піде дискримінація по підлозі, расовій ознаці тощо, резюмує Дмитро Смирнов [8].

В цілому у ***стерилізації*** є тільки один серйозний недолік – вона необоротна. Методики, направлені на відновлення прохідності маткових труб або сімявивідних протоків вкрай складні і ненадійні. У чоловіка є можливість залишити собі шанс мати дітей і після ***стерилізації***, зберігши зразок свого сімені в банці сперми, але у жінки такої можливості немає [9]. Реальні шанси на відновлення фертильності є тільки в перші 5 років після стерилізації. Пізніше організм перестає виробляти повноцінних сперматозоїдів [3].

Крім цього, американські вчені в результаті невеликого дослідження за участю пацієнтів, страждаючих первинною прогресу-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

ючою афазією і іншими видами лобовий-скроневої деменції дійшли висновку, що одним з побічних ефектів вазектомії може бути підвищена вірогідність розвитку рідкісної форми недоумства [3].

Нарешті, тест: Жінка перенесла сифіліс, вагітна сьомою дитиною. До цього двоє її дітей померли, троє глухі, один сліпий. Яку ви дасте їй пораду? - Зробити аборт? Ви вбили Баха.

Узагальнююче сказане - не завжди можливо передбачити, яка дитина з'явиться на світ у благополучної пари - геній або розумово відсталий, і навпаки. Як підкреслює В.І. Макрінська, право на життя дається людині природою (у деяких концепціях - богом), але ніколи - державою або владою. Останні зобов'язані лише визнавати, поважати і всемірно захищати цю цінність, яка домінує над всіма іншими [2, 2].

Література: 1. Добросельский П. В. О происхождении человека, первородном грехе и искусственном зарождении [Режим доступа] http://www.vehi.net/new/pvd/11i.html (13.07.2009);2. Макринская В.И. Право на жизнь и система смежных прав личности // Современное ***право.*** – 2005. – № 9. – С. 12–17.;3. Мужская стерилизация [Режим доступа] http://www.rusmedserv.com/intimsurgery/andro12.html (22.04.2010);4. Осипов А.И. Лекция. Грех [Режим доступа] http://pravoslavieyr.narod.ru/ponatiegrexa.htm (23.04.2010) 5. Основні причини безпліддя за твердженнями експертів із МОЗ України [Режим доступу] http://no-abort.blogspot.com/2008_02_01_archive.html (22.04.2010);6. Право ребенка на жизнь, его право не родиться и репродуктивные права родителей [Режим доступа] http://epopova.narod.ru|bioetics.html (15.03.2009);7. Романчева И. Острый угол. Имеет ли право опустившаяся женщина быть матерью? [Режим доступа] http://orthomed.ru/pms.php?id=library.family.00037 (19.04.2010);8. Смирнов Дмитрий Трудные вопросы [Режим доступа] http://orthomed.ru/pms.php?id=library.abortion.00029 (22.04.2010);9. Стерилизация - Хирургическая контрацепция [Режим доступа] http://www.n-dok.ru/sterilizaciya_xirurgicheskaya_kontracepciya (21.04.2010); 10. Юридические и практические аспекты суррогатного материнства [Режим доступа] http://www.trunov.com/content.php?act=showcont&id=49 (27.04.2009)

Застосування принципу вичерпання права в патентному законодавстві України

Піхурець О. В.

Виключне право патентоволодільця, як і будь-яке суб'єктивне право, має певні межі дії, встановлені в законодавстві і міжнародних конвенціях. Відповідно до міжнародних договорів, і перш за все Паризької конвенції [1], права патентоволодільця можуть бути обмежені у наступних випадках: визнання за третьою особою права попереднього користувача; використання запатентованого винаходу, корисної моделі, промислового зразка в конструкції чи при експлуатації транспортного; використання запатентованого винаходу, корисної моделі, промислового зразка в особистих цілях або проведення наукового експерименту; використання винаходу, корисної моделі, промислового зразка на користь держави та за надзвичайних обставин.

Також не визнається порушенням прав і відповідно є обмеженням патентного права, введення в цивільний обіг виробу

(продукту), виготовленого із застосуванням запатентованого винаходу, корисної моделі, промислового зразка, після введення цього виробу (продукту) в цивільний обіг володільцем патенту чи будь-якою особою, яка придбала його без порушення прав патентоволодільця. (ст. 22 Закону України «Про охорону прав на промисловий зразок», та ст. 31 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі») [2, 3]. Продукт, виготовлений із застосуванням запатентованого винаходу (корисної моделі), вважається придбаним без порушення прав патентоволодільця, якщо цей продукт був виготовлений і (або) після виготовлення введений в обіг патентоволодільцем чи іншою особою за його спеціальним дозволом (ліцензією).

Зазначене правило більш відоме як принцип вичерпання прав (виснаження прав, exhaustion - анг., erscyoflung - нім.), який в даний час в тій або іншій формі втілений в законодавстві більшості країн світу. Суть якого полягає в тому, що виключні права патентоволодільця обмежуються введенням в господарський обіг продукту (виробу), виготовленого із застосуванням запатентованого винаходу, корисної моделі, промислового зразка.

Подальший рух даного продукту (виробу) на ринку (перепродаж, здача в оренду і т. п.) може здійснюватися вже без отримання дозволу з боку правоволодільця. Тобто, отримати дозвіл патентоволодільця повинен лише суб'єкт, який першим вводить або іншим чином використовує запатентований продукт (виріб). Всі подальші його власники, якщо лише продукт (виріб) був введений в господарський обіг законним шляхом, можуть використовувати його, не маючи на це згоди патентоволодільця. Слід зазначити, що принцип вичерпання прав поширює свою дію лише на ті запатентовані продукти (вироби), які можуть бути втілені у матеріальну форму, тобто підпадають під поняття пристроїв, речовин, сполук, і тому подібне Відносно використання запатентованого процесу (способу) вичерпання прав не відбувається.

Разом з тим, є декілька обов'язкових умов застосування принципу вичерпання патентних прав. По-перше, продукт (виріб), виготовлений із застосуванням запатентованого винаходу, корисної моделі, промислового зразку, *має бути введений в цивільний обіг безпосередньо самим правоволодільцем або з його дозволу*. Якщо введення продукту (виробу) в цивільний обіг відбулося без належно отриманої згоди правоволодільця, то мова повинна йти про порушення виключних патентних прав по відношенню до будь-якої особи, що здійснює господарські операції з таким продуктом (виробом), який в цьому випадку є контрафактним. Порушником виключних прав патентоволодільця буде вважатися будь-який господарюючий суб'єкт, що має справу з контрафактним продуктом (виробом), навіть якщо вони були введені в цивільний обіг третіми особами.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

По-друге, *введення продукту (виробу)*, виготовленого із застосуванням запатентованого винаходу, корисної моделі, промислового зразка, в цивільний обіг, *повинне статися на території України*. В Україні діє принцип вичерпання патентних прав в межах її території. Отже якщо відповідний продукт (виріб) вводиться в цивільний обіг за межами України, то вичерпання патентних прав не відбувається.

По-третє, *продукт (виріб),* відносно якого діє принцип вичерпання патентних прав, *не повинен піддаватися будь-якій зміні*. Іншими словами, патентні права можуть бути вичерпані лише в тому випадку, коли введений в цивільний обіг продукт виготовлено із застосуванням запатентованого винаходу (корисної моделі), якщо при цьому використано кожну ознаку, включену до незалежного пункту формули винаходу (корисної моделі), або ознаку, еквівалентну їй. Виріб визнається виготовленим із застосуванням запатентованого промислового зразка, якщо при цьому використані всі суттєві ознаки промислового зразка.

Наприкінці зазначимо, що за відсутності норми про вичерпання права дія виключного права патентоволодільця відносно продукту (виробу), вже введеного їм або з його дозволу в цивільний обіг, перешкоджало б вільному руху товарів, що призвело до встановлення монопольного положення декількох господарюючих суб'єктів у певному сегменті ринку та до розвитку недобросовісної конкуренції.

Список використаних джерел: 1. Міжнародна конвенція про охорону промислової власності від 20 березня 1883 р.; 2.Закон України «Про охорону прав на промисловий зразок» від 15 грудня 1993 р.; 3.Закон України **«**Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» від 15 грудня 1993р.

Колізії норм сімейного та кримінального законодавства щодо шлюбного віку

Кириченко Т. С.

Право на шлюб закріпила Декларація прав людини, прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 р. У ст. 16 говориться, що жінки і чоловіки, які досягли повноліття, мають право без будь-яких обмежень за ознакою раси, національності або релігії одружуватися і засновувати родину. При цьому вони мають однакові права на шлюб [1]. Згідно статті 12 Європейської конвенції про захист прав та основних свобод „Чоловіки та жінки, які досягли шлюбного віку, мають право на шлюб і створення сім'ї» згідно з національними законами, які регулюють здійснення цього права [1]. Досягнення шлюбного віку особами, які бажають одружитися, передбачене правовими джерелами всіх держав. У більшості з них вік шлюбного повноліття нижчий від віку загального повноліття; шлюбний вік для жінок здебільшого нижчий, ніж для

чоловіків. У різних державах цей вік неоднаковий. Наприклад, у Франції шлюбний вік для чоловіків становить 18 років, а для жінок - 15 років, в Україні - відповідно 18 та 17 років, в Англії для обох із подружжя -16 років, в Австралії - 18 років для чоловіків та 16 для жінок.

Можливість зниження шлюбного віку передбачена і СК від 10 січня 2002 р., передбачає можливість винесення судового рішення, за яким особа реалізує право на шлюб за її заявою, з досягненням нею 14 років та якщо це відповідатиме її інтересам (ст. 23) [2] Право на укладення шлюбу та право створювати сім'ю закріплене, також Міжнародним пактом про громадянські та політичні права стаття 23 та у Загальній декларації прав людини стаття 16. Обидва документи визначають сім'ю, як природний і основний осередок суспільства і що має право на захист з боку держави. Охороні сім'ї, також приділяється особлива увага у Міжнародному пакті про соціальні, економічні та культурні права стаття 10. Згідно з п. 2 Постанови Пленуму Верховного Суду України "Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя" від 21.12.2007 р. № 11 заява про надання особі, яка досягла 14 років, права на шлюб має розглядатися судом в окремому провадженні. Спрощений судовий порядок розгляду цієї категорії справ пов'язаний з відсутністю спора про право, і, виходячи з положень чинного законодавства та суті цієї категорії справ, можна визначити особливості такого процесуального розгляду. Заявником у справах про надання права на шлюб є фізична особа у віці від 14 до 17 років для жінок і до 18 років для чоловіків. У заяві про надання права на шлюб мають бути викладені обставини, які обґрунтовують відповідність укладення шлюбу інтересам неповнолітньої особи, а також відомості про особу, з якою заявник бажає зареєструвати шлюб. До заяви додають документи, що підтверджують необхідність набуття права на шлюб (наприклад, свідоцтво про народження дитини, довідку про вагітність) [2].

Думка батьків (усиновлювачів, піклувальника) про доцільність надання їхній дитині (підопічному) права на шлюб не є підставою для відмови в задоволенні заяви, а може лише сприяти встановленню дійсних обставин справи, з'ясуванню відповідності надання цього права інтересам неповнолітнього, оскільки ця відповідність - головний критерій задоволення заяви про надання права на шлюб.

Не зважаючи на те, що закон приділяє особливу увага дослідженню того, чи відповідає укладення шлюбу інтересам неповнолітньої особи, предметом розгляду в суді має бути не доцільність надання заявнику абстрактного права на шлюб, внаслідок якого він зможе одружитися з будь-ким, а доцільність надання неповнолітньому права на шлюб з конкретною особою.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Суд, розглядаючи заяву про зниження шлюбного віку і захищаючи інтереси особи, що досягла 14 років, визначає її сімейний статус та право на укладення шлюбу. Позитивне судове рішення є юридичним фактом, який стає підставою для виникнення в особи, що звернулася до суду, права на вступ у шлюб. Із набранням рішенням суду законної сили особа набуває це право, внаслідок чого може зареєструвати шлюб із конкретною особою, зазначеною в судовому рішенні. Слід наголосити, що це в жодному разі не зобов'язує заявника подавати заяву про реєстрацію шлюбу. А відмова суду в задоволенні відповідної заяви не перешкоджає повторному зверненню із заявою про надання права на шлюб - з іншою особою або з інших підстав. При розгляді питання щодо зниження шлюбного віку результат може бути позитивний або негативний щодо визнання за особою права на шлюб і залежить від багатьох чинників, а також якщо буде встановлено що закріплення за 14-річною особою права на шлюб відповідає її інтересам. Ця статті кореспондується з ч. 2 ст. 34 ЦК, в якій визначено, що у випадку реєстрації шлюбу фізичною особою, яка не досягла повноліття, вона набуває повної дієздатності в момент реєстрації шлюбу. У разі припинення шлюбу, а також у випадки визнання шлюбу недійсним, набута дієздатність зберігається.

Недоліком цієї статті є те, що в ній не зазначені підстави зменшення шлюбного віку. У юридичній практиці такими підставами найчастіше є: фактичне створення сім'ї, вагітність і народження дитини. Чи потрібно змінювати шлюбний вік? Якщо необхідно, то в якому напряму. Думки науковців-юристів не збігаються. Психологи, педагоги участі у цій дискусії не брали [3]. Тобто існує проблема щодо визначення шлюбного віку, а саме: строго слідувати букві закону, чи йти за любов'ю, бажанням створити шлюб та завдяки ньому почути себе «дорослою» людиною, а іноді мотивуючи тільки сексуальним потягом?

Вітчизняна доктрина сімейного права під шлюбом розуміє сімейний союз чоловіки та жінки, зареєстрований у державному органі реєстрації актів цивільного стану ст.21 СК. Визначення запропоноване у ст.21 СК охоплює не всі ознаки шлюбу, а тільки деякі. Інші випливають з інших норм. Першою ознакою є те, що особи, які вступають у шлюб повинні бути особи різної статі. Другою ознакою є проживання однією сім'єю. Також важливими ознаками, необхідними для укладення шлюбу необхідна взаємна згода тих, хто одружується та досягнення шлюбного віку. Остання ознака тісно пов'язана з цивільною дієздатністю ст.22 СК.

У житті іноді трапляються деякі випадки, коли стосунки з неповнолітньою особою можуть привести не до органів РАЦ, а до кримінальної відповідальності, тоді виникають деякі колізійні питання між нормами, що регулюються сімейним законодавством та нормами, які регулюються кримінальним законодавством. Виникає багато питань, а саме: чи являються данні стосунки злочи-

ном, якщо так, то в якому випадку? Якщо це злочин. То під яку категорію він підпадає та інші.

Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканності особи є посяганнями на особистість і пов'язані з грубими порушеннями норм суспільної моралі, тому кримінальним законодавством за їх вчинення передбачено доволі суворе покарання. Надзвичайно небезпечні статеві злочини проти неповнолітніх, вони посягають на їх статеву недоторканність та нормальний статевий розвиток. Такі злочини часто призводять до глибоких душевних травм у потерпілих осіб, штовхають їх до аморального способу життя.

Згідно з чинним законодавством України кримінальна відповідальність за злочини проти статевої свободи та статевої недоторканності особи передбачена розділ. IV Особливої частини КК, зокрема за: зґвалтування (ст. 152); насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом (ст. 153); примушування до вступу в статевий зв'язок (ст. 154); статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості (ст. 155); розбещення неповнолітніх (ст. 156) [4].

Так за судовою статистикою за 2010 рік, статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості (ст. 155 КК) — було позбавлено свободи 25 осіб, що на 30,6 % менше; розбещення неповнолітніх (ст. 156 КК) — 75, що на 12,8 % менше порівняно з минулим роком [5]

Статтею 155 КК передбачено відповідальність за добровільні статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості. Потерпілою може бути особа як жіночої, так і чоловічої статі, яка не досягла статевої зрілості. Добровільні статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості, утворюють склад злочину в разі, коли суб'єкт знав або припускав, що потерпіла особа не досягла статевої зрілості, а так само тоді, коли міг і повинен був це передбачити. Така оцінка статевого статусу потерпілої особи має ґрунтуватися на об'єктивних обставинах: її зовнішній вигляд, знання про її вік, медичні показники тощо. Так, Корольовський районний суд м. Житомира вироком від 19 травня 2005 р. визнав винним Ю. за ч. 1 ст. 155 КК та із застосуванням ст. 75 КК звільнив його від відбування покарання з випробуванням. Ю., достовірно знаючи, що потерпілій С. ще не виповнилося 13 років, тобто вона є малолітньою особою й тому не досягла статевої зрілості, за погодженням з останньою декілька разів вступав із нею в статеві зносини природним способом [5]

Статтею 156 КК передбачено відповідальність за вчинення розпусних дій щодо особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку. Суспільна небезпечність цього злочину полягає в тому, що він спричиняє шкоду нормальному моральному та фізичному становленню неповнолітніх, формує аморальні погляди у дитини. Потерпілими від зазначеного злочину можуть бути особи як чоловічої,

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

так і жіночої статі, яким не виповнилося 16 років. Для відповідальності за цей злочин не має значення, чи досягла потерпіла особа статевої зрілості.

Розпусні дії які мають сексуальний характер і можуть набувати вигляду фізичних дій або інтелектуального розбещення. Такі дії спрямовані на задоволення винною особою статевої пристрасті або на збудження у неповнолітньої особи статевого інстинкту. Так до *фізичних розпусних дій* належать оголення статевих органів, винної чи потерпілої особи, непристойні доторкання до статевих органів, які викликають статеві збудження, навчання статевим збоченням, імітація статевого акту, схилення або примушування потерпілих до вчинення певних сексуальних дій між собою, вчинення статевих зносин у присутності дитини, акту анонізму тощо. *Інтелектуальними розпусними діями* можуть бути випадки ознайомлення дитини із порнографічними зображеннями, відеофільмами, цинічні розмови з потерпілою особою на сексуальні теми тощо. Використання в ході вчинення розпусних дій порнографічних предметів тягне кваліфікацію за сукупністю злочинів — за ст. 156 і ст. 301 КК. Розпусні дії можуть бути спрямовані на задоволення винним таким чином статевої пристрасті або на збудження у неповнолітньої особи статевого інстинкту.

Згода потерпілих на вчинення щодо них розпусних дій на кримінально-правову оцінку дій винного не впливає. Розпусні дії щодо особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку, можуть відбуватись як за її згодою, так і з застосуванням до неї фізичної сили з метою примушення її до вчинення певних дій сексуального характеру [5]

Деякі українські вчені вважають що згодом шлюбний вік необхідно де урівняти, бо європейські інституції вбачають у цьому гендерну (статеву) дискримінацію. Отож, можливо, шлюбний вік згодом в Україні доведеться урівняти. Проте вже сьогодні існують підстави для взяття шлюбу неповнолітніми дівчиною та хлопцем. Не лише вагітність, а й палке кохання юних Ромео і Джульєтти, яким виповнилося лише 14 років, може бути підставою для звернення до суду із заявою про надання їм права на дочасний шлюб. І таких справ у судах України чимало [6] (Узагальнення підготовлене суддею Верховного Суду України А.М. Скотарем, начальником управління вивчення та узагальнення судової практики Ф.М. Марчуком і головним консультантом цього управління В.В. Антощуком.[2] Дані наведено зі звіту форми № 6 Державної судової адміністрації України за 2005 р.)

Нестандартне питання прийшлося вирішувати комісії із захисту прав дитини Яворівської райдержадміністрації Львівської області. На засідання завітав батько разом з 16-річною донькою та юнаком-нареченим й попросив знизити його дитині шлюбний вік. Мовляв, хлопець хоче з його донькою одружитися перед тим, як поїде на заробітки за кордон. З його слів, юнак підтвердив свій

намір одружитися з цією дівчинкою. А мотивував хлопець свою поспішність зі шлюбом страхом, що наречена не дочекається його із заробітків і вийде заміж за когось іншого. Члени опікунської ради, довідавшись, що дівча не є вагітною, вирішили, що підстав для зниження шлюбного віку немає, тож нехай вона спочатку закінчить школу. Тоді зніяковілому батькові довелося зізнатися, що його донька вже є матір'ю-одиначкою, бо народила дитину ще в 15 років. Справжній батько втік, а тепер знайшовся хлопець, який хоче її взяти за дружину, а дитину - усиновити. Отож, члени комісії з прав дитини дружно дали добро на весілля [7].

Суспільство, яке прагне економічного розвитку і процвітання, має бути кровно зацікавлене в міцній та здоровій сім'ї. Нинішні зміни, які відбуваються в Україні, стосуються і проблем сім'ї, повернення її цінностей, як запоруки існування держави, її благополуччя. Основою для формування сім'ї є шлюб як санкціонована суспільством форма стосунків між особами різної статі. Для кожної дорослої людини шлюб означає збагачення, наповнення свого життя новим значенням і змістом. Молоді люди вірять в те, що життя стане кращим, цікавішим після того, як вони візьмуть шлюб. Але не зважаючи на це,вважаю, що у шлюб необхідно вступати осмислено, а діями дитини у 14 річному віці керують гармони, а не розумом, тому не підтримую тенденцію щодо зменшення шлюбного віку вважаю шлюб – це справа дорослих відповідальних людей.

Література: 1.Короткий путівник Європейською конвенцією з прав людини, www.coe.kiev.ua/inf/putivnn/index " ; 2. Семейний кодекс України. – Х. ООО «Одисей», 2005. – 104 с. ; 3. Дмитро Зенкін, Світлана Приймак //Правовий тиждень, № 4, 26 січня - 1 лютого 2010.; 4. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 року / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Канон. – 2001. – 1104 с.; 5. Науково-практичний коментар / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гаврик та ін.; За заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. — К., 2003. — С. 438.[4] Див.: Кримінальний кодекс України:6. Дзеркало тижня № 26 (705) 12 — 18 липня 2008.;7. Игнатов А.Н. Ответственность за насильственное совершение действий сексуального характера // Советская юст. – 1991. – № 12.– С.10–8. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 4 від 27.03.1992 р., "Про судову практику в справах про зґвалтування та інші статеві злочини" Збірник постанов пленуму Верховного суду України (1963–1997). Сімферополь: Таврія. – 1998. – 712 с.

Щодо деяких питань забезпечення прав дітей-сиріт та дітей позбавлених батьківського піклування

Синєгубов О. В.

В умовах розвитку українського суспільства проблема особистості та її прав набуває особливого значення та висуває нові вимоги до якості законів України, правових інститутів, їх значимості, ефективності, а також відповідності міжнародним нормам права.

За останнє десятиріччя в Україні спостерігається стрімке збільшення кількості дітей-сиріт та дітей позбавлених батьківського

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

піклування, що відбувається на фоні зменшення загальної чисельності народу України загалом та чисельності дитячого населення зокрема. За даними Державного комітету статистики України, кількість дітей-сиріт та дітей позбавлених батьківського піклування в 1995 році становила 52,4 тисячі. На початок 2006 року їх кількість зросла до 97,8 тисяч осіб, а на початок 2007 року їх кількість покинутих дітей становила вже 102,912 осіб. На сьогоднішній час в Україні загальна кількість дітей-сиріт та дітей позбавлених батьківського піклування становить 103,542 особи. Причинами поширення сирітства дітей в Україні є низка взаємопов'язаних чинників: економічна нестабільність, трудова міграція, криза інституту сім'ї, безробіття, бідність та відсутність дієвих механізмів підтримки сім'ї.

За пріоритетом форм влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, які встановлені законодавчо у 2005 році у Сімейному кодексі України, діти починають влаштовуватися у сім'ї усиновителів, опікунів, прийомні сім'ї, дитячі будинки сімейного типу і державні заклади. Загалом, кількість дітей у різноманітних закладах для дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування зменшується, але за рахунок зменшення загальної чисельності дітей в країні питома вага дітей, які виховуються в інтернатних закладах, збільшується.

В Україні набуває все більшого поширення усиновлення дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування іноземцями. Відповідно чинного законодавства України, іноземці можуть усиновити в Україні дитину, якщо вичерпані всі можливості влаштувати таку дитину в українську родину. Усиновлення українських дітей громадянами України завжди було, є і назавжди залишиться пріоритетним.

Дійсно, кількість українських усиновлень сьогодні значно зросла. Але українські родини всиновлюють здорових дітей. Хворих дітей українські громадяни не бажають всиновлювати. Іноземці всиновлюють дітей з вадами розвитку, маючи більше фінансових можливостей для лікування, якого дитина потребує, але в Україні не може отримати. Саме іноземці стають батьками тих українських дітей, яких необхідно не просто лікувати, а навіть іноді рятувати.

Таким чином, через інститут міждержавного усиновлення Україна сьогодні знайшла спосіб піклування про хворих дітей-сиріт. Побудова підтримки системи національного усиновлення в Україні виключно на фінансовому стимулюванні призводить до збільшення випадків домінування матеріальної вигоди над ідеєю допомогти дітям, які залишилися без опіки.

За останні кілька років ухвалена низка рішень та законопроектів, зміст яких у більшості випадків присвячений соціальній підтримці процедури національного усиновлення. Жодного рішення, постанови, закону стосовно посилення контролю за долею усинов-

лених закордон дітей прийнято не було. І лише в останній час з метою посилення контролю над процесом усиновлення українських дітей іноземними громадянами, Національне Бюро Інтерполу проводить перевірки кандидатів у всиновлювачі.

Відповідно до чинного законодавства України, сьогодні Міністерство закордонних справ України, його дипломатичні представництва, на які відповідно до законодавства України, а також ст. 31 Консульського статуту України, покладені обов'язки ведення обліку усиновлених українських дітей, що проживають у сім'ях іноземних громадян за межами України, та здійснення нагляду за додержанням їх прав, не завжди належним чином виконують вимоги національного законодавства.

Міністерством закордонних справ України на сьогодні не зроблено жодних кроків для виконання рекомендацій чотирьох комітетів Верховної Ради України, прийнятих ще 11.12.2002 року стосовно укладання двосторонніх міждержавних угод з країнами, в які всиновлюють українських дітей, які залишилися без батьківського піклування. Хоча ще у 2006 році Міністерство у справах сім'ї, молоді та спорту відзвітувало, що Україна та США підпишуть двосторонню угоду про контроль українською стороною за дітьми, котрих усиновили громадяни США. Проте, такого договору до сьогодні не підписано з жодною країною.

У всьому цивілізованому світі процес міждержавного усиновлення регулюється Гаазькою конвенцією, основні положення якої, до речі, поширено у законодавство Україні. При цьому, в Європі до Гаазької конвенції не приєдналася лише Україна і декілька балканських держав. Таким чином, жодна країна сьогодні не буде виходити з Гаазької конвенції для того, щоб укласти з Україною зовсім незрозумілі, неврегульовані міжнародним правом двосторонні угоди.

Крім того, сьогодні в природі не існує таких угод, а тим більше проектів таких угод. Вони навіть не розроблені і не пройшли експертизу спеціалістів з міжнародного права МЗС України. Для того, щоб розробити такі угоди, прийняти відповідні закони щодо міжнародних угод з питань усиновлення, необов'язково вводити мораторій на усиновлення іноземцями, що зараз активно пропонується. Ці два питання є абсолютно невзаємопов'язаними.

Процес усиновлення в Україні регулюється Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку провадження діяльності з усиновлення та здійснення нагляду за дотриманням прав усиновлених дітей» № 905 від 08.10.2008 року, Постановою Кабінету Міністрів України «Питання діяльності органів опіки та піклування, пов'язані із захистом прав дитини» № 866 від 24.09.2008 року, положеннями Сімейного кодексу України щодо усиновлення та встановлення опіки, піклування, Законом України «Про охорону дитинства» № 2402-ІІІ від 26.04.2001 року, що за деякими своїми основними положеннями суперечать один

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

одному, та в своїй більшості не відповідають нормам міжнародного права в цій сфері.

Тому, зважаючи на викладене, на даний час назріла нагальна проблема проведення реформування національного законодавства України з питань забезпечення прав дітей-сиріт та дітей позбавлених батьківського піклування та приведення його у відповідність до норм Конституції України, один до одного та до вимог міжнародного законодавства в цій сфері.

Розмежування понять «непереборна сила», «випадок» та «форс-мажорні обставини».

Вакулович Е. В.

На сьогоднішній день відсутня чітка регламентація «непереборна сила», «випадок» та «форс-мажорні обставини» як у Цивільному, так і в господарському кодексах України. Це викликає багато питань, оскільки йдеться про конкретні підстави звільнення від відповідальності.

Визначення наведених понять зустрічається у низці нормативно-правових актів. Варто відзначити, що відсутність чіткого врегулювання на рівні підзаконних актів чи законів призвела до різного роду тлумачення досліджуваних понять на рівні підзаконних актів. І на теоретичному рівні немає одностайної позиції щодо розмежування чи ототожнення «непереборна сила», «випадок» та «форс-мажорні обставини». Так, окремі науковці припускають можливість об'єднання перелічених понять під поняттям «надзвичайна ситуація», інші обґрунтовують тотожність «форс-мажору» і «непереборної сили». Отже, важливим вбачається розмежування зазначених понять, що обумовлюється практичною необхідністю, пов'язаною із захистом інтересів сторони у зобов'язанні.

У ст. 617 ЦК закріплено, що особа, яка порушила зобов'язання, звільняється від відповідальності за порушення зобов'язання, якщо вона доведе, що це порушення сталося внаслідок випадку або непереборної сили. Не вважається випадком, зокрема, недодержання своїх обов'язків контрагентом боржника, відсутність на ринку товарів, потрібних для виконання зобов'язання, відсутність у боржника необхідних коштів. Натомість у ч. 2 ст. 218 ГК зазначено, що у разі якщо інше не передбачено законом або договором суб'єкт господарювання за порушення господарського зобов'язання несе господарсько-правову відповідальність, якщо не доведе, що належне виконання зобов'язання виявилося неможливим внаслідок непереборної сили, тобто надзвичайних і невідворотних обставин за даних умов здійснення господарської діяльності. Далі законодавець зазначає, що такими обставинами

(тобто непереборною силою) не вважаються порушення зобов'язань контрагентами правопорушника, відсутність на ринку потрібних для виконання зобов'язання товарів, відсутність у боржника необхідних коштів. Таким чином, виникає питання: як слід розмежовувати поняття «випадок» і «непереборна сила». Адже, ГК не виділяє «випадок» як підставу звільнення від відповідальності.

Аналіз нормативно-правових актів виявляє такі тенденції: 1) форс-мажорні обставини охоплюють явища природи (непереборну силу), а також дії людини, а в деяких випадках підміняють собою поняття «непереборна сила»; 2) форс-мажорні обставини (як дії людини) відмежовують від обставин непереборної сили (явищ природи).

На теоретичному рівні також не спостерігається єдиного погляду. Наприклад, існує думка, що форс-мажор, або «обставини непереборної сили» - термін, що використовується для позначення причин невиконання договірних зобов'язань за тих умов, коли ці причини не залежать від виконавця, тобто поняття «форс-мажор» і «непереборна сила» ототожнюються. Також наводяться різновиди форс-мажорних обставин з поділом їх на три групи: 1) природні явища, 2) обставини публічного характеру, 3) дії влади чи юридичний форс-мажор. З іншої точки зору визнаються: 1) непереборна сила, 2)надзвичайна обставина, яку неможливо передбачити чи запобігти, 3) подія, яку неможливо передбачити чи запобігти чи усунути, 4) непередбачувана обставина, що порушує плани, 5) законодавчі акти і заборонні рішення органів державної влади. Також існує точка зору щодо розмежування непереборної сили, форс-мажору та випадку, відповідно до якої подібно до непереборної сили форс-мажор – зовнішня обставина стосовно діяльності зобов'язаних за договором сторін, яка не залежить від волі та бажання. Але форс-мажорні обставини суб'єктивні, бо вони пов'язані з волею людини, групи людей і виникають в результаті їх волевиявлення.

Вбачається доречним розмежування розглядуваних понять, відповідно до якого обставини форс-мажору слід вважати родовим поняттям щодо непереборної сили і випадку. На підставі такого розмежування обґрунтованою є пропозиція щодо змін у ЦК і ГК стосовно їх чіткого визначення: 1) форс-мажор за законом (непереборна сила), 2) форс-мажор за договором (випадок, коли сторони можуть передбачити певні обставини, які через їх надзвичайний характер є підставою для звільнення від відповідальності у випадку порушення зобов'язання через дані обставини).

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Освітні послуги у сфері вищої освіти та послуги з професійної підготовки особи у ВНЗ: визначення понять та встановлення співвідношення

Загородній С. А.

1. В сучасних соціально-економічних умовах невпинно зростає сфера відносин з надання послуг. Подібне зростання зумовлене низкою чинників, зокрема, включенням до ст. 177 ЦК послуг як окремого виду об'єктів цивільних прав й закріпленням у гл. 63 ЦК нормативного регулювання правовідносин щодо надання послуг на підставі цивільно-правового договору [1]. Проте визначення поняття послуги та розкриття її змісту у ЦК не відбулося. Водночас у главах 64 - 75 ЦК, присвячених окремим договорам про надання послуг, не відображений договір про надання освітніх послуг, які в умовах ринкової економіки та недостатнього бюджетного фінансування закладів освіти набули вагомого значення.

2. Поняття послуги як правової категорії тривалий час привертало увагу відомих зарубіжних та вітчизняних вчених. Аналіз наукових поглядів свідчить про варіативність поняття послуги та її змісту. Між тим, спільним для більшості з них вбачається визнання послуги як окремого об'єкта цивільних прав, що виражається у формі дій чи діяльності, які є корисними для особи, створюють для неї, як правило, нематеріалізоване благо [2, с. 155 – 177; 3, с. 116 – 117; 4, с. 137; 5, с. 186 ; 6, с. 209 – 210; 7, с. 266; 8, с. 32; 9, с. 8 – 10; 10, с. 16 - 18]. Серед характерних ознак послуги цивілісти, зокрема, виділяють: 1) надання послуги, як правило, під час безпосереднього прямого контатного спілкування надавача та споживача; 2) невід□ємність послуги від суб□єктів її надання; 3) нерозривність дій (діяльності) з виконання та споживання послуги; 4) нематеріальний, за загальним правилом, характер послуги; 5) неможливість накопичення, збереження та перерозподілу послуги; 6) непостійність (мінливість) якості послуги [11, с. 50].

Наведені положення дозволяють запропонувати наступне поняття послуги, під якою розуміються певні дії чи діяльність виконавця, які здійснюються на користь замовника (споживача) та можуть створювати для (у особі) останнього нематеріалізоване або матеріалізоване благо. Слід вказати, що матеріалізоване благо може втілюватися як у особі споживача послуги (тілесне благо) так і в предметах матеріального світу.

3. Стосовно освітніх послуг у сфері вищої освіти доводиться констатувати, що й на рівні галузевого (освітнього) законодавства їх визначення та правове регулювання в сучасних умовах залишається недостатнім та в певній мірі суперечливим. У відповідних Законах та підзаконних акта поняття вказаної послуги не розкриває, а саме словосполучення «освітня послуга» вживає-

ся переважно у поєднанні з положеннями про навчання, здобуття вищої освіти та про фінансові взаємовідносини ВНЗ з особами, які навчаються, чи особами, які оплачують навчання [12, 13, 14]. Щодо послуг з професійної підготовки особи у ВНЗ наразі взагалі відсутні нормативні джерела, присвячені врегулюванню саме таких відносин.

4. Освітні послуги у сфері вищої освіти розглядалися в певній мірі окремими вітчизняними та зарубіжними вченими, серед яких В.В. Астахов, К.А. Карчевський, А.В. Бєлозьоров, Л.М. Волчанская, С.В. Куров, М.Н. Малеїна, В.М. Сирих, О.В. Южакова. Але поняття освітніх послуг тлумачиться ними з авторськими відтінками, зумовленими тематикою досліджень. На думку автора більш вдалим видається поняття освітньої послуги сформульоване К.А. Карчевським. Він вважає, що освітня послуга являє собою «діяльність виконавця, яка не має майнового, а тим більше упредметненого, втілення і є результатом, невіддільним від самої діяльності, таким, що не може гарантуватися виконавцем та споживається замовником безпосередньо у момент здійснення діяльності шляхом як осмислення факту її корисності, так і шляхом певної поведінки, при наявності фактичних та юридичних можливостей для споживання результату» [15, с. 8]. М.Н. Малеїна зазначає, що послуги, які надаються за відповідним договором, будуть не однорідними. Першу групу складатимуть послуги з навчання, тобто ті, що спрямовані на організацію навчального процесу, передання інформації, перевірку засвоєння знань. Другу групу складають супутні послуги, тобто ті, що матимуть відносно освітніх послуг обслуговуючий характер та будуть забезпечувати засвоєння знань або поліпшуватимуть побут студента, його культурне дозвілля. На думку М.Н. Малеїної здійснення замовником активних дій (маються на увазі обов'язки студента відвідувати заняття та добре навчатись), говорить тільки про специфічність такої послуги. Аналізуючи теоретичні розробки М.Н. Малеїна вказує на те, що сьогодні вчені визнають такий різновид договорів про надання послуг, де послуга може бути надана винятково через взаємне здійснення активних дій і виконавцем, і замовником. При цьому дії замовника пов'язані не з оплатою наданої послуги (цей обов'язок є само собою зрозумілим), а з іншими діями, без здійснення яких отримання послуги буде недосяжним [16, с. 57 - 66].

5. Проведений аналіз наукових поглядів дозволяє виділити їх схожість стосовно того, що освітні послуги у сфері вищої освіти: а) є предметом цивільно-правового регулювання; б) складаються з визначених (законодавством та договором) дій як виконавця (ВНЗ) так і замовника (студента); в) є корисними для замовника (студента); г) a priori є оплатними. Поділяючи погляди Д.І. Степанова [17, с. 217 – 218] та К.А. Карчевського [15, с. 8] й розвиваючи власну точку зору автор вважає, що розглядувані послуги слід

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

кваліфікувати послугами, що складаються з належних дій (діяльності), тобто такими, надання яких не призводить до виникнення гарантованого нематеріалізованого результату.

6. Вищенаведене дозволяє запропонувати наступні поняття вказаних послуг. *Освітніми послугами у сфері вищої освіти* є встановлені законодавством та договором дії чи діяльність, які вчиняються ВНЗ на користь замовника (студента) та можуть втілюватися у ньому у формі нематеріалізованого блага, а саме знаннях, вміннях, навичках тощо.

Послугами з професійної підготовки особи у ВНЗ є встановлені законодавством та договором дії чи діяльність, які вчиняються ВНЗ на користь замовника (студента) та можуть втілюватися у ньому у формі нематеріалізованого блага, а саме знаннях, вміннях, навичках тощо, достатніх для майбутньої професійної діяльності, що засвідчується у відповідному документі (сертифікаті, дипломі).

7. Стосовно *співвідношення* розглядуваних послуг очевидно, що освітні послуги у сфері вищої освіти співвідносяться з послугами з професійної підготовки особи у ВНЗ як загальне та спеціальне. Перші спрямовуються на формування у особи зазначеного блага у широкому розумінні, а другі - на формування у особи такого блага, яке дозволить виконувати певного рівня професійну діяльність (роботу за спеціальністю та кваліфікацією). Отже, послуги з професійної підготовки особи у ВНЗ є більш специфічними послугами й їх слід вважати підвидом освітніх послуг у сфері вищої освіти.

Список літератури: 1. Цивільний кодекс України: Офіц. видання. – К.: Видавничий Дім „Ін Юре", 2008. – 480с. 2. Шешенин Е.Д. Предмет обязательства по оказанию услуг // Сб. учен. тр. Свердловского юрид. ин-та. – Вып. 3 – Свердловск: Средне-Уральское книжное издательство, 1964. – С. 151-193. 3. Калмыков Ю.Х. К понятию обязательств по оказанию услуг в гражданском праве // Советское государство и право. – 1966. – № 5. 4. Цивільне право: підручник для студентів юрид. вузів та факультетів. Частина перша / Д.В. Боброва, О.В. Дзера, Н.С. Кузнецова, О.А. Підопригора, та ін. – К.: Вентурі., 1997. – 544 с. 5. Гражданское право Украины: Учебник для вузов системы МВД Украины: В 2-х частях / А.А. Пушкин, В.М. Самойленко, Р.Б. Шышка и др. / Под. ред. проф. А.А. Пушкина, доц. В.М. Самойленко. – Х.: Ун-т внутр. дел; "Основа", 1996. – Ч. 1. – 440 с. 6. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. Издание дополн., испр. – М.: "Статут", 2003. – 1055 с. 7. Цивільне право України: В 2-х томах. Т.1. Підручник / За ред. д-ра юрид. наук, проф. Є.О. Харитонова; канд. юрид. наук Н.Ю. Голубєвої. – Х.: ТОВ "Одісей", 2008. – 832 с. 8. Калмыков Ю.Х. К понятию обязательств по оказанию услуг в гражданском праве // Калмыков Ю.Х. Избранное: Труды. Статьи. Выступления. / Сост. О.М. Козырь, О.Ю. Шилохвост; Исслед. центр частного права. – М.: «Статут», 1998. – 312 с. 9. Кабалкин А.Ю. Договор возмездного оказания услуг // Российская юстиция. – 1998. – № 4. 10. Степанов Д. Услуги как объект гражданских прав // Российская юстиция. – 2000. – № 2. 11. Венедіктова І.В. Щодо перспектив детермінації послуг// Проблеми цивільного права та процесу: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої пам'яті професора О.А. Пушкіна (23 травня 2009 р.). – Х.: Вид-во Харк. нац. ун-ту внутр. справ, 2009. – 436 с. 12. Закон України від 17 січня 2002 р. № 2984- III „Про вищу освіту" // Відомості Верховної Ради. – 2002. – № 20. – Ст. 134. 13. Постанова Кабінету Міністрів України від 20 січня 1997 р. № 38 „Про затвердження Переліку платних послуг, які можуть надаватися державними навчальними закладами" // Офіційний вісник України - 1997 р. – №4. – Ст. 30. 14. Наказ МОН України від 11 березня 2002 р. № 183 „Про затвердження Типового договору про навчання, підготовку, перепідготовку, підвищення кваліфікації або про надання додаткових освітніх послуг навчальними закладами" // Офіційний вісник України. – 2002. – № 15. – Ст. 831; 15. Карчевський К.А. Платные образовательные услуги высших заведений образования МВД Украины : гражданско-

правовой аспект : дис… кандидата юрид. наук : 12.00.03.// Карчевский Константин Анатольович. − Х., 2001. − 193 с. 16. Малеина М.Н. Договор о подготовке специалиста с высшим профессиональным образованием // Государство и право. – 2004. – № 8. 17. Степанов Д.И. Услуги как объект гражданских прав. – М.: Статут, 2005. – 349 с.

Банківські договори по обслуговуванню грошового обігу

Фомін Г. Ф.

Належне обслуговування грошового обігу суб'єктів цивільного обігу можливе за умовою договорів банківського вкладу, договорів банківського рахунку та банківських розрахунків (ЦК, гл.71,72, 74). У відносинах, що ґрунтуються на умовах цих договорів, банк виступає як довірена особа і не має права визначати та контролювати напрями використання грошових коштів клієнта та встановлювати інші, не передбачені договором або законом, обмеження його права розпоряджатися грошовими коштами на власний розсуд.

В сучасних умовах договір банківського вкладу (депозиту) перетворився у засіб задоволення потреб банків в готівкових кредитних ресурсах, що отримують шляхом залучення грошових коштів під виплату банком процентів на вклади. Предметом договору банківського вкладу є дії банку, спрямовані на відкриття та ведення депозитного рахунку вкладника, а також дії щодо сплати відсотків на суму вкладу. Послуга з відкриття та ведення депозитного рахунку передбачає дії банку з обліку грошових коштів вкладника та забезпечення виконання вимоги вкладника щодо видачі йому суми вкладу. Договір банківського вкладу є реальним і вважається укладеним з моменту прийняття банком від вкладника або третьої особи на користь вкладника грошової суми вкладу.

На відміну від договору банківського вкладу зміст зобов'язання банка по договору банківського рахунка не обмежується видачею коштів з рахунка на вимогу клієнта, а включає в себе також зобов'язання банка по перерахуванню грошових коштів з рахунка та проведення інших операцій по обслуговуванню рахунка на вимогу власника рахунка. Права та обов'язки у сторін договору банківського рахунка виникають з моменту досягнення згоди по всіх істотних умовах, причому відкриття рахунку та зарахування на нього грошових коштів за часом може не збігатися з указаним моментом, що дає підстави визначити цей договір консесуальним.

У зв'язку з цим розрахункові правочини, які здійснюються банком на підставі розрахункових документів: платіжних доручень, акредитивів, чеків та ін., що представляються власником рахунку, а у випадках передбачених законом або договором – уповноваженими державними органами або контрагента власника рахунку, не розглядається в якості самостійних договорів, а визнаються діями банку по виконанню своїх зобов'язань, які витікають

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

безпосередньо із договору банківського рахунку. В цілому сутність механізму банківських розрахунків полягає в тому, що права вимоги платника к обслуговуючому його банку в об'ємі, визначеному грошовою сумою, що перераховано, переходить до отримувача коштів у вигляді прав вимоги до банку – контрагенту отримувача коштів по договору банківського рахунку. Таке переміщення безготівкових коштів по банківським рахункам, тобто перехід прав вимоги платника до банку із їх трансформацією у вимоги до банку, який обслуговує отримувача грошових коштів, а так само з відповідним переказом боргу, відрізняється від загальноцивільної поступки прав вимоги і представляє собою перехід прав кредитора до іншій особи, а також на підставі відповідних банківських правил про безготівкові розрахунки (гл. 74 ЦК).

Література: 1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України, 2003, №№ 40-44, ст.356; 2. Договірне право України. Особлива частина: навч. посіб. Т.В. Бондар, О.В. Дзера, Н.Е. Кузнєцова та ін.; за ред. О.В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – 1200 с. ; 3. Брагинский М.И., Витрянський В.В., Договорное право. Книга пятая. В двух томах. Том 1: Договоры о займе, банковском кредите а факторинге. Договоры, направленные на создание коллективных образований. – М.: Статут, 2006. – 736 с.

Деякі проблеми класифікації цивільно-правових договорів

Стрижак І.

Питання класифікації цивільно-правових договорів мають багато спірних положень, що і на сьогоднішній день є предметом наукових дискусій та подальшого наукового пошуку. Представлена робота стосується проблеми співвідношення двох дихотомічних поділів цивільно-правових договорів за їх зустрічним задоволенням (відплатністю) та за взаємністю прав та обов'язків. Зазначений поділ, на відміну від інших класифікацій, передбачений ЦК (ст. 626). Викликають дискусію висновки деяких авторів, щодо автоматичного віднесення безвідплатних договорів до односторонніх, чим, фактично, між такими договорами ставиться знак рівняння.

Не можна погодитися з твердженням, що безвідплатні договори завжди є односторонніми. Відповідно, існує точка зору, згідно з якою всі двосторонні договори є відплатними [2, с. 342; 3, с.309]. Отже, зазначені автори виходять з того, що двосторонні цивільні договори передбачають зустрічне задоволення, а не зустрічний обов'язок. Зазначеними положеннями нівелюється взагалі сенс поділу договорів на оплатні та безоплатні. З чим також не можна погодитися.

Безумовно, обов'язок сплатити за договором або передати певне майно як засіб оплати за товари, роботи, послуги також входить до об'єму зобов'язань за договором. Але не можна, на нашу думку, ототожнювати цей обов'язок з іншими обов'язками у зо-

бов'язаннях. Поняття «зустрічного задоволення» [5, с.463], як засобу оплати за договором, на нашу думку, є самостійним поняттям у договірному праві і характеризується «речевістю» (рос. вещностью) та обов'язком передати певне майно. На відміну від цього «зустрічний обов'язок» є більш широким поняттям, що характеризується обов'язком що-небудь зробити на користь іншої сторони, який може мати вираз у різних діях (як з передачі майна, майнових прав, так і інших фактичних або юридичних діях) [4, с. 448- 451; 5, с.463].

Наявність взаємних прав та обов'язків у договорі, а також його відплатність чи безвідплатність є самостійними, окремими ознаками договору, що мають вплив на вибір норм права, які будуть застосовані до регулювання конкретних договірних відносин. Наприклад, принципово по різному буде вирішуватися питання про обсяг відповідальності у разі невиконання договорів про надання платних та безоплатних послуг (ст.ст. 903, 906 ЦК).

Для ілюстрації зазначених положень наведемо приклади договорів, що є одночасно 1) двосторонніми та безвідплатними і 2) односторонніми та відплатними. Прикладом першого є договір про безоплатне користування майном та договір позички; другого – договір позики, реальний договір позички, договір ренти.

Отже, класифікація договорів на відплатні та безвідплатні має об'єктивний та прикладний характер і займає самостійне місце серед інших класифікацій цивільно-правових договорів.

Література: 1) Цивільний кодекс України від 16.01.03 // ВВР. – 2003. – № 40-44. – Ст. 356; 2) Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. М.: Юринформ, 1995; 3) Випьнянский С.И. Лекции по советскому гражданскому праву. Ч. 1. Харьков, 1958; 4) Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. – М.: Статут, 2002; 5) Харитонов Є.О., Харитонова О.І., Старцев О.В. Цивільне право України: Підручник.- Вид. 2, перероб. і доп. – К. : Істина, 2009.

Деякі питання визначення цивільних правовідносин як різновиду правовідносин

Міхно О. І.

Цивільні правовідносини як різновид правовідносин мають специфічні ознаки.

По-перше, цивільні правовідносини є різновидом правовідносин залежно від галузі права, а саме є характерними для такої галузі, як цивільне право.

По-друге, відповідно до ч. 2 ст. 11 ЦК підставами виникнення цивільних правовідносин є: договори та інші правочини; створення літературних, художніх творів, винаходів та інших результатів інтелектуальної, творчої діяльності; завдання майнової (матеріальної) та моральної шкоди іншій особі; інші юридичні факти.

По-третє, цивільні правовідносини є вольовими відносинами з тією особливістю, що у цивільних правовідносинах воля їх учас-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

ників втілюється однаково, при цьому незалежно від виду учасника правовідносин. Так, оскільки держава відповідно до ч. 1 ст. 167 ЦК діє у цивільних відносинах на рівних правах з іншими учасниками цих відносин, тому воля органів державної влади у межах їхньої компетенції, встановленої законом, через які держава набуває і здійснює цивільні права та обов'язки, так само втілюється у цивільних правовідносинах, як і воля фізичних та юридичних осіб – суб'єктів цивільних правовідносин. Це стосується також і прояву волі органів влади Автономної Республіки Крим у межах їхньої компетенції, встановленої законом, через які Автономна Республіка Крим набуває і здійснює цивільні права та обов'язки, та органів місцевого самоврядування у межах їхньої компетенції, встановленої законом, через які територіальні громади набувають і здійснюють цивільні права та обов'язки.

По-четверте, цивільні правовідносини виникають між двома суб'єктами, є особливою формою взаємозв'язку між ними через їх права та обов'язки. При цьому, один суб'єкт таких правовідносин має суб'єктивні права, а на другий – покладені відповідні юридичні обов'язки. При цьому ту особу, якій належить право, слід визначати як активний суб'єкт, а іншу особу, якій належить відповідний обов'язок визначати слід, як пасивний суб'єкт.

Цивільні правовідносини, як різновид правовідносин, які характерні для цивільного права, є врегульовані нормами цивільного права суспільні відносини, які виникають між суб'єктами (фізичними і юридичними особами, іншими учасниками) з приводу конкретного об'єкта цивільних правовідносин на підставі відповідного юридичного факту і які надають їх учасникам взаємні суб'єктивні права та юридичні обов'язки.

Цивільні правовідносини як приватноправові відносини являють собою засновану на юридичному факті чи фактах відповідність права та обов'язку, які встановлюються між особами.

Суб'єктом цивільних правовідносин є особа, яка володіє всіма ознаками суб'єкта цивільного права, наділена певними цивільними правами й обов'язками, що виникають як наслідок появи таких правовідносин. Таких осіб також можна йменувати "учасники цивільних правовідносин".

Під об'єктом правовідносин слід розуміти явища й предмети навколишнього світу, на які спрямовані суб'єктивні юридичні права й обов'язки. Оскільки правовідносини виникають з приводу певного інтересу суб'єкта правовідносин, тому об'єктом правовідносин слід визначати засіб здійснення інтересу. До таких засобів слід відносити речі та дії інших осіб.

Юридичний зміст цивільних правовідносин – це поєднання суб'єктивного права і юридичного обов'язку, де перше – міра дозволеної поведінки, що належить суб'єктові, а другий – міра належної, необхідної поведінки, приписана суб'єктові. Суб'єктивне право визначається як обумовлена об'єктивним правом можли-

вість здійснення інтересу. При цьому, гарантуючи юридичну можливість здійснення інтересу, відсутність перепон зі сторони інших осіб, об'єктивне право не забезпечує фактичної можливості. Так, суб'єкт цивільних правовідносин може мати права, які забезпечені від перепон зі сторони інших осіб, проте такі права не можуть здійснюватися через фактичну неможливість. Як приклад, можна навести власника автомобіля, який має право володіти, користуватися, розпоряджатися, у тому числі керувати, належним йому транспортним засобом, проте не може цього здійснити через фактичну неможливість, а саме втрату навиків керування автомобілем через тривалий час після останньої поїздки. Юридичний обов'язок лежить на пасивних суб'єктах та являє собою позитивну дію чи утримання від певної дії. Це значить, що визначений пасивний суб'єкт зобов'язується щось зробити на користь активного суб'єкта: передати майно, виконати певні роботи, надати послуги тощо.

Для правовідносин взагалі, цивільних зокрема, характерним є їх рух у цивільному обороті, тобто виникнення, зміна чи їх припинення. Підставами виникнення, зміни чи припинення цивільних правовідносин являються юридичні факти.

Юридичними фактами визнаються конкретні життєві обставини, з якими норми цивільного права пов'язують виникнення, зміну або припинення правових наслідків (цивільних правовідносин). Переважно такі наслідки викликає група юридичних фактів, яку називають "фактичним (або юридичним) складом".

Щодо класифікації правовідносин на публічно-правові і приватноправові правовідносини, необхідно визначити, що для цивільних правовідносин, як приватноправових, характерною особливістю є те, що цивільні правовідносини можуть виникати як за участі приватних осіб, так і суб'єктів публічного права, при цьому права перших та других в цивільних правовідносинах є рівними. Хоча, приватні особи й публічні органи розрізняються за своїм правовим статусом, порядком створення, інтересами, які вони мають на меті у своїй діяльності, такі відмітні особливості не впливають на зміст цивільних правовідносин, учасниками яких виступають такі суб'єкти.

Отже, цивільні правовідносини як приватноправові являють собою відносини між суб'єктами цивільних правовідносин з приводу об'єкта на підставі відповідного юридичного факту чи фактів і які надають їх учасникам взаємні суб'єктивні права та юридичні обов'язки.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Правові наслідки припинення діяльності вищого навчального закладу

Нестеренко П. В

Проблема захисту прав студентів, які навчаються у державних та приватних вищих навчальних закладах, є актуальною на сьогоднішній день у зв'язку, по-перше, з розповсюдженими випадками анулювання ліцензій внз та оскарженням у судовому порядку рішень Державної акредитаційної комісії щодо анулювання ліцензій (як у випадку з ТОВ «Університет «Львівський Ставропігіон», яке безуспішно оскаржувало у Львівському окружному адміністративному суді наказ МОН від 12.11.2008 р. №2407-л та рішення ДАК від 04.11.2008 року про анулювання ліцензії). Тим більше, проблема анулювання ліцензій загострюється у зв'язку з намаганням Міністерства освіти та науки сприяти об'єднанню внз у «регіональні освітні центри» шляхом закриття не тільки певних напрямків підготовки, кафедр і факультетів, а й цілих внз, які в цій ситуації "не виживуть". По-друге, у зв'язку з можливістю закриття приватних внз, створених в організаційно-правовій формі підприємницьких товариств (ТОВ, АТ та ін.), через неплатоспроможність останніх.

Освітнє законодавство України, зокрема, закон «Про вищу освіту», закон «Про освіту», постанова Кабінету міністрів України «Про порядок створення, реорганізації і ліквідації навчально-виховних закладів» від 5 квітня 1994 р. № 228**,** не передбачають спеціальних норм про підстави припинення освітньої діяльності вузів. Отже, оскільки внз є суб'єктами господарської діяльності, а деякі приватні внз є суб'єктами підприємництва, до них застосовується загальні норми ГК, які серед підстав припинення суб'єкта господарювання вказують на власну ініціативу, рішення суду або закінчення строку дії ліцензії. Що ж до наслідків припинення діяльності вузу, то слід зазначити, що постанова № 228 лише вказує у п. 10 на те, що при реорганізації чи ліквідації навчально-виховного закладу особам, які навчаються в ньому, гарантується дотримання їх прав та інтересів відповідно до чинного законодавства з питань освіти. Але жоден нормативний акт не вказує як саме ці права забезпечуються. Якщо розглядати державні вищі навчальні заклади, то держава в особі Міністерства освіти та науки у випадку їх припинення шляхом реорганізації може забезпечити права студентів, котрі у свою чергу продовжують навчатися у вузі, який став правонаступником реорганізованого внз (наприклад, розпорядження Кабінету міністрів України «Про реорганізацію вищих навчальних закладів і наукових установ, що перебувають у сфері управління Міністерства фінансів та Міністерства економіки» від 14 березня 2007 р. № 98-р передбачило, що

студенти і слухачі реорганізованих згідно з розпорядженням вищих навчальних закладів продовжують навчання відповідно в реорганізованих Українському державному університеті фінансів та міжнародної торгівлі, його відокремлених структурних підрозділах та Академії фінансового управління). Тим не менше, вважаємо доцільним передбачити у положенні № 228 норму про те, що у разі реорганізації державного вузу студенти, що навчаються у цьому вузі, повинні бути переведені до вузу, який є правонаступником реорганізованого вузу, в тому ж статусі і на тих же умовах договору, в тому числі і зі збереженням розміру оплати за навчання (якщо вони навчалися на оплатній основі); їм повинні бути надані освітні послуги аналогічної якості, як і у вузі, в якому вони раніше навчалися (зокрема рівень акредитації новоствореного внз не повинен біти нижче за рівень попереднього внз).

Стосовно ж захисту прав студентів приватних внз, у разі анулювання їх ліцензії, у МОН менше можливостей, оскільки воно фактично не може зобов'язати приватні внз взяти на навчання студентів ліквідованого внз на тих саме умовах договору, на яких вони навчалися у попередньому внз. А зарахувати до державних внз всіх студентів ліквідованого внз Міністерство за загальним правилом не може, через технічні причини (недостатність матеріально-технічного забезпечення більшості державних внз та ін.). Так, у випадку з АТ «Міжрегіональна академія управління персоналом», яке було позбавлене права видавати 4655 дипломів про вищу освіту наказом Міністерства освіти і науки України від 06.10.2006р. за № 2128-л „Про результати перевірки у Межрегіональній академії управління персоналом (у формі акціонерного товариства закритого типу)", *голова Асоціації навчальних закладів України приватної форми власності, ректор Європейського університету І.І.Тимошенко, офіційно заявив, що п*ровідні вищі навчальні заклади Асоціації «готові взяти на себе піклування про подальшу долю випускників МАУП і допомогти 4655 студентам одержати дипломи про вищу освіту». Але тим не менше приватні внз не зобов'язані забезпечувати прийняття студентів внз, який залишився без ліцензії на тих саме умовах навчання (за ту саму плату, яка була передбачена договорами про надання освітніх послуг).

З іншої сторони, що стосується приватних внз, то оскільки вони фінансуються власником (внз-установи) повністю або частково, а у нього може бути недостатньо коштів для цього, або в результаті невдалого здійснення господарської діяльності з надання освітніх послуг, та у разі виникнення великих за обсягом зобов'язань (наприклад, з відшкодування шкоди особам, що навчаються), внз не зможе продовжувати свою діяльність і буде підлягати ліквідації у зв'язку з неплатоспроможністю. У цьому випадку за відсутності субсидіарної відповідальності засновників приватного внз та неможливості задовольнити вимоги кредиторів у пов-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

ному обсязі, права студентів внз після його ліквідації залишаться без захисту. На відміну від освітнього законодавства європейських країн (зокрема, Німеччини), українське законодавство не передбачає необхідності забезпечення зобов'язань приватних внз додатковими заходами (банківською гарантією, тощо).

Отже, з огляду на вищевказане нагально необхідне внесення змін до норм освітнього законодавства про ліквідацію, реорганізацію внз всіх форм власності, та врегулювання наслідків анулювання ліцензій внз, які б передбачали механізм захисту прав студентів, який дозволить їм продовжити навчання на тих саме умовах із відповідним рівнем освітніх послуг в інших внз країни.

Цивільно-правовий захист права на недоторканність житлового простору

Горобець Н. О.

Правові проблеми, пов'язані з особистими немайновими правами, породжують безліч серйозних питань, на які сучасне право не завжди готове дати чітку й однозначну відповідь. Особливо складними є проблеми у контексті захисту цих прав.

Незважаючи на те, що проблема розвитку й реалізації права на недоторканність житлового простору перебуває в центрі уваги багатьох українських фахівців, насьогодні спостерігається відсутність достатнього аналізу цього особистого немайнового права, особливо його цивільно-правового захисту.

Генеральний прокурор України О. Медведько виступаючи на розширеному засіданні колегії Генеральної прокуратури за підсумками роботи у 2009 році зазначив, що він притримується позиції про відмову у розслідуванні дріб'язкових малозначних злочинів [1, с. 10]. До яких, у тому числі, віднесено і злочин за ст. 162 КК. Подібна позиція правоохоронних органів вказує на потребу в розробці проблематики цивільно-правового захисту права на недоторканність житлового простору.

У сучасній правовій науці існує декілька підходів щодо розуміння права на захист. При цьому проблема захисту цивільних прав зазвичай розглядається в тісному взаємозв'язку з розглядом питання про зміст суб'єктивного права [2, с. 390]. Логічною видається думка Т.М. Ярової щодо того, що право на захист є самостійним правом, яке одночасно є складовим елементом основного суб'єктивного цивільного права і реалізується лише у разі порушення останнього [2, с. 395].

У літературі право на захист особистих немайнових прав розглядається як регламентоване правове регулювання на випадок оспорення, невизнання чи порушення особистого немайнового права [3, с. 274]. Змістом права на захист особистих немайнових

прав виділяють такі повноваження як: вимагати непорушення цих прав; вимагати припинення всіх діянь, які порушують ці права; вимагати відновлення вказаних особистих немайнових прав у разі їх порушення.

Носій права на недоторканність житлового простору має право вимагати захисту своєї приватності у межах житлового простору. Фізична особа у разі порушення її права може використати передбачені законом як загальні, так і спеціальні способи та юрисдикційні чи неюрисдикційні форми захисту. Так, у разі посягання на особисте немайнове право на недоторканність житлового простору особа спершу обирає спосіб захисту, який визначає засіб і належить до тієї чи іншої форми захисту.

Однак, як зазначає Н.О. Давидова не всі способи захисту передбачені ст. 16 ЦК України притаманні особистим немайновим правам, з огляду на характер цих прав [4, с. 121]. Вона також виділяє пріоритетні способи захисту особистих немайнових прав, серед них: визнання особистого права, якщо воно порушене чи оскаржується; припинення дій, що порушують особисте право; вчинення позитивних дій, що спрямовані на усунення недоліків порушення і забезпечують відновлення права [4, с. 121].

Ураховуючи особливості здійснення права на недоторканність житлового простору порушенням цього права буде не лише проникнення до житлового простору особи без її згоди, розголошення обставин приватності її житлового простору, але і, наприклад, нанесенням шкоди інтер'єру, майну через затоплення, ремонт у сусідній квартирі тощо. Так, наприклад, у справі за апеляційною скаргою на рішення Ковпаківського районного суду м. Суми від 18 вересня 2006 року за позовом про відшкодування матеріальної і моральної шкоди [5] відповідачі не використали усіх способів захисту, оскільки поряд з нанесенням моральної та матеріальної шкоди внаслідок ремонту сусідньої квартири, що проявилася у вигляді тріщин та пошкодження штукатурки і шпалер на стінах суміжних кімнат квартири відповідачів було порушено і право на недоторканність житлового простору, що також має наслідком відшкодування моральної та матеріальної шкоди, а також припинення дій, що порушують особисте немайнове право.

Таким чином цивільно-правовий захист права на недоторканність житлового простору є категорією цивільного права до кінця не дослідженою, що потребує детального аналізу теоретичних та законодавчих положень.

Література: 1. Медведько О. Із виступу на розширеному засіданні колегії Генеральної прокуратури за підсумками роботи у 2009 році / О. Медведько // Вісник прокуратури. – 2010. - № 2. – С. 3-12. 2. Ярова Т.М. Право на захист як суб'єктивне цивільне право / Т.М. Ярова // Право і держава. – 2007. - Вип. 37. – С. 390-396. 3. Цивільне право України : навчальний посібник / ред. Р.О. Стефанчук. - К. : Прецедент, 2005. – 448 с. 4. Н.О. Давидова особисті немайнові права6 Навч.посіб.для студ.вищ.навч.закл. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2008. – 160 с. 5. Справа № 1-55/06 Ковпаківський районний суд м. Суми / Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу до ресурсу : http://reyestr.court.gov.ua.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Правові наслідки недійсності шлюбу

Д'ячкова Н. А.

Наслідки недійсності шлюбу стосуються як особистих немайнових, так і майнових прав. Так, у немайновій сфері особа, яка у зв'язку з реєстрацією недійсного шлюбу змінила своє прізвище, вважається такою, що іменується цим прізвищем без достатньої правової підстави (ч. 5 ст. 45 СК), подружжя втрачають право на спільне громадянство і т.д.

Майно, набуте сторонами під час такого шлюбу, підлягає поділу на підставі ст. 367 ЦК. У цьому випадку частки майна, які будуть належати кожній особі, визначаються не за принципами рівності, як це передбачено в СК, а з урахуванням участі кожної особи в набутті майна (ч. 2 ст. 45 СК). Особа, яка поселилася у житлове приміщення іншої особи у зв'язку з реєстрацією з нею недійсного шлюбу, не набула права на проживання у ньому і може бути виселена (ч. 4 ст. 45 СК).

Незалежно від часу і причин непрацездатності однієї з осіб, шлюб яких визнаний недійсним, вони не мають права звертатись один до одного з вимогами про стягнення аліментів. За правилами ч. 3 ст. 45 СК, якщо особа одержувала аліменти від того, з ким була у недійсному шлюбі, сума сплачених аліментів вважається такою, що одержана без достатньої правової підстави, і підлягає поверненню відповідно до ЦК, але не більш як за останні 3 роки.

Шлюбний договір, укладений такими сторонами, також визнається недійсним, оскільки його сторонами можуть бути лише подружжя чи особи, які бажають укласти шлюб. В останньому випадку договір набуває чинності з моменту реєстрації шлюбу. А отже, наявність шлюбу є необхідним елементом шлюбного договору, без якого він не може існувати. Винятком з вищезазначених правил є норма ст. 46 СК, яка захищає права „добросовісної сторони" у недійсному шлюбі, тобто особи, яка не знала, і не могла знати про перешкоди до реєстрації шлюбу. Для неї наступають такі ж правові наслідки, як і при розірванні шлюбу. За такою особою суд може визнати право на майно, нажите під час недійсного шлюбу, у відповідності з правилами сімейного законодавства як право спільної сумісної власності, право на проживання у житловому приміщенні, в яке вона поселилася у зв'язку з недійсним шлюбом; на прізвище, яке вона обрала при реєстрації шлюбу (пп. 1-4 ч. 1 ст. 46 СК); право на аліменти відповідно до статей 75, 84, 86 і 88 СК. При цьому «добросовісна сторона» має право на стягнення аліментів за правилами ст.ст. 75, 84, 86 і 88 СК, тобто і у випадку, якщо її непрацездатність виникла протягом одного року з часу постановлення судом рішення про визнання шлюбу недійсним чи анулювання актового запису про шлюб.

Однак слід відзначити, що застосування зазначених правил є правом, а не обов'язком суду. Якщо, наприклад, норми про спільну сумісну власність більш вигідні для добросовісної сторони, суд застосовує їх. Коли ж, напроти, це вигідно недобросовісній стороні, суд може застосувати правила щодо спільної часткової власності.

Хоча у законодавстві про це не сказано, негативні наслідки для добросовісної сторони може викликати й недійсність шлюбного договору, котрий, як відомо, регулює майнові відносини лише між подружжям. «Добросовісна сторона» не лише буде вимушена приймати участь у судовому розгляді щодо визнання шлюбу недійсним, що саме по собі досить важко, а ще й постраждає від визнання шлюбного договору недійсним. А така ситуація суперечить уявленням про справедливість, яка є однією з засад сімейного законодавства. Тому при наявності шлюбного договору суд, виходячи з інтересів добросовісної сторони, може визнати його чинним повністю або частково, наприклад, стосовно тих наслідків, які передбачені на випадок розірвання шлюбу (сплата аліментів, передача певного майна тощо). Крім того, оскільки укладення недійсного шлюбу є протиправною дією, поряд з сімейно-правовими мірами відповідальності (визнанням шлюбу недійсним) добросовісна сторона має право вимагати відшкодування усіх збитків від такого „шлюбу", а також компенсації моральної шкоди за правилами цивільного законодавства. Хоча традиційно вважається, що особистий характер сімейних відносин виключає можливість подання подібних позовів, це не повинно перешкоджати захисту інтересів постраждалої сторони, тим паче, що як таких „сімейних" відносин при визнанні шлюбу недійсним не виникає.

Причинний зв'язок як передумова виникнення деліктного зобов'язання у міжнародному приватному праві

Маковій В. П.

Причинний зв'язок між протиправною поведінкою делінквента і заподіяною шкодою як передумова виникнення деліктної відповідальності досить ґрунтовно розглядається у цивільному законодавстві країн сучасності. Причинний зв'язок розуміється правниками як філософська категорія, що відображає такі об'єктивно існуючі зв'язки в природі і суспільстві, в яких одні явища виступають причиною, а інші - наслідком таких причин. Серед теорій причинного зв'язку у національних правових системах поширеними є теорія еквівалентності (теорія необхідної умови), змістом якої є обов'язкова наявність протиправної дії як передумови виникнення деліктного зобов'язання, і теорія адекватного причинного зв'язку, сутністю якої є констатація причинного зв'язку у

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

випадку, коли протиправна дія суттєво збільшує можливість настання шкідливих наслідків [1, с. 430-431].

§823 НЦУ, ст.1382 ФЦК чітко пов'язують протиправну поведінку делінквента і відповідні негативні наслідки такої поведінки, що створює відповідні правові наслідки виникнення зобов'язання з відшкодування шкоди. Водночас при встановленні причинного зв'язку німецька та швейцарська судова практика почасти керується теорією адекватного причинного зв'язку, недотримання якої призводить до визнання помилки у праві, а не у факті. §254 НЦУ містить з приводу цього чіткий припис, згідно якого розмір відшкодування може бути зменшений в залежності від того, яким чином винні дії потерпілого сприяли настанню шкоди.

Згідно п.1 ст.1064 ЦК РФ причинний зв'язок є обов'язковою передумовою виникнення деліктного зобов'язання і існує об'єктивно, незалежно від свідомості учасників такого правовідношення. Подібні положення відтворені й у ч.1 ст.1166 ЦК.

За японським цивільним законодавством деліктна відповідальність не встановлюється за відсутності реального причинного зв'язку між протиправною поведінкою делінквента та заподіяною потерпілому шкодою, який повинен бути доведений саме останнім. За певних обставин доведення такого зв'язку є досить проблематичним, як-то наявність причинного зв'язку між хворобою і споживанням хворим певного лікарського препарату [2, с.144].

В англо-американському праві віднайшла своє місце доктрина "ближньої причини", згідно якої особа відповідає лише за дії, що стали найближчою причиною заподіяної шкоди. У цьому аспекті буде доречним такий приклад: у порту Сіднея через халатність команди танкера відповідача Wagon-Mound в морі при заправці вилилась велика кількість нафти, яка розплилась по акваторії, досягнувши верфі позивача. Останній отримавши завірення від відповідача, що при нормальних умовах нафта, що розплилась на поверхні води, є безпечною, продовжив ремонт судна на власній верфі. При цьому під час проведення зварювальних робіт краплі розплавленого металу попали на пропливаюче ганчір'я, яке запалало й стало причиною пожежі, що мала наслідком заподіяння шкоди верфі та судну. За наслідками розгляду такої справи суд ухвалив рішення, згідно якого відповідач несе відповідальність лише за той збиток, який "розумна людина повинна була передбачити". Тобто у даному випадку загалом розумно було передбачити можливість забруднення нафтою верфі позивача, але не пожежі, причому виниклої саме таким незвичайним способом.

Додатково треба вказати, що до цієї справи суди чітко керувалися рішенням Апеляційного суду за справою Polemis and Furness, Withy & Co. (1921) 3 K.B. 560, згідно якого відповідач, що не дотримується необхідних заходів обережності, несе відповідальність за прямі збитки, навіть якщо їх і не можна було передбачити [3, с.379].

Висвітлюючи проблему каузальності в англо-американському деліктному праві не можна оминути питання "втручання" певної причини (novus actus interveniens) при подальшому розвитку наслідків заподіяння шкоди. Причиною "втручання" може бути нескінченна кількість подій, обставин, а також дій інших осіб. Судовою практикою були зроблені спроби напрацювати правила неможливості покладення на делінквента відповідальності при подібній причині. Однак, з огляду на сутнісні ознаки даної правової системи всі питання, що пов'язані з застосуванням novus actus interveniens повністю перекладаються на вирішення судів. Зокрема, суди дотримуються позиції: якщо можливість виникнення причини "втручання" могла бути передбаченою "звичайною людиною", то делінквент несе відповідальність на загальних підставах [4,с.74-77].

Викладене дає можливість зробити висновок про жваве інтегрування нормативного підґрунтя причинного зв'язку як підстави виникнення деліктного зобов'язання у правових системах сучасності.

Література: 1. Гражданское и торговое право капиталистических государств: Учебник. /Под ред. Е.А.Васильева. – М.: Международные отношения, 1993. – 560 с.; 2. Сакаэ Вагацума, Тору Ариидзуми. Гражданское право Японии: В 2 кн. - М.: Прогресс, 1983. – Кн.. 2. - 335 с.; 3. Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частого права: В 2-х тт. – Том 2. – М.: Международные правоотношения, 1998. – 512 с.; 4. Матвеев Ю.Г. Англо-американское деликтное право. / Ю.Г. Матвеев. – М.: Юридическая литература, 1973. – 176 с.

Вимоги до інформації в рекламі

Шишка О. Р.

Інформацію сьогодні слід розглядати як стратегічний продукт, яку збирають, обробляють, аналізують, систематизують та накопичують у різних сферах суспільного життя. Велику частку у суспільстві, займає рекламна інформація, яку ми споживаємо кожного дня. Навіть і тоді, коли ми читаємо звичайну статтю у газеті, у ній може скриватися скрита реклама. Але для того щоб така інформація була правовою та не завдавала шкоду будь-якій особі, вона повинна відповідати певним вимогам.

1. Поняття реклами, яке міститься у ст.1 Закону України «Про рекламу» розкривається через інформацію, а тому реклама є різновидом інформації, про щось з певними притаманними ознаками. Тому інформація про щось ***повинна відповідати загальним вимогам до інформації***, а саме до інформації, яка може поширюватися у суспільство. Ці вимоги детерміновані потребами й інтересами цього суспільства і перш за все споживачів до інформації, що проявляється через належну рекламу;

2. ***Реклама*** за своєю природою ***є як внутрішня*** (та, яка поширюється на території України), ***так й зовнішня*** (та, яка поширюється за межами території України чи поширення прово-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

диться із за кордону), тому і вимоги до такої реклами регулюються відповідними нормативно-правовими актами. Але у більшості національна реклама відповідає вимогам міжнародної реклами, що підтверджується адаптаційною політикою нашої держави щодо законодавства України до законодавства Європейського Союзу, а саме п.13 доповіді Мінюсту за 2009 р. «Про стан виконання Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу;

3. Відповідно до ЦК та Закон України «Про інформацію» реклама повинна відповідати під легальне визначення належної інформації, чи достовірної інформації. Така інформація має відповідні ознаки – відомості про події та явища, що відбуваються у суспільстві, державі та навколишньому природному середовищі, тобто ***відомості, які відбулися або мають місце*** у суспільстві, державі та навколишньому середовищі та друга ознака – ***відомість, яка задокументована або публічно оголошена***;

4. Закон України «Про захист економічної конкуренції» в ст.1 та Закон України «Про телекомунікації» в ст.1 встановлюють вимоги щодо форми інформації, а ст.1 Закон України «Про рекламу» узагальнює все це, у сфері своїх відносин, до ***інформації, що розповсюджується в будь-якій формі та в будь-який спосіб.*** Отже така інформація поширюється будь-як та будь-ким, крім випадків визначених Законом. Так:

- абз.6 ст.30 Закону України «Про телебачення і радіомовлення» розповсюджена інформація, у тому числі й в рекламі (в передачах і програмах) ***не повинна містити інформацію з низькими художніми чи технічними якостями;***
- абз.5 п.1 ст.8 Закону України «Про рекламу» та абз.3 ст.31 Закону України «Про телебачення і радіомовлення» реклама при розповсюдженні інформація ***не повинна використовувати засоби і технології, які діють на підсвідомість споживачів реклами;***

5. Ст.177 ЦК встановлює, що інформація ***є об'єктом цивільних правовідносин***. Тому логічним буде твердження про те, що реклама є все те, що є об'єктом інформаційних відносин та яка відповідно до чинного законодавства може розповсюджуватися, розголошуватися в будь-який спосіб. Але крім цього вона повинна й підпадати під визначення самої реклами, що дається в ст.1 Закону України «Про рекламу» та бути ідентифікована, як така, відповідно до ст.9 цього ж Закону. З іншого боку така інформація повинна бути належною та у її позитивному регулюванні не повинна підпадати під вилучену чи обмежену інформацію у цивільному обороті, тобто не бути об'єктом цивільних відносин;

6. Ст.1, п.3 ст.9 Закону України «Про рекламу», абз.2 ст.1 та абз.2 ст.6 Угоди про співробітництво держав – учасниць СНД, додатку 1 роз.1 п.1 Положення «Про соціальну рекламу в системі соціальних служб для молоді України» (наказ УДЦССМ від

20.07.98 р. № 80) в рекламі може міститися ***інформація про особу (фізичну або юридичну), товари (будь-який предмет господарського обігу, продукція, роботи, послуги, цінні папери, об'єкти права інтелектуальної власності), ідеї.*** Отже інформація в рекламі має наступні ознаки:

- інформація про особу.
- інформація про товар. Товар відповідно до діючого законодавства розуміється, як у широкому розумінні, так і у вузькому розумінні цього слова. З коментованої статті ми бачимо, що під товаром розуміється по суті те, що можливо продати. Тому в рекламі може бути поширена інформація про будь-який товар, що може сформувати або підтримати обізнаність споживачів реклами та їх інтерес щодо такого товару;
- інформація про ідеї.

7. ЦК п.2 ст.302 (якщо цю інформацію поширює фізична особа), п.1 ст.7 Закону України «Про рекламу», абз.1 ст.2 та ст.26 Закону України «Про телебачення і радіомовлення», п.1 ч.4 ст.4 і п.1 ст.15 Закону України «Про захист прав споживачів» та додатку 1 роз.2 п.3 Положення «Про соціальну рекламу в системі соціальних служб для молоді України» (наказ УДЦССМ від 20.07.98 р. № 80) встановлюють, що розповсюджена інформація в рекламі повинна бути ***достовірною.*** Достовірна реклама у тій чи іншій мірі повинна мати місце, а особи які її поширюють, у разі звернення до них у судовому порядку, повинні довести її відповідність чи належність існування як такої.

8. Закону України «Про інформацію» в ст.5 встановлює, що інформація повинна бути ***повною,*** а отже така інформація повинна бути повною і в рекламі. Повна інформація в рекламі є інформація, яка існує та не дає споживачеві, насправді, хибного уявлення про особу чи товар;

9. Закон України «Про інформацію» у ст.5, ст.7 Закону України «Про рекламу» та додаток 1 роз.2 п.3 Положення «Про соціальну рекламу в системі соціальних служб для молоді України» (наказ УДЦССМ від 20.07.98 р. № 80) наголошує на тому, що інформація в рекламі повинна бути ***точною.*** Точна інформація в рекламі є інформація, яка не має відхилення від реально-істинного значення.

10. Закон України «Про рекламу» п.1 ст.7 та додаток 1 роз.2 п.3 Положення «Про соціальну рекламу в системі соціальних служб для молоді України» (наказ УДЦССМ від 20.07.98 р. № 80) наголошує на тому, що інформація в рекламі ***повинна бути законною та не завдавати споживачеві реклами шкоди,*** тобто майнової чи моральної шкоди. Законність реклами вимірюється незаконністю, тобто тим, що така реклама може завдати шкоду іншим особам. А зміст незаконної реклами розкривається ч.1 та 2 ст.27 Закону України «Про рекламу», особи, винні у порушенні законодавства про рекламу, несуть дисциплінарну, цивільно-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

правову, адміністративну та кримінальну відповідальність відповідно до закону. Крім цього, відповідно до Закону України «Про рекламу» при розповсюдженні інформації в рекламі, вона ***не повинна підпадати під ознаки:***

- ***недобросовісної реклами*** (ст.1 та 10 Закону України «Про рекламу» та абз.3 ст.1 Угоди затвердженої Постановою КМ № 1654 від 13.12.2004 «Про співробітництво держав — учасниць СНД у сфері регулювання рекламної діяльності»);
- ***неправомірно-порівняльної реклами*** (ст.11 Закону України «Про рекламу» та ст.7 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції»);
- ***прихованої реклами.*** (ст.1 та ч.5 ст.9 Закону України «Про рекламу» та ч.5 Розділу 2 Положення «Про соціальну рекламу в системі соціальних служб для молоді України» (наказ УДЦССМ від 20.07.98 р. № 80));
- ***недоброякісної реклами*** (ч.5 Розділу 2 Положення «Про соціальну рекламу в системі соціальних служб для молоді України» (наказ УДЦССМ від 20.07.98 р. № 80));
- ***неетичної, негуманної, аморальної чи непристойної реклами*** (ч.3 ст.7 Закону України «Про рекламу», ч.5 Розділу 2 Положення «Про соціальну рекламу в системі соціальних служб для молоді України» (наказ УДЦССМ від 20.07.98 р. № 80));
- ***неправдивої реклама*** (ст.2 Закону України «Про інформацію») чи ***недостовірної реклами*** (ст.1, 7 та 27 Закону України «Про рекламу», ч.5 Розділу 2 Положення «Про соціальну рекламу в системі соціальних служб для молоді України» (наказ УДЦССМ від 20.07.98 р. № 80), абз.3 ст.1 та абз.2 ст.6 і абз.2 ч.2 ст.10 Угоди затвердженої Постановою КМ № 1654 від 13.12.2004 «Про співробітництво держав — учасниць СНД у сфері регулювання рекламної діяльності»);
- ***перекрученої чи неповної реклами*** (ч.2 ст.63 Закону України «Про телебачення і радіомовлення», ст.1 «Про телекомунікації», абз.5 п.15 Постанові пленуму Верховного Суду України N 1 від 27.02.2009 «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи»). Слід відзначити, що така рекламає недостовірною;
- іншої реклами, що заборонена Законом.

Отже ***законна реклама – реклама, розповсюдження якої дозволено законом та споживання якої не завдає споживачеві реклами шкоди***.

11. Ч.4 ст.57 та ч.1 ст.59 Закону України «Про телебачення і радіомовлення», абз.4 ст.12 Закону України «Про державну статистику», ч.12 ст.68 Закону України «Про вибори народних депутатів України», ч.1 ст.53 Закону України «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів», абз.3 ст.2 Закону України «Про державне прогнозування та розроблення програм економіч-

ного і соціального розвитку України» та ч.4 ст. 21 Закону України «Про рекламу» тощо інформація повинна бути ***об'єктивною,*** а отже і реклама**.** Інформаційне законодавство не розкриває поняття об'єктивності. Тому відповідно до вимог Закону та доктрини цивільного права під об'єктивною інформацією в рекламі слід розуміти незалежну позицію в рекламі, яка ґрунтується та підтверджується існуванням чи правдивістю чогось;

Виникнення права на спадкування за заповітом з умовою

Кухарєв О. Є.

1. Відповідно до ст. 1242 ЦК заповідач може обумовити виникнення права на спадкування у особи, яка призначена у заповіті, наявністю певної умови, як пов'язаної, так і не пов'язаної з її поведінкою (наявність інших спадкоємців, проживання у певному місці, народження дитини, здобуття освіти тощо).

Закріплення права особи на складання заповіту з умовою є проявом принципу свободи заповіту та дозволяє заповідачеві певним чином впливати на динаміку спадкового правовідношення після відкриття спадщини. Заповіт з умовою був відомий ще римському приватному праву, а в сучасних законодавствах закріплений у Франції, Німеччині, Іспанії та інших країнах. Примітно, що при підготовці нового ЦК РФ ідея щодо запровадження умовних заповітів активно обговорювалася, але в кінцевому результаті від її втілення вирішено було відмовитися.

2. Загальноприйнятою у юридичній літературі є позиція про те, що підставою виникнення правовідношення спадкування за заповітом є юридичний склад з послідовним накопиченням елементів: складання заповіту; відкриття спадщини та її прийняття.

У разі ж спадкування за заповітом з умовою, до складу юридичних фактів додається ще один – *настання умови, визначеної заповіту.* Оскільки така умова сприяє виникненню права на спадкування, вона є правостворюючим юридичним фактом.

Характеризуючи умову як одну з підстав спадкування, слід вказати на її наближеність до правочинів із відкладальною обставиною. Так, в порядку ч. 1 ст. 212 ЦК особи, які вчиняють правочин, мають право обумовити настання або зміну прав та обов'язків обставиною, щодо якої невідоме, настане вона чи ні (відкладальна обставина). Утім, така наближеність є відносною, оскільки умова, визначена у заповіті, може існувати і на момент його складання, що не допускається стосовно умовних правочинів, щодо яких умова має настати у майбутньому.

3. Умова у заповіті як юридичний факт має бути:

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

1) визначеною за змістом, тобто чітко встановлювати дії, що має вчинити спадкоємець для набуття права на спадкування або події, що мають статися незалежно від волі спадкоємця;

2) правомірною, що прямо витікає із змісту ч. 2 ст. 1242 ЦК, відповідно до якої умова, визначена у заповіті, є нікчемною, якщо вона суперечить закону або моральним засадам суспільства;

3) здійсненною, тобто такою, що може реально існувати; хоча здійсненність умови заповіту – поняття більшою мірою оціночне. Невипадково Ю.О. Заіка пропонує два види нездійсненності умови заповіту: абсолютну, під якою розуміється умова, яку не може виконати жодна особа та відносна, яка є нездоланною саме для конкретного спадкоємця [1, с. 122].

4. Умову в заповіті слід відмежовувати від інших заповідальних розпоряджень, зокрема, заповідального відказу. Різниця між ними полягає в тому, що заповідальний відказ, на відміну від умови у заповіті, не впливає на виникнення у спадкоємця права на спадкування.

І хоча умова у заповіті має деяку схожість із заповідальним покладенням, тобто обов'язком спадкоємця виконати певні дії, спрямовані на досягнення суспільно корисної мети (ч. 2 ст. 1240 ЦК), відмінність між ними аналогічна наведеній вище – заповідальне покладення не обумовлює виникнення у особи право на спадкування.

Таким чином, умову у заповіті можна розглядати як вид заповідального розпорядження і, одночасно, як підставу виникнення відповідного правовідношення.

5. Згідно із ч. 1 ст. 1242 ЦК, умова, визначена у заповіті, має існувати *на час відкриття спадщини*. Визначаючи часові межі настання умови, слід підкреслити, що така умова має існувати до часу відкриття спадщини, або – безпосередньо у день відкриття спадщини, з яким закон пов'язує день смерті особи або день, з якого вона оголошується померлою.

Під часом відкриття спадщини розуміється певний день, що термінологічно в контексті спадкових правовідносин означає добу, а тому умова, встановлена у заповіті, має *настати протягом двадцяти чотирьох годин* дня смерті заповідача або дня набрання законної сили рішення суду про оголошення фізичної особи померлою.

Звідси можна зробити висновок, що ненастання умови на час відкриття спадщини означає своєрідне «відсторонення» спадкоємця за заповітом від спадкування. Причому, враховуючи, що наявність умови може бути як пов'язаною, так і не пов'язаною з поведінкою спадкоємця, таке «відсторонення» від спадкування в деяких випадках не залежить від дій спадкоємця. Більш того, настання цієї умови пізніше, хоч би і в межах шестимісячного строку, встановленого для прийняття спадщини, не дає права на спадкування за заповітом з умовою. Наприклад, заповідач встановив умовою виникнення права на спадкування народження дитини. Проте, на час відкриття спадщини спадкоємиця знаходилася на п'ятому місяці вагітності. У наведеному прикладі умова заповіту

вважається такою, що не виконана, а спадкоємиця, відповідно, не набуває право на спадкування.

6. Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України (далі за текстом – Інструкція) [2] не визначає особливості видачі свідоцтва про право на спадщину у разі спадкування за заповітом з умовою. Оминають це питання і Методичні рекомендації щодо вчинення нотаріальних дій, пов'язаних із вжиттям заходів щодо охорони спадкового майна, видачею свідоцтв про право на спадщину та свідоцтв про право власності на частку в спільному майні подружжя [3].

За загальним правилом, встановленим п. 214 Інструкції, нотаріус при видачі свідоцтва про право на спадщину за заповітом шляхом витребування відповідних доказів перевіряє: факт смерті спадкодавця, наявність заповіту, наявність та чинність спадкового договору, час і місце відкриття спадщини, склад спадкового майна, на яке видається свідоцтво, перевіряє коло осіб, які мають право на обов'язкову частку в спадщині.

Застосовуючи наведену норму до правовідносин спадкування за заповітом з умовою, нотаріус повинен отримати від спадкоємця документи, що підтверджують існування умови заповіту на час відкриття спадщини. У разі невиконання такої вимоги, нотаріус виносить мотивовану постанову про відмову у вчиненні нотаріальної дії – видачі свідоцтва про право на спадщину.

Однак, виконання умови заповіту не завжди можливо підтвердити документально. Це стосується передусім поведінки спадкоємця (наприклад, припинення аморального способу життя). В такому разі спадкоємець має звернутися до суду із заявою про встановлення факту, що має юридичне значення.

Суд розглядатиме таку заяву в порядку окремого провадження і рішення суду по цій справі надається нотаріусу.

Література: 1. Заіка Ю.О. Спадкове право в Україні: Становлення і розвиток : [монографія] 2-ге вид. / Заіка Ю.О. – К. : КНТ, 2007. – 288 с. 2. Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України : Затв. наказом М-ва юстиції України № 20/5 від 03.03.2004 // Офіц. вісн. України. – 2004. – № 10. – Ст. 639. 3. Методичні рекомендації щодо вчинення нотаріальних дій, пов'язаних із вжиттям заходів щодо охорони спадкового майна, видачею свідоцтв про право на спадщину та свідоцтв про право власності на частку в спільному майні подружжя : Схвалено рішенням Науково-експертної ради з питань нотаріату при Міністерстві юстиції України від 29.01.2009 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.minjust.gov.ua/0/18563

Непорушність права власності на житло: проблеми та перспективи

Лисенко І. В.

Непорушність права власності при здійсненні права на житло визначається специфікою житлових правовідносин. Зокрема, житловому праву притаманні такі принципи, як недоторканність

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

житла, принцип рівності правового режиму для суб'єктів житлового права, принцип невтручання в особисті справи або принцип дозвільної спрямованості житлово-правового регулювання [1, с. 20]. У вітчизняному законодавстві закріплено положення, згідно з яким особа може бути позбавлена права власності або обмежена у його здійсненні лише у випадках і в порядку, встановлених законом (ч. 2 ст. 321 ЦК). Безумовно, ця норма поширюється і на житлові правовідносини. Окрім того, суспільні інтереси є передумовою у припиненні права власності: примусове відчуження об'єктів права власності може бути застосоване лише як виняток із мотивів суспільної необхідності (ч. 3 ст. 321 ЦК).

Одним із актуальних прикладів на сьогоднішній день є обмеження прав власників житла, яке за державними програмами підлягає реконструкції або зносу. Зокрема лише в місті Харкові у комунальній власності перебувають 1490 «хрущовок» – будинків першої масової серії забудови міста, де ступінь «зношення» дуже великий, а рівень комфорту мінімальний. Проблема реконструкції житлового фонду актуальна для всієї держави. Так, лише на початок 2007 р. в Україні до застарілого житлового фонду належало близько 75 млн. кв. м або 23 % усього житлового фонду [2, с. 1]. Хоча в Україні на сьогоднішній день немає державної програми реконструкції житлового фонду, не проведена його інвентаризація, але перший законодавчий крок у цьому напрямку зроблений. З метою забезпечення громадян житлом та об'єктами соціальної сфери прийнято Закон України «Про комплексну реконструкцію кварталів (мікрорайонів) застарілого житлового фонду» № 525-V від 22 грудня 2006 року [3]. Охорона суспільних потреб у даному випадку задовольняється через комплексну реконструкцію кварталів (мікрорайонів) застарілого житлового фонду (ст. 1). Так, відповідно до ст. 12 ЗУ «Про комплексну реконструкцію кварталів (мікрорайонів) застарілого житлового фонду» реалізація інвестиційних проектів комплексної реконструкції кварталів (мікрорайонів) застарілого житлового фонду здійснюється за умови попереднього і повного відшкодування вартості власникам жилих приміщень втрат шляхом надання за їхньою згодою іншого житла або грошової компенсації. Спори щодо вилучення жилого (нежилого) приміщення, розміру викупної вартості або інших умов компенсації, визначеної згідно з цією статтею, вирішуються в судовому порядку. У законі визначається, що позбавлення власника житла здійснюється за попереднього і повного відшкодування його вартості або шляхом надання іншого житла. Безумовно, така норма сприяє охороні прав осіб, права яких обмежуються. Водночас, законодавець установив додаткову гарантію – право звернення до суду за захистом свого майнового права. Очевидно, що саме додержання інтересів суспільства є передумовою обмеження та припинення права власності на житло в зазначених випадках.

Проте в цьому Законі не вирішено низку питань. При масовому відселенні жителів «хрущовок» і комплексних забудов нових районів постане закономірна проблема відселення частини мешканців, які відмовляться від переселення. Може виникнути ситуація, коли 90 % власників квартир укладуть із забудовником відповідний договір, оформлять весь необхідний пакет документів (згода опікунської ради на кожну дитину тощо), а в цей час 10 % власників відмовляться виїжджати зі старого житла. Окрім того, постане проблема з небажанням власників переїжджати на окраїни міста в нові райони з нерозвинутою інфраструктурою. Забудова цілих мікрорайонів означає, що власники нових квартир будуть змушені жити в умовах постійного будівництва, певний час без соціальної інфраструктури, оскільки вона споруджується останньою. Також залишається невирішеним питання забезпечення житлом власників та членів їхніх сімей, які проживають житлі, меншим за встановлені законом норми.

Тому вважаємо, що надання інших приміщень повинно провадитися не тільки за критерієм їхнього розміру або оцінки житла в довідці-характеристиці БТІ, що надається на основі оцінки технічних та соціальних критеріїв та стану житла. Рівноцінність нових приміщень повинна визначатися і за іншими критеріями, оскільки фактична ринкова ціна житла залежить не тільки від його розміру та технічного стану. Ціна житла залежить від поверху будинку, наявності ремонту, планування будинку та самої квартири, віддаленості об'єктів інфраструктури, транспортних магістралей, від промислових підприємств тощо. Тому при визначенні рівноцінності житла, що відчужується, та житла, що надається за рахунок інвестора-забудовника, повинні бути враховані всі показники, які вливають на його ринкову ціну. До обов'язкових критеріїв, що повинні враховуватися при наданні особі іншого житла, належить його розмір. Нове житло має відповідати за встановленим законом нормам житлової площі і не повинно бути меншим за відчужуване житло. Для врегулювання цього питання необхідно прийняти Постанову Кабінету Міністрів, яка б визначала порядок обмеження права приватної власності та примусового позбавлення власників (наймачів) житлових (нежитлових) приміщень при комплексній реконструкції кварталів (мікрорайонів) застарілого житлового фонду.

Отже непорушність права власності на житло зумовлюється високим соціальним значенням житла. Обмеження та припинення права власності на житло повинно мати соціально виправданий характер та не порушувати гарантовані Конституцією України права власників. Такий підхід сприятиме охороні майнових та особистих немайнових прав власників та інших суб'єктів цивільних правовідносин.

Література: 1. Сліпченко С. О. Житлове право України : [наук.-практ. посіб.] / Сліпченко С.О., Мічурін Є. О., Соболєв О. В. – Харків : Еспада, 2003. – 344 с.; 2. «Хрущовки » в законе // Время. – 05.01.2007. – № 1 (15710). – С. 1.; 3. Закон України «Про комплексну реконструкцію кварталів (мікрорайонів) застарілого житлового фонду» : № 525-V від 22.12.2006 р., // Відомості Верховної Ради України. – 2007. – № 10. – Ст. 88.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Предмет відступного

Головко В. В.

Відступне є одним із способів припинення зобов'язання. Цей інститут відомий цивілістиці ще з часів Стародавнього Риму. В дореволюційні та радянські часи відступне виконувало функції завдатку, а прямого посилання на такий спосіб припинення зобов'язання законодавство не мало. А в 2003 року відступне знайшло своє закріплення і в ЦК. Згідно зі ст.600 ЦК зобов'язання припиняється за згодою сторін внаслідок передання боржником кредиторові відступного (грошей, іншого майна тощо).

Інститут відступного дозволяє вирішувати декілька важливих юридичних завдань. Перше завдання полягає в наданні сторонам можливості в будь-який час домовитись про припинення зобов'язання, тобто забезпечити законне звільнення один одного від зобов'язальних зв'язків. При цьому контрагенти вільні у визначенні практично усіх елементів юридичного складу, з настанням яких буде пов'язано використання відступного. Тобто, домовляючись про відступне сторони можуть в максимально прийнятному для них обсязі узгодити найбільш вигідні для кожної з сторін наслідки. Боржник набуває можливості оперативно відмовитись від зобов'язання, надаючи за це кредиторові деяку майнову цінність. Кредитор, в свою чергу, хоча і не отримує первісно обумовленого предмета зобов'язання, однак може розраховувати на певне майнове відшкодування.

Проаналізувавши чинне законодавство, ми можемо дійти висновку, що наведений у ст.600 ЦК перелік майнових благ і цінностей, які можуть бути предметом відступного, не є вичерпаним. Тобто, надання відступного може полягати не тільки в переданні грошей та іншого майна, а й у виконанні інших дій, або в утриманні від певних дій. Цей висновок випливає з того, що надання відступного є зобов'язальним правовідношенням, тобто підкоряється загальним правилам про предмет зобов'язання.

Предметом відступного є майнові цінності, які боржник може запропонувати кредиторові замість виконання зобов'язання, а саме: речі, включаючи гроші і коштовні папери, інше майно, у тому числі майнові права, роботи, послуги, інформація, нематеріальні блага, результати інтелектуальної діяльності і права на них, тобто все те, що відноситься до об'єктів цивільних прав (ст.177 ЦК). Не слід забувати про те, що деякі об'єкти цивільних прав вилучені або обмежені у цивільному обороті (ст.178 ЦК), тому в угоді про відступне мають бути використані лише оборотоздатні об'єкти. Таким чином, основною вимогою, витікаючою з предмету відступного, в його широкому розумінні, є необхідність при укладенні договору про відступне враховувати особливості правового режиму кожного з названих предметів. Наприклад, якщо предмет

відступного - нерухомість, то угода не може відбутися без державної реєстрації переходу відповідних прав на неї; якщо як предмет відступного використовуються цінні папери, виражені в іноземній валюті, то необхідно мати відповідний дозвіл на проведення таких операцій. Якщо відступне припиняє права на аліменти для дитини у зв'язку з передачею права власності на нерухоме майно (житловий будинок, квартиру, земельну ділянку тощо), то батькам необхідно отримати дозвіл в органі опіки та піклування на укладання між собою такого договору. Також, в якості предмета відступного може виступати предмет застави, яким забезпечено виконання зобов'язання.

Як бачимо, в ЦК відступному приділено недостатньо уваги. За видимою лаконічністю і простотою формулювання даної норми ховається ряд проблем і практичних питань, що з'явилися після початку її вживання. Тому необхідне більш детальне вивчення та нормативно-правове регулювання цього інституту.

До питання про перевищення повноважень особами, які вчиняють правочини від імені юридичних осіб

Полтавський О. В.

Відповідно до чинного законодавства, сторонами господарського договору можуть виступати юридичні особи, дієздатність яких характеризується цілями діяльності, зазначеними в установчих документах і повноваженнями органу юридичної особи на вчинення правочинів від імені цієї юридичної особи. Дії представника юридичної особи засновані на одному з елементів правоздатності, що є необхідною передумовою суб'єктивного права [1, с.5], котре передбачає закріплену за кожною фізичною або юридичною особою можливість виконувати юридично значущі і/або інші дії особисто або через своїх представників.

Відповідно до ч. 1 ст. 92 ЦК [2], юридична особа набуває цивільних прав та обов'язків і здійснює їх через свої органи, *які діють відповідно до установчих документів та закону*. Згідно ч. 2 ст. 92 ЦК, у випадках, встановлених законом, юридична особа може набувати цивільних прав та обов'язків *і здійснювати їх через своїх учасників*. Та згідно ч. 3 ст. 92 ЦК, орган або особа, яка відповідно до установчих документів юридичної особи чи закону виступає від її імені, зобов'язана діяти в інтересах юридичної особи, добросовісно і розумно *та не перевищувати своїх повноважень*.

При цьому представником юридичної особи може виступати як особа яка діє від її імені згідно установчих документів (наприклад, директор підприємства), так і особа яка діє за окремим дорученням.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

На практиці, непоодинокі випадки, коли при вчиненні правочину представник перевищує свої повноваження і його дії не зобов'язують довірителя (у тому числі безпосередньо юридичну особу, яку він представляє) стосовно третіх осіб. В цих випадках відсутність повноважень може бути заповнене *подальшим схваленням,* або дією, яка спрямована на виникнення якогось певного наслідку, і повинна бути позитивно виражена зовні із доведенням її до відома інших осіб [3, с. 134]. Це схвалення дій представника є підтвердженням наявності правовідносин «довіритель – представник», тобто акт схвалення є і актом підтвердження призначення представника за конкретним правочином.

Відповідно до ч. 1 ст. 241 ЦК, правочин, який вчиняється представником з перевищенням повноважень – створює, змінює, припиняє цивільні права та обов'язки особи, яку він представляє, лише у разі наступного схвалення правочину цією особою. При цьому, правочин вважається схваленим зокрема у разі, якщо особа, яку представляє представник, вчинила дії, що свідчать про прийняття його до виконання.

За своєю юридичною природою подальше схвалення правочину є одностороннім правочином, вчиненим за розсудом довірителя. Схвалення може бути висловлене як у письмовій формі, так і шляхом конклюдентних дій, наприклад, у вигляді прийняття виконання, здійснення розрахунків і т.п. Важливо лише, щоб з дій довірителя однозначно виходило пряме схвалення ним вчиненого правочину і щоб законом не передбачалось у виняткових випадках особливої форми.

Відповідно до ч. 2 ст. 241 ЦК, правочини, що вчинені з перевищенням повноважень, створюють, змінюють чи припиняють цивільні права та обов'язки лише в тих випадках, коли вони схвалені довірителем.

Як випливає зі змісту ст. 241 ЦК, несхвалення такого правочину спричиняє повну його недійсність. Ця ж точка зору підтримується і в юридичної літературі. Так, наприклад, О.Л. Невзгодіна вважає, що питання про недійсність правочину повинно вирішуватись в залежності від того, який від перевищення мав місце. Наприклад при перевищенні якісних показників предмету правочину, останній є недійсний в цілому [4, с. 124].

Якщо довіритель бажає схвалити правочин для того щоб уникнути можливих судових розглядів, він повинен схвалити його увесь повністю. Після схвалення правочину, довіритель буде зобов'язаний так само і в такому ж об'ємі, як він був би зобов'язаний, якби представник володів повними повноваженнями до вчинення правочину. Схвалення звільняє представника від особистої відповідальності перед третьою особою. Якщо ж довіритель відмовляється підтвердити повноваження представника за правочином, який вчинений представником на свій страх і ризик без повноважень довірителя, то представник безпосередньо несе всі

зобов'язання перед третьою особою, з якою вчинений правочин, включаючи оплату витрат, оскільки фактично він сам стає довірителем, тобто стороною в договорі.

Вищезазначене наступне схвалення розповсюджується лише на випадки, коли представник юридичної особи діє за окремим дорученням. В інших випадках, коли орган юридичної особи вчиняє правочин без погодження з вищим органом управління в разі, коли таке погодження вимагається законом або установчими документами, діє інша норма закону, яка міститься у ч. 3 ст. 92 ЦК, та відповідно до якої у відносинах із третіми особами обмеження повноважень щодо представництва юридичної особи не має юридичної сили, крім випадків, коли юридична особа доведе, що третя особа знала чи за всіма обставинами не могла не знати про такі обмеження. При цьому у разі доведення останнього, правочин визнається недійсним з підстав, передбачених ч. 1 ст. 215 ЦК (недодержання в момент вчинення правочину стороною (сторонами) вимог, які встановлені частинами 1-3, 5, 6 ст. 203 цього Кодексу) та ч. 1 ст. 203 ЦК (відповідно до якої зміст правочину не може суперечити цьому Кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства).

В той же час законом не заборонено подальше схвалення юридичною особою правочину вчиненого її органом з перевищенням повноважень. В такому разі представник буде звільнений від відповідальності за відступ від своїх повноважень як перед безпосередньо юридичною особою так і перед третьою особою.

При зловживанні повноважень, якщо встановлена участь третіх осіб, довіритель може в судовому порядку оскаржити вчинений правочин та витребувати відшкодування збитків як з представника так і з третьої особи. В іншому випадку за заподіяні перевищенням повноваженням збитки, перед потерпілою особою у повному обсязі відповідає представник. При цьому згідно ст. 4 ст. 92 ЦК, якщо члени органу юридичної особи та інші особи, які відповідно до закону чи установчих документів виступають від імені юридичної особи, порушують свої обов'язки щодо представництва, вони несуть солідарну відповідальність за збитки, завдані ними юридичній особі.

Отже, якщо представник юридичної особи діє за окремим дорученням (або як представник юридичної особи згідно установчих документів), він у разі перевищення своїх повноважень має право на схвалення його дій довірителем (вищим органом юридичної особи згідно її установчих документів), який для того, що звільнити представника від особистої відповідальності перед ним та третьою особою, повинен повністю схвалити вчинений правочин.

Література: 1. Братусь С.Н. Субъекты гражданского права. – М.: Юриздат, 1950 – 367 с.;2. Цивільний кодекс України // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.3. Clark, Lawrence S. et al. Law and business. The regulatory environment / L.S. Clark, Peter D. Kinder, C. Hotenkiss –3 ed. – New York etc.: Mc. Graw – Hill, 1980. – 1132 p. 4/ Невзгодина Е.Л. Представительство по советскому гражданскому праву – Томск: Изд-во Томск. ун-та, 1980. – 158 с.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Укладання договору про надання послуг в мережі інтернет

Аляб'єва Н. В.

Значне місце в мережі Інтернет займають договори про надання послуг, зокрема договори купівлі-продажу. Переважна більшість таких договорів стосується договорів роздрібної купівлі-продажу в інтернет-магазинах. Інтернет-магазин є віртуальною торгівельною площею, де у інтерактивній формі покупець обирає собі необхідний товар та формує замовлення. Розміщення товару в інтернет-магазині є публічною офертою, оскільки пропозиція товару для продажу звернена до невизначеного кола осіб та включає усі суттєві умови договору (предмет та ціну). У випадку, коли продавець повідомляє на сайті більш конкретні відомості про товар, спосіб оплати і платіжних реквізитах, покупець може оплатити товар за вказаними реквізитами та повідомити продавцю адресу, за якою слід доставляти товар. Коли покупець користується для оплати кредитною карткою, тим самим він доказує продавцю свою платоспроможність, повідомляючи йому номер картки. Продавець може перевірити його рахунок в банку й надати покупцеві платіжний чек (сліп) [1, с.39]. Потім продавець використовує сліп, щоб забрати гроші в банку, а покупець, отримавши чергову виписку свого особистого рахунку, знайде там запис про вчинену транзакцію.

Виникає питання, чи такий договір укладено в мережі Інтернет, чи Інтернет є лише способом надання товару, аналогічним паперовому каталогу. З цього приводу Р.Б. Шишка та С.В. Резніченко виділяють дві основні точки зору: вибір товарів в інтернет-магазині та формування замовлення є акцептом публічної оферти; 2) оформлення замовлення є зустрічною офертою, яку пропонує покупець [2, с.109].

Слід підтримати позицію Р.Б. Шишки та С.В. Резніченко, що вибір товарів в Інтернет - магазині та формування замовлення є все-таки акцептом публічної оферти, а не зустрічною офертою, адже коли покупець не змінює умови договору, а приєднується до умов, які встановлює продавець, то це означає, що він акцептує пропозицію продавця. Головним у цьому є проблема встановити особу оферента, оскільки акцептант не завжди впевнений, з ким він має справу. Йому вкрай необхідно дізнатися якнайбільше інформації про продавця. Більшість споживачів, вступаючи у цивільні правовідносини, не мають ніякої уяви, з ким вони мають справу. Отже, при укладенні договорів сторони перевіряють повноваження представників особ, між якими укладається такий договір. Документами, що підтверджують такі повноваження можуть бути паспорт та довіреність представника, витяг із статуту юридичної особи, з якою укладається договір та ін. В силу специфіки укладення договору про надання послуг в мережі Інтернет досить проблематичним видається можливість здійснення належ-

ної перевірки повноважень щодо укладення договору представником сторони.

Проблема ідентифікації суб'єкта в мережі Інтернет виникає у зв'язку з тим, що сторони договору про надання послуг, які укладають цей договір в мережі, звичайно не вступають один з одним в особистий контакт, їх «спілкування» відбувається в рамках електронної мережі. Внаслідок цього, для підтвердження достовірності інформації, що передається за допомогою інформаційних магістралей в Інтернет, стає необхідним використовувати такі технічні засоби як паролі, коди (PIN-коди), електронні підписи та ін. При цьому ідентифікувати особу, яка проставлятиме електронний підпис під таким договором видається складним завданням. Тим більше видається малоймовірним встановлення дієздатності особи яка буде укладати такий договір (зокрема досягнення особою відповідного віку, з якого вона вправі укладати такого роду договори та ін.).

Моментом укладання договору купівлі-продажу є момент остаточного формування «кошика» покупця та підтвердження цього відправлення відповідних даних. Отже, з цього моменту продавець має право вимагати оплати товару, а покупець його доставки. У деяких системах Інтернет-магазинів момент укладання договорів купівлі-продажу перенесено на більш пізній період і виглядає як підтвердження замовлення відправкою повідомлення по електронній пошті. Це має суттєве значення, оскільки у першому випадку договір укладається конклюдентними діями, а в другому - способом обміну документами за допомогою електронної пошти [3, с.328-329].

Таким чином, необхідно зробити висновок щодо моменту укладання договору про надання послуг в мережі Інтернет, тому що під час укладення договору шляхом проставлення електронного підпису, на практиці виникають проблемні питання щодо моменту (дати) укладення даного договору. Для підписання договору про надання послуг в мережі Інтернет, сторона повинна спочатку проставити свій підпис на такому договорі, а потім направити документ другій стороні за договором, яка, в свою чергу, повинна підписати такий договір. Загальний порядок укладення договору закріплено в ЦК України в ч. 1 ст. 638 ЦК України «договір вважається укладеним, якщо сторони у належній формі досягли угоди з усіх істотних умов договору» [4]. На основі проведеного дослідження пропонується доповнення ч. 2 ст. 638 ЦК: «пропозиція здійснити договір, підписаний аналогом власноручного підпису, а також відповідь іншої сторони про прийняття цієї пропозиції, підписаний таким же аналогом, визнається досягненням сторонами згоди про використання при здійсненні даної операції цього аналога».

Використана література: 1. Козье Д. Электронная коммерция / Д. Козье: пер. с англ. – М: Издательско-торговый дом «Русская Редакция», 1999. – 288 с. ; 2. Цивільне право України: Курс лекцій. У 6-ти т. Т.5. Кн. 2. Договірне право: Ч.1. Загальні положення та договори на передачу майна у власність / Р.Б.Шишка (керівник авт.кол.), Є.О.Мічурін та ін..; За ред. Р.Б.Шишки. – Харків: Еспада, 2006. – 336 с.;3.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Степанов В. С. Договоры в сети Интернет: теория и практика / В.С. Степанов // Цивилистические записки. Выпуск 2. – М.: Статут, 2002. – С. 314-330.;4. Цивільний кодекс України від 16. 01. 2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.

Попередній договір купівлі-продажу нерухомого майна

Умецька Г. О.

1. Попередній договір у якості поіменованого з'явився у законодавстві України з моменту набуття чинності ЦК 01 січня 2004 р.

Потреби практичного правозастосування свідчать про існування нагальної потреби нормативного врегулювання такого договору, а також його чіткого, недвозначного, доступного для розуміння викладення у якості тексту конкретного договору між конкретними учасниками цивільних правовідносин.

Згідно ст. 635 ЦК попереднім є договір, сторони якого зобов'язуються протягом певного строку (у певний термін) укласти договір в майбутньому (основний договір) на умовах, встановлених попереднім договором.

Попередній договір укладається у формі, встановленій для основного договору, а якщо форма основного договору не встановлена - то в письмовій формі. А відповідно до ст. 657 ЦК, договір купівлі-продажу нерухомого майна укладається в письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню та державній реєстрації.

Саме із цього моменту найчастіше виникають різного роду питання, адже ЦК (ст. 205) чітко встановлює тільки дві форми правочинів - письмову та усну. Третьої форми (у т.ч. нотаріальної) ЦК окремо не виділяє. Тоді, як наприклад, ЦК РФ (ст. 158) каже, що правочини можуть укладатись в усній або письмовій (простій чи нотаріальний) формах.

Чи потрібно нотаріально посвідчувати попередній договір? Законодавство не дає чіткою відповіді, тому є сенс звернутись до судової практики. Як правило, в залежності від обставин справи, суди визнають попередні договори купівлі-продажу нерухомості укладені в письмовій формі без нотаріального посвідчення або недійсними, або нікчемними. Так, у вересні 2009 року до Петріківського районного суду Дніпропетровської області звернулась К. з позовом до ТОВ «Екомаркет Плюс» про визнання правочину недійсним, а саме про визнання недійсним попереднього договору купівлі-продажу будинку. Позивач посилався на те, що попередній договір не було посвідчено нотаріально. Суд першої інстанції визнає цей правочин недійсним. Апеляційний суд відміняє рішення суду першої інстанції в частині визнання попереднього договору купівлі-продажу нерухомого майна недійсним, на тій підставі, що він є нікчемним відповідно до ст. 220 ЦК.

В рішенні Верховного Суду України від 06.02.2008 р. зазначено, що відповідно до вимог статей 635, 657 ЦК попередній дого-

вір купівлі-продажу квартири має бути укладений у письмовій формі з обов'язковим нотаріальним посвідченням, оскільки основний договір укладається у формі з обов'язковим нотаріальним посвідченням, попередній договір укладається у формі, встановлений для основного договору. У разі недодержання сторонами вимоги закону про нотаріальне посвідчення договору такий договір є нікчемним (ст. 220 ЦК).

Подібна позиція Верховного суду міститься й у рішенні від 26.11.2008 р., договір купівлі-продажу земельної ділянки у відповідності до вимог ст. 657 ЦК має бути укладений у письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню та державній реєстрації. Відповідно і попередній договір купівлі-продажу земельної ділянки має бути нотаріально посвідчений. Згідно зі ст. 220 ЦК у разі недодержання сторонами вимоги закону про нотаріальне посвідчення договору, такий договір є нікчемним.

Тобто позиція судів з цього питання є більш менш зрозумілою. Але, виникає наступне питання, чому Верховний суд не звертає увагу на державну реєстрацію попереднього договору нерухомості, а вимагає лише нотаріального посвідчення? Виходить не зовсім логічно. Попередній договір укладається у такій же формі як і основний, але тільки на половину?

Мені здається, що важливо, по-перше, з'ясувати позицію законодавця щодо природи попереднього договору. Якщо розглядати попередній договір лише як організаційний, то навіщо взагалі проводити його нотаріальне посвідчення. Якщо ж законодавець хотів надати цьому договору юридичної сили нарівні з основним договором, то він повинен бути дійсно укладеним у письмовій формі з нотаріальним посвідченням та державною реєстрацією. Але чи є це потрібним? Бо виходячи з аналізу норм ЦК, а саме ст. 635 стає очевидним, що попередній договір не породжує ніяких зобов'язань, якщо основний не буде укладений протягом строку, встановленим попереднім договором. А відшкодування збитків за попереднім договором можливо лише тоді, коли вони завдані простроченням.

2. Дослідження нотаріальної практики свідчіть, що досить часто нотаріусами посвідчуються попередні договори купівлі-продажу нерухомого майна, в яких сторони вказують зазначають саме завдаток.

Відповідно до ст. 570 ЦК, завдатком є грошова сума або рухоме майно, що видається кредиторові боржником у рахунок належних з нього за договором платежів, на підтвердження зобов'язання і на забезпечення його виконання. Виходячи з цього визначення, ознакою завдатку є платіжна функція, яка виникає за умови укладання основного договору та виникнення у покупця обов'язку щодо оплати нерухомості.

Як відомо, основним завданням попереднього договору є укладання у майбутньому основного договору. Але існує необхідність

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

якось спонукати сторони до укладання основного договору на підставі попереднього. І як правило, найбільш дієвим буде саме майнове забезпечення. Тому більшість нотаріусів дійшла висновку, що замість терміну «завдаток» необхідно використовувати термін «грошове забезпечення». Ч. 2 ст. 546 ЦК дійсно вказує на те, що договором або законом можуть встановлені інші види забезпечення виконання зобов'язань. Слід також додати, що у разі неукладення основного договору з причин, які залежали від обох сторін, сума грошового забезпечення підлягає поверненню як безпідставно отримана згідно ст. 1212 ЦК.

3. Проаналізувавши норми ЦК та судову практику щодо попередніх договорів купівлі-продажу нерухомості, можна сказати, що цей вид договорів був введений законодавцем, але не врегульованим належним чином.

Основне протиріччя виникає, коли розмова заходить про форму, в який повинен бути укладений попередній договір купівлі-продажу нерухомого майна. Як зазначалось раніше, більш вдало до цього питання підійшло російське законодавство, виділивши у ст. 158 ЦК РФ просту письмову та нотаріальну форми. Тому, якщо основний договір укладається у письмовій нотаріальній формі, не виникає питань щодо нотаріальної форми попереднього договору.

Не врегульовано законодавством й питання щодо забезпечення попереднього договору купівлі-продажу нерухомого майна. Нотаріуси знайшли вихід та ввели термін «грошове забезпечення», але в ЦК це ніяк не закріплено. Практикуючи юристи виходили з позиції, що прямо не заборонено законом, є дозволеним.

Особливості зміни або розірвання договору розшуку

Приходько В. Г.

Для забезпечення стабільності будь-яких договірних відносин законодавець встановив, що зміна умов договору, як правило, допускається лише за згодою сторін (ч. 1 ст. 651 ЦК), у ч. 2 ст. 651 ЦК вже вказано підстави для зміни або розірвання договору в судовому порядку.

Така зміна умов договору може створити додаткові або припинити існуючі права і обов'язки боржника і кредитора, в нашому випадку детектива та клієнта, перенести строк чи змінити місце виконання, змінити спосіб виконання тощо. Тому під час укладення договору сторонам краще змінити саме ті умови, збереження яких порушує (порушило, порушуватиме) їх суб'єктивні права. Отже, шляхом зміни умов договору сторони за взаємною згодою, без звернення до судових органів обирають і формулюють оптимальні, на їх думку, правила поведінки, забезпечуючи тим самим самозахист цивільного права від його порушення. Поза

сумнівом, зміна умов договору може здійснюватися і з метою недопущення порушення суб'єктивних прав сторін договору у майбутньому, але у такому разі, вочевидь, слід говорити не про захист, а про охорону цивільного права.

Як один із можливих правових наслідків порушення зобов'язання, встановлених договором або законом є зміна умов зобов'язання визначена в п. 2 ст. 611 ЦК. Це положення закону уточнено в ст. 615 ЦК, згідно з якою у разі порушення зобов'язання однією стороною друга сторона має право частково відмовитися від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом (ч. 1 ст. 615 ЦК); у цьому разі наслідком односторонньої відмови від зобов'язання частково є зміна умов зобов'язання. Така одностороння відмова від зобов'язання є способом захисту цивільного права сторони зобов'язання.

Право односторонньої відмови від зобов'язання розповсюджується і на договір (ч. 3 ст. 651 ЦК), надавши сторонам договору право вибору: відмовитися від договору в повному обсязі або частково. У разі односторонньої відмови від договору частково договір є зміненим.

Об'єднувальними ознаками односторонньої відмови від зобов'язання і від договору є: по-перше, те, що така одностороння відмова є правовим наслідком порушення зобов'язання або договору; по-друге, внаслідок односторонньої відмови, відповідно, змінюються умови зобов'язання або договору; по-третє, зміна правовідношення (договірного зобов'язання) у цьому випадку є встановленим законом способом самозахисту порушеного цивільного права, тому здійснюється без звернення до суду.

Іншим видом зміни договірного правовідношення з ініціативи сторони є зміна договору за рішенням суду на вимогу однієї із сторін у разі істотного порушення договору другою стороною та в інших випадках, встановлених договором або законом (абзац 1 ч. 2 ст. 651 ЦК). Таким чином, підставою зміни договору за рішенням суду є: а) істотне порушення договору другою стороною, коли внаслідок завданої цим шкоди друга сторона значною мірою позбавляється того, на що вона розраховувала при укладенні договору (абзац 2 ч. 2 ст. 651 ЦК); б) випадки, встановлені договором або законом.

Практично все, що було викладене щодо зміни правовідношення як способу захисту цивільного права стосується іншого способу захисту цивільного права — припинення правовідношення, тому не вдаючись до подробиць, зазначимо, що припинення правовідношення (зобов'язання, договору) може мати місце: за згодою сторін, якщо інше не встановлено договором або законом (ч. 1 ст. 651 ЦК); внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання (договору) повністю як правового наслідку порушення зобов'язання (п. 1 ст. 611, ч. 3 ст. 651 ЦК); внаслідок розірвання

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

договору як правового наслідку порушення зобов'язання (п. 1 ст. 611, ч. 2 ст. 651 ЦК).

Зміну та припинення правовідношення можна розглядати не лише як спосіб захисту цивільних прав судом, але і як спосіб самозахисту. Підстави для такого висновку дає нам норма абзацу 2 ч. 2 ст. 19 ЦК, відповідно до якої способи самозахисту можуть обиратися самою особою чи встановлюватися договором або актами цивільного законодавства, а також положення п. 1 ст. 611 ЦК, згідно з яким одним із правових наслідків порушення зобов'язання є його припинення внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання. ЦК України містить низку статей, що встановлюють підстави припинення окремих видів правовідносин внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання або договору (наприклад, лише статті ЦК, що регулюють відносини купівлі-продажу, передбачають більше десятка підстав для відмови від договору і кілька підстав для відмови від окремих зобов'язань).

За загальним правилом відмова від договору є результатом вільного волевиявлення сторони, її правом, проте в деяких випадках сторона зобов'язана відмовитися від договору в силу прямої вказівки закону.

Щодо договору розшуку, детектив, виконуючи умови договору проводить фіксацію фактів на відповідні фото-, кіно-, теле- та відеоносії без відповідної згоди фізичної особи що є порушенням її особистих немайнових прав, які забезпечують соціальне буття фізичної особи, зокрема: право на особисте життя (ст. 301 ЦК), право на повагу до гідності та честі (ст. 297 ЦК), право на недоторканість ділової репутації (ст. 299 ЦК), право на зображення (ст. 308) тощо.

Вважаємо в даній ситуації необхідно в законі «Про приватну детективну діяльність» передбачити межі здійснення професійної діяльності приватними детективами. Щоб під прикриттям цієї діяльності не порушувалися будь-які права людини.

Страхування у сфері професійного спорту

Тіхонова М. А.

У наш час різко виріс інтерес до спорту - все населення так чи інакше пов'язане із спортом. Одні займаються ним професійно (спортсмени, тренери, судді), інші працюють «допоміжним персоналом» в галузі спорту (масажисти, лікарі, менеджери і т. д.) або є організаторами спортивних змагань, треті освітлюють спортивні змагання (журналісти, коментатори), а всі інші є уболівальниками або простими глядачами (читачами). Крім того, для окремих громадян спорт – це досить прибутковий бізнес.

У Конституції України (п. 4ст. 49) закріплено: «…Держава дбає про розвиток фізичної культури і спорту…». Гарантом, як для спортсменів, так і для всіх інших учасників спортивних правовідносин є такий інститут, як страхування. А тим паче, що спорт небезпечний за своєю суттю, ризик настання нещасних випадків, смерті, вибухів, пожеж на змаганнях, або наприклад, на тренуваннях і зборах, набагато вище, ніж за інших обставин. Тим самим договір страхування може стати гарантією відшкодування збитків, як для спортсменів, так і для інших суб'єктів спортивних правовідносин.

Аналіз практики обов'язкового і добровільного страхування не тільки спортсменів-професіоналів, але і спортсменів загалом свідчить про наявність в цій області ряду проблем. Вони проявляються в оформленні документів, необхідних для своєчасного отримання страхових виплат, недостатньо чітко вирішено питання про обов'язкове соціальне страхування спортсменів, які не досягли вісімнадцятирічного віку. Адже деякі види спорту (гімнастика, плавання) за останній час сильно помолодшали і в цих змаганнях разом з дорослими спортсменами успішно виступають юніори віком від 14 років.

Спортивне страхування дуже різноманітно. Залежно від виду спорту страхування може мати свої особливості. Приміром, в футболі або хокеї ризик настання нещасного випадку набагато вище, ніж у плаванні або тенісі. Так, ризик отримати травму під час одного матчу у футболіста-професіонала складає 12%, а за один сезон кожен третій футболіст травмується настільки сильно, що тренери мусять його замінити. Страхування суб'єктів професійного спорту так само має свої особливості. Візьмемо, наприклад, такий вид спорту, як бокс. У професійному боксі задіяні троє суддей, які спостерігають за поєдинком поза рингом, інший суддя (рефері) безпосередньо знаходиться в центрі подій, тобто на самому ринзі. З цього можна зробити висновок, що при укладанні договору страхування, страхова сума внеску головного судді буде набагато вище, ніж у двох інших.

Відповідно до ст. 19 Закону України „Про фізичну культуру і спорт" спортсмени вищих категорій підлягають обов'язковому державному страхуванню в порядку, визначеному Постановою Кабінету міністрів України „Про затвердження Порядку та умов обв'язкового державного страхування спортсменів вищих категорій" від 31.05.1995 року № 378. Крім цього, можна виділити „специфічний" вид обов'язкового страхування. Він регулюється не законами України, а регламентами чи правилами спортивних змагань. Таке страхування за своєю юридичною природою не можна називати обов'язковим, воно не має юридичної сили як закон, «насильно», примусово страхуватись нікого не змусять, але за своєю суттю його можна назвати обов'язковим, адже без цього договору страхування гравця просто не допустять до змаганням.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Прикладом можуть послужити Правила змагань з лижних гонок або Правила боксу Федерації боксу України. За даними правилами до участі у змаганнях будуть допущені лише ті, хто застрахував своє здоров'я від небезпечних випадків (звичайно, що страховка повинна бути спортивною, тобто підвищеного ризику, в якій під час розрахунку тарифів застосовуються надбавки в залежності від виду спорту).

Але, все ж таки в сфері спорту основне місце відведено добровільному страхуванню. При добровільному страхуванні в професійному спорті найчастіше використовується наступні види страхування:

1. Страхування від нещасних випадків;

2. Страхування відповідальності: організаторів спортивних змагань перед учасниками і третіми особами; учасників спортивних правовідносин (гравців, суддів, тренерів, вболівальників та ін.) перед іншими учасниками або третіми особами;

3. Страхування ризиків при організації спортивних заходів - це комплексне страхування, яке включає в себе: страхування спортсменів і супроводжуючих їх осіб від нещасних випадків, смерті і втрати працездатності; страхування їхнього особистого майна, спортивного інвентарю і обладнання команд від вогню, псування водою і крадіжки; цивільну відповідальність перед третіми особами на випадок смерті, каліцтва чи іншого пошкодження здоров'я, повної або часткової втрати працездатності третіх осіб з вини організаторів змагань, а так само у зв'язку зі знищенням або пошкодженням майна під час проведення змагань з вини організаторів; страхування на випадок анулювання, відстрочки, перенесення спортивних заходів з причин незалежних від учасників та організаторів змагань.

Без сумніву, договір страхування у спорті спирається на загальну правову базу. Він не може суперечити ні Закону України „Про страхування", ні Основам законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування, а тим більше Цивільному кодексу України.

Але не можна забувати, що інститут страхування в професійному спорті має свої особливості. До таких особливостей можна віднести суб'єктів договору страхування (їх різновид, їх права та обов'язки), «специфічні» об'єкти договору страхування, а так само підвищений страховий ризик (це лише невелика частина особливостей договору спортивного страхування). Залежно від виду спорту договір страхування, також буде мати свої певні індивідуальні риси.

Використана література: 1. Конституція України // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, N 30, ст. 141;2. Кабінет Міністрів України; Постанова „Про затвердження Порядку та умов обов'язкового державного страхування спортсменів вищих категорій", 31.05.1995 № 378.;3.Закон України «Про фізичну культуру і спорт»: станом на 01 червня 2008 р. - Відомості Верховної Ради (ВВР), 1994. - № 14. - Ст. 80.;4. Закон України „Про стахування" // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, N 18, ст. 78; 5. Проблемы страхования спортсменов // Право и спорт – Електроний ресурс - http://pravovsporte.blogspot.com; 6. Договор страхования в профессиональном спорте // Електронний

ресурс - http://vardash.livejournal.com; 7. Ромашко И. Д. Методические основы и российская практика страхования спортивных команд // Организация продаж страховых продуктов, №6 – 2007. – Електронний ресурс - http://www.reglament.net/ins/prod/2007_6_article.htm; 8. Галкин В. В. Экономика спорта и спортивный бизнес: учебное пособие / Галкин В.В. – М.: КНОРУС, 2006. – 320 с.; 9. Алексеев С. В. Спортивное право России. Правовые основы физической культуры и спорта: учебник для студентов вузов, обучающихся по специальностям 021100 «Юриспруденция» и 022300 «Физическая культура и спорт» / Алексеев С. В.; [под ред. проф. П.В. Крашенникова]. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2005. – 671 с.;10. Правила змагань з лижних гонок // офіційний сайт Федерації лижного спорту України http://www.sfu.org.ua/official_documents/ukrainian_rules/ukr_rules_cross-country; 11. Правила боксу Федерації боксу України // офіційний сайт Міжнародної асоціації боксу та кикбоксингу «Нове сузір'я» - http://www.newstars.com.ua/123/130

Інноваційна політика: сучасність і перспективи

Сурженко О. А.

Останнім часом однією з найбільш актуальних тем є формування економіки інноваційного типу (економіки знань), під якою розуміється та, де основний приріст ВВП формується за рахунок створення й освоєння технологічних нововведень і виробництва постійно обновлюваної наукомісткої продукції. Ця тематика хвилює не тільки економістів і фахівців у сфері науки й техніки, але й правознавців. Що стосується права, то воно повинне мати безпосереднє відношення не тільки до формування сучасного законодавства в цій сфері, а й стратегій як програмних документів, завдання яких полягає у встановленні взаємного зв'язку різних сегментів суспільства для досягнення мети просування нашої країни в інноваційний простір.

Інноваційну стратегію пропонується розглядати як досить складну систему, що полягає в перетинанні трьох різних підсистем — промислової, науково-технічної й освітянської політики. Кожна з цих підсистем вимагає переосмислення й перетворення.

Так, промислова підсистема очевидно змінилася, що викликане процесами приватизації й формування значного приватного бізнесу. З погляду цивільного права на ринку (у цивільному обороті) з'явився значний шар приватних власників, яким належать потужні виробничі й грошові ресурси. Це не могло не вплинути на науково-технічну сферу, яка в Україні суттєво змінилася. Багато науково-дослідних інститутів, у першу чергу галузеві, приватизовані, з них багато яких ліквідовано. Фундаментальна наука вимагає фінансування, засобів на яке очевидно не вистачає.

Вузівська наука залишається в жалюгідному стані, оскільки для її становлення потрібна реформа. У зв'язку з цим третя сфера - освітянська - також на сьогодні суттєво видозмінена, однак її реформування відрізняється непослідовністю й відсутністю бачення кінцевого результату. Реформа, що проводиться в стилі Болонського процесу, спричинила еклектичні зміни в сфері вищої школи, які торкнулися в першу чергу підходів до навчання, програм і

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

т.п. Що стосується такої необхідної її складової, як автономії вузів, розвитку вузівської науки, здатності вузів залучати комерційний капітал і взаємодіяти з державними, комунальними й приватними структурами - все це поки залишилося поза полем реформування.

Такий стан вітчизняний перетворювальних процесів адекватно відбився й на просуванні нашої країни на шляху інновацій до конкурентного ринкового середовища, заснованого на нових технологіях. Вірніше, на відсутності просування. Формування НІС відрізняється етапністю, формується на основі збалансованого застосування механізмів державного й ринкового регулювання економіки, з урахуванням регіональних особливостей.

При значимості ролі держави у формуванні НІС у частині реалізації таких функцій як: розробка стратегії інноваційного розвитку економіки; формування різних сприятливих умов для розвитку інноваційного бізнесу; організації процесу прогнозування технологічного розвитку й визначення на цій базі науково-технічних пріоритетів; розвиток інфраструктури для інноваційної діяльності; розробка заходів для непрямого й прямого стимулювання інноваційної діяльності; участь у розвитку сфери досліджень і розробок, головним чином в області фундаментальних досліджень, - не менш важлива й роль приватного бізнесу. При цьому така роль значима як з боку великого, так і дрібного підприємництва.

З одного боку, не слід зваблюватися відносно настання видимих змін у цій сфері лише за рахунок малого підприємництва, а також серез самоокупність науки, упору на вузівську науку. З іншого боку, неможливо розраховувати лише на державні структури й фінансування, оскільки ні програмних пропозицій, ні реалізації навіть уже наміченого, ні бюджетних коштів - нічого цього не робиться й поки зміни в цьому не проглядаються.

Тому в основу перспектив інноваційної політики має бути закладений консенсус між державою й науковим співтовариством як із приводу основних напрямків технологічного розвитку країни на тривалу перспективу, так і відносно принципів функціонування й форм організації української національної інноваційної системи. Її покликана забезпечити збалансована комбінація 3-х факторів – формування нових знань; поширення знань; споживання знань. Останнє слід розуміти широко - як втілення знань у кінцевий інноваційний продукт - серійне виробництво товарів, виготовлених по нових технологіях. Для цього потрібен цілий спектр заходів щодо засвоєння й поширення знань у компаніях; формування ринку продуктів інтелектуальної праці й капіталу по їхньому впровадженню у виробництво; більш гнучких систем взаємодії вузів, підприємницьких структур, фундаментальної науки й держави.

Порядок укладення договору про передачу «ноу-хау»

Бєгова Т. І.

Питання про порядок укладення договору про передачу «ноу-хау» виникає у зв'язку із необхідністю забезпечення конфіденційності «ноу-хау» на стадії підготовки до укладення договору. Конфіденційність — це умова існування «ноу-хау», а отже є правовою основою існування і самого договору про передання «ноу-хау».

У міжнародній практиці на стадії підготовки до укладення договору про передання «ноу-хау» укладається так звана попередня опційна угода.

У рамках опційної угоди потенційний ліцензіар (володілець права на «ноу-хау». — *Т. Б.*) зобов'язується ознайомити потенційного ліцензіата (набувача «ноу-хау». — *Т. Б.*) з інформацією, що становить зміст «ноу-хау», а останній, заздалегідь переказавши в депозит на рахунок володільця певну суму за ознайомлення з «ноу-хау», зобов'язується підписати цей договір. Якщо потенційний ліцензіар (набувач «ноу-хау»), ознайомившись з інформацією, що становить зміст «ноу-хау», не підписує опційну угоду, то він втрачає вказану суму, не має права на промислове використання «ноу-хау» і передання її третім особам. Якщо ж потенційний ліцензіар підписує опційну угоду, то внесена до депозиту сума іде в рахунок майбутніх платежів за договором про передання «ноу-хау».

На перший погляд опційна угода являє собою попередній договір, який на сьогодні врегульований у рамках ЦК.

За попереднім договором сторони зобов'язуються впродовж певного строку (у певний термін) укласти договір у майбутньому (основний договір) на умовах, встановлених цим договором (ст. 635 ЦК). Проте говорити про застосування конструкції попереднього договору в рамках договору про передання «ноу-хау», а така точка зору висловлюється в науковій літературі, здається невірним, оскільки опційна угода (а ми називаємо її договором про розкриття «ноу-хау» має абсолютно іншу спрямованість порівняно з попереднім договором. Такий підхід знаходить своїх прихильників у науковій літературі. Так, зокрема Н. Майданик вважає, що це не попередній договір, а переддоговірна угода (стосовно нашої ситуації — угода з виплати певної суми у разі відмови від ведення переговорів і укладення остаточного договору). Дана угода в усіх випадках є остаточною і юридично обов'язковою для сторін, проте її предметом є лише процедура ведення переговорів. З останньою тезою в повному обсязі погодитись не можна, оскільки в договорі про розкриття «ноу-хау»переговори ведуться, проте їх мета — не процедурний момент.

Повертаючись до відмінності договору про розкриття «ноу-хау» і попереднього договору, слід підкреслити, що для останнього договору мета — це укладення впродовж певного строку основного

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

договору на умовах, визначених попереднім договором. Мета договору про розкриття «ноу-хау» — ознайомлення з інформацією, що становить суть «ноу-хау» в обмеженому обсязі, проте достатньому для ухвалення рішення про укладення договору про передання «ноу-хау». Питання про обов'язковість укладення договору про передання «ноу-хау», як це має місце при укладенні попереднього договору, тут взагалі не стоїть. Друга сторона договору виступає лише потенційним набувачем «ноу-хау», який впевнюється в тому, що подана інформація — суть певного рішення, що тримається в таємниці, яке у разі його використання задовольнить інтерес його набувача.

Безумовно, процедурний момент відіграє в цьому договорі певну роль, оскільки від того, як буде подана інформація володільцем прав на «ноу-хау», в якому обсязі, в якій послідовності тощо, залежить рішення потенційного набувача. Проте цим не вичерпується мета договору про розкриття «ноу-хау», оскільки одна з умов цього договору — зберегти конфіденційність отриманої інформації. Підписавши договір про розкриття «ноу-хау», потенційний набувач «ноу-хау» стає не тільки зобов'язаним зберігати конфіденційність «ноу-хау», але й не менше, ніж володілець, зацікавленим у цьому.

Таким чином, договір про розкриття «ноу-хау» має за мету не лише ознайомлення з «ноу-хау», але й збереження «ноу-хау»в режимі секретності, а також охорону інтересів володільця права на «ноу-хау» і потенційного набувача «ноу-хау».

На стадії попередніх переговорів, пов'язаних з можливістю укладення договору про передання «ноу-хау», якщо необхідно довести до відома потенційного набувача «ноу-хау» інформацію, що стосується суті та ефективності «ноу-хау», враховуючи відсутність охоронних документів на «ноу-хау», сторони повинні укласти договір, який би зобов'язував кожну з них не розголошувати цю інформацію. Крім того, у договорі повинна міститись умова про заборону використання без дозволу володільця права на «ноу-хау» відомостей конфіденційного характеру, доступ до яких було отримано під час попередніх переговорів. Тут же мають бути передбачені відповідні санкції за порушення умов цього договору.

Таким чином, можна говорити про двостадійний порядок передання «ноу-хау» і права на його використання, оскільки і договір про передання «ноу-хау», і договір про розкриття «ноу-хау» мають між собою причинний зв'язок — зацікавленість у використанні «ноу-хау»; у них одні й ті ж сторони — володілець права на «ноу-хау» і набувач (у договорі про розкриття «ноу-хау» — потенційний набувач); у разі укладення договору про передання «ноу-хау» кошти за ознайомлення з інформацією за договором про розкриття «ноу-хау» зараховуються в рахунок платежів за договором про передання «ноу-хау».

Щодо змісту статті 721 Цивільного кодексу України

Ісаєв А. М.

Обов'язки дарувальника за договором дарування визначаються однойменною статтею 721 ЦК. Слід зауважити, що назва розглядуваної статті не до кінця відповідає її змісту. Адже у ч. 1 ст. 721 ЦК передбачені не всі обов'язки дарувальника, а лише ті які пов'язані з конкретизацією предмета договору дарування. В свою чергу ч. 2 тієї ж статті розкриває правові наслідки порушення обов'язку дарувальника попередити обдаровуваного про недоліки речі, що є дарунком, або її особливі властивості, які можуть бути небезпечними для життя, здоров'я, майна обдаровуваного або інших осіб.

З формальної точки зору обов'язок дарувальника попередити обдаровуваного про недоліки та особливі властивості дарунку не входить до змісту договірного зобов'язання, що випливає з вже укладеного договору дарування. Вказаний обов'язок виникає на підставі прямої вказівки закону та існує до укладення договору дарування. При цьому існування подібного обов'язку цілком виправдане тим, що в багатьох випадках як дарунок передаються речі визначені індивідуальними ознаками з усіма їх перевагами та недоліками. У такій ситуації обдаровуваний має право знати інформацію, що ймовірно вплине на його рішення про укладення договору дарування з відповідним предметом.

Правило яке передбачено ч. 2 ст. 721 ЦК регулює відносини, що виникають після передання дарунку з недоліками або особливими властивостями, тому розповсюджується і на реальні договори дарування, і на консенсуальні. Аналіз вищевказаної норми дає підстави стверджувати, що дарувальник після передання дарунку обдаровуваному несе відповідальність лише за шкоду, заподіяну майну, здоров'ю, або смерть, якщо такі наслідки настали через недоліки або особливі властивості речі та у зв'язку з володінням чи користуванням нею. Умовою відповідальності є те, що дарувальник знав про недоліки та особливі властивості речі, але не попередив про них обдаровуваного.

Можна побачити, що правило ч. 2 ст. 721 ЦК залишає поза увагою питання відповідальності дарувальника за фактичні недоліки речі як такі, а також за вади у праві на відчужуваний дар (обтяження правами третіх осіб).

По-перше, як бути в ситуації, коли дарувальник передає дар неналежної якості?[1] Вбачається, що за таких обставин вирішення питання буде залежати від того, яке майно передається в дар, а саме: індивідуально-визначене чи визначене родовими ознаками. Якщо це майно індивідуально-визначене, то питання щодо якості речі поставати не може, адже дарувальник зобов'язався передати таке майно, яким він володіє сам.

[1] Питання справедливе якщо договором дарування не передбачено конкретних вимог щодо якості дарунку.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Якщо мова йде про майно визначене родовими ознаками, тоді треба виходити з загальних положень про зобов'язання, а саме: зобов'язання має виконуватися належним чином відповідно до умов договору та вимог ЦК, інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог – відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що звичайно ставляться. Вимоги, що звичайно ставляться до майна, яке передається у власність, відображають можливість його використання за цільовим призначенням. Таким чином, майно, що визначене родовими ознаками, має бути придатним для цільового використання, інакше дарувальник має бути визнаний таким, що виконав зобов'язання неналежним чином, з усіма наслідками, передбаченими гл. 51 ЦК.

По-друге, як бути у ситуації коли передається дарунок з вадами у праві? Найбільш небажаним та найбільш ймовірним наслідком передання дарунку з вадами у праві є його примусове відібрання у обдаровуваного (евікція дарунку). Глава 55 ЦК не містить норм, які б передбачали обов'язок дарувальника попередити обдаровуваного про відповідні обтяження. Не передбачено і відповідальність дарувальника у випадку евікції дарунку. Було б необґрунтовано вважати, що законодавець свідомо не встановив відповідальність дарувальника за таких умов. Тоді, відповідь необхідно шукати в загальних положеннях про зобов'язання та договір. Договір дарування спрямований на передання майна у власність, а відповідальність за евікцію є логічним наслідком невиконання прийнятого на себе зобов'язання з передання майна у власність. Така теза заслуговує на увагу хоча б через те, що дарувальник не може передати обдаровуваному більше прав ніж має сам, а у випадку з евікцією можна говорити або про відсутність права власності у дарувальника на майно, або про наявність обтяжень щодо майна, які не дозволяють дарувальнику вільно розпоряджатися ним. Таким чином, дарувальник може бути визнаний таким, що порушив зобов'язання, та має відповідати за ст. 623 ЦК.

Виходячи з вищенаведеного можна дійти висновку про те, що оновлена правова регламентація обов'язків дарувальника і наслідків їх порушення залишає без чіткої відповіді деякі запитання, спонукаючи суб'єкта правозастосування до вирішення таких питань за загальними положеннями про зобов'язання та договір.

Зловживання суб'єктивним правом акціонерами та його прояви під час проведення загальних зборів товариства

Жорнокуй В. Г.

Чинне корпоративне законодавство неодноразово змінювалося і доповнювалося, узагальнювалася судова практика, приймалися необхідні рекомендації, однак проблеми, пов'язані із зловживан-

ням корпоративними правами, продовжують залишатися гостро дискусійними. Під корпоративними необхідно розуміти легальні і нелегальні дії учасників корпоративних відносин, які так чи інакше впливають на інтереси окремих, більшості або всіх агентів таких відносин і при цьому, як правило, створюють, трансформують, коректують або припиняють їх права і обов'язки [1, с.127-128].

У країнах з розвинутими корпоративними відносинами виникло і існує поняття "грінмейл" – корпоративний шантаж міноритарних акціонерів стосовно до товариства. Міноритарій, недобросовісно використовуючи свої права, надані йому законом (оскарження до суду рішень зборів, договорів, укладених товариством і т.д.), примушує товариство вчинити заходи щодо викупу у нього акцій за завищеною ціною або надати такому акціонеру якінебудь інші преференції [2, с.181]. Законодавство України не містить норми, що дозволяє виключити акціонера із числа акціонерів товариства у випадку, якщо він перешкоджає діяльності товариства своїми діями (бездіяльністю) або істотно утруднює таку діяльність. Одним із таких випадків є непоява акціонера, який є власником 40 і більше відсотків голосуючих акцій, на загальних зборах товариства, що може призвести до відсутності кворуму встановленого для їх проведення (за ст.41 Закону України "Про акціонерні товариства" [5] загальні збори акціонерного товариства мають кворум за умови реєстрації для участі у них акціонерів, які сукупно є власниками не менш як 60 відсотків голосуючих акцій).

Реєстрація завершується підведенням підсумків стосовно правомочності загальних зборів. З урахуванням усієї своєї зовнішньої рутинності фіксація кворуму провокує ескалацію емоцій різних учасників корпоративних відносин, тобто, по суті, ми маємо справу з випадком зловживання акціонером суб'єктивним правом як різновидом цивільного права. Регламентація законом принципу недопущення зловживання правом обумовлена перш за все соціальною природою суб'єктивного права. Будь-яке суб'єктивне право є соціальною цінністю лише тому, що його можна реалізувати, тобто скористатися можливостями, які надає суб'єктивне право, для задоволення матеріальних і культурних потреб управомоченої особи.

У довідкових виданнях під зловживаннмя суб'єктивним цивільним правом розуміється порушення управомоченою особою меж здійснення цивільного права. Про зловживання цивільним правом можна говорити у чотирьох випадках, коли: 1) управомочена особа реалізує право у суперечз його призначенням; 2) надані суб'єктивні цивільні права реалізуються недозволеними засобами; 3) управомочений суб'єкт використовує для захисту свого права недозволені законом засоби його захисту; 4) управомочений суб'єкт використовує своє цивільне право виключно з наміром завдати шкоду іншій особі (шикана). Зловживання правом у формі шикани – це правопорушення, вчинене суб'єктом з прямим

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

умислом завдати шкоду іншій особі [3, с.135]. Наприклад, подача позову щодо визнання загальних зборів такими, що проведені з порушенням вимог чинного законодавства.

В.П.Грибанов зауважує, що сама категорія "зловживання правом" у її буквальному розумінні означає – вживання права на зло. Вже із цього похідним є те, продовжує вчений, що відповідна категорія може бути використана лише тоді, коли управомочений суб'єкт володіє певним суб'єктивним правом. У тих випадках, коли особа вчиняє які-небудь дії, що не грунтуються на суб'єктивному праві, вести мову про зловживання правом не можливо [4, с.43]. Дії такого роду можуть бути протиправними, якщо вони протирічать вимогам закону. Проте вони можуть бути і правомірними, коли особа, хоча і вчиняє дії, які не зпираються на суб'єктивне право, що є у особи, тим не менше допускає таку поведінку, яка підпадає під категорію "охоронюваного законом інтересу".

Виходячи з викладеного нагальною проблемою недопущення зловживання суб'єктивним правом акціонером під час проведення загальних зборів є вирішення питання про зобов'язання останнього до вчинення відповідних дій, що можуть бути передбачені як на рівні норм чинного законодавства, так і статуту самого товариства або акціонерного договору.

Література: 1. Осипенко О.В. Злоупотребление правами акционера: сущность, формы, профилактика. – М.: ИНФРА-М, 2008. – 254 с.; 2. Добровольский В.И. Защита корпоративной собственности в арбитражном суде / В.И. Добровольский. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – 320; 3. Толковый словарь гражданского права. Ч. 1. – М.: ОАО "Издательский Дом "Городец", 2006. – 496 с.; 4. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. Изд. 2-е, стереотип. – М.: "Статут", 2001. – 411с.; 5. Про акціонерні товариства [Текст]: закон України від 17 вересня 2008 року № 524- VI // Урядовий кур'єр. – 2008. – № 202. – 29 жовтня. – С. 5-12.

До проблеми трансформації житлово-правової матерії

Аврамова О. Є.

Правова матерія знаходиться у постійному руху, зокрема має злами при змінах політичного режиму, економічної системи. Яскравість цієї пластики проявляється у комплексних, правових утвореннях, які є сприятливими до жвавості правової матерії. Ця властивість обумовлена тим, що вони не мають затужавленого стриження системності, який є необхідним в існуванні фундаментальних галузей права. Тому, комплексні галузі першими приймають зміни, перетворення і відбитки політичних, соціально-економічних відносин у державі. Майбутність комплексного, правового утворення іноді залежить від існуючих потреб суспільства. Так, у центрі розламу упорядкованого радянського права, який здійснявся на фоні зародження незалежної держави, опинилось житлове право. Воно стало на десятиліття заручником: неодно-

значного міста у системі права; нових економічних процесів у державі; появи нових соціальних стандартів. При цьому житлове право було, є і завжди буде найбільш близьким правовим утворенням до потреб людини. Все це призвело до розпорошення правового матеріалу по врегулюванню відносин навколо житла і тому по цей час визначити місце житлового права у системі права України є певною проблемою. Однак, суспільні відносини бурхливо розвиваються, змінюються економічні інтереси, що має відбиток на житлових правовідносинах. Таким чином, можна стверджувати про актуальність дослідження трансформаційних процесів, які відбуваються у житлово-правової матерії.

По перш, при дослідженні цієї проблематики необхідно надати визначення житлово-правової матерії. Житлово-правова матерія – це система принципів, суб'єктивних прав, обов'язків, законодавства, правопоновлюючих мір та інших явищ правової дійсності, що виникли навколо житла, яке стало складовим елементом нерухомості. Об'єкт житлово-правової матерії на цей час увійшов у стадію трансформації Тому він повинен бути науково вивчень з урахуванням взаємодії емпіричних відомостей про посталий об'єкт та теоретичних досягнень сучасної науки. Тобто дослідження, взагалі, житлово-правової матерії повинно стати творчим процесом системного осягнення цього явища у мисленні, з метою встановлення основних понять, змісту, властивостей цієї матерії.

Формування системного правового регулювання житлових правовідносин пройшло певні етапи. З точки зору, розвитку суб'єктивного житлового права можна виділяти наступні етапи: радянський період; період приватизації житлового фонду; період формування нових підстав виникнення права на житло (що змінило зміст житлових прав громадян, зокрема кредитування житла, інвестиційні програми у житлове будівництво); період формування і реалізації нових соціальних стандартів і норм згідно з європейськими досвідом (наприклад, задоволення потреб у житлі мігрантів, біженців, осіб, які звільнені з місць позбавлення волі) і трансформаційний період житлового права.

Фактичне формування житлового права природно відбивалось в різноманітних поглядах про місце житлового права у системі права України, що виникали у юридичній науці. Сьогодні, житлове право розглядають, як підгалузь цивільного права, або як його самостійний інститут, комплексний інститут, галузь законодавства, самостійну галузь права, комплексну галузь права. Дослідники в галузі житлового права України розглядають житлове право, як підгалузь цивільного права, зокрема це М.К. Галянтич [1], Є.О. Мічурін [2], Л.Г. Лічман [3]. В юридичній науці Росії поширюється думка, що житлове право стає комплексною галуззю права, так це підтримує С.С. Алексєєв [4], П.І. Седугін [5].

Однак, ці твердження певної мірою втрачають сенс, оскільки юридична наука зштовхнулась з тим, що за осмисленням, пере-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

осмисленням місця житлового права в системі права Україна, правовідносини навколо житла сягнули у вперед. Це ставить перед науковцями нові завдання по констатації трансформації житлових правовідносин, появи нових відносин навколо нерухомості, які вже поглинають відносини навколо житла та перетворюються у єдину систему правовідносин – правовідносини навколо нерухомості. Слід зазначити, що ці правовідносин мають прояв в окремих галузях господарської діяльності, в ринкових відносинах по отриманню у власність, користування житлових і нежитлових об'єктів, в державному управлінні. При цьому за характером правового регулювання це можуть бути: цивільні, адміністративні, господарські, фінансові правовідносини та інші. Тобто тільки у започаткуванні правовідносини навколо нерухомості вже мають свій прояв і властивості, зокрема складний характер та охоплення комплексу правових норм з фундаментальних галузей права. Звернемо увагу на те, що вказані відносини мають, як публічний, так і приватно-правовий характер. При цьому правовідносини навколо нерухомості мають єдиний характер, охоплюють єдину сферу суспільних відносин, зокрема відносини навколо житлової і нежитлової нерухомості.

Вказане висуває необхідність проведення реформування житлового законодавства, зокрема здійснення розробки Кодексу України про нерухомість, що буде включати декілька книг, зокрема можна запропонувати Книгою 1 цього кодексу замінити Житловий кодекс. Об'єднання житлової і нежитлової нерухомості у єдиний кодекс має логіко-юридичний зв'язок. Кодекс України про нерухомість може отримати наступні позитивні ефекти у матерії законодавства України: зможе ефективно розв'язати проблеми, які знаходяться на перехресті різних галузей, внести синхронність в регулювання правовідносин навколо нерухомості, тобто встановити структурно-функціональну залежність між нормами і інститутами різних галузей. Можна виділити наступні причини прийняття окремого кодифікованого акту в галузі нерухомості: в законодавстві України навколо нерухомості існують значна кількість невпорядкованих нормативних актів; певна кількість житлово-правових актів застаріли; у суспільстві встановлені якісно нові відносини по задоволенню житлової потреби; виникнення окремих видів діяльності навколо рухомості інше. Слід зазначити крім необхідності проведення кодифікації законодавства про нерухомість, виникає потреба проведення моніторингу нормативних актів у цієї сфері.

Таким чином, питання трансформації житлово-правової матерії є своєрідною вступною частиною к вивченню широкої проблематики формування законодавства про нерухомість, що відноситься до теоретичної проблеми логіки розвитку законодавства.

Список використаних джерел: 1. Галянтич М.К. Сучасний стан та напрямки удосконалення житлового законодавства. – К.: НДІ приватного права і підприємництва, 2006. – 40 с.; 2. Житлове право України: Науково-практичний посібник. / Під ред. С.О.Сліпченко, Є.О.Мічурін, О.В.Соболєв. – Харків.: Еспада,

2003. – 344 с.; 3. Лічман Л.Г. Житлове право України: визначення місця в системі національного права (постановка проблеми) // Вісник Одеського інституту внутрішніх справ. – № 3. – 2004. – С. 155-163.;4. Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. – М: Статут, 1999. – С. 411;5. Седугин П.И. Жилищное право. – М.: «Норма–Инфра М», 1998. – 320 с.

Стягнення аліментів – як механізм захисту дитини

Руденко О. М.

Поняття «аліменти» передбачає грошову форму участі в утриманні дитини. Згідно зі ст. 6 СК статус дитини має особа до досягнення нею повноліття. При цьому повноліттям вважається досягнення особою 18 років, а отже, право на отримання аліментів втрачається після досягнення дитиною цього віку.

Відповідно до ч. 1 ст. 34 ЦК особа, яка досягла повноліття, має повну цивільну дієздатність.

Разом з тим ЦК передбачено випадки, коли повна цивільна дієздатність надається особі до досягнення вісімнадцяти років, а саме: у разі реєстрації шлюбу з моменту такої реєстрації (ч. 2 ст. 34 ЦК); якщо фізична особа досягла 16 років і працює за трудовим договором (ч. 1 ст. 35 ЦК); якщо неповнолітня особа записана матір'ю або батьком дитини (ч. 1 ст. 35 ЦК); якщо фізична особа досягла 16 років і має намір займатися підприємницькою діяльністю з моменту державної реєстрації як підприємця, що здійснюється за наявності письмової згоди на це батьків (усиновлювачів), опікунів або органу опіки та піклування (ч. 3 ст. 35 ЦК).

У зв'язку з цим виникає запитання: чи не втрачають особи, які одержали повну цивільну дієздатність до досягнення повноліття, право на утримання від батьків? Частково відповідь на це запитання дав Пленум ВС України, зазначивши в п. 15 постанови № 3 від 15 травня 2006 року «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів», що обов'язок утримувати дитину до досягнення нею повноліття не припиняється в разі вступу дитини в шлюб.

На мою думку, такий обов'язок не має припинятися і в тому випадку, якщо неповнолітня дитина стає матір'ю або батьком, а також у випадку державної реєстрації як підприємця.

У відповідності до вимог ст. 1 Закону України «Про державну виконавчу службу» державна виконавча служба входить до системи органів Міністерства юстиції України і здійснює виконання рішень судів, третейських судів та інших органів, а також посадових осіб відповідно до законів України.

Умови і порядок виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб), що відповідно до закону підлягають примусовому виконанню у разі невиконання їх у добровільному порядку визначено у Законі України «Про виконавче провадження».

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Зокрема ст. 74 цього закону визначає порядок та спосіб виконання виконавчих документів про стягнення аліментів.

За правилами, встановленими законом, державний виконавець у разі надходження виконавчого документа повинен визначити заборгованість по аліментах і повідомити про це сторони виконавчого провадження.

Розмір заборгованості по аліментах визначається державним виконавцем за місцем виконання рішення виходячи з фактичного заробітку (доходів), одержаного боржником за час, протягом якого стягнення не провадилось, або одержуваного ним на момент визначення заборгованості у твердій грошовій сумі або у відсотковому відношенні. Якщо платник аліментів в цей період не працював, заборгованість визначається виходячи з середньої заробітної плати для даної місцевості.

За наявності спору питання про розмір заборгованості по аліментах вирішується за заявою заінтересованої особи судом у порядку, встановленому законом.

Стягнення аліментів за виконавчими листами за минулий час провадиться в межах трирічного терміну, що передував пред'явленню виконавчого листа до виконання.

Згідно положень Закону України «Про виконавче провадження» державний виконавець має право здійснювати стягнення аліментів із заробітної плати чи інших доходів боржника, а у разі, якщо боржник не працює, не має інших доходів та не сплачує аліменти протягом трьох місяців підряд, звертати стягнення на належне боржникові майно.

Утримання аліментів з працівників провадиться з усіх видів заробітку і додаткової винагороди як за основною роботою, так і за роботою за сумісництвом з урахуванням положень ЗУ «Про перелік видів доходів, які враховуються при визначенні розміру аліментів на одного з подружжя, дітей, батьків, інших осіб».

Зазначена категорія виконавчих документів потребує особливої уваги з боку державного виконавця, оскільки переважна більшість аліментних платежів здійснюється до досягнення дитиною повноліття, тобто перебувають на виконанні тривалий час, суми аліментних платежів ідуть на утримання неповнолітнього, найнезахищенішу верству населення, переважна більшість отримувачів аліментів перебувають у досить скрутному матеріальному становищі і ці суми є суттєвим поповненням сімейного бюджету.

Не виникає особливих проблем при стягненні аліментів у разі, якщо боржник працює у державній установі або на платіжоспроможному підприємстві.

У даному випадку майже завжди для того, щоб здійснити стягнення у повному об'ємі достатньо направити виконавчий документ до бухгалтерії такого підприємства, установи чи організації, та здійснювати періодичний контроль за своєчасністю та повнотою стягнення та перерахування аліментних сум. Як свідчить

практика, порушення з боку таких роботодавців практично відсутні, аліменти утримуються і перераховуються регулярно та у повному розмірі.

Поруч із тим нерідко платник аліментів працює у приватного підприємця або на підприємстві, яке знаходиться у скрутному матеріально-фінансовому становищі.

У першому випадку при надходженні виконавчого документу аліменти або взагалі не утримуються, або утримуються із суттєвими порушеннями, оскільки як правило керівництво здійснюється невеликою кількістю чоловік, іноді взагалі одним, а у другому утримання із заробітної плати боржника здійснюється регулярно, проте ці кошти за належністю не перераховуються.

У разі коли утримані суми аліментів не перераховані, державний виконавець письмово повідомляє стягувача про розмір заборгованості та роз'яснює йому права, встановлені частиною першою статті 86 Закону України «Про виконавче провадження». Стягувач має право звернутися з позовом до юридичної особи, яка зобов'язана провадити стягнення коштів з боржника, у разі невиконання рішення з вини цієї юридичної особи. При цьому стягувач звільняється від сплати державного мита.

Цікавим є положення ст. 189 СК, яка визначає, що батьки мають право укласти договір про сплату аліментів на дитину, у якому визначити розмір та строки виплати. Умови договору не можуть порушувати права дитини, які встановлені цим Кодексом. Договір укладається у письмовій формі і нотаріально посвідчується. У разі невиконання одним із батьків свого обов'язку за договором, аліменти з нього можуть стягуватися на підставі виконавчого напису нотаріуса.

Зазначена норма надає можливості вирішити «аліментні правовідносини» у добровільному порядку, без судового втручання та пов’язаної із цим бюрократичної тяганини, а в силу того, що виконавчий напис нотаріуса має силу виконавчого документу, стягнути заборгованість по аліментам у примусовому порядку через органи держаної виконавчої служби.

На сьогоднішній день проблемним питанням є реалізація ст. 181 СК, яка говорить, що якщо місце проживання батьків невідоме, або вони ухиляються від сплати аліментів, або не мають можливості утримувати дитину, дитині призначається тимчасова державна допомога, яка не може бути меншою ніж 30 відсотків прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку. Виплата тимчасової державної допомоги здійснюється за рахунок коштів Державного бюджету України. Порядок призначення та виплати тимчасової державної допомоги визначається Кабінетом Міністрів України. Суми наданої дитині тимчасової державної допомоги підлягають стягненню з платника аліментів до Державного бюджету України у судовому порядку.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Проблемним є по-перше те, що відповідно до п. 6 Постанови Кабінету Міністрів України № 189, від 22 лютого 2006 року «Про порядок призначення та виплати тимчасової державної допомоги дітям, батьки яких ухиляються від сплати аліментів, не мають можливості утримувати дитину або місце проживання їх невідоме» для призначення тимчасової допомоги одержувач зокрема подає органу праці та соціального захисту населення за місцем проживання (перебування) довідку державної виконавчої служби, що підтверджує факт несплати аліментів одним з батьків протягом шести місяців, що передують місяцю звернення. Таким чином, на момент звернення за допомогою заборгованість по сплаті аліментів повинна перевищувати 6 місяців, що у свою чергу може поставити дитину та особу, з якою вона проживає у скрутне матеріальне становище.

По-друге. Тимчасова допомога призначається кожні шість місяців починаючи з місяця, в якому подані усі необхідні документи, що потребує повторного звернення до органу праці та соціального захисту населення після закінчення цього терміну.

По-третє. Зазначений порядок передбачає надання державної допомоги лише у випадку наявності судового рішення про стягнення аліментів, що у свою чергу позбавляє особу, на утриманні якої перебуває дитина отримати таку допомогу у разі реалізації положень ст. 189 СК.

Відповідно до п. 16 постанови пленуму Верховного суду України № 3 від 15 травня 2006 року «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів» у разі невиконання батьком (матір'ю) свого обов'язку за договором, стягнення аліментів здійснюється не за судовим рішенням, а на підставі виконавчого напису нотаріуса органом державної виконавчої служби.

На мою думку дане ствердження пленуму Верховного суду України є сумнівним, оскільки позбавляє особу можливості застосування судової форми захисту порушених прав, що недопустимо в силу рішення Конституційного суду України від 09 липня 2002 року по справі № 1-2/2002, відповідно до якого право особи на звернення до суду за вирішенням спору не може бути обмежене законом, іншими нормативно-правовими актами.

Попри чисельні проблеми, які виникають у процесі стягнення аліментів, їх реальне отримання є, в окремих випадках, чи не єдиним джерелом належного існування дитини, що у свою чергу ставить завдання, передусім перед органами державної виконавчої служби, вжиття до боржника повного спектру виконавчих дій, передбачених чинним законодавством, та своєчасне їх проведення.

Література:1. Цивільний Кодекс України, N 435-IV, від 16 січня 2003 року; 2. Сімейний Кодекс України, N 2947-III, від 10 січня 2002 року ;3. Закон України «Про державну виконавчу службу», N 202/98-ВР, від 24 березня 1998 року;4. Закон України «Про виконавче провадження», N 606-XIV, від 21 квітня 1999 року;5. Постанова Кабінету Міністрів України № 189, від 22 лютого 2006 року «Про порядок призначення

та виплати тимчасової державної допомоги дітям, батьки яких ухиляються від сплати аліментів, не мають можливості утримувати дитину або місце проживання їх невідоме»;6. Постанова Кабінету Міністрів України N 146, від 26 лютого 1993 року «Про перелік видів доходів, які враховуються при визначенні розміру аліментів на одного з подружжя, дітей, батьків, інших осіб» ;7. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 3 від 15 травня 2006 року «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів» ;8. Аліменти на дітей //http://komuna.lviv.ua/content/view/197/51/

Зловживання корпоративним правом акціонером під час скликання та проведення загальних зборів

Гришина І. І.

Набуття права власності на акцію є підставою виникнення в акціонера певного обсягу прав та обов'язків. Право на участь в управлінні є одним із найважливіших елементів суб'єктивних корпоративних прав. Учасники акціонерного товариства (далі - АТ) повинні мати право вирішувати питання, передбачені ст.33 ЗУ "Про акціонерні товариства". Рішення з таких питань приймаються виключно вищим органом товариства – загальними зборами, які повинні скликатися щороку. У ст. 32 ЗУ "Про акціонерні товариства" зазначено, що річні загальні збори товариства проводяться не пізніше 30 квітня наступного за звітним року.

На практиці існує багато випадків, коли загальні збори АТ не проводяться, що перешкоджає нормальній роботі товариства та порушує права акціонерів – право на управління АТ шляхом участі у загальних зборах та можливості прийняття рішень, які можуть призвести до суттєвих корпоративних змін (внесення змін до статуту, обрання членів наглядової ради та ревізійної комісії, додатковий випуск акцій, укладення товариством правочинів на значну суму, реорганізацію товариства та інші дії). Причин не проведення загальних зборів товариства чимало, але однією з тих, що заслуговує уваги є відмова учасників брати участь у загальних зборах. Одна річ, коли це акціонери, що не мають значний пакет акцій, і їх відсутність на зборах істотно не впливає на прийняття рішень, зовсім інша, коли акціонери володіють 40 і більше відсотками акцій та за відсутності яких загальні збори є не правомочними.

На сьогоднішній день виникає проблема зловживання корпоративними правами особами, які володіють 40 і більше відсотками акцій, під час скликання та проведення загальних зборів.

Ст. 64 ЗУ "Про господарські товариства" передбачає, що учасника товариства з обмеженою відповідальністю, який систематично не виконує або неналежним чином виконує обов'язки, або перешкоджає своїми діями досягненню цілей товариства, може бути виключено з товариства на основі рішення, за яке проголосували учасники, що володіють у сукупності більш як 50 відсот-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

ками загальної кількості голосів учасників товариства. При цьому цей учасник (його представник) у голосуванні участі не бере. У розділі другому, главі першій цього закону, ЗУ "Про акціонерні товариства", ЦК та ГК не передбачена можливість виключення акціонерів з товариства.

Чинне законодавство не передбачає обов'язок акціонера брати участь у загальних зборах товариства, в тому числі володільців значних пакетів акцій, тобто це є його правом, і інші акціонери та суд не можуть зобов'язати його здійснювати свої права. Між тим, при відмові одного акціонера, який володіє 40 і більше відсотками голосів, брати участь у загальних зборах, порушуються права інших учасників товариства проводити загальні збори і вирішувати питання, які стосуються діяльності товариства. Для прийняття рішення про виключення такого учасника з товариства повинно проголосувати більше 60 відсотків голосуючих акцій. А оскільки це неможливо, то цей акціонер і на далі може зловживати своїм правом, систематично, без поважних на те причин, не приймаючи участі у загальних зборах. Статутом товариства може бути передбачена можливість укладення договору між акціонерами, за яким на акціонерів покладаються додаткові обов'язки, у тому числі обов'язок участі у загальних зборах, і передбачається відповідальність за його недотримання (ч.1 ст. 29 ЗУ "Про акціонерні товариства"). Якщо ж такий обов'язок не встановлено статутом, то яким чином можливо захистити право на управління інших акціонерів, якщо загальні збори АТ мають кворум за умови реєстрації для участі у них акціонерів, які сукупно є власниками не менш як 60 відсотків голосуючих акцій (ч.2 ст.41 ЗУ "Про акціонерні товариства")? За приписами частин 2,3 ст. 13 ЦК при здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб. Не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах. Ч.6 вказаної статті окрім того передбачено, що у разі недодержання особою при здійсненні своїх прав вимог, які встановлені ч.2-5 цієї статті, суд може зобов'язати її припинити зловживання своїми правами, а також застосувати інші наслідки, встановлені законом. Але, оскільки участь у загальних зборах є правом акціонерів, а не обов'язком, якщо інше не встановлено статутом, то суд не може зобов'язати акціонера примусово здійснювати його свої корпоративні права[5]. У цьому випадку необхідно застосовувати ч.3 ст.16 ЦК, де вказано, що суд може відмовити у захисті цивільного права та інтересу особи в разі порушення нею положень ч.2-5 ст.13 ЦК. Тому, якщо акціонер, що володіє 40 і більше відсотками акцій, систематично відмовляється приймати участь у загальних зборах, тим самим порушуючи права інших, інші акціонери можуть прийняти рішення на зборах без нього та без кворуму[4]. У разі звернення до суду за оскарженням такого рішення акціонером, без

якого приймалось рішення, суд може відмовити йому у судовому захисті, як особі, що зловживала своїм правом. Відповідно до ст. 41 Конституції України, використання власності не може причиняти шкоду правам, свободам та гідності громадян. Окрім того суд може прийняти рішення про виключення акціонера, який систематично зловживає своїм корпоративним правом, тим самим порушуючи права та законні інтереси інших акціонерів. Самі ж акціонери захистити свої порушені права не в змозі, оскільки, якщо він володіє значним пакетом акцій кворуму так і не буде, а рішення загальних зборів буде не правомочним. Але застосування ст.16 ЦК можливе, якщо судом буде встановлений факт навмисної, без поважної на те причини неявки акціонера на загальні збори в його корисливих інтересах та з метою нанесення шкоди іншим учасникам та якщо він вчасно отримав повідомлення про скликання загальних зборів, яке повинно містити інформацію про дату, час та місце проведення зборів, а також повний перелік питань порядку денного. Законодавець надає акціонерам право бути повідомленим про зміни в порядку денному загальних зборів акціонерів, якщо такі мають місце, а також право ознайомлюватися з документами, що стосуються порядку денного загальних зборів (ст. 37.ЗУ "Про акціонерні товариства".).

Отже, для захисту корпоративних прав акціонерів, що володіють не значним пакетом акцій та інтересів самого АТ, законодавчо необхідно закріпити відповідальність акціонерів, котрі володіють 40 і більше відсотками акцій за зловживання корпоративним правом під час скликання та проведення загальних зборів.

Література: 1.Цивільний кодекс України : за станом на 15 січ. 2008 р. // Офіційний вісник України від 28.03.2003. – 2003 р., № 11, стор. 7, стаття 461. 2.Закон України "Про господарські товариства "// Відомості Верховної Ради України, 1991, №49, ст.683. 3.Закон України "Про акціонерні товариства" // Відомості Верховної Ради України, 2008, №514, ст.89; 4.Здоронюк Г. Как защита нарушенных прав может негласно способствовать произволу со стороны акционера / Галина Здоронюк //Юридическая практика. – 2008. - № 44. – С.28-29. 5. Постанова Вищого господарського суду України №22/16-08-376 від 25 листопада 2008р.

Поняття та види прав пацієнтів

Коробцова Н. В.

Питання визначення змісту прав пацієнтів, їх видів, способів реалізації та захисту на сьогоднішній день є предметом багатьох дискусій як серед науковців так і серед медичних працівників. Для вирішення цього питання необхідно, перш за все, визначитися з поняттям «пацієнт».

В українському законодавстві не існує єдиного загального визначення поняття «пацієнт». Проект Закону України «Про захист прав пацієнтів» від 06.12.2007р. в ст.1 визначає *пацієнтом* особу, яка: має потребу в медичній допомозі та/або звернулася по

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

неї; одержує медичну допомогу або бере участь у якості випробуваного медико-біологічних дослідженнях; знаходиться під медичним спостереженням; а також споживач медичних і пов'язаних з ними послуг незалежно від стану його здоров'я [1; Ст.1].

Дослідження міжнародно-правових актів у сфері прав пацієнтів, а саме: Лісабонської декларації стосовно прав пацієнта від 01.10.1981р., Положення про захист прав та конфіденційність пацієнта від 01.10.1993р., прийнятих Всесвітньою медичною асоціацією, Європейської хартії прав пацієнтів від 15.11.2002 р. та інших, дозволило встановити відсутність загального визначення такого поняття і на цьому рівні. Спеціальне визначення пацієнта міститься у Принципах захисту психічно хворих осіб і покращення психіатричної допомоги від 17.12.1991р. (ООН): пацієнт – це особа, що отримує психіатричну допомогу, включаючи осіб, госпіталізованих до психіатричного закладу [2; с.128]. Під «пацієнтом» Г.Я. Лопатенков розуміє особу, що звернулася за медичною допомогою, і пов'язані з нею послуги, *незалежно від наявності чи відсутності у неї захворювань* [3; с.34].

Аналіз діючого та перспективного законодавства України про права пацієнта дозволяє визначити, що **пацієнт** – *це особа, що звернулася до медичного закладу будь-якої організаційно-правової форми або до приватного лікаря за наданням лікарської, консультативної, профілактичної допомоги незалежно від того є хворим ця особа чи ні* [4; с.92] . Тобто, для набуття статусу пацієнта є необхідним виникнення правовідносин між медичною установою або лікарем та особою, яка звернулася до медичної установи чи лікаря за медичною допомогою або участі її в медичному експерименті.

Законодавство України, а саме: положення Конституції України, Цивільного кодексу України, Основ законодавства України про охорону здоров'я та Клятви лікаря, дозволяють дійти до висновку, що в Україні пацієнт має досить широке коло прав.

Права пацієнта – це права, реалізовані на індивідуальному, колективному і груповому рівнях в області охорони здоров'я, в тому числі у зв'язку з будь-яким медичним втручанням [1; Ст.1]. В ст.5 Проекту Закону України «Про захист прав пацієнтів» від 06.12.2007р. міститься перелік прав пацієнтів, який налічує вісімнадцять основних прав. Всі права пацієнта можливо поділити на:

- *права соціальні*, які пов'язані з соціальними зобов'язаннями, що покладаються на уряд, суспільні та приватні організації по розумному та рівному забезпеченню всього населення медичною допомогою та ін.;
- *права індивідуальні*, які невіддільні від особи пацієнта [4; с.93].

Сучасне міжнародне та вітчизняне законодавство та практика розробили приблизний перелік індивідуальних прав пацієнта, серед яких основними є:

- право на життя та здоров'я;

- право на недискримінаційний, рівний і справедливий доступ до медичної допомоги;

- право на недоторканність особистого життя пацієнта та збереження медичної таємниці;

- право на повну, достовірну інформацію медичного характеру: про стан захворювання, можливий ризик для життя, наслідки відмови від призначеного лікування;

- право на згоду або відмову від медичного втручання;

- право на повну інформованість і добровільну згоду на медико біологічний експеримент;

- право на донорство, трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів;

- право на оскарження неправомірних рішень і дій працівників, закладів та органів охорони здоров'я;

- право на полегшення страждань та гідну смерть та ін.

Проаналізувавши існуючи права пацієнта, можна зробити висновок, що багато з них мають лише деклараційний характер, до того ж, сьогодні не існує єдиного спеціалізованого акту в Україні, який би закріплював всі можливі права та обов'язки пацієнтів та гарантії їх забезпечення. Але для можливості здійснювати права недостатньо їх просто перелічити в законі, необхідно розробити механізми їх реалізації та захисту, тобто створити комплексну систему заходів, спрямовану на втілення права в діяльність певних фізичних та юридичних осіб та систему заходів, які будуть застосовуватися у випадках коли створюються перешкоди в реалізації прав пацієнта.

Список літератури: 1. Про захист прав пацієнтів: Проект Закону України від 06.12.2007. [Електронний ресурс]: http://gska2.rada.gov.ua. ; 2. Стеценко С.Г., Стеценко В.Ю., Сенюта І.Я. Медичне право України: Підручник /За заг. ред.. д.ю.н., проф.. С.Г. Стеценка. – К.: Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. – 507с.; 3. Лопатенков Г.Я. Права пациента. Практические рекомендации. – Спб.: БХВ – Петербург, 2005. – 160с.; 4. Основы медицинского права. Курс лекций: Учебное пособие для вузов / Г.Р. Колоколов, Н.В. Косолапова, О.В. Никульникова. – М.: Издательство «Экзамен», 2005. – 320с.

Філії та представництва непідприємницьких товариств

Крат В. І.

Закріплення категорії непідприємницького товариства у ЦК зумовлює необхідність з'ясування численних проблем пов'язаних із правовим регулюванням їх діяльності. Одним із таких є правове регулювання філій та представництва, необхідність дослідження якого зумовлена обговоренням проекту Закону "Про непідприємницькі організації" [1].

Згідно положень ст. 95 ЦК філії і представництва є відокремленими підрозділами, що знаходяться поза місцезнаходженням юридичної особи. Різниця поміж ними полягає в тому, що повноваження філії є ширшими, вони включають в себе виготовлення продукції, виконан-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

ня робіт чи надання послуг, зокрема представництво й захист прав та інтересів юридичної особи. У свою чергу, повноваження представництва є вужчими і обмежуються тільки представництвом й захистом прав та інтересів юридичної особи.

Необхідно відмітити, що юридична особа, як суб'єкт штучний, в силу своєї правової природи потребує створювати ті чи інші відокремлені підрозділи для здійснення певної власної діяльності. Можливість створювати філії та представництва є елементом правоздатності юридичної особи. Звісно не позбавлені такої можливості й непідприємницькі товариства, хоча й з певними обмеженнями. Це яскраво підтверджується емпіричним та сутнісним аналізом чинних законодавчих актів, що регулюють певний вид непідприємницького товариства і на підставі чого можливо диференціювати непідприємницькі товариства.

Залежно від умов та можливості створювати філії та представництва вони поділяються на ті, для яких:

а) створення філій та представництв виступає *необхідною передумовою для набуття певного статусу.* Наприклад, у всеукраїнських благодійних організацій неодмінно мають бути філії, представництва в більшості областей України (ч. 2 ст. 7 Закону України "Про благодійництво та благодійні організації").

б) філії та представництва *неможливо створити в силу їх правової природи.* Зокрема, діяльність громадських формувань з охорони громадського порядку і державного кордону має поширюватися на відповідну територію – місце роботи, навчання або проживання громадян (ч. 1 ст. 4, п. 2 ч. 2 ст. 5 Закону України "Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону"), то, звичайно, вони не можуть створювати відокремлених підрозділів. Такий же висновок слід зробити й відносно об'єднання співвласників багатоквартирного будинку, діяльність якого спрямована утримання і використання неподільного та загального майна конкретного багатоквартирного будинку.

в) дозволено *створювати тільки філії.* Наприклад, навчальні заклади мають право створювати тільки філії (абз. 2 ч. 6 ст. 14 Закону України "Про позашкільну освіту", ч. 4 ст. 30 Закону України "Про вищу освіту"), оскільки їх діяльність спрямована на надання освітніх послуг, що повністю виключає самостійне здійснення дій із представництва та захисту, які властиві представництву. Такі ж висновки потрібно зробити, зокрема, щодо кредитних спілок (абз. 5 ч. 2 ст. 7 Закону України "Про кредитні спілки").

Окрім цього слід звернути увагу, що у ч. 1 ст. 6 проекту Закону "Про непідприємницькі організації" передбачається можливість для непідприємницьких товариств створювати *представництва, філії та відділення.*

У свою чергу згідно положень цивільного законодавства юридична особа може створювати *тільки філії та представництва* (ст. 95 ЦК). Поділ відокремлених підрозділів на філії та представ-

ництва у ЦК є логічним і відображає підхід, який дозволяє чітко розмежувати їх відмінності та, як наслідок, правове положення кожного з цих підрозділів. Він дозволяє виокремити як загальні ознаки поняття відокремлений підрозділ, так і його складових – філій та представництв [2, с. 146]. Відносно відділення, то такі риси не передбачені ні ЦК, ні проектом Закону "Про непідприємницькі організації".

Наведені розбіжності не можуть сприяти належному правовому регулюванню філій та представництв непідприємницьких товариств, оскільки зумовлюють застосуванню тлумаченню категорії "відокремлений підрозділ". Причому сутнісний аналіз положень як чинного законодавства, так і проекту Закону "Про непідприємницькі організації" не надає можливості виокремити будь-які відмінності відділення від філій та представництв, що дозволили законодавцеві позначати відділення як відокремлений підрозділ непідприємницької організації. На підставі викладеного пропонується виключити із ч. 1 ст. 6 проекту Закону "Про непідприємницькі організації" термін "відділення".

Список літератури: 1. Про непідприємницькі організації: проект Закону України від 14 травня 2002 р. № 0961 [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховної Ради України. Законотворча діяльність. – Режим доступу: http://www.rada.kiev.ua/zakon/PR1/4skl/1/0900/0961.htm. – Заголовок з екрану. 2. Крат В.І. § 8 Розділу 1. Філії та представництва юридичної особи (стаття 95) [Текст] В.І. Крат // Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців) / За ред. І.В. Спасибо-Фатєєвої. – Х.: Страйд, 2009. – Т. 3: Юридична особа. – С. 139 – 177.

Особливості штрафних фінансово-правових санкцій за порушення норм податкового права

Спасибо В.В.

Штрафні (карні) санкції покликані забезпечити загальну і приватну превенції правопорушень, а також виправлення і перевиховання правопорушника. Разом з тим штрафи за порушення норм податкового права мають певні особливості відносно ознак цього виду санкцій, сформульованих теорією права.

Першою характерною ознакою методу штрафних (карних) санкцій є точна кваліфікація дій правопорушника, обов'язкове встановлення наявності і форми вини, виявлення особистих якостей і особливостей його правового статусу для індивідуалізації покарання або стягнення. Але диспозиція жодного із перелічених в ст. 17 Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» порушень, за які передбачені штрафи, не вимагає точної кваліфікації дій правопорушника. В деяких випадках правовою підставою накладення штрафу слугує навіть не сам факт вчинення правопорушення і навіть не дії чи бездіяльність платника подат-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

ку. Так, серед інших випадків, передбачені штрафи у разі, коли контролюючий орган самостійно визначає суму податкового зобов'язання платника податків за тими чи іншими підставами. Тобто підставою для застосування штрафу є поведінка контролюючого органу, при цьому навіть не обов'язково правомірна.

Щодо вимоги встановлювати вину правопорушника сформована усталена судова практика вищими судовими інстанціями країни. Так, Вищий Арбітражний суд України ще в 1996р. роз'яснив, що підставами для застосування до платників податків заходів відповідальності, передбачених законодавчими актами, є приховання (заниження) або несплата платниками сум податків, інших обов'язкових платежів до бюджетів незалежно від причин, з яких це сталося. Не має значення і наявність чи відсутність умислу у діях відповідних працівників організації - платника податків. Така відповідальність настає і в тому разі, якщо порушення сталося через помилкове застосування законодавства про оподаткування, недбалість, недосвідченість чи розрахункову помилку.

Другою ознакою методу штрафних санкцій є особливий порядок їх застосування: тільки спеціально уповноваженими органами державної влади та/чи їх посадовими особами і лише у чітко врегульованому процесуальними нормами порядку. Проте нормами податкового права прямо передбачений обов'язок платника податку, який до початку його перевірки контролюючим органом самостійно виявляє факт заниження податкового зобов'язання минулих податкових періодів: а) або надіслати уточнюючий розрахунок і сплатити суму такої недоплати та штраф у розмірі п'яти відсотків від такої суми до подання такого уточнюючого розрахунку, б) або відобразити суму такої недоплати у складі декларації з цього податку, що подається за наступний податковий період, збільшену на суму штрафу у розмірі п'яти відсотків від такої суми, з відповідним збільшенням загальної суми податкового зобов'язання з цього податку.

Третьою ознакою методу штрафних санкцій слід розуміти відносну визначеність виду та розміру санкцій для забезпечення можливості індивідуалізації покарання. Врдночас всі передбачені Законом України «Про порядок погашення зобов'язань перед бюджетами та державними цільовими фондами» штрафи є фіксованими. Тому очевидно, що і дана ознака методу штрафних санкцій по відношенню до фінансово-правових штрафів за порушення норм податкового права не працює.

Четвертою ознакою методу штрафних санкцій прийнято вважати індивідуалізацію покарання, яка полягає в обранні уповноваженим державним органом і/чи посадовою особою одного з кількох покарань, передбачених за конкретне правопорушення, та/або встановленні конкретного розміру певного виду покарання в залежності від певних характеристик особи правопорушника. Податкове право України не містить подібних норм, які б на-

давали можливість реалізувати індивідуалізацію покарання. Як вже було вказано вище, розміри штрафів є фіксованими і будь-яка їх диференціація неможлива.

П'ятою характерною ознакою методу штрафних санкцій вважають можливість уникнення покарання лише у прямо передбачених законом випадках і виключно на підставі рішення спеціально уповноваженого органу держави чи посадової особи. Між тим норми податкового права не передбачають прямо таких випадків. Непряма можливість звільнення від штрафних фінансово-правових санкцій існує лише за процедурою інституту податкового компромісу.

Отже, діюча система штрафів за порушення норм податкового права не відповідає жодній з характерних ознак методу штрафних санкцій, сформульованих теорією права.

Відтак, перед галузевою наукою постає завдання: або (а) довести, що відсутність всіх загальнотеоретичних ознак методу штрафних санкцій є специфікою, детермінованою галузевими принципами і методами фінансового і податкового права; або (б) привести діючі штрафи у відповідність із ознаками методу, сформульованими на рівні теорії права забезпечивши при цьому дотримання принципів і методів фінансового і податкового права; або (в) виключити з діючої системи норм податкового права ті штрафи, стосовно яких не можна вирішити перших двох завдань.

Загальні підходи до встановлення порушень прав на інформацію

Ясечко С. В.

Цивільно-правова відповідальність є наслідком правопорушення як антиподу правомірної поведінки. Така поведінка є протиправною і призводить до шкідливих наслідків матеріального чи морального характеру. Тож порушенням є всяке невиконання диспозиції норми цивільного права: а) імперативу незалежно від волевиявлення учасників цивільно-правових відносин; б) диспозитивної норми цивільного права якщо потерпілий вважає що його суб'єктивне право чи охоронюваний законом інтерес порушене і він звертається з вимогою про його поновлення та відшкодування завданого збитку чи шкоди. Відповідно, право за звернення в суд за захистом порушених інформаційних прав належить потерпілій особі, або іншій управненій на це особі.

Слід розрізняти порушення норми цивільного права взагалі та порушення взятого на себе за договором чи іншими підставами зобов'язання. Це дві різні речі, що принципово відрізняються між собою і в той же час мають подібні риси. Відповідно у інформаційні сфері також слід виділити порушення норм, які охоро-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

няють виключне право на інформацію та порушення зобов'язань. Зокрема, якщо особа, яка відповідальна за збереження режиму обмеженого доступу до інформації внаслідок своїх дій відкриє доступ до такої інформації, то вона безумовно порушила такий режим, але не завжди це є порушенням зобов'язань, особливо якщо тим не завдано збитку чи шкоди, то навіть при усіченому складі цивільно-правової відповідальності притягнути не можна.

Притягнення особи до цивільно-правової чи іншої відповідальності є крайнім засобом впливу на правопорушника. Коли поведінка особи порушує приписи законодавства чи особа не виконує юридичний обов'язок, що виник за інших підстав говорять, що особа вчинила правопорушення. За загальним правилом наслідком правопорушення є відповідальність щодо особи, що вчинила правопорушення, чи особи, яка відповідала за її дії (батьки, піклувальники тощо). Отже цивільно-правова відповідальність за порушення прав на інформацію є ретроспективною, тобто вона настає за вже скоєне правопорушення. Воно має загальний прояв – невиконання чи неналежне виконання обов'язків (ст. 610) ЦК та окремі особливості які спричинені проявами чи властивостями об'єктів цивільних прав, в даному разі інформацією. При тому мається на увазі, що стосовно різних видів інформації такі порушення можуть проявляти себе по різному. Зокрема, поширення інформації про особисте життя чи про стан здоров'я особи суттєво вирізняється від поширення комерційної інформації.

Для цивільно-правової відповідальності особливого значення не має, хто допустив протиправний витік інформації: її володілець чи хтось із його персоналу, чи зацікавлена особа спеціально вчинила дії щодо її отримання. Відповідно в такому разі йдеться про можливість застосування штрафу як прояву каральної функції правової відповідальності. Проте якщо буде встановлено настання для володільця негативних наслідків, то (збитки чи інша шкода, зокрема моральна), то уже буде йтися про компенсаторну функцію матеріальної відповідальності.

Проте, з огляду на складнощі із доказуванням розміру отриманого в результаті протиправного використання отриманої інформації прибутку та завданих збитків, видається привабливим застосування одноразового грошового стягнення замість відшкодування об'єкта права інтелектуальної власності, яка передбачена п.5 ч.1 ст. 432 ЦК. Мається на увазі його застосування для захисту прав на комерційну інформацію. За аналогією закону не виключено застосування такого способу захисту порушених цивільних прав і за інші порушення інформаційних прав.

За того виникає проблема конкуренції певних способів захисту порушених цивільних суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів. Зокрема замість відшкодування моральної шкоди, поширенням інформації про особу, можливе разове стягнення. Таке може статися за того, якщо є складнощі із доказування на-

стання моральної шкоди за протиправне поширення інформації, яка ганьбить особу.

Порушення інформаційних прав посягає на майнові та особисті немайнові права володільців інформації і має свої ознаки та свій склад. До ознак такого правопорушення відносять: небезпечність – порушується встановлений порядок охорони прав на інформацію; шкідливість – завдається шкода охоронюваним нормами цивільного права суб'єктивним правам і законним інтересам володільця прав на інформацію; винність – ставлення особи, яка вчинила порушення до самого правопорушення та його наслідків; караність – обов'язок перетерпівати негативні наслідки, що передбачені санкцією цивільно-правової норми .

До елементів цивільно-правопорушення відноситься: протиправність діяння правопорушника (деліквента) що проявляється в порушенні приписів законодавства стосовно недоторканності чи несанкціонованого поширення інформації; виникнення збитків чи шкоди у потерпілого і він втрачає ті переваги, які йому надавала монополія на володіння поширеною протиправно інформацією; наявність причинного зв'язку між протиправним діянням порушника і виникненням збитків у володільця інформації; вина (провина) боржника – психічне ставлення порушника до своєї протиправної поведінки та її наслідків. Відповідно до ст. 614 ЦК вина як підстава відповідальності за порушення зобов'язання є необхідним елементом. Особа, що порушила зобов'язання несе відповідальність лише за наявності вини, якщо інше не встановлене договором або законом.

Особисті немайнові права ОВС як юридичних осіб публічного права

Нор Ж. В.

Вперше за всю історію національного цивільного законодавства чинним ЦК було визнано, що особисті немайнові відносини є повноцінним предметом цивільно-правового регулювання нарівні з майновими відносинами. Це певною мірою ставить крапку в суперечці відносно того, чи регулює цивільне право немайнові відносини, чи тільки охороняє їх у випадку порушення.

Якщо звернутись до історії законодавства, можна побачити, що в ЦК УРСР 1922 р. (який повністю дублював ЦК РСФСР) питання про включення особистих немайнових прав до сфери цивільного права взагалі не ставилося. Водночас цей факт не був перепоною для включення у визначення радянського соціалістичного цивільного права поряд із системою норм, що регулюють майнові відносини, тих норм, що регулюють пов'язані з ними «особисті права громадян на блага, невіддільні від їх особистості». У ЦК УРСР 1963

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

р. ця група відносин регулювалася лише двома нормами — нормою ст. 7 ЦК УРСР (захист честі і гідності та ділової репутації) і ст. 511 ЦК УРСР (охорона інтересів громадянина, зображеного у творі образотворчого мистецтва). Слід зазначити, що останню статтю було виключено з кодексу згідно із Законом України від 4 лютого 1994 р. Особисті немайнові права ще в 1941 р. були названі пасинком цивільного законодавства і такими залишалися упродовж усього часу, що минув. Незважаючи на це. науковцями обгрунтовувалась необхідність включення до предмету цивільного права і особистих немайнових прав. Хоча на той час особисті немайнові права розглядались лише з точки зору належності їх фізичним особам. За юридичними ж особами визнавалось лише право на ділову репутації.

На даний час юридичні особи нарівні з фізичними особами мають суб'єктивні майнові та немайнові права, які по мірі розвитку ринкових відносин стають все більш різноманітними. Вони виникають у них в момент державної реєстрації, і потім можуть виникнути по мірі їх діяльності.

Діюче законодавство не дає вичерпного переліку особистих немайнових прав юридичних осіб, а лише вказує на їх існування. Так, відповідно до статті 94 ЦК «Особисті немайнові права юридичної особи» юридична особа має право на недоторканість її ділової репутації, на таємницю кореспонденції, на інформацію та інші особисті немайнові права, які можуть їй належати.

ЦК поділяє особисті немайнові права фізичної особи за спрямованістю або за цільовим призначенням на дві групи: ті, що забезпечують природне існування фізичної особи (глава 21) і ті, що забезпечують її соціальне буття (глава 22). Слід відмітити, що таку класифікацію пропонувала ще Л. Красавчикова (вона пропонувала здійснити поділ немайнових прав на особисті немайнові права, що мають біологічне (природне) походження, та ті, які походять від соціальних засад життя. Цю ідею потім використали і розробники ЦК.

Особисті немайнові права, що забезпечують природне існування фізичної особи, не можуть належати юридичній особі, оскільки вони за своєю суттю є притаманними лише фізичній особі. Тобто юридичній особі можуть належати лише ті з особистих немайнових прав, які законодавцем віднесені до глави 22 ЦК «Особисті немайнові права, що забезпечують соціальне буття фізичної особи» та такі, що можуть належати юридичним особам.

Якщо розглянути дані права з точки зору можливості їх належності ОВС України як юридичній особі публічного права, то приходимо до висновку, що ОВС можуть належати наступні з них: право на ділову репутацію; право на інформацію; право на таємницю кореспонденції.

Враховуючи те, що ОВС України є юридичними особами публічного права, наділеними спеціальною правосуб'єктністю, що

відповідає виконанню завдань, для вирішення яких вони створюються, то при виконанні покладених на них завдань, вони можуть користуватися не лише так би мовити «власними», належними їм особистими немайновими правами, а й мають право використовувати в своїй діяльності особисті немайнові права інших осіб.

Це, зокрема, стосується таких прав, як право на використання імені, на таємницю особистого життя, на проведення фото-, кіно-, теле- та відеозйомок, право на недоторканість житла і т. ін.

Так, відповідно до ч. 4 ст. 296 ЦК ім'я фізичної особи, яка затримана, підозрюється чи обвинувачується у вчиненні злочину, або особи, яка вчинила адміністративне правопорушення, може бути використане (обнародуване) лише у разі набрання законної сили обвинувальним вироком суду щодо неї або винесення постанови у справі про адміністративне правопорушення, відповідно до ч. 5 ст. 296 ЦК ім'я потерпілого від правопорушення може бути обнародуване лише за його згодою. Як бачимо, після винесення обвинувального вироку суду чи постанови в справі про адміністративне правопорушення, ОВС України можуть вільно використовувати ім'я фізичної особи, в тому числі й у засобах масової інформації. Що ж стосується початкової літери прізвища, то її використання можливе на будь-якому етапі здійснення правоохоронної діяльності, в тому числі й у засобах масової інформації, оскільки відповідно до ч. 7 ст. 296 ЦК України використання початкової літери прізвища фізичної особи у засобах масової інформації, літературних творах не є порушенням її права.

Також ОВС в процесі виконання покладених на них завдань, досить часто стають відомі факти особистого життя фізичних осіб. За загальним правилом (відповідно до ч. 3 ст. 301 ЦК) фізична особа має право на збереження в таємниці обставин свого особистого життя. Але відповідно до ч. 4 ст. 301 ЦК обставини особистого життя фізичної особи можуть бути розголошені іншими особами лише за умови, що вони містять ознаки правопорушення, що підтверджено рішенням суду. Тобто, можна зробити висновок, що ОВС мають право використовувати дані відомості після винесення обвинувального вироку суду чи постанови в справі про адміністративне правопорушення.

Відповідно до ч. 1 ст. 307 ЦК фізична особа може бути знята на фото-, кіно-, теле- чи відеоплівку лише за її згодою. А ч. 3 ст. 307 ЦК передбачено, що знімання фізичної особи на фото-, кіно-, теле- чи відеоплівку, в тому числі таємне, без згоди особи може бути проведене лише у випадках, встановлених законом. Таке ж правило передбачається і для фотографування. Так, в ч. 1 ст. 308 ЦК передбачається, що фотографія, інші художні твори, на яких зображено фізичну особу, можуть бути публічно показані, відтворені, розповсюджені лише за згодою цієї особи. А ч. 3 ст. 308 ЦК фотографія може бути розповсюджена без дозволу фізичної осо-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

би, яка зображена на ній, якщо це викликано необхідністю захисту її інтересів або інтересів інших осіб.

Даними випадками, встановленими законом, можна вважати підстави, передбачені Законом України «Про міліцію». Так, відповідно до ч. 1 ст. 11 вказаного Закону працівники міліції мають право:

- здійснювати на підставах і в порядку, встановлених законом, гласні та негласні оперативно-розшукові заходи, фото-, кіно-, відеозйомку і звукозапис, прослухування телефонних розмов з метою розкриття злочинів;

- проводити фотографування, звукозапис, кіно- і відеозйомку, дактилоскопію осіб, які затримані за підозрою у вчиненні злочину або за бродяжництво, взяті під варту, звинувачуються у вчиненні злочину, а також осіб, підданих адміністративному арешту;

- проводити кіно-, фото- і звукофіксацію як допоміжний засіб попередження протиправних дій та розкриття правопорушень.

Також сюди слід віднести випадки розповсюдження фотографій фізичних осіб, які перебувають в розшуку, а також пропали без вісті. Тобто, як бачимо, в певних випадках співробітники ОВС можуть використовувати визначене ст. 307 ЦК особисте немайнове право, а саме – право на зняття на фото-, кіно-, теле- та відеоплівку шляхом проведення зйомок без отримання згоди на знімання, а також розповсюдження даних знімків під час виконання завдань, покладених на ОВС.

Ще одним особистим немайновим правом фізичних осіб, яке може бути використане ОВС, є право на недоторканість житла. Відповідно до ст. 311 ЦК житло фізичної особи є недоторканим; проникнення до житла чи до іншого володіння фізичної особи, проведення в ньому огляду чи обшуку може відбутися лише за вмотивованим рішенням суду; у невідкладних випадках, пов'язаних із рятуванням життя людей та майна або з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину, законом може бути встановлено інший порядок проникнення до житла чи до іншого володіння фізичної особи, проведення в них огляду та обшуку. П. 15 ч. 1 ст. 11 Закону України «Про міліцію» передбачено, що працівники міліції мають право входити безперешкодно у будь-який час доби:

- в жилі приміщення громадян у разі переслідування злочинця або припинення злочину, що загрожує життю мешканців, а також при стихійному лихові та інших надзвичайних обставинах;

- до житла особи, яка перебуває під адміністративним наглядом, з метою перевірки виконання встановлених судом обмежень.

Тобто, й дане право може бути обмежене в певних випадках.

Отже, не претендуючи на вичерпність переліку, вважаємо, що ОВС як юридичним особам публічного права можуть належати так би мовити «власні» особисті немайнові права (право на ділову

репутацію; право на інформацію; право на таємницю кореспонденції) та використання особистих немайнових прав на об'єкти, що належать іншим особам (це, зокрема, стосується таких прав, як право на використання імені, на таємницю особистого життя, на проведення фото-, кіно-, теле- та відеозйомок, право на недоторканість житла).

Договір про надання юридичних послуг як непоіменований договір у цивільному законодавстві України

Ярошевська Г. М.

Законодавче регулювання будь-яких суспільних відносин зводиться до створення для них відповідного правового режиму, який би забезпечував їх учасникам найбільш повне задоволення своїх власних інтересів. Однак створення такого режиму неможливе без вирішення в першу чергу питань про характер самих суспільних відносин, визначення їх внутрішнього змісту, юридичного об'єкта, відмітних ознак та особливостей.

З цього приводу слід вказати, що загальне нормативне регулювання правовідносин щодо надання послуг на підставі цивільно-правового договору закріплене у гл. 63 ЦК. Зокрема, у ст. 901 законодавцем сформульоване поняття договору про надання послуг як родової (типової) категорії. Водночас у главах 64 - 75 ЦК закріплений видовий перелік договорів про надання послуг в якому не відображений договір про надання юридичних послуг, які останнім часом набули вагомого значення.

Інші національні нормативні акти також не містять у собі положень про цей договір. Наприклад, у ст. 12 Закону України «Про адвокатуру» йдеться про угоду (договір) між громадянином чи юридичною особою і адвокатським об'єднанням чи адвокатом як підставу для оплати праці адвоката та його помічника. Закріплені в наведеній статті норми не дозволяють здійснити чітку юридичну кваліфікацію такої угоди. Про змістовне наповнення такої угоди взагалі не згадується. Законодавець обмежився лише вказівкою на угоду як підставу для розрахунків між сторонами.

В Правилах адвокатської етики серед основних термінів вказується на угоду про надання правової допомоги під якою розуміється договір (контракт) згідно з яким одна сторона - адвокат, що практикує індивідуально, або адвокатське об'єднання - приймає на себе доручення іншої сторони - клієнта (або його представника) - про надання клієнту юридичної допомоги обумовленого ним виду в інтересах клієнта на умовах, передбачених угодою, а інша сторона - клієнт (або його представник) -

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

зобов'язується сплатити гонорар за дії адвоката по наданню правової допомоги, а також у випадку необхідності - фактичні витрати, пов'язані з виконанням угоди (ст. 4). Вказівка в наведеному понятті договору на доручення наводить на думку про його кваліфікацію розробниками Правил як договору доручення. Але це лише припущення. Хоча очевидно, що в понятті договору зроблений акцент на фінансовій стороні відносин адвоката та клієнта, однак це не сприяє зясуванню виду такого договору.

В наведених нормативних актах одночасно вживаються в межах однієї статті терміни угода та договір, що свідчить про недосконалість юридичної техніки та внутрішню колізійність правовових норми. Загальновідомо, що вітчизняна цивілістична доктрина давно вже не розподіляє угоди на „договори" та „контракти", як це було, скажімо, ще у римському приватному праві, коли юридично розмежовували contractus (контракт) і pactum (пакт), котрі в свою чергу, об'єднувались родовим для них терміном convention (угода). Кодифікаційна робота цивілістичних норм, яка відбулася останнім часом в Україні та інших державах пострадянського простору, не сприйняла термін «контракт». Як наслідок, у цивільних кодексах усіх цих країн, включаючи Україну, послідовно використовується термін «договір».

Про юридичні послуги, як різновид соціальних послуг, вказано в Законі України «Про соціальні послуги». Згідно зі ст. 5 Закону юридичними послугами вважаються надання консультацій з питань чинного законодавства, здійснення захисту прав та інтересів осіб, які перебувають у складних життєвих обставинах, сприяння застосуванню державного примусу і реалізації юридичної відповідальності осіб, що вдаються до протиправних дій щодо цієї особи (оформлення правових документів, адвокатська допомога, захист прав та інтересів особи тощо). Зі змісту та цільової спрямованості вказаного Закону видно, що юридичні послуги надаються людям, які перебувають у складних життєвих обставинах та підлягають правовому захисту з боку держави за рахунок дій суб'єктів публічного права та перважно бюджетних коштів. Відповідно з такою категорією осіб досліджуваний договір безумовно не укладається. Проте у ст. 7 Закону зазначено що суб'єкти, які надають соціальні послуги (у т. ч. юридичні), на договірних засадах можуть залучати для виконання цієї роботи інші підприємства, установи, організації, фізичних осіб, зокрема волонтерів. Про типологічну приналежність чи вид такого договору взагалі не згадується.

Не кращим чином складається ситуація щодо розробки окремих законопроектів та інших нормативних актів, спрямованих на врегулювання правовідносин з надання юридичних послуг.

Наприклад, 22 березня 2006 року Національною Комісією зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права, яка створена як консультативно-дорадчий орган при Президентові

України, була ухвалена «Концепція формування системи безоплатної правової допомоги в Україні». В ній, зокрема, зазначається, що відносини між державою і адвокатами у сфері вторинної безоплатної правової допомоги будуються на добровільній участі адвоката у наданні вторинної безоплатної правової допомоги та виключно на підставі договору між адвокатом та державою.

Система вторинної безоплатної правової допомоги передбачає різні форми договорів, які враховують особливості адвокатської професії, гарантії адвокатської діяльності, в тому числі збереження адвокатської таємниці. Договори мають передбачати конкретний обсяг вторинної безоплатної правової допомоги, за який сплачується винагорода, повну або часткову зайнятість адвоката в наданні такої допомоги, різні організаційні форми співпраці адвокатів і держави тощо. Доводиться констатувати, що в наведеній Концепції про договір, як підставу для надання вторинної безоплатної правової допомоги, зазначається в розумінні форм а не типу чи виду.

На виконання норм ст. 59 Конституції України та з урахуванням положень вищевказаної Кнцепції в 2007 р. був розроблений проект Закону «Про безоплатну правову допомогу». Його розробка передбачалася низкою нормативно-правових актів, зокрема указами Президента України від 20.01.06 р. № 39 «Про План заходів із виконання обов'язків та зобов'язань України, що випливають з її членства в Раді Європи» та від 18.06.07 р. № 535/2007 «Про цільовий план Україна – НАТО на 2007 рік у рамках плану дій Україна – НАТО», Постановою КМУ від 20.12.06 р. № 1767 «Про затвердження Комплексної програми профілактики правопорушень на 2007-2009 роки». В ст. 14 проекту наведеного Закону передбачено, що про надання правових послуг особі, яка звернулася із заявою про надання безоплатної правової допомоги, укладається письмовий договір між органом виконавчої влади або органом місцевого самоврядування, з одного боку, і юридичної особою публічного права або фізичної особою чи юридичної особою приватного права, з іншого боку. У договорі визначаються обсяг первинної правової допомоги, строки її надання та порядок здійснення оплати, яку орган державної влади чи орган місцевого самоврядування повинен сплатити відповідній особі за надання нею первинної правової допомоги особі, яка подала заяву.

Згідно зі ст. ст. 16, 21, 22 проекту Закону певна категорія фізичних осіб має право на безоплатну вторинну правову допомогу. Вона надається особі адвокатом або фахівцем у галузі права на підставі договору про надання безоплатної вторинної правової допомоги, який укладається між адвокатом або фахівцем та органом юстиції. У договорі про надання безоплатної вторинної правової допомоги зазначається обсяг правової допомоги, термін її надання та розмір оплати, яку орган юстиції повинен сплатити адвокату чи фахівцю у галузі права. Тому знову доводиться конс-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

татувати, що й в наведеному проекті Закону договірна конструкція, як підстава для надання вторинної безоплатної правової допомоги, чітко не визначена.

Вочевидь що таке нормативне закріплення та законотворча діяльність не можуть вважатися достатніми та досконалими стосовно предмету розгляду зазначеної у доповіді проблеми. Таким чином договір про надання юридичних послуг можливо відносити до категорії непоіменованих у законодавстві договорів.

Правовая природа изображения как объекта гражданского права

Чайников Д. Г.

Правовое регулирование общественных отношений предполагает своей целью создание участникам таких отношений наиболее благоприятных условий для реализации своих естественных интересов. При этом интерес каждого из субъектов отношения обусловлен наличием определённого блага, к достижению которого субъект стремится. Юридический режим такого блага определяется фундаментальным понятием «объект».

От того, насколько адекватно существующим качествам блага и реалиям его использования в обществе норма права отображает соответствующий объект, зависят конкретные юридические возможности субъекта и конечная цель регулирования – удовлетворение его потребности.

Используя основные методы научного познания, выделим некоторые особенности и отличительные черты изображения как нематериального блага.

1. Объект права является благом. Соответственно под благом мы понимаем добро, все, что является добрым, полезным[1], создаёт благополучие, достаток и удовлетворяет потребности[2]. При этом слова «добро», «все, что является добрым», «полезным» употребляются как синонимы и указывают на определённое качество чего-то объективно существующего[3].

Отталкиваясь от исследования легального понятия объекта гражданского права, проведённого С. А. Слипченко[4], выделим следующие характерные признаки объекта права как блага: явление объективной действительности; наличие полезных свойств, где польза понимается как облегчение, помощь, улучшение, выгода,

[1] Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка. В 4 т. Т. I. М. 2000. С. 90.

[2] Ожегов С.И. Словарь руського языка. М. 1998. С.48.

[3] Слипченко С. А. Понятие объекта гражданского права по ЦК Украины// Право Украины. 2007. №12. С.80-84.

[4] Слипченко С. А. Там же.

благополучие[1]; осознанность полезных свойств человеком (открытость); доступность лицу, нахождение в пределах достижения.

Таким образом, то или иное явление можно определить как благо, т.е. то, что способно удовлетворить потребность, если оно объективно существует, осознаётся лицом как обладающее качествами, способными улучшить текущее состояние лица и доступное ему для непосредственного использования.

Благодаря правовой норме благо приобретает юридическое значение и находит своё логичное место в структуре правоотношения в качестве объекта. Так, В. С. Нерсесянц определяет благо как объект постольку, поскольку он отвечает правовой норме, единым критериям правовых запретов и дозволений, возможен и допустим в рамках общего правопорядка[2].

2. Обращаясь к предмету нашего исследования, отметим, что действующее законодательство Украины непосредственно не указывает на изображение как объект гражданского права. Статья 308 ГК лишь определяет общие положения защиты интересов физического лица, изображённого на фотографии, а ст. 32 Конституции и ст. 307 ГК – общие положения защиты личной жизни и личных интересов физического лица.

Учитывая то, что перечень, зафиксированный в ст. 177 ГК не является исчерпывающим, возникает явная необходимость обоснования наличия у изображения признаков объекта права, рамок его практического использования.

Для определения сущности изображения осуществим анализ языковой формы. Словарь русского языка С. И. Ожегова определяет изображение как предмет, рисунок, изображающий кого или что-нибудь; зрительное воспроизведение чего-нибудь[3]. Похожее определение содержит и свободная интернет-энциклопедия: «Изображе́ние — объект, образ, в той или иной степени подобный (но не идентичный) изображаемому объекту. Подобие достигается вследствие физических законов получения изображения (например, оптическое изображение) либо результатом труда создателя изображения (например, рисунок, живопись, скульптура, сценический образ)»[4].

3. Основная сложность понимания сути «изображения» как предмета заключается в том, что оно возникает вследствие процесса изображения. При этом более верным будет использовать синонимический термин – отображения, отражения[5], воспроиз-

---

[1] Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка. В 4 т. Т. III. М. 2000. С. 267.

[2] Нерсесянц В. С. Философия права : учеб. для вузов / В. С. Нерсесянц. — М. : ИНФРА-М — НОРМА, 1997. — С. 81—84.

[3] Ожегов С.И. Словарь русского языка. М. 1998. С.245

[4] http://ru.wikipedia.org/wiki/Изображение

[5] Советский энциклопедический словарь. – М.: Советская энциклопедия, 1985. – с. 479, 947.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

ведения, копирования[1], где отражение есть воспроизведение особенностей отражаемого объекта.

Для практической деятельности важно дистанционно получать информацию о пространственной структуре материальных объектов, например, об их форме, деталях, чёткости, ориентации, относительных размерах. Большую часть этой информации мы получаем с помощью зрения, анализируя изображения объектов. Соответственно изображение является результатом отображения, отражения, копирования и не является полностью идентичным его источнику. Изображение есть фиксацией внешнего образа источника (либо части такого образа) в конкретный момент времени. При этом необходимо учитывать, что внешний облик физического лица явление динамичное и может изменяться вследствие различных стилей или деталей одежды, эмоций, выражающихся в мимике, характера деятельности, которой занимается человек в конкретный момент фиксации и других внешних и внутренних факторов. Кроме того, творческий подход лица, осуществляющего отображение (создающего изображение) также влияет на конечный вид изображения (нап.: портрет, карикатура).

Однако, если говорить об изображении как личном неимущественном благе, обеспечивающем социальное существование личности, то, оно выступает в качестве такового, т.е. приобретает соответствующие полезные качества, лишь в том случае, если обладает свойствами, позволяющими любому лицу однозначно ассоциировать такое изображение с конкретной личностью носителя отображенного образа.

4. Изображение предполагает наличие носителя отображаемого образа. Если говорить о праве на изображение как личном неимущественном праве, обеспечивающем социальное существование физического лица, то носителем и есть само физическое лицо с присущими ему внешними характеристиками, а образом является внешний вид человека или его часть в конкретный момент фиксации (отображения).

5. Изображение так же неизбежно предполагает наличие лица осуществляющего фиксацию (отображение) внешнего облика носителя. Таким лицом может быть как сам носитель образа, так и иное лицо, согласно содержанию ст. 308 ГК, - создатель художественного произведения, на котором изображено физическое лицо или, согласно ст. 435 ГК, - автор художественного произведения.

Таким образом, действующее гражданское законодательство определяет, что изображение может быть одновременно и объектом личного неимущественного права, обеспечивающего социальное существование физического лица и объектом права интеллектуальной собственности.

---

[1] Ожегов С.И. Словарь русского языка. М. 1998. – с. 102, 474, 476.

6. Юридическими границами изображения как личного неимущественного объекта может быть соответствующее произведение, воспринимаемое визуально (фотография, скульптура, сценический образ, рисунок, и т.п.), по содержанию которого лицо, его воспринимающее, может сделать однозначный вывод, ассоциировав изображение с личностью (индивидуальностью) его носителя.

В результате такое нематериальное благо может иметь ценность не только для его носителя (например, как средство индивидуализации или как средство получения дохода), а и для других участников гражданского правоотношения (например, возможность индивидуализировать определенное лицо, вызвать определенные ассоциативные связи)[1]. Благодаря своей объективации изображение одного лица может быть использовано определенным образом третьими лицами[2]. Например, изображения известных спортсменов, артистов или других знаменитых и авторитетных личностей, рекламирующих определённый продукт (парфюмерию, спортивный инвентарь, одежду, часы др.) могут вызвать у потребителя желание приобрести такой продукт в связи с ассоциированием качеств, которыми обладает продукт с индивидуальными качествами изображённой личности.

7. В современных условиях изображение как личное неимущественное благо всё чаще наполняется экономическим содержанием. В качестве яркого примера можно привести модельный бизнес и шоубизнес, где артисты и модели получают немалые гонорары за использование их изображений. Детальный анализ обнаруживает характеристики изображения, как блага, позволяющие сделать вывод о его способности быть отделимым от носителя и как следствие, способности к экономическому отчуждению.

Інтерес довірителя і позов з договору доручення

Гужва А. М.

Одразу ж зауважимо, що інтерес є необхідним елементом відносин, які складаються з приводу будь-якого договірного зобов'язання. Так, інтерес сторін зумовлює укладення договору, його виконання, пред'явлення позову з договору у разі його невиконання чи неналежного виконання, а також результат розгляду позову судом. Не буде це виключенням й відносно договору доручення.

[1] Сліпченко С.О. Економічний зміст особистих немайнових прав, що забезпечують соціальне буття фізичної особи// Підприємництво, господарство і право. №7. 2005. С. 14-17.

[2] Сліпченко С.О. Степень оборотоспособности личных неимущественных благ // Проблемні питання цивільного та господарського права: Матеріали II Міжнародної студентської науково-практичної конференції студентів та аспірантів. Харків: ХНУ імені В.Н.Каразіна, 2007. 523 с. С. 39-41.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Однак не завжди суди при розгляді позову з договору доручення беруть до уваги саме інтерес довірителя . Так, звернімо увагу на такий приклад.

П. звернувся до суду з позовом до Г. про визнання дійсним договору доручення, визнання частково недійсним договору купівлі-продажу та визнання права власності на житлове приміщення, мотивуючи його тим, що 2 травня 2004 р. уклав із відповідачкою договір доручення, згідно з яким остання зобов'язалася придбати на його ім'я квартиру, а він - передати їй на такі цілі кошти в сумі 30 тис. дол. США та забезпечувати протягом двох років житлом і грошовим утриманням в Англії.

Посилаючись на те, що свої зобов'язання він виконав, а відповідачка всупереч умовам договору придбала за договором купівлі-продажу квартиру не на його, а на своє ім'я, позивач просив визнати цей договір у частині покупця недійсним і визнати за ним право власності на спірну квартиру. Рішенням районного суду позов було задоволено.

Рішенням апеляційного суду рішення суду першої інстанції скасовано та постановлено нове рішення про відмову в позові. Скасовуючи зазначене рішення та постановляючи нове рішення про відмову в позові, апеляційний суд керувався недоведеністю позову, а саме: невідповідністю договору доручення вимогам статей 1000, 1003, 1007 ЦК та недоведеністю факту отримання Г. від П. коштів із метою придбання для нього квартири.

У касаційній скарзі П. просив рішення апеляційного суду скасувати, залишити в силі рішення суду першої інстанції. Верховний суд визнав висновок апеляційного суду таким, що відповідає вимогам закону та матеріалам справи, і не задовольнив касаційну скаргу з таких підстав.

Аналіз правових норм (статті 202 - 209, 237, 1000 - 1004 ЦК) надав підстави судам для висновку, що залежно від ціни та виду правочину, який повірений уповноважений вчинити від імені довірителя, залежить і форма договору доручення.

За твердженням Верховного суду України, оскільки П. посилався на те, що доручав відповідачці укласти від його імені договір купівлі-продажу квартири, який відповідно до ст. 657 ЦК підлягає нотаріальному посвідченню, апеляційний суд дійшов обґрунтованого висновку про невідповідність договору доручення вимогам закону та відсутність підстав для визнання його дійсним, а отже, і відсутність передбачених законом підстав для визнання укладеного договору купівлі-продажу недійсним у частині покупця з визнанням позивача власником спірної квартири.

Крім того, надані П. докази про надання коштів відповідачці не є підтвердженням факту передачі цих коштів саме на придбання спірної квартири, а не на інші цілі.

Отже, колегія суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України касаційну скаргу П. відхилила. Вбачається що,

Верховний суд досить формально підійшов до розгляду справи, що є наслідком саме неприйняття до уваги інтересу довірителя.

Не виникає сумніву, що під час розгляду справи суд міг застосувати ч. 2 ст. 220 ЦК, відповідно до якої якщо сторони домовилися щодо усіх істотних умов договору, що підтверджується письмовими доказами, і відбулося повне або часткове виконання договору, але одна із сторін ухилилася від його нотаріального посвідчення, суд може визнати такий договір дійсним. У цьому разі наступне нотаріальне посвідчення договору не вимагається. Письмовим договором доручення підтверджується, що сторони домовилися щодо усіх істотних умов договору, і довіритель здійснив дії по виконанню договору – переказав кошти. Абсолютно безпідставним є ставлення судом під сумнів, що кошти були перераховані не з метою придбання квартири, бо іншого інтересу у відносинах з повіреним не було.

Отже, у цій справі недотримання вимоги щодо нотаріального посвідчення договору доручення не повинно було бути підставою для відмови скаржнику. З матеріалів справи досить чітко вбачалися наміри сторін, і для правильного її вирішення суду треба було керуватися не формальними ознаками, а виходити з інтересу позивача у придбанні квартири.

Таким чином, правильним уявляється рішення, за яким суд зобов'язав би відповідачку виконати договір доручення і / або відшкодувати позивачу збитки, завдані невиконанням договору.

Головним недоліком вказаного судового рішення є те, що для Верховного суду не був пріоритетним при розгляді справи інтерес довірителя-скаржника. Але ж саме інтерес довірителя є наріжним каменем позову з договору доручення.

Щоб довести справедливість цього твердження звернімось до положень римського права, яке взагалі стало підґрунтям для сучасних уявлень про такі юридичні поняття як інтерес, договір, позов, доручення.

Римські юристи чітко усвідомлювали тісний взаємозв'язок між інтересом у договорі доручення і позовом. Позов із договору доручення є можливим лише за умови наявності інтересу[1]. Оскільки договір доручення ґрунтувався на обов'язку (*officium*), товариських (*amicitia*) або моральних відносинах, і передбачав тісний особистий

[1] D. 17.1.8.6: Mandati actio tunc competit, cum ***coepit interesse*** eius qui mandavit: ceterum ***si nihil interest***, cessat mandati actio, et eatenus competit, quatenus interest. ut puta mandavi tibi, ut fundum emeres: ***si intererat mea*** emi, teneberis: ceterum si eundem hunc fundum ego ipse emi vel alius ***mihi neque interest*** aliquid, cessat mandati actio. mandavi, ut negotia gereres: si nihil deperierit, quamvis nemo gesserit, nulla actio est, aut si alius idonee gesserit, cessat mandati actio. et in similibus hoc idem erit probandum. – *(Позов із доручення має силу тоді, коли у того, хто доручає, є інтерес. Якщо немає інтересу, позов відпадає, і він є доти, доки є інтерес. Так, наприклад, я доручив тобі купити маєток. Якщо у мене був інтерес у тому, щоб маєток був куплений, ти відповідатимеш за позовом. Якщо ж той самий маєток я сам купив або хтось інший для мене, що мені байдуже, позов із доручення відпадає. Якщо я доручив тобі вести справи і не буде нічого втрачено, хоча справи ніхто не вів або добре вів хтось інший, втрачається можливість позову. Теж саме слід визнати і в інших ситуаціях).*

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

зв'язок між сторонами, то осуджені за цим позовом зазнавали безчестя (*infamia*). (Gaj. 4.182., Inst. Just. 4.16.2). Якщо було доручення придбати маєток, і цей маєток купляє сам довіритель або хтось інший для нього, то хоча повірений і не виконує зобов'язання, кредитор не має позову, бо не має інтересу до виконання договору: маєток вже придбано ним самим або для нього. Довіритель не зазнає жодного збитку внаслідок невиконання зобов'язання, отже інтерес його не порушено, і немає підстав для позову.

Позов із договору доручення був спрямований на відшкодування кредитора у розмірі його інтересу. Так, якщо повірений не виконає обов'язку, який він прийняв на себе за договором доручення, то відповідатиме за позовом довірителя у розмірі інтересу. Але, якщо він сповістить якнайшвидше довірителя про неможливість виконання, то можливість позову у розмірі інтересу для довірителя втрачається[1].

Отже, інтерес у римському праві був неодмінною умовою дійсності договору доручення, а також можливості подання позову із доручення. Присудження за позовом із доручення як за позовом доброї совісти (*bonae fidei)* визначалось саме інтересом кредитора.

Таким чином, категорія інтересу є необхідним елементом позову з договору доручення, як це мало місце у римському праві. Логічним наслідком цього буде враховувати інтерес довірителя під час розгляду судових справ за позовами із договорів доручення, що виключатиме зайвий формалізм під час прийняття судових рішень.

Право артиста-виконавця на публічне сповіщення своїх незафіксованих виконань

Сядристий А. О.

І.На підставі ч.1 ст. 452 ЦК [2], ч.1 ст. 39 Закону України "Про внесення змін до Закону України "Про авторське право і суміжні права"" [3] виконавцеві належать майнові права, до яких належить виключне право дозволяти чи забороняти іншим особам, зокрема, публічне сповіщення своїх незафіксованих виконань (прямий ефір).

[1] D. 17.1.27 2, Gaius libro nono *ad edictum provincial*e: Qui mandatum suscepit, si potest id explere, deserere promissum officium non debet, alioquin **quanti mandatoris intersit** damnabitur: si vero intellegit explere se id officium non posse, id ipsum cum primum poterit debet mandatori nuntiare, ut is si velit alterius opera utatur: quod si, cum possit nuntiare, cessaverit, quanti mandatoris **intersit** tenebitur: si aliqua ex causa non poterit nuntiare, securus erit. Той, хто взяв на себе доручення, якщо може його виконати, не повинен залишати обов'язку, інакше він буде присуджений у розмірі інтересу довірителя. – *(Якщо ж він зрозуміє, що не може виконати свого обов'язку сам, про це він повинен сповістити якнайшвидше довірителю, щоб той, якщо схоче, міг скористатись послугами іншого. Якщо він зможе сповістити, то не відповідатиме у розмірі інтересу довірителя, але якщо з якоїсь причини не зможе сповістити, то відповідатиме).*

Виключне право – це майнове право особи, яка має щодо твору, виконання, постановки, передачі організації мовлення, фонограми чи відеограми авторське право і (або) суміжні права, на використання цих об'єктів авторського права і (або) суміжних прав лише нею і на видачу лише цією особою дозволу чи заборону їх використання іншим особам у межах строку, встановленого цим законом.

Під публічним сповіщенням (доведення до загального відома) розуміється передача за згодою суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав в ефір за допомогою радіохвиль (а також лазерних променів, гама-променів тощо), у тому числі з використанням супутників, чи передача на віддаль за допомогою проводів або будь-якого виду наземного чи підземного (підводного) кабелю (провідникового, оптоволоконного та інших видів) творів, виконань, будь-яких звуків і (або) зображень, їх записів у фонограмах і відеограмах, програм організацій мовлення тощо, коли зазначена передача може бути сприйнята необмеженою кількістю осіб у різних місцях, віддаленість яких від місця передачі є такою, що без зазначеної передачі зображення чи звуки не можуть бути сприйняті.

ІІ. Досліджуючи майнове право виконавців на публічне сповіщення виконань, Боярчук О.М. пропонує до розгляду аналіз поняття "публічне повідомлення", при цьому стверджуючи, якщо під терміном "публічне повідомлення" розуміти публічне виконання, то охорона буде надана лише живому виконанню. Таким чином, виконавець позбавлений права на охорону власного виконання у випадку передачі виконання в ефір чи по проводах. І навпаки, у разі ототожнення публічного повідомлення з публічним сповіщенням виникає ситуація, коли виконавець позбавлений охорони при безпосередньому живому виконанні. Виключне право виконавців дозволяти чи забороняти передачу в ефір і по проводах їх виконань, погоджуючись з Боярчуком О.М., повністю охоплюється поняттям публічне повідомлення [1].

ІІІ. Виходячи із вищевказаного, можна дійти до висновку, що термін «публічне повідомлення» включає в себе поняття «публічне виконання» та «публічне сповіщення», що є наслідком охорони права виконавця як при живому виконанні, так і у випадку передачі виконання в ефір чи проводах.

Список літератури: 1. Боярчук О.М. Цивільно-правова охорона суміжних прав в Україні [Текст] : Автореферат на здобуття вченої степені канд. юрид. наук / О.М. Боярчук. – К., 2002. – 19 с. 2. Коссак В.М. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України [Текст] / за ред. В.М. Коссака. – К.: Істина, 2004. – 976 с. 3. Про внесення змін до Закону України «Про авторське право та суміжні права» [Електронний ресурс] : закон України від 11 липня 2001 року № 2627-ІІІ // http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/mail.cgi?nreg=2627-14/

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Окремі аспекти деліктної відповідальності держави перед підприємцями

Ольшанченко В. І.

У науці цивільного права проблема забезпечення ефективної цивільно-правової відповідальності держави не знайшла ще комплексного освітлення з урахуванням сучасного стану цивільно-правової доктрини, законодавства і практики його застосування. У зв'язку з чим потребують дослідження підстава деліктної відповідальності взагалі, та держави зокрема.

Зазвичай зобов'язання із заподіяння шкоди виникають в результаті порушення прав, що мають абсолютний характер, тобто майнових прав (права власності) або особистих нематеріальних благ (життя, здоров'я, честь) [1, с. 363 – 363]. Проте зобов'язання, що виникають, мають відносний характер, оскільки в них вже безпосередньо визначені носій права (кредитор) та носій обов'язку (боржник).

Між тим очевидно, що відповідним традиційним підходом не вичерпуються постановка питання про виникнення деліктного зобов'язання, в тому числі й за участю держави. Це зумовлено, в першу чергу, активним розвитком цивільного обороту та знаходженням в ньому різноманітних об'єктів. У принципі подібна теза цілком узгоджується із законодавчими положеннями, закріпленими у ч. ст. 1166 ЦК, що передбачає загальні підстави виникнення деліктного зобов'язання. Відповідно до останніх майнова шкода, завдана неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю *особистим немайновим правам* фізичної або юридичної особи, а також шкода, завдана *майну* фізичної або юридичної особи, відшкодовується в повному обсязі особою, яка її завдала.

Разом з тим варто відмітити певну логічну непослідовність законодавця, оскільки щодо особистих немайнових вживається поняття "право", а в другому – "майно". Звісно, можливо використати широкий підхід і застосувати положення ст. 190 ЦК, відповідно до якої майном вважається окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки. І, як наслідок, зробити висновок, що можливість постановки питання про притягнення держави до відповідальності перед суб'єктами підприємницької діяльності пов'язана з наявністю шкоди, заподіяної особистим немайновим правам або майну. Доречно вказати, що наведений підхід до розуміння вказаної вище статті ЦК є певною мірою традиційним.

Однак таке тлумачення демонструє й не тільки певні теоретичні, а й практичні вади вказаного підходу. Адже він виглядає цілком бездоганним тільки у тому разі, коли відбувається порушення речових прав, що за своєю сутністю є абсолютними, і стосуються певного матеріального об'єкту безпосередньо. У випадку ж порушення майнового права він не позбавлений критичних зауважень.

Таке становище пов'язано насамперед з розумінням майнових прав взагалі, їх сутності, правової природи та адекватності їх законодавчого регулювання. Попри те, що майнові права, як правило, є відносними, що існують в зобов'язальних правовідносинах, законодавець, навпаки, відзначає, що вони є правами речовими, тобто абсолютними.

Та й у цивілістичній доктрині останнім часом спостерігається тяжіння до розгляду майнових прав, які є по своїй природі відносними, з позицій наявності у носія такого права певних абсолютних правомочностей. Наприклад, у літературі відносно зобов'язального права вимоги вказується, що у рамках зовнішніх відносин виникає потреба в охороні майнових інтересів кредитора. Право на вимогу є абсолютним майновим правом. І, як наслідок, виділяються абсолютні відносини, основу яких складає право кредитора, що забезпечує захист належного йому права вимоги від сторонніх неправомірних посягань[2, с. 58 – 61].

Така тенденція зумовлена в першу чергу впливом судової практики Європейського суду з прав людини. Зокрема, у Справі "Компанія "Регент" проти України" суд зауважив, що він вже встановлював, що "вимога" може становити "майно" у сенсі статті 1 Першого протоколу до Конвенції у разі, якщо вона забезпечується примусовим виконанням (див. "Бурдов проти Росії" (Burdov v. Russia), заява № 59498/00, пункт 40, ECHR 2002-III, та "Полтораченко проти України" (Poltorachenko v. Ukraine), заява № 77317/01, пункт 45, рішення від 18 січня 2005 року). Суд також вважає, що уступка боргу в принципі може прирівнюватись до "майна" [3].

Враховуючи викладене, цілком обґрунтованим вбачається те, що за наявності у сучасних умовах широкого розуміння підстав для виникнення деліктних зобов'язань за участю держави, логічно вести мову саме про порушення певних особистих немайнових та майнових прав у контексті настання несприятливих наслідків, за яких виникає можливість постановки питання про відповідальність держави. Саме тому пропонується замінити у ч. 1 ст. 1166 ЦК термін "майно" на словосполучення "майнові права".

Список літератури: 1. Цивільне право України : навч. посіб. / [Ю.В. Білоусов, С.В. Лозинська, С.Д. Русу та ін.]. – За ред. Р.О. Стефанчука. – К.: Наукова думка; Прецедент, 2004. – 468 с.; 2. Байбак В.В. Обязательственное требование как объект гражданского оборота / В.В. Байбак. – М.: Статут, 2005. – 222 с.; 3. Рішення Європейського суду з прав людини від 03 квітня 2008 р. (Справа "Компанія "Регент" проти України") // Офіційний вісник України. – 2009. – № 39. – Ст. 1342.

Щодо проблем юридичних осіб публічного права

Мяснікова Н. В.

1. Учасниками цивільних правовідносин поряд з фізичними особами є також юридичні особи, у створенні та функціонуванні яких беруть участь фізичні особи. Ст. 81 ЦК, яка має назву «Ви-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

ди юридичних осіб» у п.1 ч.2 визначає, що юридичні особи, залежно від порядку їх створення, поділяються на юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права.

2. Юридичні особи публічного права створюються незалежно від волі приватних осіб і їх основна діяльність спрямована на здійснення спеціальних функцій (адміністративних, управлінських), що прямо не передбачає їх участь у цивільному обігу.

3. Норми цивільного права визначають загальне становище юридичних осіб публічного права, як учасників суспільних відносин. В той же час значна частина норм, які визначають правове становище окремих видів таких юридичних осіб, становлять норми інших галузей права, що ускладнює їх правове регулювання.

4. Основні суперечливі питання пов'язані з порядком створення юридичних осіб публічного права тобто, законодавець обмежився лише загальним визначенням та відсилковим принципом. Так, п. 2 ч. 2 ст. 81 ЦК встановлює, що юридична особа публічного права створюється розпорядчим актом Президента, органу державної влади, органу влади АР Крим або органу місцевого самоврядування, а вже наступна частина даної статті встановлює, що цей кодекс регулює порядок створення, організаційно-правові форми, правовий статус вже юридичних осіб приватного права. Єдиною спеціальною нормою ЦК про юридичних осіб публічного права є положення, що містяться в ст. 82 відносно поширення сфери дії ЦК на участь вказаного виду юридичних осіб в цивільних відносинах, якщо інше не встановлене окремим законом про юридичних осіб публічного права.

5. Юридичні особи публічного права створюються в організаційно-правовій формі, що дозволена ЦК, зокрема у формі установи, що спрощує вступ таких осіб у цивільні відносини і дає змогу іншим учасникам відносин визначити їх правовий статус. Але сьогодні продовжують існувати безліч юридичних осіб, визначити організаційно-правову форму яких проблематично (наприклад, МВС України та його структурні підрозділи).

6. Відсутня й чітка класифікація юридичних осіб публічного права у ЦК. Лише частково можемо стверджувати, які саме суб'єкти треба відносити до вказаного виду юридичних осіб, в деякій мірі вони містяться в статтях 167, 168 і 169 ЦК. Тобто, перераховані статті ЦК встановлюють форми участі держави, АРК і територіальних громад у цивільних відносинах, також дозволяється створення юридичних осіб приватного і публічного права, де вказано як приклад останніх «державні підприємства, учбові заклади тощо», у випадках і порядку, визначених Конституцією України і законом. Таке формулювання вже саме по собі породжує багаточисельні проблемні питання, адже спеціальний закон про правовий статус юридичних осіб публічного права в Україні відсутній, а Конституція не згадує навіть про розподіл права на публічне і приватне як таке.

7. Стосовно майна юридичних осіб публічного права, то власником є держава, слід зазначити, що юридичним особам публічного права майно надається лише у володіння та користування, а розпорядження ним здійснюють особи, уповноважені державою (розпорядники майна, управителі тощо). Проблемним є передача майна такими особами при створенні ними юридичних осіб приватного права, тобто мова йде про так звані змішані юридичні особи в яких частина майна належить державі, а частина – ні.

8. Порядок утворення та правовий статус юридичних осіб публічного права встановлюється Конституцією України та законом. На сьогодні єдиного закону немає, у зв'язку з цим існує небезпека того, що органи державної влади можуть на власний розсуд створювати юридичні особи, що можуть не мати майна для відповідальності за своїми зобов'язаннями чи можуть бути наділені іншими специфічними рисами на розсуд їх власника. Безумовно, така невизначеність не сприяє нормальному цивільному обороту.

Отже, враховуючи вищенаведене можна зробити висновок, що в Україні відсутнє спеціальне законодавство в сфері юридичних осіб публічного права, що породжує проблеми у визначенні їх правового становища як учасників цивільних відносин.

Застава цінних паперів як вид забезпечення виконання зобов'язань

Пасічник В. С.

Інтенсивний розвиток ринкових відносин в Україні після здобуття нею незалежності у 1991 році призвів до розширення та вдосконалення заставних правовідносин, і, зокрема тих, де предметом застави є цінні папери.

Нормативну базу для даного виду застави підготував Закон України "Про заставу" від 2 жовтня 1992 року, введений в дію 11 листопада 1992 року, розділ VI якого присвячений заставі цінних паперів.

При цьому слід зазначити, що у даному Законі та інших нормативно-правових актах, що регулюють ринок цінних паперів, залишились не врегульованими питання застави товаророзпорядчих цінних паперів і правового режиму застави бездокументарних цінних паперів, недостатньо врегульованими залишаються питання застави векселів, а також звернення стягнення на заставлені цінні папери та їх реалізації. Вказані недоліки перешкоджають ефективному функціонуванню заставних правовідносин в Україні.

Що ж до теоретичної бази застави цінних паперів, то необхідно вказати на недостатній рівень розробки даної тематики в сучас-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

ній українській юридичній науці. У працях, присвячених дослідженню заставних відносин, як правило, висвітлюються лише деякі питання застави цінних паперів. Комплексного ж дослідження проблем, які виникають при заставі цінних паперів і пов'язані, перш за все, з специфікою цінних паперів як об'єктів цивільних прав, не проводиться.

З огляду на останнє слід підкреслити, що, по-перше, використання цінних паперів як предмета застави має свої особливості, пов'язані із формою їх випуску (документарні чи бездокументарні), специфіки обігу і реєстрації прав власності на цінні папери.

По-друге, необхідно пам'ятати, що не всякий цінний папір може виступати предметом застави. .Так, відповідно до ч. 3 статті 5 Закону "Про приватизаційні папери" приватизаційні папери не можуть бути використані для здійснення розрахунків, а також як застава для забезпечення платежів або кредитів. Згідно із п. 22 Положення про інвестиційні фонди та інвестиційні компанії, інвестиційні сертифікати, випущені відкритими інвестиційними фондами, не підлягають вільному перепродажу. При цьому ч. 2 ст. 4 Закону України "Про заставу" передбачено, що предметом застави може бути майно, яке відповідно до законодавства України може бути відчужено заставодавцем та на яке може бути звернено стягнення. Отже, передання в заставу інвестиційних сертифікатів відкритих інвестиційних фондів неможливе, оскільки це призведе до порушення вимог статті 4 Закону "Про заставу".

По-третє, серед науковців спірним є питання щодо предмету застави при укладенні договору застави цінних паперів. Одні вчені вважають, що ним виступає цінний папір як річ; інші - права, що в ньому закріплені; а деякі дослідники об'єднують річ та майнові права, що випливають з певного цінного паперу, при визначенні предмету договору застави цінного паперу. Проблема визначення предмета застави при заставі цінних паперів зумовлена подвійною правовою природою самого цінного паперу. З одного боку, сам цінний папір як річ виступає об'єктом цивільно-правових відносин, а з іншого боку, об'єктом цивільно-правових відносин виступають майнові права, закріплені в цінному папері.

Ч. 1 ст. 4 Закону України "Про заставу" вказує, що предметом застави може бути майно та майнові права. Стаття 54 цього ж закону, розглядаючи предмет договору застави цінних паперів, зазначає, що, якщо законом або договором не передбачено інше, купонні аркуші на виплату відсотків, дивідендів та інших доходів від зазначеного в цінному папері права є предметом договору застави тільки у випадках, якщо вони передані кредитору заставного зобов'язання. Отже, законодавець, визначаючи можливість застави прав на отримання доходу, має на увазі, що такі права можуть бути предметом застави тільки у тому випадку, якщо вони будуть передані кредиторові (заставодержателю). Тобто застава цінного паперу не тягне за собою автоматично застави прав

на отримання доходу від такого цінного паперу. Очевидно, хоч це й не обумовлено в законі додатково, така ж норма поширюється і на інші права, що випливають з цінного паперу.

В зв'язку з останнім виникає запитання щодо можливості застави прав, які випливають з цінного паперу, окремо від самого цінного паперу як речі. На наш погляд, враховуючи те, що права, які випливають з цінного паперу, закріплені в самому цінному папері як речі, їх окрема застава не є можливою.

Застава цінних паперів серед інших видів застави виділяється тим, що, укладення договору застави цінних паперів не потребує його нотаріального посвідчення, є необов'язковою реєстрація предмета застави, а особливості обліку цінних паперів практично унеможливлюють ризик втрати або псування предмета застави (крім векселів), що підкреслює переваги даного виду застави.

Як висновок слід підкреслити нагальну потребу сучасної юридичної науки у всебічному, комплексному дослідженні проблем та особливостей застави цінних паперів як одного із видів забезпечення виконання зобов'язань і як результат такого дослідження – внесення пропозицій по вдосконаленню його правового регулювання.

Договір між подружжям про надання утримання як одна з форм виконання подружжям обов'язку матеріально підтримувати один одного

Луценко Л.А.

З реформуванням сімейного законодавства України в регулюванні сімейних правовідносин відбулося значне збільшення диспозитивних правил. Згідно ч. 3 ст. 7 СК сімейні відносини можуть бути врегульовані за домовленістю (договором) між їх учасниками. Одним з різновидів такого договору є договір між чоловіком та дружиною про надання утримання, у якому подружжя (платник та отримувач аліментів) можуть визначити умови, розмір та строки їх виплати (ч. 1 ст. 78 СК).

Чинний СК розглядає цей договір як одну з форм виконання подружжям обов'язку матеріально підтримувати один одного, як один з способів сплати аліментів. Домовленість про виплату аліментів є двостороннім актом, що гарантує його учасникам можливість примусового стягнення аліментів у випадку відмови від їх виплати без звернення до суду. Тобто аліменти на утримання чоловіка або дружини у судовому порядку стягуються лише у тому випадку, коли між зобов'язаною особою та отримувачем аліментів відсутня домовленість про їх виплату. Наявність договору між подружжям про надання утримання унеможливлює звернення до

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

суду за стягненням аліментів. Таким механізм видається розумним та зручним, що дозволяє максимально захистити осіб, які отримують аліменти.

Водночас договір між подружжям про надання утримання не слід ототожнювати з добровільним його наданням. Безумовно, їх об'єднує те, що особа, зобов'язана виплачувати аліменти, визнає свій обов'язок (або встановлює його) надавати необхідні кошти або інше майно з метою утримання другого з подружжя, укладаючи при цьому договір у встановленій формі. Але, по-перше, платник аліментів не виконує тим самим покладений на нього обов'язок по утриманню у добровільному порядку, а погоджується на взаємовигідних умовах виконувати його примусово. Зобов'язання, що виникає при цьому, є аліментним, і договір про надання утримання може бути наданий для виконання у примусовому порядку як і будь-який виконавчий документ. Тобто у цьому випадку виникають ті ж наслідки, що й при задоволенні позову про стягнення аліментів. Не виключається й те, що особа, яка взяла на себе обов'язок по наданню утримання на умовах, в порядку та розмірі, передбаченому цим договором, буде виконувати його добровільно. Проте це не вважається наданням матеріального утримання як це витікає з аналізу ч. 1 ст. 75 СК.

По-друге, добровільність надання утримання передбачає самостійність визначення платником порядку, розміру та форми надання такого утримання. Виплата аліментів за договором передбачає визначення цих параметрів як мінімум на паритетних засадах між платником та отримувачем. Якщо сторони вирішили укласти договір про надання утримання, то це означає, що одного з подружжя не влаштовує розмір, порядок чи форма надання утримання у добровільному порядку, або є інші причини – наприклад, сторони вирішили врегулювати це питання на майбутнє, щоб уникнути суперечностей (таким чином договір між подружжям про надання утримання яскраво демонструє основну функцію договорів у сімейному праві – превентивне запобігання конфліктам). Звичайно, договір про надання утримання може виконуватися платником у добровільному порядку, як і будь-який виконавчий документ. Однак ця обставина не дозволяє вважати договір про надання утримання добровільним способом його надання. Якщо є аліментне зобов'язання, то воно передбачає примусовий порядок його виконання. Коли є особистий довірчий характер відносин між подружжям, то є й матеріальна підтримка один одного, і надання матеріального утримання, при наявності довірчості у відносинах можливо й укладення аліментного договору. Втрата довірчості викликає виникнення аліментних відносин за рішенням суду.

Правові наслідки виконання правочину, який порушує публічний порядок

Перова О.В.

1. Загальнодозвільний характер цивільно-правового регулювання, розрахований на ініціативу учасників, що припускає їх можливість відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд (ч. 3 ст. 6 ЦК). При цьому договір, як регулятор цивільно-правових відносин, має відповідає загальним засадам цивільного законодавства (ч. 1 ст. 6 ЦК).

ЦК передбачена нікчемність правочину, який порушує публічний порядок (ст. 228 ЦК). Саме по собі існування правочинів, які порушують публічний порядок, не становить небезпеку. Невигідні наслідки настають виключно при виконанні правочину.

Право не може надати правочинам, що порушують публічний порядок, властивості регулятора цивільно-правових відносин, можливості примусового виконання зазначених правочинів. Таким чином, перед цивільним правом в цьому випадку стоїть задача недопустити виконання правочинів, які порушують публічний порядок.

2. Кваліфікація правочину, який порушує публічний порядок, як нікчемного, перш за все, тягне за собою досягнення правової мети – неможливості його виконання (в тому числі примусового). Якщо сторони правочину не вчиняли на його виконання жодних дій, то для права волевиявлення сторін є байдужим.

Проблема таких правових наслідків постає у правочині, який порушує публічний порядок, що був виконаний. Згідно зі ст. 216 ЦК, у разі недійсності правочину кожна із сторін зобов'язана повернути другій стороні у натурі все, що вона одержала на виконання цього правочину, а в разі неможливості такого повернення, зокрема тоді, коли одержане полягає у користуванні майном, виконаній роботі, наданій послузі, - відшкодувати вартість того, що одержано, за цінами, які існують на момент відшкодування. Тобто, виконаний нікчемний правочин породжує реституцію (з лат. *restitution* – відновлення), під якою розуміють поновлення в попередньому правовому, майновому становищі.

Реституційні наслідки не можливо визнати справедливими відносно виконаних правочинів, які порушують публічний порядок. Наприклад, особи уклали правочин купівлі-продажу продажу військової зброї. Покупець сплатив обумовлену грошову суму та пізніш заявив про вимогу повернення у попереднє становище на підставі нікчемності договору. Постановочним прикладом може бути вимога про повернення хабаря.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

3. Римське приватне право, за нікчемними правочинами, які заборонені законом не дозволяло реституції. Д.В. Дождев зазначив, що договір підряду з убивцею або стипуляція жінки, яка обіцяє зайнятися проституцією, не породжує правового ефекту: претензія активної сторони в договорі не буде прийнята судом до розгляду саме на тій підставі, що право вимоги з такого правочину не виникає. Навіть якщо causa окремого акту є законною (скажімо, договір про постачання вбивці зброєю може прийняти форму продажу, позички, оренди), але порочна загальна мета – правочин є нікчемним. При цьому взаємні претензії регулюються принципом, що у середньовіччя був виражений максимою: "In pan causa turpttudinis melior est condicio possidentis" ("За рівності порочних підстав краще положення має власник").

В випадку виконання правочину, який порушує публічний порядок, повинен діяти принцип, що держава не може надавати охорони вимогам приватних осіб, які випливають зі свідомого порушення цими особами суспільних, соціальних та економічних основ співіснування у державі.

4. Аналіз законодавства України та зарубіжних країн, позиції науковців щодо регулювання правових наслідки виконання правочину, який порушує публічний порядок, дозволяє виокремити три основні позиції (підходи):

1. виконання правочину, який порушує публічний порядок, не створює жодних наслідків (в тому числі й рестутиційних);

2. виконання правочину, який порушує публічний порядок, дає підстави для застосування двосторонньої реституції (сюди відносимо й кондикційні наслідки, які є окремим випадком реституції);

3. виконання правочину, який порушує публічний порядок, створює конфіскаційні наслідки.

Кваліфікація правочину, таким що порушує публічний порядок, відбувається за небажаною соціальною (соціально-економічною) ціллю, тобто такою ціллю. Критерієм небажаної соціальної (соціально-економічної) цілі, як підстави для кваліфікації правочину недійсним, є **очевидність** спрямованості на порушення публічного порядку, яка випливає зі змісту правочину, з самого його сенсу. Сторони уклали правочин, *зміст якого очевидно не відповідає основним нормам* публічного порядку (правопорядку) та *виконали його*. Застосування правила про нікчемність правочину позбавляє ці дії властивостей регулятора цивільних відносин. Проте виконання нікчемного правочину приводить в дію зобов'язання кожної із сторін повернути другій стороні у натурі все, що вона одержала на виконання цього правочину, а в разі неможливості такого повернення, зокрема тоді, коли одержане полягає у користуванні майном, виконаній роботі, наданій послузі, - відшкодувати вартість того, що одержано, за цінами, які існують на момент відшкодування (ст. 216 ЦК). Тобто надає кожній зі сторін, не зважаючи на очевидну невідповідність змісту

їх волевиявлення основам співіснування, відновити своє становище. Зазначене положення уявляється несправедливим. В цьому випадку можливо погодитись з висловлюванням Р.Саватье - б*уло б у такій же мірі аморальним зобов'язати сплатити такий борг, як і дозволити гравцеві одержати назад те, що він сплатив як борг честі.*

Таким чином, виконання правочину, який порушує публічний порядок, не повинно створювати жодних цивільно-правових наслідків (в тому числі й рестутиційних). Встановлення конфіскаційних наслідків за виконання правочину, який порушує публічний порядок, допустимо в публічних законах, котрими встановлюється адміністративна чи кримінальна відповідальність.

Проблематика співвідношення волі та волевиявлення в правочині

Скіданов К. В.

Важливість волі та волевиявлення в правочині важко переоцінити. Адже правочин є вольовою дією особи, яка усвідомлено прагне до настання певних наслідків від своїх дій - набути право власності, отримати кошти, мати інші блага внаслідок виконання робіт або надання послуг.

Однак виявляється, що не завжди воля та волевиявлення гармонійно поєднуються і настає такий результат, який очікувався. Це може бути з різних причин - й коли сторони по-різному розуміють одна одну (навіть у рази, якщо правочин вчиняється в письмовій формі); коли волевиявлення особи не відповідає її волі (правочин вчинено під впливом насильства, погрози, тяжкого збігу обставин тощо) та з інших причин.

В разі, якщо сторони правочину не порозумілися, що виявилося лише згодом, тобто вже після укладення договору, може йтися про необхідність його тлумачення. ЦК України містить декілька норм з приводу тлумачення правочину. Крім загальної норми ст. 213 ЦК, в ньому є й спеціальні норми щодо тлумачення умов договорів (ст.637 ЦК) та тлумачення заповіту як одностороннього правочину (ст.1256 ЦК). Головною метою тлумачення є виявлення дійсної волі особи, яка вчиняла правочин. Разом із тим для цього неминуче береться за основоположне волевиявлення, яке так чи інакше піддається аналізу та оцінці.

Отже, виходячи з наведених статей, законодавець віддає більшу перевагу волевиявленню, але при цьому і враховує волю.

Втім, в односторонніх правочинах питання про пріоритет волі над волевиявленням є дискусійним і вимагає роз'яснення. Так, в ЦК до односторонніх правочинів відноситься заповіт, складений по волі заповідача, зміст якого стане відомий спадкоємцям після його смерті.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Слід зазначити, що воля заповідача могла змінитися в останню мить його життя, а волевиявлення вже виражене в заповіті.

Тобто в деяких випадках справжня воля в односторонніх правочинах може і не бути встановлена, але на дійсність правочинів цей факт не впливає і впливати не може. Так, якщо заповідач міг, наприклад, не встигнути змінити заповіт, він залишається дійсним і при цьому немає підстав сумніватися в справжності тієї волі, яка втілена в заповіті, адже на момент його вчинення воля заповідача дійсно була справжньою – такою, що й втілено в заповіті. Тому його оспорення як правочину не має під собою підстав. Оскільки воля відноситься до внутрішнього психічного світу людини і може бути рухливою і мінливою, то до позитивного результату подібне заперечування приведе лише в окремих випадках.

Подібна ситуація не виключається й стосовно двосторонніх правочинів. Так, якщо відчужувач не задоволений виконанням зобов'язань набувачем, який неналежно його доглядає, він може скористуватися правом на розірвання договору (ст..755 ЦК). Однак, враховуючи те, що, як правило, договір довічного утримання укладається літніми та/або хворими людьми, реалізувати це право досить проблематично. В разі, якщо відчужував не хотів продовження договірних стосунків, і для цього були достатньо вагомі підстави, але він не встиг звернутися до суду з позовною вимогою про розірвання договору, з його смертю дія договору припиняється. У суду немає підстав для розірвання цього договору, і виходить, що воля відчужувача не була реалізована, і неналежне виконання другою стороною своїх обов'язків не потягнуло для нього жодних негативних наслідків.

Не менш спірною є й трохи інша ситуація, коли відчужувач звернувся до суду, але до винесення судом рішення помер. В цьому випадку навіть воля відчужувача виражена, але чи потягне вона за собою правовий наслідок у вигляді припинення права власності в набувача?

Проблема полягає у тому, що, по-перше, згідно ч.2 ст.755 ЦК договір довічного утримання припиняється зі смертю відчужувача. По-друге, в ст..756 ЦК йдеться про набуття права власності відчужувачем у разі розірвання договору, а не про припинення цього права в набувача. По-третє, якщо відчужувача вже немає в живих, то визнавати за ним право власності не можливо. Тоді до цих проблем нашаровуються проблеми спадкування, тобто чи може спадкуватися майнова вимога до набувача.

У науці цивільного права проблема формування волі залишається однією з найважливіших для вирішення питання про визнання правочину недійсним, в основі чого лежить порок волі. Фахівці розходяться в думках стосовно того, що слід брати до уваги при тлумаченні договору – волю або волевиявлення (зовнішнє вираження). Якщо волю, то можуть постраждати інтереси контрагента, та й взагалі це негативно відіб'ється на цивільному

обороті. Якщо ж ставити наперед формальний елемент – волевиявлення, то в такому разі може постраждати слабкіша сторона правочину, наприклад, якщо вона добросовісно помилялася. Так, при визначенні недійсності правочинів на підставах, передбачених статтями 229, 230, 231, 233 ЦК, необхідно враховувати внутрішню волю особи. Річ у тому, що правочин, в основі якого лежить порок волі (статті 229, 230, 231, 233 ЦК) з точки зору волевиявлення, як правило, містить всі необхідні «атрибути» легальності правовідношення, але здійснюється такий правочин з протиправними цілями, намірами або всупереч дійсній волі другої сторони правочину. З цього виходить, що правочин до оспорювання постраждалою стороною або іншою заінтересованою особою на вказаних підставах вважається дійсним і породжує всі наслідки, які очікуються від вчинення цього правочину. Тому правочин з істотними вадами волі є зовні дійсним, адже має місце презумпція дійсності правочину.

Всі наведені приклади наочно демонструють, що при постановці питання про пріоритет волі або волевиявлення в правочині, необхідно виходити з позиції кожного конкретного випадку вчинення правочину.

Гарантії прав клієнтів за договорами із надання правової допомоги

Колєсніков О. М.

До гарантій прав клієнтів за договорами із надання правової допомоги як «слабкої» сторони відноситься чітке встановлення прав і обов'язків сторін та можливість розірвати договір в разі порушення його прав. Зокрема право клієнта та одностороннє розірвання договору передбачене законопроектом «Про правову допомогу» як таке, що може бути здійснене у межах загальних положень договірного права. Ми вважаємо, що це є виправданим і клієнту не можна нав'язати силоміць небажаного йому адвоката та підтримувати правовідносини якщо адвокат недобросовісно ставиться до виконання своїх обов'язків.

На це впливають і процесуальні строки, які є імперативними. До того діяльність слідчих, дізнавачів, суддів і адвокатів планується наперед. Відповідно всяка зміна адвоката спричиняє необхідності міняти ці плани, хоча б тому, що адвокату потрібен строк щоб увійти в сутність справи та вивчити її матеріальні та процесуальні особливості, оцінити проведені процесуальні дії, виробити ефективну лінію захисту тощо. Це призводить до порушення процесуальних строків, планів учасників процесу і в результаті на ефективності адвокатської допомоги клієнту.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Проблема відповідальності адвокатів пов'язана із тим, що: 1) адвокати інколи беруться за неперспективні чи навіть безнадійні справи, де позиція його клієнта завідомо є слабкою. У такому разі завдання полягає у тому, щоб полегшити покарання та віднайти для суду докази, які б пом'якшували його провину та вид і міру покарання; 2) йому завжди протистоять професіонали, які, особливо за кримінальними справами, мають можливість через оперативно-розшукові заходи отримати більш якісні та вірогідні докази та інші матеріали у справі; 3) сам адвокат має за Законом України «Про адвокатуру» особливе правове становище та як більш сильної сторони у договорі; 4) сам адвокат має спеціальні знання, які його надають переваги при репрезентації результату наданої послуги, а при зверненні до іншого адвоката за допомогою від недобросовісного надавача послуг може спрацювати «корпоративізм», що може мати вирішальне значення в разі призначення експертизи; 5) наразі стосовно таких справ нема ні належної теоретичної основи ні достатньої практики. В той же час не виважене фахове виконання взятих зобов'язань та спілкування з колегами при наданні правової допомоги, свідчить на користь необхідності посилення гарантій дотримання прав їх клієнтів.

Це зв'язане з тим що: 1) адвокат є представником своїх клієнтів у юридичних процесах і кваліфіковано повинен здійснювати захист їхніх суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів; 2) всяка робота, у тім числі й професійна діяльність адвоката повинна бути належним чином винагороджена; 3) адвокат надає правову допомогу своїм клієнтам на платній основі і несе відповідальність за якість своєї праці та її професійний рівень; 4) здебільшого адвокати надають правову допомогу своїм клієнтам на підставі договору; 5) клієнти є споживачами послуг адвокатів з надання правової допомоги; 6) договір як зобов'язання має свій механізм його стабілізації та охорони прав його сторін елементом якого є цивільно-правова відповідальність; 7) законодавство України, що регулює адвокатську діяльність має ряд прогалин.

Конструкція норм про притягнення адвокатів до цивільно-правової відповідальності за порушення зобов'язань про надання правової допомоги за договором непевна чи, якщо точніше вона робить неможливим притягнення адвоката до відповідальності. Відповідно, якщо адвокат за законом України «Про адвокатуру» неналежним чином виконає своє зобов'язання за договором з надання правової допомоги, то його клієнт не зможе захистити свої майнові інтереси.

Аксіоматично, що правова допомога може бути кваліфіковано та ефективно надана фахівцем. Але, на жаль небезпека наразитися в Україні на юридичні поради з боку неспеціаліста чи навіть невігласа в праві не рідкість і, як вказує І.В.Головань, усвідомлена в державі далеко не в повній мірі [1, с.8]. Інколи й сам адвокат, особливо початківець, допускає елементарні помилки проце-

суального та матеріального характеру, неввічливо чи некоректно обходиться із іншою стороною та її представниками, інколи навіть суддями, порушує встановлений порядок, проявляє невігластво в результаті чого їхній клієнт страждає. Замість надання допомоги, такий адвокат лише усугубляє становище свого клієнта.

Вирішення на теоретичному рівні питання про відповідальність адвоката за неналежне виконання взятих за договором обов'язків залежить й від того яким чином розглядати його діяльність: непідприємницька, як це проведено у Законі України «Про адвокатуру», листами Державної податкової адміністрації України від 7 березня 2000р. № 3297/7/15-1317 та від 24 листопада 1999 р. № 6628/6/17-0516; та підтримується юристами, чи адвокатські об'єднання слід вважати суб'єктами підприємництва, чи взагалі, як заявив 11 лютого 2005 р. колишній міністр юстиції, є повинністю адвокатів, згідно якої кожен адвокат зобов'язаний надавати безоплатну послугу суспільству. Одне якщо безоплатна послуга, що підпадає під дію Закону України «Про соціальні послуги», інше – коли оплатні послуги надаються на договірній основі. Відповідно, оплатність та договірна підстава виникнення зобов'язань між адвокатом та клієнтом надає можливість застосувати до врегулювання відносин між ними всі передбачені договірним правом України засоби та способи забезпечення дотримання їх прав і насамперед клієнта.

Використана література: Головань В.І. Юридична практика і адвокатська діяльність в Україні / В.І. Головань. // Адвокат.- 2005.- № 8.- С.3-12

Укладення та посвідченню договорів побутового підряду

Поліщук К. В.

Укладення договору побутового замовлення є процедурою досягнення домовленості між його сторонами договорів і охоплює порядок та спосіб. Порядок - визначена правовими нормами юридично-логічна послідовність стадій встановлення цивільних прав і обов'язків на основі погоджених дій осіб та виражених у різноманітних способах узгодження змісту договору. Розрізняються загальний, спеціальний і судовий порядок укладення договору. Джерелом домовленості свобода особи укладати договір та взаємне волевиявлення двох чи більше сторін. Здебільше таке волевиявлення виражається у відповідному документі, який підтверджує укладення договору. Ним у договорі побутового підряду може бути: квитанція, розписка, жетон, які легко загубити. За цього встановлення підкреслення можливості посилатися на показання свідків виступає ще одним заходом для захисту прав споживачів. Це правило поширюється на всі договори побутового підряду, незалежно від їх розміру, і можна вважати, що посилання на свід-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

чення свідків буде правомірним і тоді, коли ціна договору перевищуватиме двадцятикратний розмір неоподатковуваного мінімуму доходів громадян (п.3 ч. 1 ст.208 ЦК). Наслідки передбачені ст.218 ЦК і заперечення однією із сторін факту вчинення правочину або оспорювання окремих його частин може доводитися письмовими доказами, засобами аудіо -, відеозапису та іншими доказами. При тому рішення суду не може ґрунтуватися на свідченнях свідків. Тобто для позитивного рішення суду може бути достатньо свідчень.

Абзац 7 преамбули Закону "Про захист прав споживачів" визначає договір як усна чи письмова угоду між споживачем і виконавцем про якість, терміни, ціну та інші умови, за якими виконуються роботи та надаються послуги. За ч.1 ст.206 ЦК можливість усного укладання правочинів допускається, якщо вони виконуються в момент укладання, що характерне для таких договорів Письмовий правочин може оформлятися квитанцією, товарним чи касовим чеком, квитком, путівкою, талоном або іншими розрахунковими документами.

Договір побутового підряду на практиці найчастіше укладається в усній формі. Пункт 9 «Правил побутового обслуговування населення» вказав документи, які можуть бути доказом їх укладення: договір за типовою формою, яка затверджена Укрсоюзсервісом, квитанція, касовий чек, товарний чек, квиток встановленої форми. Значення цих документів полягає і в тому, що вони є підставою для одержання замовлення або послуги (п.21 Правил), і надають право замовникові на вимогу усунення недоліків у гарантійний термін (п.24 Правил). Розрахунковими документами, що засвідчують факт надання послуги, можуть бути: касовий чек для виконавців, які у розрахунках із замовниками використовують електронні контрольно-касові апарати (товарний чек у разі виходу такого апарату з ладу або тимчасового відключення електроенергії), квитанція або квиток — для виконавців, які згідно з нормативно-правовими актами не застосовують таких апаратів. Крім того, для виконавців, які не застосовують контрольно-касові апарати, квитанція або квиток є документами суворої звітності (п.13 Правил).

Частина 2 ст.13 Закону України "Про захист прав споживачів" вказує на документи, що додаються до робіт чи послуг, паспорт на роботу чи послугу або їх етикетки. Згідно ч.8 ст.15 Закону "Про захист прав споживачів" виконавець залежно від характеру і специфіки виконаної роботи (наданої послуги) зобов'язаний видати споживачеві розрахунковий документ, що засвідчує факт виконання роботи (надання послуги). Частина 4 ст.16 Закону "Про захист прав споживачів" встановлює ще один документ - сертифікат відповідності,зокрема стосовно тих робіт та послуг, на які актами законодавства або іншими нормативними документами встановлено обов'язкові вимоги щодо забезпечення безпе-

ки життя, здоров'я споживачів, їх майна, навколишнього природного середовища, тобто які підлягають обов'язковій сертифікації згідно з чинним законодавством. Виконання таких робіт та надання таких послуг без сертифіката відповідності забороняються.

Частина 7 ст.16 Закону "Про захист прав споживачів" встановлює обов'язок виконавця інформувати споживача про можливий ризик і про безпечне використання роботи чи послуги за допомогою прийнятих у міжнародній практиці позначень. Інструкції №805/5026 —814/5035, що затверджені наказом Укрсоюзсервісу від 27 серпня 2000 р. №20 (замість Інструкції щодо оформлення замовлень з окремих видів послуг та їх виконання від 30.05.94 №10), передбачають різні види документів для різних договорів побутового підряду. Зокрема, для більшості з них (надання послуг з ремонту побутових машин і приладів, з ремонту і пошиття взуття, трикотажних виробів, надання послуг з прання білизни, надання послуг з ремонту та виготовлення ювелірних виробів та інших виробів з дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння, надання фото послуг та ін.) передбачене оформлення замовлення договором або квитанцією. Для надання послуг лазень і душів передбачається видача касового чеку при розрахунках через реєстратори розрахункових операцій. Для надання перукарських, манікюрних та педікюрних послуг відповідна Інструкція взагалі не передбачає звернення до письмових доказів укладання угоди, крім касового чеку, що видається після розрахунку. Практично в кожній з цих Інструкцій вказується на обов'язок виконавця надати замовникові професійну консультацію стосовно відповідної роботи чи послуги, узгодити з ним модель виробу, оглянути виріб з метою виявлення дефектів, оцінити виріб з урахуванням відсотка зносу. Дуже ретельно виписані реквізити квитанції, що видається при укладанні договору на надання послуг з ремонту та виготовлення ювелірних виробів та інших виробів з дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння.

Міністерство юстиції України затвердило спеціальні форми квитанцій для підприємств побутового обслуговування. Ті підприємства, що засновані на державній чи комунальній власності, змушені дотримуватися цих форм. Проте суб'єкти підприємництва не завжди вдаються до оформлення договору, що спричиняє проблему єдності правозастосування. Тим вони знімають з себе обов'язки і якщо замовлення виконується без належного оформлення, то воно вважається таким, що зобов'язує тільки виконавця, а не підприємство, на якому він працює. В такому випадку передбачені Законом України "Про захист прав споживачів"гарантії на ці відносини не поширюються.

Вирішенням цих недоречностей могла б стати розробка типових договорів для кожного виду побутових робіт чи послуг. Тим більше, що із впровадженням персональних комп'ютерів особливої проблеми в тому нема. В той же час є й контраргументи: зде-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

більше підприємців у сфері надання побутового обслуговування – дрібні та малі підприємці, які працюють за єдиним податком та спрощеною системою оподаткування; в ряді випадків, особливо при виконанні складних ремонтів не завжди можна повністю встановити весь обсяг потрібних робіт; внаслідок різновидів побутового підряду зростає кількість документації та проблеми з її збереженням, витрачанням паперу тощо. З огляду на це збереження квитанції як форми такого договору та презумпції ознайомлення із правилами побутового обслуговування як імперативних вимог є виправданим. Варто також зобов'язати всіх побутових підрядників видавати замовникам письмове підтвердження укладання договору під страхом застосування штрафів.

Щодо відповідальності поручителя

Степуніна О. М.

Незважаючи на багатовікову історію інституту поруки, який бере свої витоки ще за часів Римської імперії, залишаються ще немало «білих плям», які потребують з'ясуванню. Разом із питаннями визначення правової природи поруки, сутності та змісту обов'язку поручителя, невирішеною залишається і проблема відповідальності поручителя за договором поруки.

Дискусійність цього питання обумовлена відсутністю у главі «Забезпечення виконання зобов'язання» Цивільного кодексу України жодної норми щодо відповідальності поручителя за невиконання або неналежне виконання обов'язку, який виникає з договору поруки.

Так, у ЦК зазначено лише, що поручитель відповідає перед кредитором за порушення зобов'язання боржником, у разі невиконання або неналежного виконання боржником, забезпеченого порукою обов'язку, поручитель та боржник відповідають перед кредитором солідарно, якщо договором поруки не встановлено додаткову (субсидіарну) відповідальність поручителя. У даному разі, мова йде не про відповідальність поручителя, а про зміст обов'язку, який виникає з договору поруки, та порядок його виконання. Однак, у цивілістичній теорії саме обов'язок поручителя за договором поруки ототожнюють з відповідальністю поручителя.

За відсутності чіткого законодавчого регулювання, немає однакового підходу і на практиці. В деяких випадках суди виходять з того, що поручитель самостійно відповідає перед кредитором за неналежне виконання грошового зобов'язання, що виникло з договору поруки. В інших же, суди вважають, що поручитель несе таку ж відповідальність як і боржник, і самостійної відповідальності не несе.

На нашу думку, поряд із відповідальністю поручителя за невиконання зобов'язання боржником, існує також і відповідальність поручителя за договором поруки. Про що свідчить наступне.

По-перше, договір поруки за своєю природою носить зобов'язальний характер, тому окрім основного обов'язку поручителя щодо відповідальності за боржника при порушенні основного договору, на поручителя поширюються також і норми, які передбачають наслідки за порушення зобов'язання щодо виконання ним свого обов'язку за договором поруки. Отже, у разі невиконання або неналежного виконання поручителем свого обов'язку, безумовно, має наступати відповідальність за порушення грошового зобов'язання, передбачена ст.625 ЦК.

По-друге, оскільки договір поруки містить в собі обов'язок поручителя відповідати за виконання основного зобов'язання, відповідно, обов'язок поручителя виникає з моменту невиконання чи неналежного виконання основного зобов'язання боржником. З цього моменту поручитель набуває статус боржника і у разі невиконання ним свого обов'язку у строк, передбачений законом або договором, він вважається таким, що прострочив зобов'язання, тому окрім боргу, передбаченого ч.2 ст.554 ЦК, кредитор має право вимагати відшкодування збитків.

По-третє, суми, сплачені поручителем за власні прострочення виконання зобов'язання, не підлягають компенсації боржником, оскільки положення ч.1 ст. 554 ЦК щодо солідарної відповідальності поручителя та боржника має відношення лише щодо суми боргу за основним зобов'язанням, яке забезпечено порукою.

Таким чином, підводячи підсумок, вважаємо, що відповідальність поручителя слід відрізняти від його обов'язку за договором поруки - виконати зобов'язання, порушене боржником. Відповідальність поручителя є санкцією за невиконання або неналежне виконання поручителем свого обов'язку. Відповідальність поручителя - це відповідальність за порушення грошового зобов'язання.

Односторонні правочин в Цивільному кодексі України

Шкрібляк К. П.

Загальновідомо, що односторонній правочин спричиняє здебільше права та особливо обов'язки для того хто його вчинив. Не можна ним покласти обов'язки на інших учасників цивільних правовідносин. Постатейний аналіз основного акту цивільного законодавства України, яким є ЦК, позволив виявити низку положень, в основі яких покладено односторонній правочин. Зокрема йдеться про:

ч. 2 ст. 28 ЦК – набуття права на псевдонім;

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

ч. 2, ч. 6 ст. 29 ЦК – вибір місця проживання фізичної особи;

ч. 2 ст. 31 ЦК – немайнових прав інтелектуальної власності ;

ч. 3 ст. 35 ЦК – набуття повної дієздатності через емансипацію, особливо в разі звернення до батьків за дозволом;

ст. 58 та ч. 1 ст. 81 ЦК – засновування юридичної особи, зокрема приватного підприємства чи іншої унітарної юридичної особи. Особливо у це проявляється у сфері корпоративних правовідносин (заява про вихід із товариства із обмеженою відповідальністю, відмова від своєї частки, тощо;

ч. 1 ст. 78 ЦК – обрання помічника дієздатної особи, яка за станом здоров'я не може самостійно здійснювати свої права та виконувати обов'язки та подання заяви про його реєстрацію п.3 ч. 1 ст. 78 ЦК.

ст. 86 ЦК – здійснення підприємницької діяльності непідприємницькими товариствами поряд із основною діяльністю, якщо інше не встановлене законом і якщо така діяльність відповідає меті, для якої вони були створені ;

ст. 87 ЦК – створення юридичної особи для чого засновник чи засновники розробляють установчі (засновницькі) документи та проводять інші необхідні для цього правочини: якщо юридична особа створюється в дозвільному порядку – отримання в установленому порядку дозволів на її створення; якщо створюється приватне підприємство – наділення його майном і набуття щодо нього певних прав тощо;

ч. 3 ст. 91 ЦК – право здійснювати окремі види діяльності та внаслідок них набувати відповідні права;

ст. 93 ЦК – обирати місцезнаходження юридичної особи. Тут скоріше йдеться про вибір місяця знаходження керівного органу юридичної особи;

ст. 95 ЦК – створювати підрозділи юридичної особи, зокрема філії та представництва, видати довіреність керівнику структурного підрозділу юридичної особи, за якою такий керівник набуває прав представляти ... ;

ч. 1 ст. 98 ЦК – передати частину компетенції органу управління;

ч. 4 ст. 124 ЦК – набуття права регресу ;

ст. 147 ЦК – внесення повністю частки в статутний фонд товариства з обмеженою відповідальністю;

ст. 153 ЦК – створення акціонерного товариства державною юридичною особою, наприклад корпоратизація державних підприємств ;

ст. 158 ЦК – встановлення привілейований акцій;

ст. 160 ЦК – створення наглядової ради господарського товариства;

ст. 170 ЦК стосовно набуття прав державою через свої органи. Це може бути відмова від здійснення певних своїх прав наприклад права на спадкування. Так у 2005 році в Запорізькій обл. виникла досить цікава ситуація коли громадянин заповів

своє майно державі. Після його смерті залишилась певна спадщина: домогосподарство, земельна ділянка, тощо. Проте виникала досить складна ситуація із вступом держави у таку спадщину, зокрема із сплати нотаріального збору та оформлення прав на спадщину. Оскільки спадок за розміром був невеликий, а в з жодній видатковій частині державного бюджету не були передбачені кошти та такі витрати, в разі прийняття такої спадщини ще слід було тратитися на її реалізацію поступили досить мудро – відмовилися від спадщини;

ст. 172 ЦК - набуття прав органами місцевого самоврядування;

ст. 189 ЦК – вироблення продукції, здобуття плодів та одержання доходів та набуття на низ права власності. Правда, О.В. Дзера виходить з того, що «... не можуть розглядатися правочинами у розумінні ст. 202 ЦК ... виготовлення для власних потреб речі, споживання продуктів харчування, сама по собі виробнича діяльність підприємства, оскільки вона, як правило, спрямована на досягнення конкретного економічного, а не юридичного результату» і у подальшому визнає «... фактичні діє (вчинки) інколи можуть породжувати певні цивільні права і обов'язки, наприклад право власності на новостворену річ» [1, с.170-171]. Якщо можна ще погодитися із правоприпиняючими вчинками, наприклад споживання продуктів харчування, як юридично байдужі, то цього не можна сказати про інші;

ст. 309 ЦК – зайняття літературною, художньою, науковою та науково-технічною діяльністю та створення результатів творчої, інтелектуальної та іншої діяльності та набуття на них прав інтелектуальної власності. Хоча як і в попередньому випадку будівництво будинку, написання картини художником [1 , с.167] розглядаються в контексті вчинку як і в попередньому випадку їх створення проявляє властивості правочину та одностороннього зокрема. В іншому разі ми повинні б обґрунтувати введення в ч.2 ст. 11 ЦК вчинків як підстав виникнення цивільних прав та обов'язків і усунути лакуну щодо них. Проте законодавець слушно не на легальному рівні надав вчинкам статусу підстави для виникнення цивільних прав та обов'язків;

ст. 310 ЦК – вибір місця проживання фізичної особи та набуття всіх прав, які зв'язані із таким правочином;

ст. 319 ЦК – право вчиняти щодо свого майна будь-які дії, які не суперечать закону;

ст. 329 ЦК – набуття права власності добросовісним набувачем в разі відчуження майна особою, яка не мала на це права;

ст. 331 ЦК – набуття права власності на новостворене майно;

ст. 332 ЦК – набуття права власності на перероблену річ;

ст. 333 ЦК – привласнення загальнодоступних дарів природи.

ст. 338 ЦК – набуття права власності на знахідку після спливу шести місяців з моменту заявлення про знахідку міліції або органові місцевого самоврядування;

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

ст. 337 ЦК встановлює що особа, яка знайшла загублену річ, відповідає за її втрату, знищення або пошкодження в межах її вартості лише в разі свого умислу або грубої необережності, що засвідчує встановлення певної обмеженої відповідальності зберігача знахідки, яка не наступає у разі настання негативних наслідків щодо збережуваної знахідки за наявності простої необережності у діях зберігача. Звичайно, наявність прогалин у врегулюванні відносин зберігання майна, отриманого зберігачем в перерахованих випадках є небажаним правовим явищем. Однак у разі необхідності вирішити спір щодо зберігання майна, що виникло з правомірних односторонніх дій особи, суд не позбавлений можливості застосовувати аналогію закону чи аналогію права відповідно до ст. 8 ЦК. Отже, у зазначених випадках правовою підставою є факт позадоговірного правомірного заволодіння чужим майном та припис закону.

Список літератури: Цивільне право України: Підручник.: У 2-х кн. /О.В.Дзера (кер. авт. кол.), Д.В.Боброва, А.С.Довгерт та ін.; За ред. О.В. Дзери, Н.С.Кузнєцової. - 2 вид., допов. і перероб.- К.: Юрінком Інтер, 2004.-Кн.1. – 736 с.

Виконання договору на маркетингові дослідження

Шишка І. Р.

Рано чи пізно практика виробляє загальні підходи до регулювання правовідносин, які виникають при виконанні договорів: через запозичення передового досвіду, через координацію такої діяльності, через професійні об'єднання фахівців чи органами та організаціями, які перейняли на себе функцію узагальнення практики та вироблення правил на рівні рекомендацій чи правил ділової практики. Стосовно договору на маркетингові дослідження такі правила містить Міжнародний кодекс Міжнародної торгівельної палати і Європейської організації маркетингових досліджень і досліджень громадської думки (ЄСОМДіДГД) по практиці маркетингових і соціальних досліджень [1]. *Він встановив ряд правил, які мають приватноправове значення і є корисними для формування правового становища сторін за цим договором. Загальний підхід в тому,* що маркетингове дослідження повинне: 1) завжди виконуватися об'єктивно та у відповідності до встановлених наукових принципів; 2) завжди відповідати національному та міжнародному законодавству, яке застосовується у тих країнах, що охоплені такою науково-дослідною роботою. Ці правила, на наш погляд, є відображенням загального правила pacta sund servada чи принципу належного виконання зобов'язань. При тому основні зусилля спрямовані на забезпечення виконання зо-

[1] *З переробками і доповненнями 1976, 1986 та 1994 років*

бов'язань, які в синалагматичних договорах забезпечують й досягнення мети договору. Виконання синалагматичного договору зводиться до сукупності виконання всіх зобов'язань сторін за цим договором, з огляду на що, виконання лише одного з них не являється належним виконанням договору в цілому [1, с.4]. З тим, за виключенням терміну «сукупності» виконання всіх зобов'язань, ми погоджуємося. Скоріше йдеться про системний підхід до виконання, за якого основне надається його предмету та всім іншим вимогам до нього. Відповідно, тут визначальними є технічні, організаційні та інші вимоги.

Виконання зобов'язань, які виникають при маркетингових дослідженнях *передбачає як загальні правила поведінки учасників маркетингового дослідження так і ті, які можуть бути застосовані стосовно сторін договору на маркетингові дослідження. Так, передбачені п*рава респондентів, зокрема: щодо співпраці респондентів у маркетинговому дослідженні як повністю добровільної на усіх його стадіях. Респонденти не повинні бути введеними в оману, коли запрошувались до співпраці; збереження анонімності респондентів. Якщо респондент на запит дослідника надав дозвіл надати дані у формі, яка дозволяє особисто ідентифікувати того респондента, то: респондента слід обов'язково повідомити, кому будуть передані такі дані, як і мету, з якою вони будуть використовуватися; дослідник повинен гарантувати, що інформація не буде використовуватися у жодних не дослідницьких цілях і, що отримувач інформації погодився з визначеними вимогами. Дослідник як виконавець за договором повинен здійснювати всі застережні заходи, аби гарантувати, що респондентам не буде завдано шкоди, або вони не потраплять під несприятливий вплив за їх участь в науково-дослідній маркетинговій роботі.

Дослідник повинен виявляти особливу обережність при інтерв'юванні дітей та молоді: спочатку отримати згоду батьків або опікунів, повідомити чи будуть використовуватися під час інтерв'ю якісь методи спостережень і обладнання для реєстрації відповідей, за винятком випадків, коли вони використовуються у громадському місці. Анонімність респондентів не повинна порушуватись за використання таких методів, а респонденти повинні мати можливість без труднощів перевірити ідентичність та добрі наміри дослідника.

На правове становище сторін за договором на проведення маркетингових досліджень також впливають передбачені зазначеним кодексом професійні обов'язки дослідників. Вони зводяться до того, що дослідники не повинні: свідомо чи несвідомо дискредитувати професію маркетингового дослідника, або втратити довіру громадськості; робити неправдиві твердження стосовно їхніх навиків та досвіду або такого ж стосовно їхніх організацій; безпідставно критикувати або принижувати інших дослідників; розповсюджувати висновки маркетингової роботи, які не підтримані

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

відповідними даними; надавати технічну інформацію для оцінки обґрунтованості опублікованих результатів; застосовувати не дослідницькі заходи.

В той же час дослідники повинні: завжди намагатися розробити таке дослідження, яке б мало ефективну ціну й адекватну якість, відповідність узгодженим з клієнтом специфікаціями, гарантувати безпеку усіх звітів (записів) дослідження, що є у їх власності.

Найбільшу, цінність для визначення правового становища сторін за договором на маркетингові дослідження мають передбачені цим кодексом взаємні суб'єктивні права та юридичні обов'язки дослідників та клієнтів. Встановлено, що ці права та обов'язки звичайно регулюються у відповідності до письмового контракту (угоди) між дослідником та клієнтом. Тут виходять із принципу свободи договору та свободи визначення суб'єктивних прав та юридичних обов'язків для сторін договору на маркетингові дослідження. Такий підхід надає можливість визначитись в їх наповненні та праві на власні дії, вимагати виконання зобов'язання іншою стороною, звертатися в суд за застосування примусу до неналежної сторони.

До спеціальних обов'язків сторін за договором на маркетингові дослідження відноситься: повідомити клієнта, якщо робота, яка буде виконана для цього клієнта, буде об'єднаною або використаною в одному і тому ж проекті з роботами для інших клієнтів. Вважаємо, що такі дані, наприклад, що отримані в результаті опитування респондентів, можуть бути використані для розробки пропозицій для декількох замовників. Виконавець повинен повідомити клієнта якщо частина роботи для цього клієнта є підзаконтрактована поза власною організацією дослідника (включаючи використання будь-яких зовнішніх консультантів). На запит клієнта необхідно вказати ідентичність будь-якого такого субпідрядника;

В той же час клієнт не має права (без попередньої домовленості між залученими сторонами) на виняткове (ексклюзивне) використання послуг дослідника або його організації ані повністю, ані частково. Виконуючи роботу для різних клієнтів, дослідник повинен прикласти зусиль для запобігання можливі зіткнення інтересів його клієнтів.

На звіти (записи) зберігається власність клієнта і вони не можуть розкриватися іншій третій стороні без дозволу клієнта, зокрема: a) стан бізнес-проблеми клієнта, яка може бути полегшена завдяки проведенню маркетингового дослідження, специфікації на іншу інформацію клієнта; b) дані дослідження і результати науково-дослідної маркетингової роботи (крім випадків синдикованих /розповсюджуваних багатьом/ або замовлених багатьма клієнтами проектів або послуг). Якщо попередньо не було узгоджено іншого, наступні звіти (записи) залишаються власністю дослідника: a) пропозиції маркетингових досліджень і розцінки вартості (якщо вони

не були оплачені клієнтом). Вони не повинні бути розкритими третій стороні, іншій, ніж консультант, що працює для клієнта у цьому ж проекті (за винятком будь-якого консультанта, який працює також і для конкурента дослідника). Вони не повинні використовуватися для того, щоб впливати на пропозиції досліджень або розцінки їх вартості від інших дослідників; b) зміст звіту у випадку синдикованих /розповсюджуваних багатьом/ та/або замовлених багатьма клієнтами проектів або послуг, де одні й ті ж дані доступні більш, ніж одному клієнтові і, де ясно зрозуміло, що остаточні результати доступні для загальної закупівлі або передоплати. Клієнт не може розкрити результати такого дослідження будь-якій третій стороні (іншій, ніж його власні консультанти та радники з використання у його бізнесі) без дозволу дослідника; c) усі інші звіти (записи) дослідження, підготовлені дослідником (за винятком несиндикованих проектів, а також таких розробок і анкет (опитувань), затрати на які були оплачені клієнтом).

Дослідник повинен відповідати узгодженій на професійній практиці, що стосується зберігання таких звітів (записів) протягом відповідного періоду часу після закінчення проекту. На запит дослідник повинен забезпечити клієнта дублікатами таких звітів (записів) за умови, що такі дублікати не порушують анонімності і вимоги конфіденційності; що запит зроблено у межах узгодженого строку для зберігання звітів (записів); і, що клієнт платить прийнятні кошти для забезпечення його такими дублікатами. Він не повинен розкривати ідентичність клієнта (за умови, що немає жодного юридичного і законного зобов'язання робити так), або будь-якої конфіденційної інформації стосовно бізнесу останнього, будь-якій третій стороні без дозволу клієнта;

Дослідник повинен на запит дозволяти клієнтові вживати заходів перевірки якості робіт і підготовки даних за умови, що клієнт оплачує будь-які додаткові витрати, направлені на це. Він повинен забезпечити клієнта усіма технічними деталями виконаної для нього роботи. При повідомленні її результатів дослідник повинен робити чітке розмежування між цими результатами та їх власною інтерпретацією і рекомендаціями, що на них ґрунтуються. Дослідники не повинні дозволяти використовувати їхні імена (назви) як гарантію, що робота виконана у відповідності встановлених вимог.

За відсутності в Україні спеціального правового регулювання відносин, що виникають за договором на маркетингові дослідження, слід керуватися загальними положеннями про договори взагалі та, як ми вважаємо, договори на виконання робіт зокрема найближчого протовиду – договору на виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських та технологічних робіт. З тим пов'язане й інше питання – про виконання договору на маркетингові дослідження.

Література: Утєхін І.Б. Виконання договорів з передачі майна у власність: Автореф. дис.. … канд.. юрид. наук. Спеціальність 12.00.03. К.: 2009. – 20 с.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Стан та перспективи розвитку відносин щодо захисту прав споживачів

Моторна В. Ю.

Договір – це найбільш оперативний і гнучкий засіб вивчення потреб ринку, це спосіб зв'язку між виробництвом і споживанням, який тягне за собою негайну реакцію на зміну даних величин зі сторони виробництва. В силу цього, саме договірно-правова форма може забезпечити необхідний баланс між попитом і пропозицією та наповнити ринок тими товарами, в яких відчуває потребу споживач [1, с. 9-10]. В той же час, у договорі повинні поєднуватися інтереси сторін із загальнодержавними інтересами [2, с. 9].

У розвинутих країнах державна споживча політика визначає загальну економічну політику і є індикатором задоволеності населення рішеннями й діями влади. Розуміючи важливість споживчої політики для загального економічного розвитку, політичної і соціальної стабільності, країни-члени ЄС спільно формують цю політику, визначаючи її цілі, пріоритетні напрями і законодавче забезпечення, при чому на рівні найвищих керівних органів Європейського Союзу. В Керівних принципах Генеральної асамблеї ООН з питань захисту прав споживачів проголошено, що права споживача є невід'ємною частиною прав людини.

За допомогою імперативних норм права ЄС відбувається посилення захисту прав споживачів як сторін контрактних зобов'язань, оскільки «…рефреном європейського приватноправового дискурсу постають саме питання захисту прав споживачів. Усе частіше йдеться про, так зване, «Європейське споживче контрактне право» (European Consumer Contract Law)» [3].

Основним міжнародним правовим документом у цій галузі є підготовлені Економічною та Соціальною радою ООН Керівні принципи для захисту інтересів споживачів, які було схвалено Генеральною Асамблеєю ООН 9 квітня 1985 р. (рез. № 39/248). Цим міжнародним документом як стандарти затверджено права споживачів на безпечні засоби існування, захист економічних інтересів, відшкодування шкоди, інформацію та навчання, представництво тощо. Вказані документи лягли в основу адміністративно-правового механізму захисту споживачів у всьому світі [4].

Організація 11 березня 2009 р III Міжнародного форуму, присвяченого захисту прав споживачів в Україні та світі, 06 квітня 2009 року у Брюсселі першого самміту ЄС з питань захисту прав споживачів засвідчила, що швидкий розвиток економіки, всесвітньої мережі Інтернет, збільшення міжнародних контрактів зумовило зменшення уваги до захисту прав споживачів [5]. Розширення найбільших світових компаній можуть супроводжуватися

відкритим ігноруванням законодавства країн, де розміщено виробництво чи де надаються послуги. Вважаємо, що вказані причини були чинниками порушень прав споживачів і в Україні.

В країнах-членах ЄС, створені спеціальні європейські центри по захисту прав споживачів, головне завдання яких - вирішення транскордонних скарг споживачів. Центр пропонує споживачам повний спектр послуг: інформацію про права споживачів в країнах-членах ЄС, консультації щодо того, як вести себе в зв'язку з виниклими при здійсненні транскордонних покупок проблемами, при необхідності – вирішення скарг або посередництво у відносинах з відповідними установами в будь-якій країні члени ЄС і т.д. Усі послуги надаються безкоштовно [6].

Бачимо, що схема роботи та організація схожа з відповідними організаціями по захисту прав споживачів в Україні. Тому думається, що надалі необхідно працювати не лише над змістом норм та способів розташування чиновників-контролерів, а й над якісним виконанням написаного в законодавстві, добросовісного виконання своїх обов'язків. Для цього також необхідний такий же добросовісний та неупереджений, строгий контроль уповноваженими на те органами.

Так, у перевірених у 2009 році близько 45 тис. підприємств у сфері торгівлі, послуг та ресторанного господарства, 89 % із них не дотримувалися вимог законодавства України щодо захисту прав споживачів [7]. Очевидно, що є над чим працювати теоретикам і практикам. З нашої точки зору, глобалізація, всесвітня мережа Інтернет, халатність і безвідповідальність керівників підприємств та державних організацій сприяють виникненню нових порушень.

Говорячи про устремління України до міжнародного співтовариства, будуть корисні подальші розробки та впровадження норм ISO 9000-2001 [8, с.5]. Метою діяльності Міжнародної Організації зі Стандартизації (англ. International Organization for Standardization, ISO) є ратифікація розроблених спільними зусиллями делегатів від різних країн стандартів. Оскільки до її лав входить 158 країна (станом на 23.06.2009), вважаємо, що аналіз виданих нею документів та внесення відповідних змін до національного законодавства, чи ратифікація цих міжнародних документів сприятиме розумінню закордонною спільнотою дій України та становлення її, як рівноправного учасника міжнародних відносин. І для цього не потрібно утворювати все нові й нові громіздкі та надзвичайно затратні державні установи. Достатньо лише, щоб особи, які наразі працюють у відповідних відомствах, відповідально виконували свої обов'язки та діяла система контролю за результатами їх діяльності/бездіяльності.

Координації державних політик в сфері захисту прав споживачів присвячено Угоду про основні напрями співробітництва держав - учасниць Співдружності Незалежних Держав у галузі захисту прав споживачів, укладену у Москві 25 січня 2000 року і ра-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

тифіковану Законом України N 3102-III від 07.03.2002 р. [9, с.5]. Питанням прав споживачів присвячена ст. 75 Угоди про партнерство та співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами і їх державами-членами, що ратифіковані Верховною радою України 10.11.94 р. Відомо, що укладені і ратифіковані міжнародні договори становлять невід'ємну частину національного законодавства та мають пріоритет над національним законодавством у нашій країні.

Відповідно до ЗУ „Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу" від 18.03.2004 року N 1629-IV сфера захисту прав споживачів є однією з пріоритетних у напрямі євроінтеграції України [10]. Тому думається, що одним з найважливішого є належне виконання законодавства безпосередньо на місцях та суворий контроль відповідних органів влади.

Збільшення кількості підприємців, які пропонують укласти договори, надати послуги чи виконати роботи безпосередньо впливає на якість таких послуг чи робіт. Якщо у споживачів з'являється вибір, вони оберуть кращий товар/послугу. Чим більша пропозиція, тим якіснішими стають послуги, тим більше дотримуватимуться права споживачів. Адже продавці, виробники розумітимуть, що в разі незадоволення ними споживачів, останні отримають бажаний товар в інших організаціях.

Таким чином запровадження механізмів реалізації захисту прав споживачів в договірне право наблизить законодавство України до Європейського Союзу. Це необхідно для узгодженості та організації чіткої співпраці між країнами в усіх сферах, для єдиного й вірного розуміння один одним. В такому разі мета, на досягнення якої спрямовуються засоби та зусилля, буде спільною й зрозумілою, що, безумовно, сприятиме наближенню строків її реалізації.

Використана література: 1. Журавлев Н.П. Многосторонние сделки в советском гражданском праве : автореф. дис. канд. юрид. наук.: спец.12.00.03 / Журавлев Николай Павлович - М., 1984. – 20 с. 2. Брагинский М. И., Шапкина Г. С. Хозяйственные договоры в материально-техническом снабжении и сбыте. / М. И.Брагинский, Г. С. Шапкина – М.: Экономика, 1976. - 192 с. 3. Гайдулін Олександр Основні напрями «європеїзації» контрактного права та перспективи приєднання до неї України / Гайдулін Олександр / Юридичний журнал. - № 11/2008, режим доступу: http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3063; Gralf-Peter Calliess, Coherence and Consistency in European Consumer Contract Law: a Progress Report, 4 German L. J. No.4 (1 April 2003), режим доступу: http://www.germanlawjournal.com/pdf/Vol04No04/PDF_Vol_04_No_04__333-372_Private_Calliess.pdf 4. Крупник Андрій Консюмеризм на захисті прав споживачів / Крупник Андрій/ Громадянське суспільство. - № 1(8)/2009, Режим доступу: http://www.ucipr.kiev.ua/modules.php?op= modload&name=News&file=article&sid=6032772&mode=thread&order=0&thold=0 **5. Главная >> Новости о Греции от Greek.ru >> Новости рубрики „ЕС СЕГОДНЯ" >> Саммит ЕС по вопросам защиты прав потребителей, режим доступа: http://www.greek.ru/news/eu/37306/** 6. Главная страница > Темы > Защита прав потребителя > Защита прав потребителей в Европейском Союзе, режим доступа: http://www.eesti.ee/rus/teemad/zashchita_prav_potrebitelja/ ashchita_prav_potrebitelej_v_evropejskom_sojuze/?menubox=1 7. Пресс служба Держспоживстандарту України: „Впродовж 2009 року Держспоживстандарт забракував 30 % продукції, перевіреної у роздрібній торгівельній мережі", режим доступу: http://www.dssu.gov.ua/control/uk/publish/article/system?art_id=141183 8. Системи управління якістю, Основні Положення та словник (ISO 9000:2000, IDT) – К.: - Держспоживстандарт України, 2001. - 33 с. 9. Офіційний вісник України – 2002. - № 13 10. Голос України 2004. - №101

Практичні проблеми реалізації прав міноритарних власників акцій

Базиль О.В.

Правом власності є право особи на річ (майно), яке вона здійснює відповідно до закону за своєю волею, незалежно від волі інших осіб [1].

Цінні папери і акції зокрема є одним із об'єктів права власності. Відповідно до визначення ч.1 ст. 6 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» акція – іменний цінний папір, який посвідчує майнові права його власника (акціонера), що стосуються акціонерного товариства, включаючи право на отримання частини прибутку акціонерного товариства у вигляді дивідендів та право на отримання частини майна акціонерного товариства у разі його ліквідації, право на управління акціонерним товариством, а також немайнові права, передбачені ЦК та законом, що регулює питання створення, діяльності та припинення акціонерних товариств, і законодавством про інститути спільного інвестування [2].

Починаючи розгляд питання щодо реалізації акціонерами права власності на належні їм акції і проблеми, що виникають у ході такої реалізації, потрібно перш за все виділити групи акціонерів за кількістю належних акцій, а саме: власників значних пакетів акцій – пакетів із 10 і більше відсотків простих акцій акціонерного товариства; власників контрольних пакетів акцій – пакетів із 50 і більше відсотків простих акцій акціонерного товариства; власників пакетів акцій, що складають від 5 до 10 відсотків акцій товариства, і нарешті, власників пакетів акцій менших за 5 відсотків від загальної кількості простих акцій товариства.

Закон України «Про акціонерні товариства» розрізняє вказані групи акціонерів не тільки за величиною (кількістю) належних їм корпоративних прав, а і за можливостями захисту та реалізації вказаних прав. Так наприклад, відповідно до ч. 4 ст. 38, вказаного Закону пропозиції акціонерів (акціонера), які сукупно є власниками 5 або більше відсотків простих акцій, підлягають обов'язковому включенню до порядку денного загальних зборів, пропозиції усіх інших акціонерів, тобто таких, що володіють менше ніж 5% простих акцій, відповідно до згаданого вже Закону підлягають розгляду Наглядовою радою яка і вирішує питання щодо включення вказаних пропозицій до порядку денного загальних зборів акціонерів і відповідно у разі незгоди Наглядової ради такі питання до порядку денного загальних зборів акціонерів включені не будуть [3].

Таким чином обмежується право акціонера щодо активної участі в управлінні товариством, передбачене п.1.ч.1 ст. 25 Закону України «Про акціонерні товариства» та положеннями ЦК [1] .

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Наприклад, візьмемо ситуацію, коли міноритарний акціонер вважає керівництво товариства не ефективним і відповідно бажає включити до порядку денного питання про його відкликання з посади. До проведення загальних зборів акціонерів такий акціонер не має практичної можливості (інформація з реєстру акціонерів є конфіденційною відповідно до норм чинного законодавства) зібрати інших акціонерів та разом з ними ініціювати включення до порядку денного питання щодо зміни виконавчого або будь-якого іншого виборного органу товариства. Наглядова рада товариства, отримавши таку пропозицію щодо порядку денного, відповідно має не велике бажання щодо дострокового припинення своїх повноважень. Постає логічне запитання: чи буде зацікавлена Наглядова рада за таких обставин включити таке питання до порядку денного загальних зборів акціонерів?

Фактично виникає ситуація, коли акціонер має у власності акції, які передбачають наявність корпоративних прав, а на свій розсуд розпорядитися цією власністю – реалізувати належні йому права не має практичної можливості, через обмеження встановлені законом.

Підведемо підсумки: на підставі аналізу нормативних документів, що регулюють відносини у сфері представництва акціонерів та існуючої практики застосування цих норм, доцільно законодавчо врегулювати зазначене питання шляхом зняття обмежень щодо права акціонера вносити пропозиції до порядку денного загальних зборів акціонерів акціонерного товариства.

Список літератури: 1. Цивільний кодекс України № 435- IV , від 16.03.2003, ч.1 ст. 316, ст. 152. **2.** Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок» № 3480-15 від 30.10.2009р. **3.** Закон України «Про акціонерні товариства» № 514-VI, від 17.09.2008р., п.2 ст.39.

Захист прав довірителя, як учасника фонду фінансування будівництва

Жулавський С. А.

1. Фонди фінансування будівництва (далі по тексту – ФФБ) – явище у вітчизняній практиці нове. Застосування ФФБ було обумовлено тим, що з початку 2006 року Закон України «Про інвестиційну діяльність» обмежив канали інвестування житлового будівництва. Метою цього кроку було зменшення ступеню ризиків інвесторів (довірителів), які фінансують житлове будівництво для отримання у власність нерухомості (житла).

В ФФБ виду А забудовник приймає на себе ризик щодо недостатності залучених коштів на спорудження об'єкта будівництва та зобов'язаний своєчасно ввести його в експлуатацію відповідно до проектної документації та проектної декларації і виконати усі необхідні роботи для дотримання технічних характеристик об'єк-

тів інвестування та об'єкта будівництва, визначених у проектній декларації, незалежно від обсягу фінансування.

Не дивлячись на те, що відповідальність за успішне завершення будівництва об'єкта нерухомого майна несе забудовник в ФФБ виду А, довіритель передає грошові кошти в управління фінансовій установі (банку). Це в багатьох випадках стає причиною відсутності гарантій повернення грошових коштів довірителю, який відмовився від участі в ФФБ виду «А» та уникнення фінансовою установою відповідальності перед довірителем за дії забудовника, що призвели до порушень строків введення об'єкту нерухомого майна в експлуатацію. А також відсутності відповідальності забудовника перед довірителем.

2. Взаємовідносини між довірителем і управителем регулюються укладеним між ними Договором про участь в ФФБ.

Свобода договірних відносин між довірителем та управителем не є безмежною. Законом України «Про фінансово-кредитний механізм і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» (далі – Закон про ФФБ) визначені обов'язкові умови, які має містити договір про учать в ФФБ.

Але ці умови мають загальний характер. Наприклад: «обмеження відносно окремих дій управителя майном; відповідальність сторін за невиконання умов договору». Законом про ФФБ не визначено конкретно, яка саме відповідальність сторін настає за невиконання умов договору.

Фінансові установи під час розробки договорів щодо участі у ФФБ в першу чергу турбуються про свої інтереси і права. А у потенційного інвестора (довірителя) є два варіанти на вибір: або підписувати договір в редакції фінансової установи (банку), або не підписувати взагалі.

Влітку минулого року позначилася тенденція у бік припинення іпотечного кредитування. При дефіциті грошей багато забудовників збанкрутувало. Це стало причиною несвоєчасного введення в експлуатацію об'єктів нерухомого майна, будівництво яких здійснювалося через ФФБ,

Ситуацію ускладнюється тим, що ні у Законі про ФФБ, ні в Правилах ФФБ, ні в договорі про участь в ФФБ чітко не встановлено – хто і яким чином несе відповідальність перед довірителем за несвоєчасне введення об'єкта в експлуатацію. Вважаю це недоліком Закону про ФФБ.

3. Законом про ФФБ визначено, що договір про участь в ФФБ укладається між довірителем і фінансовою установою . Тому саме договором між довірителем та фінансовою установою (банком) мають бути врегульованні всі питання, які пов'язані з відповідальністю сторін, а, найголовніше, мають бути гарантії щодо повернення довірителю його коштів і відповідальності фінансової установи за ті дії, які повинні виконуватися забудовником. За відсутності прямої норми законодавства, що встановлюють таку вимо-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

гу, гарантії повернення грошових коштів довірителю є примарними, так як жодна фінансова установа не візьме на себе відповідальність за дії забудовника.

Тому потрібно включити до Закону про ФФБ норму, яка б передбачала відповідальність фінансової установи перед довірителем не залежно від платоспроможності забудовника.

4. Оформлення права власності на нежитлові приміщення здійснюється

довірителем самостійно та за свій рахунок на підставі документів, отриманих від забудовника.

Але реалізувати це права буде складено. Так як, як відносно нерухомого майна Законом про ФФБ не зазначено на підставі яких документів і хто оформлює право власності на нежитлові приміщення.

Такий недолік Закону про ФФБ можливо було б усунути шляхом внесення змін до ст.19 цього закону, визначивши хто оформлює право власності довірителя і на підставі яких документів, як це зроблено в ст.19 цього Закону відносно житлових об'єктів нерухомого майна.

5. Діюче законодавство в галузі ФФБ не захищає права довірителя на повернення коштів з ФФБ при порушенні фінансовою установою умов договору. Навпаки створює передумови для уникнення відповідальності фінансової установи перед довірителем.

Наприклад, згідно ст. 7 Закону про ФФБ управитель ФФБ має право використовувати вільні кошти, які знаходяться на поточних рахунках фонду і тимчасово не передані на фінансування будівництва, при здійсненні банківських операцій при цьому він несе відповідальність за їх збереження власними коштами. В той же час, відповідно до п.3 ч.16 ст. 11 Закону про ФФБ управитель (фінансова установа) не несе відповідальності власним майном за виплату коштів довірителю ФФБ у разі його відмови від участі у ФФБ виду А.

Статтею 20 Закону про ФФБ взагалі забороняє управителям (фінансовим установам) використовувати власні кошти в розрахунках з довірителем, який виходить з фонду. В світі цієї норми втрачає сенс, вимог гати, щоб статутний капітал управителя складав не менше 1 млн. євро і був сформований коштами.

Таким чином всі ризики і збитки, перекладено на довірителя – покупця житла.

Умови дійсності кредитних договорів в іноземній валюті

Голубєва В. М.

Останнім часом в провадженні судів було порушено ціла низка справ про визнання договорів кредиту недійсним, на підставі то-

го, що при укладанні кредит був виданий у іноземній валюті, а не в грошовій одиниці – гривні, що на думку позивачів є порушенням діючого законодавства, та підставою визнання недійсними договорів кредиту.

Статтею 192 ЦК передбачено, що законним платіжним засобом, обов'язковим до приймання за номінальною вартістю на всій території України, є грошова одиниця України - гривня. Іноземна валюта може використовуватися в Україні у випадках і в порядку, встановлених законом. Відповідно до пункту 1 ст. 524 ЦК зобов'язання має бути виражене у грошовій одиниці України – гривні. Сторони можуть визначити грошовий еквівалент зобов'язання в іноземній валюті.

Статтею 5 Декрету Кабінету Міністрів України "Про систему валютного регулювання і валютного контролю" (надалі - Декрет) передбачено, що Національний банк України видає індивідуальні та генеральні ліцензії на здійснення валютних операцій, які підпадають під режим ліцензування згідно з цим Декретом. Генеральні ліцензії видаються комерційним банкам та іншим фінансовим установам України, національному оператору поштового зв'язку на здійснення валютних операцій, що не потребують індивідуальної ліцензії, на весь період дії режиму валютного регулювання.

Індивідуальні ліцензії видаються резидентам і нерезидентам на здійснення разової валютної операції на період, необхідний для здійснення такої операції. Індивідуальної ліцензії потребують такі операції. Відповідно до ст. 5 Декрету індивідуальної ліцензії потребують, в тому числі, операції щодо: надання і одержання резидентами кредитів в іноземній валюті, якщо терміни і суми таких кредитів перевищують встановлені законодавством межі; використання іноземної валюти на території України як засобу платежу або як застави.

Вважаю за необхідне зазначити наступне. ЦК містить вичерпний перелік підстав для визнання угоди недійсною. Згідно ст. 202 ЦК правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Двостороннім правочином є погодження двох сторін. Згідно ст. 203 ЦК зміст правочину не може суперечити цьому кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства. Також ст. 203 ЦК містить загальні вимоги, додержання яких є необхідним для чинності правочину, зокрема: особа, яка вчиняє правочин, повинна мати необхідний обсяг цивільної дієздатності; волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі; правочин має вчинитися у формі, встановленій законом; правочин має бути спрямований на реальне настання правових наслідків, що обумовлені ним.

Принцип презумпції правомірності правочинів поширюється на всі дії, яким притаманні наступні ознаки: має місце вільне волеви-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

явлення учасників правочину, волевиявлення сторін не суперечить положенням актів чинного цивільного законодавства, сторонами правовідносин є суб'єкти цивільного права, дії сторін направлені на встановлення, зміну, припинення цивільних прав та обов'язків. Згідно ч.1 ст. 19 Конституції України правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством.

Статтею 1054 ЦК передбачено, що за кредитним договором банк зобов'язується надати грошові кошти позичальникові у розмірі та на умовах, встановлених договором, а позичальник зобов'язується повернути кредит та сплатити проценти.

Статтею 55 Закону України «Про банки і банківську діяльність» встановлено, що відносини банку з клієнтом регулюються законодавством України, нормативно-правовими актами Національного банку України та угодами (договором) між клієнтом та банком. Поняття «кредит» має широке значення і включає різні за юридичною природою правовідносини, об'єктом яких є передача на певний строк однією особою іншій коштів у грошовій чи в натуральній формі за умови платності і повернення[1, с.226]. Відповідно до ст. 2 Закону України "Про банки і банківську діяльність" кошти – гроші у національній або іноземній валюті чи їх еквівалент.

Згідно зі статтею 345 ГК кредитні операції банків полягають у розміщенні від свого імені, на власних умовах та на власний ризик залучених коштів юридичних осіб та громадян. Кредитними визнаються банківські операції, визначені як такі Законом про банки.

Статті 47 та 49 зазначеного Закону визначають операції банків із розміщення залучених коштів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик як ***кредитні операції, незалежно від виду валюти, яка використовується. Вказані операції здійснюються на підставі банківської ліцензії.***

При цьому, з урахуванням особливостей діяльності банківських установ в умовах фінансової кризи, Національний банк України Постановою Правління Національного банку України від 01.12.2009 року № 406 "Про затвердження змін до Положення про порядок формування та використання резерву для відшкодування можливих витрат за кредитними операціями банків" посилив вимоги щодо формування банками спеціальних резервів за кредитами, наданими позичальникам в іноземній валюті.

З вищевикладеного вбачається, що уповноважені банки на підставі банківської ліцензії та письмового дозволу на здійснення операцій з валютними цінностями мають право здійснювати операції з надання кредитів в іноземній валюті.

Щодо вимог підпункту "в" пункту 4 статті 5 Декрету, який передбачає наявність індивідуальної ліцензії на надання і одержання резидентами кредитів в іноземній валюті, якщо терміни і суми таких кредитів перевищують встановлені законодавством межі, повідомляємо. На сьогодні законодавець не визначив межі термі-

нів і сум надання/одержання кредитів в іноземній валюті. Таким чином, операція з надання банками кредитів в іноземній валюті не потребує індивідуальної ліцензії (Лист НБУ від 07.12.2009 р. N 13-210/7871-22612).

18.11.2009 у Вищому господарському суді України відбулося судове засідання за касаційною скаргою Публічного акціонерного товариства ВТБ Банк на постанову Донецького апеляційного господарського суду від 14.09.2009 про залишення в силі рішення Господарського суду Донецької області про задоволення позову клієнта ВТБ Банку про визнання недійсними договору кредитування в іноземній валюті (долари США), договору застави майнових прав та іпотечного договору.

Національним банком України була подана касаційна скарга на попередні рішення судів першої та апеляційної інстанцій, якими було визнанано недійсними договір кредитування, договір застави майнових прав та іпотечний договір, в порядку ст. 107 ГПК, оскільки НБУ є особою, щодо якої суд прийняв рішення, що стосується його прав та обов'язків України, але не залучив його до участі у справі. За результатами розгляду Вищим господарським судом України касаційна скарга Національного банку України була задоволена, попередні рішення суду скасовані, а справу повернуто у першу інстанцію на новий розгляд (Постанова ВГСУ №9/70 від 18.11.09).

Таким чином, на сьогодні відсутні рішення суду, які б визнавали незаконність надання банками кредитів в іноземній валюті та у зв'язку з цим недійсність договорів кредитування в іноземній валюті.

Використана література: 1. Закон України «Про банки і банківську діяльність». Науково-практичний коментар/ за загальною редакцією Голови НБУ В.С. Стельмаха. Київ, 2006.

Характеристика корпоративного інвестиційного фонду як юридичної особи за законодавством України

Сущ О. П.

Законом України «Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)» (далі – Закон) [2] визначено два види інститутів спільного інвестування, які, у залежності від виду організаційно – правової форми, поділяються на корпоративні інвестиційні фонди (далі-КІФи) та пайові інвестиційні фонди (далі-ПІФи). Проте статус юридичної особи набувають лише КІФи, оскільки вони відповідно до ст.7 Закону створюються у формі публічного акціонерного товариства (далі-ПАТ) і провадять виключно діяльність із спільного інвестування. У свою чергу ПІФи, відповідно до Закону, є сукупністю активів, що належать компанії з управління активами (далі-КУА), тобто статус юридичної особи не набувають.

Оскільки КІФ утворюється у формі ПАТ, тобто є юридичною особою, його ознаками є: організаційна єдність, майнова самостій-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

ність, здатність брати участь у цивільному обігу від свого імені та відповідати за взятими на себе зобов'язаннями, бути позивачем або відповідачем у суді. Розглянемо детальніше основні ознаки, що характеризують КІФі відображають специфіку його діяльності:

1. Ознака організаційної єдності полягає у визначенні цілей і завдань КІФу, у встановленні його внутрішньої структури, компетенції органів та порядку їх функціонування. У ст. 14 Закону закріплено, що органами КІФу є загальні збори акціонерів та наглядова рада. Вищим органом КІФу, відповідно до ст 15 Закону, є загальні збори акціонерів, до компетенції яких, крім питань, встановлених законодавством з питань діяльності АТ, належить: затвердження укладених договорів з КУА, затвердження рішень про розірвання договорів з КУА та затвердження змін до регламенту.

Звернемо увагу, що формування наглядової ради КІФу також має певні особливості. Так, до означених особливостей можемо віднести склад наглядової ради КІФу, який визначається його статутом. Члени наглядової ради обираються загальними зборами акціонерів КІФу. Також Законом чітко встановлено перелік осіб, які не можуть бути членами наглядової ради КІФу. Так, ч.ч.2, 3 ст. 18 Закону закріплює, що представники КУА, торговці цінними паперами, які обслуговують КІФ, їх пов'язані особи не можуть бути членами наглядової ради КІФу. До складу наглядової ради КІФу не можуть входити представники зберігача, реєстратора, аудитора (аудиторської фірми), незалежного оцінювача майна КІФу та пов'язаних з ними осіб. Відповідно до ст.19 Закону наглядова рада КІФ забезпечує контроль за належним виконанням умов договорів з КУА фонду. Таким чином органи управління КІФу діють відповідно до статуту в організаційній єдності і взаємоузгоджено для досягнення спільної мети. КІФ на відміну від органів управління звичайного АТ не має виконавчого органу – його діяльністю на підставі договору про управління активами керує КУА, яка має статус професійного учасника фондового ринку і отримує ліцензію на управління активами інститутів спільного інвестування, тобто, фактично, здійснює функції виконавчого органу КІФу. Отже, структура органів управління КІФу є «дволанковою», проте це не означає перевагу КУА над органами управління КІФу – вони діють в організаційній єдності для досягнення спільної мети;

2. КІФ має відокремлене майно, тобто майно, що є внеском до статутного капіталуі враховується окремо від майна засновників, акціонерів чи інвесторів. Наявність майна КІФу є основною гарантією виконання майнових зобов'язань перед кредиторами. Отже, відокремленість майна виражається, по – перше, у тому що майно належить фонду на праві власності та відокремлене від майна акціонерів, інших юридичних осіб чи держави (ст.115 ЦК) [1]. По – друге, майнова відокремленість КІФу проявляється через самостійність балансу.

3. КІФ набуває цивільну правоздатність та дієздатність (право-

суб'єктність) з моменту реєстрації у реєстрі ІСІ. За загальним правилом, дієздатність юридичної особи проявляється у тому, що юридична особа набуває цивільних прав та обов'язків і здійснює їх через свої органи, які діють відповідно з установчими документами і законом (ч.1 ст. 92 ЦК) [1]. З аналізу зазначеної статті вбачаємо, що КІФ самостійно виступає у правовідносинах від свого імені, здобуває майнові та особисті немайнові права та юридичні обов'язки, самостійно несе майнову відповідальність за своїми зобов'язаннями. КІФ не відповідає за зобов'язаннями держави, а держава не відповідає за зобов'язаннями КІФ. У правовідносинах КІФ виступає через свої органи – загальні збори та наглядову раду. У відносинах з третіми особами від імені і в інтересах КІФу виступає КУА на підставі договору про управління активами;

Крім того, особливостями КІФу на відміну від інших інституційних інвесторів є: 1) КІФ - ПАТ частка держави у статутному фонді якого не повинна перевищувати 25 відсотків (ст.8 Закону), 2) КІФ може провадити свою діяльність, якщо 60 або більше відсотків середньорічної вартості активів, що належать йому на праві власності, вкладені в корпоративні права, цінні папери та нерухомість (ст.11 Закону); 3) цінними паперами, емітентом яких виступає КІФ, можуть бути тільки прості іменні акції (ст.13 Закону) Отже, КІФу притаманні ознаки юридичної особи, проте він має певні особливі ознаки, які не притаманні, за загальним правилом, усім юридичним особам та дозволяють індивідуалізувати його серед професійних учасників ринку цінних паперів та інституційних інвесторів.

Список літератури: 1. Цивільний Кодекс України: за станом на 15 квітня 2009 р. // Офіційний вісник України. – 2003. - №11. – 28.03.2003. – Ст.461. 2. Закон України «Про інститути спільного інвестування (корпоративні та пайові інвестиційні фонди)» від 15 березня 2001 № 2299 - III//Відомості Верховної Ради України. – 2001. -№ 21. –Ст.103.

Підходи до розуміння поняття «об'єкти цивільних прав»

Водяхін С. А.

З розвитком суспільних відносин як відносин приватних ряд об'єктів та особливості прояву прав на них перестали відповідати потребам практики. Це стимулювало наукові розвідки у іншому напрямку зокрема щодо розширення кола об'єктів цивільних прав. Як вказав О.С. Іоффе на початку XX ст. появилась теорія множинності правових об'єктів, авторами якої вважаються Е.Беккер, Дж. Барон. Вони як об'єкти цивільних прав розглядали різноманітні правові явища не лише зовнішнього але і внутрішнього світу людини, в тім числі й саму людину [1, с.75]. Їх об'єктом є не все різноманіття підкорених людині зовнішніх проявів, а лише її визначену і єдину групу, на яку поширюється дія суб'єктивних прав. Множинність об'єктів характерна для деяких

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

зобов'язань, зокрема для договору підряду де ним є сама річ та дії підрядника, або у змішаних зобов'язаннях.

Теорія об'єкта дії, як вважається, була розроблена Я.М. Магазінером, заснована на низці силогізмів, зокрема тому, що правовідносини виникають тільки між людьми і не можуть виникати між людиною та річчю. За того ставлення до об'єкта як до свого чи чужого здавалось би полишене сенсу. Але ці відносини виникають стосовно дії (бездіяльності) людини стосовно речі. Таким чином, об'єктами права є не матеріальні об'єкти, а лише дії стосовно речей [2 ,с.65-78], а права на них учасників правовідносин, які уточняються в залежності від особливостей об'єкта права. Звідси об'єктом права є дія або бездіяльність учасника цивільних правовідносин. Такий підхід має право на існування якби законодавець не встановлював вимоги до об'єкта права, зокрема стандарти, технічні умови, умови цивільного обороту (ст.178 ЦК), наслідки приналежності об'єкта.

О.С. Іоффе в широкому аспекті вважав об'єктом цивільних прав є те, на що спрямоване чи впливає суб'єктивне цивільне право та цивільно-правовий обов'язок і загальним об'єктом визнавав фактичне цивільне правовідношення, а спеціальним чи предметом речі та продукти духовної творчості [1, с.82], що є більш конструктивним і функціональним та враховує диспозитивність цивільного права. Проте й він не полишений певних недоліків: безоб'єктних правовідносин не буває і кожне правовідношення, навіть ідеальне, повинне мати свій об'єкт.

Я.М. Магазінер запропонував розрізняти матеріальний та юридичний об'єкти цивільного правовідношення: матеріальний – матеріальні об'єкти так і нематеріальні [3, с.65]; юридичний – дії зобов'язальної особи у відносному правовідношенні чи дії всіх зобов'язальних осіб в абсолютному правовідношенні. Тим, як видається, було вдало задіяно всі елементи правовідношення і зв'язок між ними. Зокрема, об'єкт опинився у центрі можливих чи реальних суб'єктивних прав чи охоронюваних законом інтересів учасників правовідносин що надало можливість в нормах права моделювати вимоги до нього чи через властивості, чи через загальні і спеціальні ознаки охороноспроможності, як це визначено для об'єктів права інтелектуальної власності, чи формалізацію за легальними та функціональними ознаками як це проводиться стосовно цінних паперів.

Тут спостерігається ототожнення термінів «об'єкт права» та «об'єкт правовідносин». У свій час Р.Й. Халфіна справедливо вказувала, що стосується застосування термінів «об'єкт права» і «об'єкт правовідношення», то тут спостерігається зворотне положення: одне і теж поняття позначається двома термінами. Оскільки... суб'єктивне право – завжди елемент правовідношення, поняття «об'єкт права» і поняття «об'єкт правовідношення» фактично збігаються [4, с.212]. Сучасні дослідники вважають що

об’єкт суб’єктивного права та об’єкт суб’єктивного зобов’язання, що забезпечує здійснення права щодо об’єкта співпадають як об’єкт правовідносин [5 , с.85].

Сенчищев В.І. стверджує, що при вирішенні питання про тотожність понять «об'єкт цивільного правовідношення» і «об'єкт цивільних прав» варто виходити з того, що цивільне правовідношення як суспільні відносини, що врегульовані правом не може мати як об'єкт свого впливу таке явище, що не є «об'єктом цивільних прав». Отже, в істотній своїй частині зміст понять «об'єкт цивільних прав» і «об'єкт цивільного правовідношення» якщо не є тотожним, то, принаймні, не повинні один одному суперечити стосовно аналізу конкретного цивільного правовідношення, оскільки «щось», що не є об'єктом цивільних прав, мабуть, не може бути об'єктом цивільного правовідношення, і навпаки [6, с.111-112]. Такий підхід, на наш погляд, є досить прийнятним як із теоретичного так і практичного спрямування.

Можна погодитися з В.А. Лапачем, що мабуть, найбільше послідовно цю точку зору в даний час відстоює Є.О. Суханов [7, с.110]. Він відзначає, що об'єктом правового регулювання може бути тільки поведінка людей (їх діяльність), а не самі по собі явища навколишньої дійсності, наприклад, речі чи результати творчої діяльності. Тому вважається, що саме поведінка і складає об'єкт цивільних правовідносин, тоді як речі, інші матеріальні і нематеріальні блага, у свою чергу, складають об'єкт (чи предмет) відповідної поведінки учасників (суб'єктів) правовідносин. На цьому ґрунтуються традиційні спроби розмежування понять «об'єкт цивільного правовідношення» і «об'єкт цивільних прав» (під яким розуміють матеріальні чи нематеріальні блага). Однак, як вважає Є.О. Суханов, такі блага стають об'єктами не тільки прав, але й обов'язків, що у сукупності саме і складають зміст правовідносин. Таким чином, категорія об'єкта цивільних прав збігається з поняттям об'єкта цивільних правовідносин (або поняття об'єкта цивільних прав варто визнати умовним і дуже неточним). У дійсності поведінку учасників правовідносин неможливо розглядати ізольовано від тих об'єктів, із приводу яких вони здійснюються, тому що така поведінка ніколи не є безпредметною і безцільною [8, с.294-295].

В.І.Сенщев вважає, що необхідно визнавати тотожність понять «об’єкти цивільних прав» «об’єкти суб’єктивних прав», «об’єкти правового регулювання» та об’єкти «цивільного правовідношення» у частині їх «поза правової» складової і відмінність цих об’єктів у частині правової складової [6, с.153-154]. Як на наш погляд такий підхід заснований на правовій еквілібристиці: 1) немає сенсу в праві говорити про якій не правові складові стосовно об’єктів, які знаходяться поза правовим регулюванням – навіть якщо такі об’єкти прямо не вказані в актах чинного законодавства, вони стають такими якщо стосовно них виникають суб’єктивні права

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

чи охоронювані законом інтереси; 2) об'єкт цивільних прав – елемент цивільного правовідношення і поза цим стверджувати про щось інше недалекоглядно; 3) навіть при певному абстрагуванні від правовідносин та при дотриманні концепції Кельзена про чисте право слід зважати на підходи до правового регулювання суспільних відносин; 4) якщо немає об'єкта прав то і нема цивільних правовідносин; 5) намагання провести штучне розмежування зазначених категорій привносить ускладнення та приводить до засмічення чітких та зрозумілих правових конструкцій .

Досить поширена є теорія об'єкти цивільних прав – правової поведінки суб'єктів, якої притримується Ю.І. Чалий [9, с.81].

В той же час, як на наш погляд, теорія об'єкта – дії має й негативні сторони. Це стосується того, за такої конструкції у класичній структурі правовідносин (суб'єкт, об'єкт та зміст) практично об'єкт та зміст правовідносин повинен б співпадати. Іншими словами, юридично значима поведінка суб'єкта, що виражається через наявні в нього суб'єктивні права та юридичні обов'язки поглинається по суті об'єктом правовідносин. Тим вона є досить вразливою і, на наш погляд, не може нами бути використана як висхідна для проведення дослідження феномену документів як об'єктів цивільних прав. Уже сама його назва свідчить про те, що ми схиляємося до більш прагматичного розуміння об'єкта цивільних прав.

Стандартизувати дії сторін можна лише в рамках запропонованого поняття модус виконання внаслідок диспозитивного правового регулювання договірних відносин значно складніше ніж через встановлення вимог щодо матеріальних та нематеріальних об'єктів. Вони більше піддаються універсалізації ніж дії з виконання договорів.

Категорія «об'єкт цивільних правовідносин» розглядається найчастіше як елемент цивільних правовідносин взагалі. У юридичній літературі переважає підхід, що безоб'єктних правовідносин не існує. Об'єкти цивільного права характеризуються такими основними рисами: формалізовані цивільним законодавством, визначені їх конститутивні ознаки, правові наслідки володіння такими об'єктами, встановлені гарантії для суб'єктів, визначені вимоги до таких об'єктів при введені їх в цивільний оборот, визначені форми та способи захисту суб'єктивних прав, встановлені певні обмеження на окремі об'єкти цивільних прав. Для деяких об'єктів цивільних прав встановлено правовий режим. Найбільш універсальним є підхід за якого, об'єктами цивільних прав є матеріальні і нематеріальні блага, що мають свої ознаки або властивості із приводу яких суб'єкти вступають у цивільні правовідносини.

Використана література: 1. Иоффе О.С. Правоотношение по советскому гражданскому праву. Л.: Изд-во ЛУ, 1949, 2) Магазинер Я.М. Объект права. В кн.: Очерки по гражданскому праву. – Л.:: 1957, 3) Магазинер Я.М. Объект права. В кн.: Очерки по гражданскому праву. – Л.: 1957, -4. Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. – М.: Юрид. лит., 1974. 5) Томаров И.Е. К вопросу о природе и системе обектов гражданських правоотношений и обектов интеллектального правоотношения // Альманах цивилистики : Сборник статей. Віп. 2 / Под ред. Майданика Р.А. – К.: Алерта : КНТ; Центр учебной літе-

ратурі, 2009.- С.78-95., 6) Сенчищев В. И. Объект гражданского правоотношения. Общее понятие //Актуальные проблемы гражданского права / Под ред. М.И. Брагинского; Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права. – М.: Изд-во «Статут», 1998. ,7) Лапач В.А. Система объектов гражданских прав: Теория и судебная практика. – СПб.: Изд-во «Юридич. центр Пресс», 2002. , 8) Гражданское право: В 2т. Т.1: Учебник / Отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. - М., 2000. – (9 Чалий Ю.І. Категорія «об'єкт права» у цивілістичній доктрині та законодавстві. / Ю.І.Чалий // Обєкти цивільного права //Збірка доповідей та тез повідомлень на засіданнях круглого столу (16-17 жовтня 2009 року, м. Сімферополь), КрЮІ ОДУВС, ОДУВС, НУДПС України. м. Сімферополь. – 2009. -94 с.

Про виникнення цивільно-правової відповідальності нотаріуса за порушення таємниці вчинюваних нотаріальних дій

Хімченко С. В.

Порядок надання інформації нотаріусом чітко регламентований у ст. 8 Закону про нотаріат, відповідно до якої нотаріуси та інші посадові особи, які вчиняють нотаріальні дії, зобов'язані додержувати таємниці здійснення цих дій. Очевидно, таємниця вчинюваних нотаріальних дій полягає у тому, що по-перше, довідки та документи про вчинення нотаріальної дії видаються лише громадянам та юридичним особам, за дорученням яких або щодо яких вчинялися нотаріальні дії. По-друге, ніхто з сторонніх осіб не повинен спостерігати за ходом нотаріальної процедури. Цю вимогу нотаріус зобов'язаний виконувати незалежно від того, здійснює він нотаріальну дію в приміщенні контори чи за її межами. Обов'язок додержання таємниці поширюється не лише на довідки та документи, але й на усні і письмові пояснення осіб, які знайомі з нотаріальними діями[1]. Такі пояснення можуть бути надані тільки визначеним у законі органам, передусім - правоохоронним. Варто погодитися з В.М.Марченком, що вимога додержання таємниці поширюється не тільки на зміст нотаріальних дій, а й на факт звернення з проханням на їх здійснення[2]. Отже, цивільна відповідальність нотаріуса з відшкодуванням відповідної шкоди, що виникла у зв'язку з порушенням таємниці вчинення нотаріальних дій може наступати у таких випадках. По-перше, якщо шкода виникла через недодержання таємниці вчинення нотаріальних дій через незаконне надання третім особам відомостей про зміст вчиненої нотаріальної дії. По-друге, якщо шкода виникла через недодержання таємниці вчинення нотаріальної дії про факт звернення з проханням на її здійснення. В кожному з названих випадків має бути доведеним не лише факт розголошення таємниці вчинення нотаріальних дій, але й

[1] Марченко В. Таємниця здійснення нотаріальних дій. Відповідальність за її порушення. // Юридичний журнал. – 2002. - №1. – с. 34.

[2] Марченко В. Таємниця здійснення нотаріальних дій. Відповідальність за її порушення. // Юридичний журнал. – 2002. - №1. – с. 35.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

факт наявності матеріальної чи моральної шкоди, завданою розголошенням таємниці вчинення нотаріальних дій.

Під фактом порушення таємниці вчинення нотаріальних дій через незаконне надання третім особам відомостей про зміст вчиненої нотаріальної дії слід розуміти надання особам, що не мають право на одержання цих відомостей: а) виписок з реєстру вчинюваних нотаріальних дій, оскільки цей реєстр має особливий (закритий) режим використання; б) копій документів щодо вчинюваної нотаріальної дії; в) довідок чи пояснень про вчинювану нотаріальну дію в письмовій чи усній формі.

Суб'єктом порушення таємниці вчинення нотаріальних дій, що веде до цивільної відповідальності нотаріуса є нотаріус та інші особи, що мають доступ до відомостей, які складають цю таємницю. Це можуть бути працівники нотаріальної контори, перш за все помічник нотаріуса, стажер нотаріуса, консультант нотаріуса. Адже саме ці особи передусім мають доступ до відомостей, які складають таємницю вчинення нотаріальних дій. При цьому відповідальність первісно покладається на нотаріуса. Втім, у порядку регресу нотаріус вправі стягнути з особи, яка безпосередньо винна у спричиненні шкоди через розголошення таємниці вчинення нотаріальних дій, якщо буде встановлено, що вказана шкода настала через дії працівників нотаріуса (нотаріальної контори).

Посвідчення заповітів посадовими особами органів місцевого самоврядування

Нагорна А. О.

Вся хода розвитку людської цивілізації свідчить, що зростання уваги до правового регулювання спадкування за заповітом є одним з наслідків розвитку особистості. Чим більше суспільство та держава готові сприймати людину як особистість, яка сама визначає свої вчинки та їх наслідки, тим більше уваги спадкуванню за заповітом приділяє чинне в цьому суспільстві право [1, 166-172].

Для спадкування за заповітом існують характерні особливості. Окрім загальних особливостей які передбачені у ЦК, особливу увагу хотілось би приділити основним аспектам саме процедурі посвідчення заповітів, а особливо посвідчення заповітів посадовими, службовими особами органів місцевого самоврядування. Ст. 1253 ЦК передбачає, якщо у населеному пункті немає нотаріуса, заповіт, крім секретного, може бути посвідчений уповноваженою на це посадовою, службовою особою відповідного органу місцевого самоврядування.

Посадова особа місцевого самоврядування – особа, яка працює в органах місцевого самоврядування, має відповідні посадові повноваження у здійсненні організаційно-розпорядчих та консуль-

тативно-дорадчих функцій і отримує заробітну плату за рахунок місцевого бюджету [2].

На нашу думку, вірним рішенням законодавця є те, що прийнято окремий нормативно-правовий акт – Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій посадовими особами виконавчих комітетів сільських, селищних, міських Рад народних депутатів України від 25.08.1994 р. №22/5., яка регулює усі аспекти посвідчення заповітів такими посадовими особами.

При посвідченні заповітів такі особи мають керуватися Інструкцією про порядок вчинення нотаріальних дій посадовими особами виконавчих комітетів сільських, селищних, міських Рад народних депутатів, затвердженою наказом Міністерства юстиції України від 25 серпня 1994 р. № 22/5, із змінами, внесеними згідно з наказами Мін'юсту від 27 травня 1997 р. № 41/5, від 9 червня 1999 р. № 31/5, від 7 квітня 2005 р. № 33/5.

Як уже зазначалося, виконкоми сільських, селищних і міських рад мають право вчиняти деякі найбільш поширені й нескладні нотаріальні дії, якщо в місцевості немає нотаріусів. Це зручно для місцевого населення, бо звільняє його від поїздок до міст і районних центрів; надання виконкомам повноважень вчиняти певні нотаріальні дії є доцільним з огляду на специфіку цих дій. Посадові особи виконкомів місцевих рад можуть посвідчувати односторонні правочини — заповіти й доручення, засвідчують справжність копій документів і виписок з них, засвідчують справжність підпису на документах тощо. Вчинення цих нотаріальних дій у багатьох випадках може бути терміновим, коли зволікати не можна.

На жаль, нині громадяни які проживають у сільській та селищній місцевості мають досить низький рівень правових знань, зокрема і щодо питань вчинення нотаріальних дій. Через це люди не мають змоги в повному обсязі користуватися своїми правами, а у випадку їх порушення — відстоювати свої інтереси. Вважаючи, що не має нотаріусу – не має й можливості на вчинення нотаріальних дій, які інколи є необхідними у буденному житі.

На теперішній час, згідно Контрольного доручення Міністерства юстиції України від 25.03.09 р. «Щодо проведення навчання для посадових осіб сільських, селищних, міських Рад» державні нотаріуси в областях повинні надавати допомогу посадовим особам сільських, селищних, міських Рад у галузі права. І відповідно нотаріуси звітують про проведену роботу перед Міністерством юстиції України.

Заповіти, що посвідчуються в нотаріальному порядку, подаються посадовій особі виконавчого комітету не менше, ніж у двох примірниках, один з яких залишається у виконавчому комітеті Ради народних депутатів.

Посадові особи виконавчих комітетів, зобов'язані роз'яснити громадянам зміст і значення поданих ними проектів заповітів і перевірити, чи відповідає їх зміст вимогам закону.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Посадова особа виконавчого комітету посвідчує заповіти дієздатних громадян, складені відповідно до вимог ст. 124**7** ЦК і особисто подані ними посадовій особі виконавчого комітету. При з'ясуванні дієздатності заповідача посадова особа виконавчого комітету вимагає документ, в якому вказано вік заповідача.

Якщо у посадової особи виконавчого комітету є підстави вважати, що заповідач внаслідок душевної хвороби або недоумства не може розуміти значення своїх дій або керуватися ними, чи внаслідок зловживання спиртними напоями або наркотичними речовинами ставлять свою сім'ю в тяжке матеріальне становище, а відомостей про визнання особи недієздатною або обмежено дієздатною немає, посадова особа виконавчого комітету відкладає посвідчення заповіту і з'ясовує, чи є рішення суду про визнання особи недієздатною чи обмежено дієздатною. Якщо таке рішення судом не виносилось, посадова особа виконавчого комітету повідомляє про своє припущення одну з осіб чи один з органів, вказаних у ст. 256 ЦПК, які можуть звернутися до суду з заявою про визнання особи недієздатною або обмежено дієздатною [3].

Якщо про невідповідність заповіту законові, стало відомо державній нотаріальній конторі, куди заповіт надійшов у відповідності зі статтею 40 Закону України „Про нотаріат", завідуючий державною нотаріальною конторою повідомляє про виявлені недоліки заповідача, посадову особу, які посвідчили заповіт, та державний нотаріальний архів, до якого заповіт, та державний нотаріальний архів, до якого заповіт передається на зберігання.

Про невідповідність заповіту законові повинно бути повідомлено заповідачу і посадовій особі, яка посвідчила заповіт, не пізніше наступного дня після одержання заповіту.

Заповіти, посвідчені посадовими особами виконавчих комітетів, записуються до алфавітної книги обліку заповітів. Заповідач може в будь-який час змінити або скасувати заповіт, подавши про це заяву до виконавчого комітету відповідної Ради народних депутатів.

У випадку одержання посадовою особою виконавчого комітету заяви про скасування чи зміну заповіту, так само як і одержання нового заповіту, який відміняє чи змінює раніше посвідчений заповіт, посадова особа виконавчого комітету робить про це відмітку в реєстрі для реєстрації нотаріальних дій, в алфавітній книзі обліку заповітів і відповідний напис на примірнику заповіту, який зберігається у виконавчому комітеті сільської, селищної, міської Ради народних депутатів.

Відомості про посвідчення посадовими особами заповітів підлягають обов'язковому внесенню до Спадкового реєстру у порядку, передбаченому Положенням про Спадковий реєстр.

Порівнюючи Інструкцію про порядок вчинення нотаріальних дій посадовими особами виконавчих комітетів сільських, селищних, міських Рад народних депутатів України з Постановою «Про

порядок посвідчення заповітів і доручень, прирівнюваних до нотаріально посвідчених», всі особи які посвідчують заповіти практично наділені рівним об'ємом прав та на них покладені одні й ті ж обов'язки. Безумовно існують і відповідні розбіжності.

Разом з тим слід відмітити, що Постанова «Про порядок посвідчення заповітів і доручень, прирівнюваних до нотаріально посвідчених», на відміну від Інструкції „Про порядок вчинення нотаріальних дій посадовими особами виконавчих комітетів сільських, селищних, міських Рад народних депутатів України" детально характеризує, що повинна зробити посадова особа, яка посвідчує заповіт, а саме: роз'яснити фізичним особам, від імені яких посвідчуються заповіти і довіреності, їх права і обов'язки, що випливають із заповітів; перевірити відповідність посвідчуваних заповітів вимогам закону і дійсним намірам осіб, що звернулися за їх посвідченням; попереджають про правові наслідки посвідчення заповітів; роз'яснюють порядок скасування та складення нового заповіту; складають у разі потреби проекти заповітів на усне прохання фізичних осіб; посвідчують заповіти на усне прохання фізичних осіб. Пояснити заповідачу його права: у будь-яку мить скасувати чи внести зміни до заповіту; заповісти усе своє майно або його частку, в тому числі предмети домашньої обстановки та вжитку; заповісти вклад, який зберігається у банку (фінансовій установі); заповісти майно одній або кільком особам - як тим, що входять, так і тим, що не входять до кола спадкоємців за законом, юридичним особам, а також державі; позбавити у заповіті права спадкоємства одного, кількох або всіх спадкоємців за законом; у разі складення заповіту на користь кількох спадкоємців, зазначити в яких частинах кожному з них заповідається майно.

Така деталізація була б особливо доцільна для Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій посадовими особами виконавчих комітетів сільських, селищних, міських Рад народних депутатів України, так як зазначені посадові особи, як правило, не мають юридичної освіти, а відповідно, не завжди можуть у повному обсязі пояснити заповідачу комплекс його прав та обов'язків, що на практиці призводить до виникненню спорів про визнання заповітів недійсних.

Список використаної літератури: 1. Васильченко, В.В. Спадкування за заповітом у новому Цивільному кодексі України [Текст]: ВВ Васильченко //Науковий вісник Юридичної академії Міністерства внутрішніх справ/. - 2005 . - № 1 . - С. 166-172; 2. Про місцеве самоврядування в Україні [Текст]: закон України від 23.12.2004 // Відомості Верховної Ради України , N 24. – ст.170); 3. Про порядок вчинення нотаріальних дій посадовими особами виконавчих комітетів сільських, селищних, міських Рад народних депутатів України [Текст]: інструкція КМУ від 25.08.1994 р. №22/5; 4. Цивільний кодекс України [Текст]: за станом на 15 січ. 2008 р. – Х.: Одіссей, 2008. – 423 с. – (Серія «Закони України»).

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Поняття пасажира – суб'єкта договору перевезення пасажира та багажу залізничним транспортом

Мінченко А. О.

1. Центральною фігурою відносин, пов'язаних з транспортним переміщенням населення, суб'єктом, для задоволення потреб якого здійснює свою діяльність транспорт – є пасажир. Головним чином Правила перевезення пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти залізничним транспортом України [1] (далі – Правила) розуміють під пасажиром суб'єкта, що перевозиться залізничним транспортом на підставі проїзного документа. Разом з тим, в деяких випадках пасажирами визнаються й особи, що проїзних документів не мають.

Пункт 1.7 Правил встановлює, що пасажиром є фізична особа, яка перевозиться залізничним транспортом на підставі проїзного документа, або є членом організованої групи осіб, яка проїздить на підставі групового проїзного документа. Ці особи вважаються пасажирами з моменту прибуття на вокзал для здійснення поїздки (чи пересадки на інший поїзд) до моменту завершення поїздки. Термін пасажир(и) застосовується також до осіб, що перебувають у пунктах продажу проїзних документів, пунктах обслуговування з метою скористатися послугами цих пунктів щодо проїзду залізничним транспортом, перевезення ручної поклажі, багажу, вантажобагажу, отримання довідки тощо.

Таким чином, Правила вважають пасажирами як осіб, що мають проїзні документи, так і осіб, які збираються здійснити поїздку, але ще не уклали договір перевезення. Тобто, українське транспортне законодавство до пасажирів відносить досить широке коло осіб.

2. Звертаючись до законодавства інших країн, можна констатувати, наприклад, що в Російській Федерації поняття пасажира має відмінне від українського значення. Статут залізничного транспорту РФ [2] визначає пасажиром особу, що здійснює поїздку в поїзді за дійсним проїзним документом (квитком) або що має проїзний документ (квиток) і знаходиться на території залізничної станції, залізничного вокзалу або пасажирської платформи безпосередньо перед вказаною поїздкою або безпосередньо після неї. Думається, таке визначення є більш вдалим та чітким. Розповсюдження статусу пасажира на усіх осіб, що не мають квитків, а лише знаходяться у пунктах продажу проїзних документів, пунктах обслуговування, навіть і з метою скористатися послугами цих пунктів не є доцільним. В кінці кінців, особа може і не досягти своєї мети перебування на вокзалі і не скористатися цими послугами через суб'єктивні чи об'єктивні причини та не придбати

проїзний квиток. В такому випадку, чи буде вона мати статус «пасажира», якщо залишить межі вокзалу? Звичайно, ні.

Не є пасажирами особи, що безпосередньо обслуговують потяги при їх переміщенні. Вони здійснюють свої обов'язки відповідно до трудового договору та їх проїзд оформлюється відповідними документами.

3. Деякі відмінні від поняття пасажира на залізничному транспорті риси можна віднайти і в Правилах повітряних перевезень пасажирів і багажу [3], які в розділі 3 містять таке визначення: «пасажиром є особа (за винятком членів екіпажу), що перевозиться повітряним судном за згодою перевізника згідно з договором перевезення». Дане визначення, що надається повітряним законодавством носить конкретний не розмитий характер: визнає пасажирами лише тих осіб, що уклали договір перевезення. Разом з тим, думається, вказування на те, що члени екіпажу не є пасажирами є зайвим, адже вони здійснюють свою діяльність відповідно до трудового договору чи контракту та не укладають із транспортною організацією договору перевезення.

4. Не дивлячись на численність досліджень в області перевезень залізничним транспортом (особливо в дореволюційний та радянський період), їх автори дослідженню питання про те, кого слід вважати пасажиром не завжди приділяли достатньо уваги. Ті ж науковці, що торкалися в своїх працях поняття «пасажир», обмежувалися лише коротким визначенням.

Так, зокрема, М.О. Тарасов вважав пасажиром особу, яка перевозиться в вагоні, на судні, в автомобілі, на літаку, що не входить до складу службового персоналу (екіпажу) даного транспортного засобу та має проїзний квиток [4, с.124]. Схоже визначення дає і О.М. Балабанов, на думку якого, пасажиром є фізична особа, яка відповідно до договору перевезення перевозиться в пункт призначення [5, с.169]. Втім, думається, таке поняття пасажира можна застосовувати лише в тому разі, якщо договір перевезення пасажира укладається безпосередньо в транспортному засобі, тобто з моменту входу особи до нього. Проте, такі випадки є скоріше виключенням із загального правила ніж правилом. В основному договір перевезення пасажира укладається в момент придбання квитка і вже з цього моменту пасажир набуває ряд прав та пільг, що надаються пасажирам.

Проте, все ж таки більшість визначень пасажира вказують на необхідність наявності у пасажира проїзного квитка. Так, зокрема, В.І. Троєгубов зазначав, що пасажиром слід вважати особу, яка має проїзний квиток [6, с.46]. Таким чином, формулюючи визначення пасажира, він взагалі відкидає всі інші його ознаки. За діючим законодавством України проїзний квиток і дійсно підтверджує укладення договору перевезення пасажира і для визнання особи пасажиром, як правило, наявність квитка є необхідною умовою, втім, з цього правила є певні виключення. Як вдало за-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

значав Б.В. Покровський «поняття пасажира, як особи, що не тільки має квиток, а й особи, яка здійснює поїздку без квитка (безквиткові пасажири) міцно увійшло в наше законодавство та в буденний ужиток. Таке розуміння терміну «пасажир» відповідає й граматичному розумінню цього слова» [7, с.122]. Так, зокрема, словник С.І. Ожегова під поняттям «пасажир» має на увазі людину, яка здійснює поїздку на поїзді, пароплаві чи іншому виді транспорту [8].

5. Таким чином, можна сформулювати основні ключові характерні риси, яким має відповідати поняття «пасажира» як суб'єкта договору перевезення пасажира та багажу залізничним транспортом: пасажиром є фізична особа, яка перевозиться залізничним транспортом на підставі проїзного документа; пасажиром є фізична особа, яка є членом організованої групи осіб, яка проїздить на підставі групового проїзного документа; пасажиром є фізична особа, що має проїзний документ і знаходиться на території вокзалу безпосередньо перед вказаною поїздкою або безпосередньо після неї.

6. На підставі здійсненого дослідження, можна запропонувати наступне визначення пасажира – суб'єкта договору перевезення пасажира та багажу залізничним транспортом: *пасажиром* є фізична особа, яка перевозиться залізничним транспортом на підставі проїзного документа, або є членом організованої групи осіб, та проїздить на підставі групового проїзного документа, або що має проїзний документ і знаходиться на території вокзалу безпосередньо перед вказаною поїздкою або безпосередньо після неї.

Дане визначення повинне бути внесене в Правила перевезення пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти залізничним транспортом України в розділ, що роз'яснює терміни.

Використана література: 1. Про затвердження Правил перевезення пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти залізничним транспортом України: Наказ Міністерства транспорту та зв'язку від 27 грудня 2006 року № 1196 // Офіційний Вісник України. – 2007. - №26. Ст. 1065; **2.** Устав железнодорожного транспорта Российской Федерации: Федеральный закон от 10 января 2003 г. N 18-ФЗ; **3.** Про затвердження Правил повітряних перевезень пасажирів і багажу: Наказ Державної служби України з нагляду за забезпеченням безпеки авіації від 14.03.2006 N 187 // Офіційний Вісник України 2006, 25 від 05.07.2006, ст. 1841; **4.** М.А. Тарасов Договор перевозки по советскому праву. – М.: Водтрансиздат, 1954. – 179 с. – Библиогр.: с. 176 – 178; **5.** Советское морское право. Учебник / Под ред.: Мешера В.Ф. – М.: Транспорт, 1980. – 287 с.; **6.** Троегубов В.И. Транспортное право. – М.: Транспорт, 1975. – 120 с.; **7.** Покровский Б.В.: Договор перевозки пассажиров и багажа по железным дорогам СССР: дис. …канд. юрид. наук: 12.00.03 / Покровский Б.В. – Алма-Ата, 1956. – 270 с.; **8.** Ожегов С.И. Словарь русского языка. Издание одиннадцатое, стереотипное. / Под ред. Н.Ю. Шведовой. – М.: Издательство «Русский язык». – 1977 г. – 847с.

Поняття та ознаки об'єкта незавершеного будівництва

Савченко А.С.

В цивілістиці й досі залишається відкритим та неврегульованим питання правового регулювання об'єктів незавершеного будівництва, які з точки зору теорії є сукупністю будівельних мате-

ріалів, а з точки зору практики представляють собою окремий вид нерухомого майна, з притаманними лише йому характерними ознаками.

В ст.331 ЦК, не міститься визначення поняття «об'єкта незавершеного будівництва», лише зазначено, що право власності на новостворене нерухоме майно (житлові будинки, будівлі, споруди тощо) виникає з моменту завершення будівництва (створення майна). До завершення будівництва особа вважається власником матеріалів, обладнання тощо, які були використані в процесі цього будівництва.

Однак, визначення об'єкта незавершеного будівництва міститься в інших нормах чинного законодавства України, наприклад, в ст.1 Закону України «Про іпотеку» від 05.06 2003 року № 898-IV, під *об'єктом незавершеного будівництва* розуміється – об'єкт будівництва, на який видано дозвіл на будівництво, понесені витрати на його спорудження та не прийнятий в експлуатацію відповідно до законодавства. (ст. 1 доповнено абзацом згідно із Законом N 800-VI (800-17) від 25 грудня 2008 року).

У положенні про надання довгострокових кредитів індивідуальним забудовникам для придбання у сільській місцевості завершених або незавершених будівництвом індивідуальних житлових будинків затверджене Наказом Мінагрополітики України від 25.04. 2001 р., № 113/198, під *незавершеними будівництвом індивідуальними житловими будинками* розуміється – розпочаті будівництвом і не прийняті в експлуатацію індивідуальні житлові будинки з надвірними підсобними приміщеннями, будівництво яких здійснюється в межах сільських населених пунктів на підставі оформлених відповідно до чинного законодавства документів.

Деякі вчені-цивілісти виводять поняття *об'єкта незавершеного будівництва* по аналогії з об'єктом самочинного будівництва, поняття якого надано в ч.1 ст.376 ЦК, в результаті чого можна зробити лише один висновок, що незавершене будівництво це об'єкт, збудований або який будується на відведеній для цього ділянці відповідно до дозволу та затвердженого проекту, але без порушення будівельних норм і правил, та який не зданий в експлуатацію.

Як бачимо, в різних нормативно-правових актах існує неоднозначне тлумачення поняття об'єкта незавершеного будівництва, оскільки кожна із вищенаведених позицій акцентує свою увагу не на об'єкті в цілому, а на його особливостях в залежності від сфери застосування.

В наш час об'єкти незавершеного будівництва є дуже розповсюдженими, виступають предметом наукових дискусій, застосовуються на практиці, тим самим викликають інтерес у юристів. Так як вони не вилучені та не обмежені в цивільному обороті, то можуть вільно відчужуватися, бути предметом цивільно-правових договорів (купівля-продаж, дарування тощо).

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Як і будь-якому правовому явищу, об'єкту незавершеного будівництва притаманно ряд ознак:

1. **Об'єкт нерухомості**, об'єкт незавершеного будівництва відноситься до нерухомого майна. По-перше, через його зв'язок з земельною ділянкою, на якій він зводиться – *природний аспект.* Адже, навіть фундамент не можна перемістити в просторі без його знецінення та зміни призначення. По-друге, об'єкт незавершеного будівництва нещодавно включено до переліку об'єктів, що підлягають державній реєстрації - *правовий аспект* [1]

2. **Новостворюваний об'єкт нерухомості**, який виникає вперше, тобто зводиться (створюється) особою в процесі будівництва за допомогою будівельних матеріалів з певною метою та для задоволення певних потреб (проживання, здійснення виробничої чи іншої діяльності).

3. **Капітальний характер зведеної споруди –** об'єкт, який будується має бути розрахований на довгий період експлуатації, утворюючи господарське та технічно єдине ціле з земельною ділянкою, та відокремлене від прилеглих побудов.

4. **Незавершеність об'єкта нерухомості –** відсутність сто відсоткової готовності об'єкта нерухомості, як наслідок, неможливість бути введеним в експлуатацію та державно зареєстрованим.

5. **Дотримання порядку створення** – будівництво даного об'єкта проводиться на підставі дозволу, який видається інспекціями державного архітектурно-будівельного контролю відповідно до Закону України «Про планування і забудову територій» від 20 квітня 2000 року № 1699-III на підставі проектно-кошторисної документації.

6. **Неможливість експлуатації об'єкта нерухомості** – зазначений об'єкт не може в повній мірі використовуватися відповідно до мети, з якою він будується, так як він не прийнятий в експлуатацію державною приймальною комісією (не перевірена відповідність об'єкта санітарно-гігієнічним, протипожежним, радіаційним, екологічним, архітектурним нормам і правилам). Відсутній акт про введення об'єкта в експлуатацію, дата підписання якого є датою введення об'єкта в експлуатацію. Як наслідок об'єкт не може використовуватися за призначенням.

7. Тривалість в часі – є дві складові будівництва: його початок та кінець. Об'єкт незавершеного будівництва безумовно має початок, але не має кінця, тому що будівництво такого об'єкта або припинено, або він не зданий в експлуатацію, або не зареєстрований в установленому законом порядку.

Об'єкт незавершеного будівництва безумовно входить до числа об'єктів цивільних прав, передбачених ст.177 ЦК, оскільки є нерухомим майном, яке вільно перебуває в цивільному обороті, має

[1] І. Спасибо-Фатєєва Поняття нерухомого майна та права на нього // Українське комерційне право. – 2009. – № 9. – С. 10-19.

нормативне закріплення та ряд характерних лише для нього ознак. Об'єкт незавершеного будівництва є предметом іпотечних договорів, договорів підряду, купівлі-продажу і навіть спадкування. Те, що цей об'єкт нерухомості недостатньо вивчений, не позбавляє його можливості виступати об'єктом цивільно-правових відносин. Неоднозначне тлумачення поняття, недостатня законодавча урегульованість, невизначеність та специфічність зазначеного об'єкту дає ґрунт для майбутніх досліджень вчених-цивілістів та відкриває нову сферу діяльності для юристів-практиків.

Список літератури: **1.** Цивільний кодекс України // Офіційний вісник України. – 2003. - № 11. – ст. 641; **2**. Закону України «Про іпотеку» від 05.06 2003 року № 898-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – N 38. – ст. 313.; **3.** Положення про надання довгострокових кредитів індивідуальним забудовникам для придбання у сільській місцевості завершених або незавершених будівництвом індивідуальних житлових будинків затверджене наказом Міністерства аграрної політики України та Міністерством фінансів України від 25.04.2001 року № 113/198 (http // zakon1.rada.gov.ua/ cgi-bin/ laws/main cgi). **4**. Закону України «Про планування і забудову територій» від 20.04.2000 року № 1699-II // Відомості Верховної Ради. – 2000. - № 31. – ст. 250; **5**. І. Спасибо-Фатєєва Поняття нерухомого майна та права на нього // Українське комерційне право. – 2009. – № 9. – С. 10-19.

Особливості забезпечення цивільно-правового захисту спадкових прав

Терехова О. О.

1. Доцільність розгляду спадкового процесу як відносно самостійного різновиду загального цивільного судочинства обумовлена істотною специфікою останнього. Так, його основною особливістю є специфічний предмет - спори, що виникають зі спадкових правовідносин. У свою чергу, самостійний предмет спадкового процесу обумовлює його специфічний суб'єктний склад (яскравим прикладом може служити те, що в рамках спадкового процесу суд зіштовхується з необхідністю процесуального захисту прав ненародженого спадкоємця, зачатого при житті спадкодавця, тобто по суті, суб'єкта права, що ще не існує). Крім того, у спадковому процесі є необхідним урахування характеру та сутності спадкових правовідносин при формуванні доказової бази розв'язання спорів, оскільки виникнення багатьох фактів і явищ відноситься до часу, що передував смерті спадкодавця тому одержання відомостей про них з об'єктивних причин ускладнено. І, нарешті, він характеризується досить ускладненою правовою базою розгляду та розв'язання спора, оскільки по одній справі перед судом може виникати необхідність вивчення та дослідження норм різних правових галузей: цивільного, сімейного, соціального забезпечення, житлового, земельного, трудового і т. і.

2. У науковій юридичній літературі пропонувалися різні визначення позову про спадщину. Відповідно до одного з них спадковий позов - це позов про визначення кола спадкоємців за зако-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

ном або за заповітом та про характер їх участі в спадковому наступництві [1, с. 215]. Згідно з іншим позовом про спадщину слід вважати позов про сукупність прав та обов'язків, привласнених особою, що у дійсності не має права спадкувати [2, с. 79]. Відповідно до третьої позиції - це особливий позов, що спадкоємець може пред'являти проти того, хто не представляє йому чогонебудь зі спадщини тому, що не визнає його права спадкування. [3, с. 505]. Але всі вищенаведені точки зору відображають поняття спадкового позову виключно з матеріально-правової сторони. Так, не можна не погодитися з Т.В. Саломатовой, що зробила досить вдалу спробу узагальнення багатьох існуючих на сьогоднішній день визначень позову в цілому та спадкового позову зокрема, об'єднавши при цьому його сутнісні особливості як матеріального, так і процесуального характеру. Так, «позовом про спадщину є подана до суду для розгляду та розв'язання в певному процесуальному порядку вимога спадкоємця, що випливає із спора про права та речі, що входять до спадкової маси, та засноване на фактах, пов'язаних з переходом майна в порядку спадкування, до особи, що помилково або з яких-небудь інших причин вважає себе спадкоємцем» [4, с. 59].

3. На практиці, часто виникає необхідність розмежування спадкового та віндикаційного позовів, що обумовлено їхньою загальною рисою - обоє ці позови можуть бути спрямовані проти всякої особи, яка незаконно заволоділа спадщиною в першому випадку та майном у другому. Однак ряд відмінностей дозволяє чітко розмежувати вищевказані правові засоби захисту цивільних прав. По-перше, за віндикаційним позовом позивач доводить, що він є власником речі, який у цей момент не володіє, у той час як, у ролі відповідача виступає незаконний власник цієї речі. При спадковому позові позивачем є особа, що повинна лише довести, що дійсно є спадкоємцем. Доводити своє право власності на той або інший об'єкт, що входить до спадкової маси, позивач не зобов'язаний. Відповідачем за таким позовом може бути тільки особа, що вважає себе спадкоємцем (помилково або за іншими підставами), яка заволоділа спадщиною, її частиною або претендує на спадщину. Таким чином, позов про спадщину обмежений виняткова спадковим правовідносинами. По-друге, при віндикації власник вимагає повернення певних речей. При спадковому позові позивач вимагає видачі йому спадщини, до складу якої можуть входити найрізноманітніші об'єкти - речі, зобов'язальні права вимоги, авторське право в його майновій частині й т. і. Тому спадковий позов має універсальний характер. Крім того, спадкове майно являє собою величину не постійну та будучи в руках відповідача може перетерплювати різні перетворення, як убік збільшення, так і убік зменшення її вартості або без зміни вартісних характеристик - зміни її форми. Та, нарешті, по-третє, особлива скорочена шестимісячна позовна давність може мати застосу-

вання тільки до першого з вищенаведених позовів, у той час як до другого підлягає застосуванню винятково загальна трирічна позовна давність.

4. Досить важливим питанням є визначення меж відповідальності осіб, помилково або на інших підставах вважаючих себе спадкоємцями, і відповідно, прийнявших спадщину, перед дійсними спадкоємцями, право спадкування яких, підтверджено в судовому порядку. Визначальним при вирішенні цього питання варто вважати суб'єктивний фактор, провину у вигляді наміру, так званих, мнимих спадкоємців. Закон розрізняє два види незаконного володіння чужою річчю, які відповідно породжують різні правові наслідки, причому, грань між ними встановлюється винятково судом, виходячи із презумпції сумлінності набувача, у цьому випадку спадкоємця. Таким чином, до норм спадкового права, які формують Особливу частину цивільного права, повною мірою можуть та мають бути застосовні норми Загальної частини, а саме Глави 29 ЦК - ст. 388 ЦК, яка регламентує порядок витребування майна від сумлінного набувача, а також ст. 390 ЦК, яка встановлює порядок розрахунків при витребуванні майна із чужого незаконного володіння.

5. Варто також приділити належну увагу питанню про позовну давність, яка застосовується до даної категорії справ. У давнину Цивільного кодексу УРСР була висловлена думка про диференціацію строків позовної давності, що застосовуються до спадкових позовів, яка ставилася в залежність від того чи був спадкоємець-позивач присутнім або відсутнім спадкоємцем [5, с. 241]. Такий висновок про два строки позовної давності для позовів про спадщину вбачається досить необґрунтованим. Як відомо, загальним строком для встановлення всіх спадкових правовідносин є шестимісячний строк від дня відкриття спадщини, передбачений ст. 1270 ЦК. Протягом цього строку й може бути пред'явлений будь-який позов про спадщину, не залежно від того, буде зацікавлена особа «відсутнім» або «присутньої» спадкоємцем. Ускладнений порядок обчислення строку позовної давності може мати місце лише у випадках, передбачених п.2 зазначеної статті, коли виникнення в особи права на спадкування й відповідно на захист своїх спадкових прав залежить від неприйняття спадщини або відмови від її прийняття іншими спадкоємцями.

Література

1. Никитюк П.С. Наследственное право и наследственный процесс (Проблеми теории и практики). – Кишинев, 1973.

2. Барышев А.И. Приобретение наследства и его правовые последствия. – М., 1960.

3. Анненков К.Н. Система русского гражданского права. Т.VI. Право наследования. – Санкт-Петербург, 1902.

4. Саломатова Т.В. Наследование по закону и по завещанию. Защита наследственных прав в суде. – М., 2002.

5. Серебровский В.И. Очерки советского наследственного права. – М., 1958.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Преимущество найма (аренды) транспортного средства физическим лицом с экипажем.

Семенова А. П.

В современной Украине отсутствие популярности правоотношений в сфере найма (аренды) транспортных средств (именно физическими лицами) непосредственно связано с такими аспектами как: нежеланием, в определенных случаях – понести ответственность за ненадлежащее исполнение обязательств, а также широкое распространение практики передачи автомобиля по доверенности. Целью данной публикации, с учетом, что конкретный вопрос, касается гражданско-правового договора в котором одной из сторон выступают обычные граждане, является рассмотрение положительных и отрицательных моментов в правоотношениях, связанных с наймом физическими лицами наземных самоходных транспортных средств.

Необходимо уточнить тот момент, что наземным **самоходным транспортом** в данном случае выступает именно автомобиль (от др. греч. auto - сам и лат. mobilis - движущийся), т.е. - самоходное безрельсовое транспортное средство, предназначенное для передвижения по поверхности Земли. Для быстрого и комфортного передвижения автомобилей строят специальные автомагистрали или дороги с твёрдым покрытием. Двухколёсные самоходные транспортные средства, даже с прицепом, а также небольшие трёх- и четырёхколёсные самоходные транспортные средства к автомобилям не относят. [8]

Договор найма (аренды) автомобиля без экипажа - это гражданско-правовой договор, по которому одна сторона – наймодатель (арендодатель) предоставляет второй стороне - нанимателю (арендатору) транспортное средство за плату во временное пользование и владение без оказания услуг по управлению им и его технической эксплуатации.

Договор найма транспортного средства без экипажа влечет за собой широкий круг обязанностей возлагаемых на нанимателя. Например: поддерживать в надлежащем состоянии в течение всего срока договора арендованное транспортное средство, включая осуществление текущего ремонта, предоставление необходимых принадлежностей, за собственный счет; осуществлять управление арендованным транспортным средством; нести расходы, связанные с коммерческой эксплуатацией транспортного средства, в том числе расходы на оплату топлива, а также расходы на страхование своей ответственности.

При осуществлении своей деятельности по использованию транспортного средства наниматель должен придерживаться определенных правил, установленных законодательством. Так, лицо заключив-

шее договор найма транспортного средства, получает временный регистрационный талон на срок действия договора. [3]

Обязанность возмещения убытков, причиненных в связи с утратой или повреждением транспортного средства, а также возмещения вреда, причиненного третьим лицам в связи с использованием транспортного средства, переданного в аренду, возлагается на нанимателя, если он не докажет, что это случилось не по его вине. [2]

Одним из существенных условий данного вида договора выступает его цена, которая напрямую зависит от состояния автомобиля, его характеристики, марки, модели, идентификационного номера и многих иных факторов. Поэтому перед тем как достигнуть консенсуса по всем вопросам данного правоотношения, необходимо провести экспертную оценку его реальной стоимости. Эта процедура позволит вам иметь соответствующие доказательства размера возможного ущерба, в результате повреждений транспортного средства. Данный анализ осуществляется в соответствии с «Методикой товароведческой экспертизы и оценки дорожных транспортных средств», утвержденной приказом Министерства юстиции Украины и Фонда государственного имущества Украины от 24 ноября 2003г. № 142/5/2092.

Д**оговор аренды транспортного средства с экипажем** – это гражданско-правовой договор, по которому наймодатель предоставляет нанимателю транспортное средство за плату во временное пользование и владение, включаются обязательства по предоставлению услуг по управлению этим средством и его технической эксплуатации.

Заключение договора аренды транспортного средства с экипажем имеет ряд преимуществ.

Во-первых, экипаж собственника более информирован обо всех технических подробностях, а значит, и более профессионален.

Во-вторых, у арендодателя, как правило, есть подготовленная специализированная техническая база по обслуживанию и содержанию конкретного транспортного средства.

В-третьих, собственник, для привлечения клиентов, обычно предлагает более выгодные условия договора.

В-четвертых, экипаж наймодателя подчиняется распоряжениям последнего по вопросам управления и технической эксплуатации.

Соответственно, владелец несет ответственность, по общим правилам, как за вред, причиненный арендуемому транспортному средству, так и за вред, причиненный третьим лицам в связи с использованием транспортного средства. Что тем самым освобождает нанимателя от ответственности, если вред был причинен не по его вине.

Немаловажным является тот факт, что экипаж, в установленных законом случаях имеет право отказаться от выполнения требований выходящих за рамки соглашения, что фактически влечет пол-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

ное освобождение нанимателя от непредвиденных расходов при негативных обстоятельствах, точнее – практически не оставляет оснований для привлечения последнего к ответственности.

Таким образом, проанализировав все сказанное, приходим к выводу, что найм транспортного средства с экипажем является не только более выгодном в материальном плане, но и более безопасным для жизни и здоровья, как участников правоотношений, так и вообще людей в целом.

Список литературы: 1. Конституция Украины от 28.06.1996г. 2. Гражданский Кодекс Украины от 16.01.2003г. 3. Правила государственной регистрации и учета автомобилей, автобусов, а также самоходных машин, сконструированных на шасси автомобилей всех типов, марок и моделей, прицепов, полуприцепов и мотоколясок, утвержденных постановлением Кабинета Министров Украины от 7 сентября 1998г. 4. Методикой товароведческой экспертизы и оценки дорожных транспортных средств, утвержденной приказом Министерства юстиции Украины и Фонда государственного имущества Украины от 24 ноября 2003г. № 142/5/2092. 5. Научно-практический комментарий Гражданского Кодекса Украины / Под ред. Е.О. Харитонова. – Х.: Одиссей, 2008г. 6. Гражданское право Украины. ЧастьII: Учебное пособие / Под ред. С.А. Слипченко, В.А. Кройтора – Х.: Эспада, 2000. – 400с. 7. Гражданское право Украины. Часть II: Учебное пособие / Под ред. В.А. Кройтора, Ю.И. Чалого – Х.: Изд-во ХНУВС, 2009. – 344с. 8. Материал из Википедии — свободной энциклопедии (ru.wikipedia.org/wiki/Авто).

Родові географічні зазначення

Мельниченко Ю. В.

Неконтрольоване або неналежне використання географічних зазначень зазвичай призводить до їх розмивання, втрати правової охорони. Наслідком такого використання є те, що зазначення починає індивідуалізувати не специфічні особливості товару обумовлені географічною місцевістю, а тип чи різновид товару (продукту), незалежно від місця виробництва (наприклад, швейцарський сир, віденські ковбаски).

«*Швейцарський сир*» вже досить давно в Україні вважається родовою назвою товару, оскільки у споживачів не виникає сумнівів щодо походження цього сиру не з Швейцарії. Чи наприклад, ковбаса «краківська», «чеддар», «панама», «Cognac», «Roquefort», «Chianti», «Pilsen», «Porto», «Sheffield», «Havana», «Tequila». Коли ми бачимо таке зазначення, як "чеддар", одразу ж асоціюємо його з певним видом сиру, а не з географічним місцем його походження Чеддар, Великобританія. «Cognac» або «Tequila» ми пов'язуємо з алкогольним напоєм, а не з французьким містечком, чи містом в штаті Джаліско, Мексика.

Як тільки географічне зазначення перетворилося в родове поняття, воно втрачає свою розрізняльну здатність і, отже, стає загальновживаним поняттям, яке вказує на певний вид чи тип товару. Пункт 6 ст. 24 Угоди ТРІПС дозволяє вільно використовувати генеричні (родові) зазначення для позначення певного типу чи виду товару, оскільки вони взагалі не підлягають правовій охороні. Відповідно до Закону України «Про охорону прав на зазначення походження товару» дія реєстрації кваліфікованого зазначення

походження товару та права на його використання припиняється на підставі визнання такого зазначення видовою (родовою) назвою товару (п. 1 ст. 21 Закону).

Стаття 3 Регламенту Ради ЄС № 2081 від 14 липня 1992 року про охорону географічних зазначень і найменувань місць походження сільськогосподарських продуктів і продовольчих товарів встановлює, що не підлягають охороні і не можуть бути зареєстровані найменування, що стали родовими. Родовим є найменування, що відноситься до конкретної місцевості або регіону, в яких були виготовлені або реалізовані сільськогосподарські продукти або продовольчі товари, що стало загальною (родовою, видовою) назвою для таких продуктів. Така назва втрачає свою розпізнавальну здатність і не асоціюється з конкретною географічною місцевістю. Наприклад, сир «камамбер». Далі у Регламенті зазначено, що для того, щоб визначити, чи є конкретне зазначення родовим, необхідно проаналізувати існуючу ситуацію в державі-членові ЄС, звідки походить відповідне зазначення, сприйняття товару споживачами, а також відповідні положення національних законодавств.

До родових географічних зазначень, відповідно до ст. 3 Регламенту Ради ЄС, відносяться «назви сільськогосподарських виробів чи продуктів, які хоча і мають стосунок до певної географічної місцевості, де вони виготовлялися чи реалізовувалися, але встигли перетворитися в загальновживані назви товару».

Перетворення географічного зазначення у родову назву товару (продукту) це досить тривкий процес. Географічні зазначення не можуть бути просто так визнані родовими, а можуть перетворитися на такі під час їх неконтрольованого або неналежного використання, приміром шляхом введення структурних елементів до позначення, що нівелюють точний зв'язок з певним географічним об'єктом. Точно визначити момент завершення процесу перетворення охороноздатного географічного зазначення у родову (видову) назву товару буває дуже складно, особливо якщо варто впевнитися у завершенні цього процесу не в одній країні, а в 15 країнах-членах ЄС із зовсім різними звичаями і традиціями. Тим більше зафіксувати таке перетворення в Україні практично неможливо. На цей час відсутні чітко визначені критерії (умови) у національному законодавстві при наявності яких можна визнати географічне зазначення родовою (видовою чи загальновживаною) назвою твору. Також не встановлено який саме державний орган повинен визнавати географічне зазначення родовою (видовою чи загальновживаною) назвою твору

Судова практика Європейського союзу визначила основні критерії для віднесення географічного зазначення до родових. По-перше зазначення, що використовуються в деяких з країн-членів як родові, не повинні реєструватися як географічні зазначення чи найменування місця походження товару в інших країнах-членах ЄС і користуватися на підставі цього охороною на території всіх країн співдружності. По-друге, факт перетворення географічного зазначення у родову назву товару повинен засвідчува-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

тися лише результатом соціологічного опитування споживачів певного товару і усвідомлення ними того, що таке зазначення ідентифікує не джерело походження товару а його певні властивості, вид, тип чи інші характеристики.

Для забезпечення ефективної охорони географічних зазначень, перешкоджання процесу їх «розмивання» деякі країни, активно використовують відповідні правові механізми по здійснені цілеспрямованої політики з «відновлення» своїх географічних зазначень, які незаконно використовуються в інших країнах. Наприклад, Франція багато уваги приділяє охороні та захисту географічних зазначень для трьох груп товарів: вина, коньяку і сиру. Франція укладає двосторонні угоди, веде постійну боротьбу проти неправомірного використання французьких географічних зазначень виробниками інших країн. Так, їй вдалося виграти судові процеси стосовно неправомірного використання позначення «Champagne» у Великої Британії, США і Канаді. Така постійна турбота про власні географічні зазначення фактично призупинила процес перетворення географічного зазначення «Champagne» у родову назву товару.

16 червня 2005 р. прийнято Закон України «Про виноград і виноградне вино», де в ст. 1 викладена позиція українського законодавця відносно таких понять, як «*шампанське України», «шампанське України класичне», «виноматеріали шампанські», «виноматеріали коньячні»*, надані їх визначення, а також визначення понять «*фальсифікація вин, вермутів, коньяків і бренді*». Таке використання у законодавстві України географічних зазначень виключні права на які є не тільки дійсними а і належать іноземним виробникам товарів є неприпустимим. Не можна забувати про можливі зіткнення інтересів зарубіжних і українських виробників товарів відносно неправомірного використання географічного зазначення на території України.

Метою охорони географічного зазначення є боротьба з недобросовісною конкуренцією на ринку товарів, що, безумовно, підвищує увагу до цього об'єкту не тільки відповідних фахівців а і держави. Якщо Україна прагне приєднатися до ЄС, наміри якого чітко визначені, тому потрібно зважено підійти до цієї проблеми і знайти рішення, яке зможе забезпечити нормальне функціонування національного ринку товарів та задовольнити європейських виробників.

Окремі аспекти визначення процесуального значення державної реєстрації авторського права

Садикова Я. М.

Відповідно до ч. 5 ст. 11 Закону України «Про авторське право та суміжні права» суб'єкт авторського права для засвідчення авторства (авторського права) на оприлюднений чи не оприлюднений твір, факту і дати опублікування твору чи договорів, які стосуються права ав-

тора на твір, у будь-який час протягом строку охорони авторського права може зареєструвати своє авторське право у відповідних державних реєстрах. На сьогодні відсутнє одностайне розуміння процесуального значення державної реєстрації авторського права.

Бондаренко С. В. вказував на те, що зареєстровані твори і документи зберігаються протягом строку охорони авторського права, слугують доказом наявності авторських прав [3, 99]. Однак з цим важко погодитися.

Порядок державної реєстрації авторського права і договорів, які стосуються права автора на твір, затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 27 грудня 2001 року № 1756. В п.1 Порядку дане визначення свідоцтва про реєстрацію авторського права - це документ, що засвідчує авторство (авторське право) на оприлюднений чи неоприлюднений твір, а також факт і дату оприлюднення твору (за наявності). Однак відповідно до п. 17 Порядку під час розгляду заявки не проводиться експертиза твору і не встановлюється факт виникнення авторства. В п. 13 Порядку вказується, що автор або особа, яка має авторське право, несе відповідальність за достатність і достовірність інформації, наведеної у заявці на реєстрацію авторського права на твір. Отже, сумнівним видається твердження, що свідоцтво про реєстрацію авторського права на твір може вважатися доказом належності певних прав на твір. Це стосується як особистих немайнових, так і майнових прав, адже не перевіряється, хто є автором твору, поданого на реєстрацію. В справі № 2-623/10 р., що розглядалася Солом'янським районним судом м. Києва в рішенні зазначено, що первісним і прямим доказом створення автором певного малюнку є саме ескізи цього малюнку, оскільки саме на ескізах вперше у світі фіксується факт того, що автор намалював певний малюнок. Ескізи малюнку є належним і допустимим доказом, який фіксує саме факт створення даного малюнку і дату його створення, а не свідоцтво про реєстрацію авторського права на малюнок [5].

Щодо можливості використовувати свідоцтво про реєстрацію авторського права як доказу факту і дати оприлюднення, то варто вказати, що заявка на реєстрацію авторського права на твір обов'язково повинна містити документ, що свідчить про факт і дату оприлюднення твору (п. 6 Порядку), якщо твір було оприлюднено. Слід визнати, що свідоцтво може виступати в якості похідного доказу.

Обсяг правової охорони об'єктів авторського права визначається формою твору. Пункт 6 Порядку містить вимоги до заявки на реєстрацію авторських прав. Так, заявка на реєстрацію авторського права на твір обов'язково повинна містити примірник твору (оприлюднений чи неоприлюднений) у матеріальній формі. В той же час автор або особа, яка має авторське право, самостійно вирішує, який обсяг твору потрібно подати у складі заявки на реєст-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

рацію для його ідентифікації, тобто для того, щоб відрізнити цей твір від інших творів (п. 13 Порядку). В справах про захист права на недоторканність твору реєстрація не надасть змоги встановити форму твору, в якій він існував на момент створення чи реєстрації, крім випадків, коли твір подавався в повному обсязі.

Таким чином слід погодитися з Сергєєвим А. П., який вказував, що найбільше, що може посвідчити державна реєстрація авторського права - це факт існування твору в об'єктивній формі в певний момент часу [4, 116]. Необхідність же підтвердити такі факти виникає, як правило, в справах про встановлення авторства. Визначена, таким чином, в Законі України «Про авторське право та суміжні права» мета державної реєстрації авторського права не досягається передбаченою процедурою такої реєстрації. Це слід мати на увазі при оцінці інформації, отриманої з таких доказів як свідоцтво про реєстрацію авторського права, витяг з Державного реєстру авторського права та договорів, які стосуються права автора на твір.

Використана література:

1. Закон України «Про авторське право та суміжні права» N 3792-XII від 23 грудня 1993 року

2. Порядок державної реєстрації авторського права і договорів, які стосуються права автора на твір, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 27 грудня 2001 року № 1756

3. Бондаренко С. В. Авторське право і суміжні права: навчальний посібник. – К.: Ін-т інтел. власн. і права, 2004. – 260 с.

4. Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – 752 с.

5. Справа № 2-623/10 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : URL http://reyestr.court.gov.ua/Review/8636697 - Назва з екрана

Гарантії працівників міліції при завданні їм збитку та шкоди

Присяжнюк В.П.

У ст.21 Закону України «Про міліцію» встановлено, працівники міліції перебувають під захистом держави, що здійснюється в порядку і випадках, передбачених законом. Держава гарантує захист життя, здоров'я, честі, гідності, житла, майна працівника міліції, членів його сім'ї та близьких родичів від злочинних посягань та інших протиправних дій. Тож, держава намагається з урахування особливості правового становища працівників міліції взяти всі негативні наслідки на себе. Це означає не тільки матеріальні та інші витрати, але й правову допомогу, зокрема правових відділів ОВС у захисту порушених прав працівників міліції та відстоювання їх в суді. Проте досі такої практики нема. Відповідно є потреба посилити охорону майнових інтересів працівників міліції, що краще зробити в межах норм цивільного права.

За ч.3 цієї статті образа працівника міліції, опір, погроза, насильство та інші дії, які перешкоджають виконанню покладених на працівника міліції завдань, тягнуть за собою встановлену законом відповідальність. Як ми вважаємо, тут більше йдеться про адміністративну та кримінальну відповідальність. Тому її варто було б уточнити видами такої відповідальності і після слова відповідальність **доповнити словами**: «дисциплінарну, адміністративно-правову, кримінальну та цивільно-правову. Тим уточнюються гарантії охорони прав та вказується на механізм такої охорони.

Окремо законодавство визначає гарантії щодо вчинення правопорушення щодо пенсіонера міліції, членів його сім'ї, вчинені у зв'язку з його попередньою службовою діяльністю, а так само щодо особи, яка сприяє міліції в охороні громадського порядку і боротьбі із злочинністю, та членів її сім'ї, тягнуть за собою відповідальність за законом. Проте видається що тут теж можна було б **доповнити словами** «відповідно до видів відповідальності, що вказані у ч.3 цієї статті».

Стаття 23 вказаного закону «Виплата одноразової грошової допомоги у разі загибелі (смерті) або каліцтва працівника міліції та компенсація заподіяння шкоди його майну» виписана таким чином, що всі передбачені нею виплати здійснюються за кошт держави. Такий підхід дійсно є гарантією цих прав бо держава взагалі має завжди кошти та ці виплати. Проте, як ми вважаємо, це не відповідає засаді справедливості та загальним положенням ст. 1166 ЦК України за якою негативні наслідки покладаються на деліквента. Це повинно стосуватися й тих наслідків, які держава спеціально встановила для цієї категорії працівників. Якщо передбачити право регресу держави до осіб які винні у загибелі (смерті) або каліцтві працівника міліції то це, на наш погляд , лише посилить охоронну функцію цього правила, слугувати додатковим обтяженням та одночасно й пересторогою щодо зазіхань на ці цінності. З огляду на зазначене вважаємо доцільним **доповнити** цю статтю ч. 9 та закріпити право регресу у редакції: «Виплачені відшкодування та компенсації у зв'язку із загибеллю (смертю) або каліцтвом працівника міліції у регресному порядку стягуються із осіб, які у встановленому законом порядку визнані винними у загибелі (смерті) або каліцтві працівника міліції».

На кінець, слід встановитись у галузевій приналежності врегулювання особливого правового становища працівника міліції, та відносин із відшкодування завданої шкоди. Тут ми виходимо з того, що якщо шкода завдана при виконанні службових обов'язків і в визначений для їх виконання час – завдана шкода повинна відшкодовуватися за нормами трудового чи службового права, а якщо поза виконанням службових обов'язків – на загальних підставах. У першому випадку такий обов'язок покладається на роботодавця – тобто ОВС, який має право регресу до деліквента, у другому випадку безпосередньо на самого деліквента.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Служба у міліції є спеціалізованою державною службою про що свідчить й частина 1 ст. 2 Закону України "Про державний захист робітників суду та правоохоронних органів", у якій до таких органів належать і органи внутрішніх справ. Законом України "Про оперативно-розшукову діяльність" (ст.6) також віднесені органи дізнання. Згідно з п.4 ст. 101 КПК до органів дізнання віднесені ОВС.

Цивільно-правова відповідальність як передбачені законодавством засоби примусового впливу на порушника цивільних прав і обов'язків шляхом застосування до нього цивільно-правових санкцій (об'єктивний сенс), та обов'язок деліквента перетерпівати невигідні майнові наслідки, що проявляються у позбавленні певних прав або покладенні на нього додаткових обов'язків (суб'єктивний сенс) [1, с.29-30; 2, с.48].

Відповідальність за шкоду, завдану працівникам міліції при виконанні ними виконавчо-розпорядчої діяльності, полягає в обов'язку деліквента (делікветів) відшкодувати завдану неправомірними діями шкоду. Крім того, шкоди може бути завдана і самим ОВС і в тому разі також підлягає відшкодуванню.

Таким чином, надалі серед службових осіб міліції доцільно виділити ряд категорій: ті що мають право на відшкодування заданого при виконанні службових обов'язків від ОВС та тих, які вправі заявляти вимоги про відшкодування завданої шкоди до деліквентів на загальних положеннях про її відшкодування. Такий підхід дозволить диференціювати більш детально спеціальні умови притягнення до відповідальності та посилити охорону прав цих категорій працівників міліції.

Використана література: 1. Варкалло В. Ответственность по гражданскому праву. / Пер. с польск. В.В.Залесского / Под ред. С.Н. Братуся.– М.: Прогресс, 1978., 2. Савицкая А.Н. Возмещение ущерба, причиненного ненадлежащим врачеванием.– Львов: Издательство при Львовском государственном университете издательского объединения «Вища школа», 1982.

Право фізичної особи на власне зображення

Романченко Т.С.

Найсуттєвішим досягненням сучасності є змістовна орієнтація на загальнолюдські цінності, про це свідчать численні дослідження в сфері особистих немайнових прав, однак попри їх актуальність, окремі аспекти допоки перебувають за межами наукового інтересу або ж їм приділяється недостатньо уваги в наукових дослідженнях. Одним із таких аспектів є здійснення особистих немайнових прав, зокрема права на зображення. На сьогоднішній день у сучасній літературі немає єдності щодо визначення змісту права на зображення. А це неодмінно зумовлює невизначеність самого поняття даного особистого немайнового права та приводить до різноманітного бачення способів, порядку здійснення і захисту права.

Нажаль, на сьогодні за ЦК законодавець, прямо не проголосив право на зображення, тим самим дав підґрунтя відповідної наукової дискусії з приводу існування вказаного суб'єктивного права, проте наділив фізичну особу низкою можливостей щодо захисту і охорони її зображення, закріпивши «негативні» можливості особи щодо свого зображення, пов'язані з попередженням та припиненням її зйомки чи використання її зображення (ст.ст. 307-308 ЦК).

Природа вище згаданого права полягає в недопущені вільного показу, показу, выдтворення, використання будь-яким чином зафіксованого яким-небудь способом зображення особи без її згоди зображеної, його законних представників або спадкоємців. Також визнаємо, що недоторканність візуального образу особи (зображення) є похідним елементом більш загального права на особисте життя. Зацікавленість індивіда щодо контролю за використанням особистого зображення полягає: по-перше, у природньому психологічному прагненні підтримувати визначений їм особисто стандарт візуального сприйняття себе іншими особами («бажання адекватно виглядати»); по-друге, здатність зображення відтворювати внутрішній світ особи, її душевний та фізичний стан; по-третє, можливість використання зображення для ідентифікації особи, без її згоди (наприклад, для розшуку зображеного особами, спілкування з якими він бажав би уникнути); почетверте, розповсюдження зображення, зробленого при певних обставинах або у певному місці у певний час, здатно розкрити такі відомості про особу, яким остання, можливо, бажала надати характер конфіденційності.

Окремі науковці (Ч.Н. Азимов, В.Л.Суховерський) зазначають, що змістом немайнового права на зображення є повноваження, які носять негативний характер, коли особа може вимагати лише захисту порушеного права; інша частина науковців (В.Ф.Яковлев, Л.О.Красавчикова, М.Н.Малеїна, Л.В.Красицька) дотримується протилежної точки зору, що повноваження носять тільки позитивний аспект, тобто поняття суб'єктивного немайнового права слід розуміти, виходячи з загальних положень суб'єктивного права, як визначену міру можливої поведінки, закріпленої за особою. На думку О.Іоффе «суб'єктивне право включає в себе дві можливості: здійснення визначених дій самим уповноваженим», (наприклад, згода особи, яка зображена на фотографії на її публічний показ) «та можливість вимагати здійснення діянь від зобов'язаної особи» (наприклад, вимагання припинення її публічного показу в той частині, яка стосується її особистого життя), що являє собою досягнення певного компромісу між позитивним і негативним розумінням особистого немайнового права на зображення.

На сучасному етапі розвитку глобальних інформаційних потоків та новітніх комп'ютерних технологій зростає значення права на зображення, що пов'язується з несанкціонованим використан-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

ням об'єкта права, а як наслідок, необхідно конкретизувати відповідальність за умисне спотворення персонального зображення, а також розповсюдження спотвореного образа (наприклад, з метою приниження гідності опонента) в суспільстві взагалі і в Інтернет-мережі окремо, оскільки цей процес окрім надання більшої свободи вибору дій, також сприяє збільшенню шляхів втручання у особисте життя індивіда.

Таким чином, розвиток суспільних відносин, об'єктом яких є візуальний образ зовнішності людини, що регулюється цивільним законодавством про право на зображення, законодавством, що регулює діяльність засобів масової інформації, правозастосовчою (судовою) діяльністю та повноваженями ОВС України, спрямованими на виконання, використання на захист права на персональне зображення з одного боку, та дефіцит спеціальних цивільно-правових досліджень сучасного стану проблеми здійснення права на зображення та його захисту, з іншого боку, зумовлюють актуальні перспективи дослідження.

Природа права на особисте життя

Доценко О. М.

Право на особисте життя, а також його таємниця, право на недоторканність особистого життя, на повагу до особистого життя особи знаходить своє відображення у різних джерелах права: міжнародних нормативно-правових актах, Конституції України, в окремих нормах законів України, підзаконних нормативних актах, а також у судовій практиці, а тому розглядається різними галузями права, кожна з яких вважає цей інститут своїм.

У сучасній юридичній науці і в чинному законодавстві відсутнє єдине розуміння права на особисте життя, недоторканність особистого життя чи повагу до нього, як немає і чіткого визначення поняття особистого життя, яке, в свою чергу, наповнюється різним змістом, одне й те саме явище розглядається з різних сторін, у зв'язку з чим виникає проблема визначення природи права на особисте життя й встановлення меж та обсягу, в яких воно може та повинно бути досліджено тією чи іншою галуззю права. Для досягнення поставленої мети вважаємо необхідним розглянути співвідношення та основу розподілу публічного та приватного права і визначити межі тих відносин, що виникають та розвиваються в сфері приватного права стосовно особистого життя.

Варто сказати, що розподіл норм права на публічне і приватне відомий ще з часів стародавнього Риму. Римський юрист Ульпіан критерієм розмежування приватного й публічного права визначав характер інтересів – якщо право охороняє інтереси держави,

то це публічне право, якщо воно захищає інтереси приватних осіб, – це приватне право.

Якщо розглядати систему нашого права у формі «піраміди» правових галузей, на вершині якої стоїть конституційне (державне) право, то з цього випливатиме, що йому підлеглі інші, так звані «основні», галузі - цивільне, кримінальне, адміністративне тощо, які, у свою чергу, очолюють групи правових галузей, що здебільшого виділилися з базових (наприклад, сімейне чи трудове право), в результаті чого така система закріплює, по суті, безмежне панування держави в усіх сферах життя суспільства.

Підтримуючи думку багатьох вчених, вважаємо, що доцільно розглядати систему права, як таку, що заснована на рівності й взаємодії, а не на підпорядкуванні приватного права публічному. Слід відзначити, що це ніяк не зменшує вищої юридичної сили Конституції України, адже не можна змішувати Конституцію України як закон, що займає головне місце в системі законодавства, і конституційне право, що в якості складової частини публічного права ніяк не може мати пріоритет над іншими галузями права.

Як правило, право приватне і право публічне вживаються як протилежні за своїм змістом явища, в такому разі, як і будь-які «протилежності», у своєму співіснуванні не можуть не утворювати й певну цілісність. В основі їх взаємної «системності» лежить така властивість, як їхня соціальність, що дозволяє піддавати їх регулюванню за допомогою певних соціальних важелів, а також визначає об'єктивні межі їх розрізнення. Позитивне право має обумовлюватися правом природним, бути інструментом його реалізації, тому важливим є з'ясування сутності та співвідношення означених засад саме у природних правах людини, одним з яких є право людини на особисте життя.

Будучи учасником суспільного життя, кожна людина має соціалізуватись з тим, щоб тільки виживати фізично, але й стати особистістю, свідомою й активною «частиною соціуму», що є єдиним можливим шляхом задоволення індивідуальних (чи приватних) потреб. У зв'язку з цим, більшість цих інтересів, які, здавалось би, є суто індивідуальними («приватними»), є водночас і соціальними як за історичними передумовами їхнього формування, так і за засобами, інструментарієм їх задоволення та реалізації. Індивідуальні (приватні) інтереси - це інтереси людини, яка завжди належить до якоїсь спільноти, групи, таким чином, охороняючи інтереси окремої особи, право має своєю метою в той же час охороняти інтереси всього суспільства.

У різноманітних індивідуальних інтересах «ступінь публічності» є неоднаковим, в залежності від цього П. Рабінович пропонує зазначені інтереси, з деякою умовністю, розподілити на такі види: 1) інтереси *приватні* (ті, які задовольняються власними виключно інтелектуальними (нефізичними) діями, і доки ці дії не проявляються назовні, вони не набувають суспільного (публічного) харак-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

теру і не можуть бути піддані державно-юридичному регулюванню, а також такі, які задовольняються власними фізичними діями їх носія, але теж не оприлюднюваними (ведення «інтимного» щоденника). Однак, і ця суто приватна сфера не позбавлена публічного характеру, потребуючи невтручання в неї інших суб'єктів, тому у держави виникає «публічний» обов'язок забезпечити таку недоторканність; 2) інтереси *приватно-публічні* (ті, які безпосередньо задовольняються фізичними діями інших суб'єктів, у т.ч. державних органів і організацій; 3) інтереси *публічні* (можливість їх задоволення становить власне природне право суспільства в цілому, а отже, не можна ототожнювати будь-яке публічне право з правом державно-юридичним; реалізація публічних інтересів за допомогою державних заходів загального характеру призводить, хоча і опосередковано, до задоволення відповідних індивідуальних інтересів членів суспільства).

На нашу думку, природне право людини на особисте життя, закріплене ст. 301 ЦК, згідно з запропонованою класифікацією індивідуальних інтересів особи, слід віднести до інтересів приватних, оскільки особисте життя є приватною частиною життєдіяльності особи, але публічний аспект виникає саме в обов'язку держави забезпечити недоторканність особистого життя, неможливість втручання у нього інших осіб, про що й говориться у ст. 32 Конституції України.

Отже, враховуючи все вищезазначене, можемо сказати, що право на особисте життя, може регулюватися як галузями публічного так і галузями приватного права в їх єдності і з особливостями правового інструментарію кожної з них. Задачею публічного права є задекларувати це право на державному рівні, встановити загальну заборону на втручання в особисте життя з боку органів публічної влади та інших осіб, створити умови здійснення та захисту зазначеного приватного права, створити державні органи та регламентувати їх діяльність для захисту відповідного права.

У рамках приватного права розглядається зміст, механізм реалізації права на особисте життя, встановлення моменту виникнення цього права, визначення поняття «особисте життя» виходячи з приватного інтересу, сутності даного об'єкту, його меж, особливості виникнення правовідносин стосовно особистого життя, визначення форм та способів захисту зазначеного права в рамках приватних правовідносин тощо.

Таким чином, наголошуючи на приватній, цивільно-правовій природі особистого немайнового права людини на особисте життя, ми не заперечуємо можливість і необхідність регулювання цього інституту й іншими галузями приватного та публічного права з їх характерними предметом та методом, проте важливим є визначити характерну для кожної з них сторону досліджуваної проблеми з метою правильного застосування законодавства, до-

тримуючись загальноправових засад правового регулювання відносин та забезпечення прав та свобод осіб.

Істотні умови договору про надання послуг аварійного комісара

Приходько А. А.

Істотні умови будь-якого договору мають привілейоване значення в договірному праві на ряду із звичайними чи випадковими умовами. Це пояснюється тим, що істотні умови формують договір в цілому та їх окремі види (типи) зокрема. Саме тому, загально визнаним є твердження, що істотними є умови, необхідні і достатні для того, щоб договір вважався укладеним і міг породити права і обов'язки для його сторін.

Особливість договору про надання послуг аварійного комісара полягає в тому, що даний договір відноситься до категорії нетипових або непоіменнованих догорів, тобто таких, модель яких не передбачена в законі. В таких договорах сторони самі повинні формувати зміст договору і зобов'язання, при цьому вони можуть використовувати аналогію закону і загальні норми зобов'язального прав, а також аналогію права, виходячи з загальних начал і сенсу цивільного законодавства, вимог сумлінності, розумності та справедливості.[1, с.396-397] Нетиповість договору про надання послуг аварійного комісара породжує певні труднощі при визначенні істотних умов, що в свою чергу викликає проблеми при укладенні такого договору на практиці.

Відповідно до ст. 638 ЦК договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов. Істотними, за вказаною статтею, є: 1) умови про предмет договору; 2) умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду (тобто умови, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства; 3) всі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди. Якщо відносно перших двох груп умов законом встановлено імператив щодо віднесення їх до істотних, то закріплення третьої групи істотних умов має диспозитивний характер, тобто сторонам надається право самостійно вирішувати які ще умови, крім вказаних в законі, можуть бути істотними. Тут хотілося б відмітити думку висвітлену М.І. Брагінським та В.В. Вітрянським, які стверджували що, оскільки відсутнє правове регулювання договору, то відповідно і відсутній перелік специфічних для такого типу договорів істотних умов. Таке твердження дало можливість вказаним науковцям зробити висновок, що стосовно договірних моделей, не передбачених ЦК чи іншим правовим актом, істотними повинні залишатись тільки предмет, умови, які є необхідними для даного

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

договору, а також ті, відносно яких за вимогою однієї із сторін повинно бути досягнуто згоди.[2, с.246] Виходячи з викладеного вище, можна виділити умови, що є істотними для договору про надання послуг аварійного комісара.

Першу групу істотних умов складають умови про предмет договору. Ще при написанні своєї роботи М.І. Брагінський та В.В. Вітрянський відмічали точку зору С.Н. Ландкофа, який визнавав предмет єдиною по-справжньому істотною умовою договору. При цьому він посилався на те, що із трьох загально прийнятих істотних умов – предмету, ціни та строку, хоча б дві – ціна та строк можуть бути і відсутніми в договорі.[2, с.246] В загальному, таку точку зору можна вважати вірною, однак що стосується договору про надання послуг аварійного комісара, то тут є певні особливості, що стосуються ціни. Отже, предметом договору про надання послуг аварійного комісара, є власне сама послуга аварійного комісара. Така послуга являє собою певний комплекс, що реалізується або пропонується для реалізації за визначеною ціною, і який в кожному окремому договорі різниться сукупністю окремих самостійних послуг, які встановлюються за домовленістю сторін договору. Однак в будь-якому випадку до складу такого комплексу входить при найми дві самостійні послуги – це з'ясування причин настання страхового випадку і визначення розміру збитків.[4] Серед інших послуг, не пов'язаних із вище вказаними, можуть бути: організації медичної та психологічної допомоги, надання юридичної консультації, забезпечення організації та виконання ремонтних робіт транспортних засобів тощо). В договорі необхідно чітко вказати які саме послуги і яким чином будуть надаватися замовнику, так як даний договір укладається виключно із страховою компанією або власником транспортного засобу, тому сукупність послуг в залежності від суб'єктного складу може вагомо різнитися.

Другою групою умов, які за законом вважаються істотними, є умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду. Так як договір про надання послуг аварійного комісара, як і будь-який інший договір про надання послуг, презюмується як відплатний договір, тому що замовник зобов'язаний оплатити надані послуги, то істотною умовою для цього договору є ціна та порядок оплати наданих послуг.[1,с.478] За загальним правилом ціна в договорі встановлюється за домовленістю сторін, однак враховуючи, що договір про надання послуг аварійного комісара є договором публічним, то його умови відносно ціни встановлюються однаково для всіх замовників. Враховуючи, що визначення строків та порядку оплати послуг, як і сама вартість послуги, за договором про надання послуг аварійного комісара не має чіткого нормативного характеру, тому сторони вільні у виборі ціни, принциповим залишається лише те, що ціна як іс-

тотна умова договору, обов'язково повинна бути обумовлена в договорі.

Стаття 524 ЦК визначає валюту зобов'язання. Ці правила поширюються і на договір про надання послуг аварійного комісара, тобто ціна має бути виражена у грошовій одиниці України - гривні, але сторони можуть визначити грошовий еквівалент зобов'язання в іноземній валюті у випадках та на умовах встановлених законодавством.

До третьої групи істотних умов договору про надання послуг аварійного комісара належать будь-які умови, щодо яких за заявою хоча б однією зі сторін має бути досягнуто згоди. Таким чином законодавець, реалізуючи принцип свободи договору, дозволив сторонам вирішувати ті умови без узгодження яких договір не може бути укладений. До цієї групи істотних умов, вважаємо, необхідним віднести строк договору, який набуває ознак істотної умови, лише за заявою хоча б однієї із сторін. В іншому випадку строк не відноситься до істотних умов договору про на дання послуг аварійного комісара.

Виходячи викладене, можна зробити висновок, що істотними умовами договору про надання послуг аварійного комісара є предмет договору, ціна та порядок оплати послуг. Окрім цього, істотними можуть бути будь-які умови, щодо яких за заявою хоча б однією зі сторін має бути досягнуто згоди.

Список використаних джерел:

1. Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. / Т.В. Бондар, О.В. Дзера, Н.С. Кузнєцова та ін.; за ред. О.В. Дзери. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – 896с.
2. Договорное право: Общие положения. М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. – М.: Издательство «Статус», 1998. – 682 с.
3. Цивільний кодекс України [Текст] : за станом на 15 січ. 2008 р. – Х. : Одіссей, 2008. – 423 с. – (Серія "Закони України").
4. Про затвердження Типового положення про організацію діяльності аварійних комісарів [Електронний ресурс] : Постанова від 5 січня 1998 р. № 8-КМ. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=8-98-%EF

Поняття спадкування

Солонько М. Ф.

Спадкування традиційно вважається одним з найдавніших та стабільних інститутів в праві будь-якої держави. Навіть за радянських часів більшість основних засад спадкування були ще закладені римським приватним правом. Однак розвиток суспільних відносин поступово змінює економічні відносини, що в свою чергу впливає на речові правовідносини. Різноманітність та кількість майнових правовідносин між членами суспільства зумовлює потребу у розвитку та вдосконаленні норм, що регулюють перехід прав від однієї особи до іншої, як в якості загальних правил, так і норм садкового права, як спеціальних правил.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Ст. 1216 ЦК містить наступне поняття спадкування - спадкуванням є перехід прав та обов'язків (спадщини) від фізичної особи, яка померла (спадкодавця), до інших осіб (спадкоємців). Більшість вищезгаданих авторів підтримує думку законодавця, що ***під спадкуванням слід розуміти набуття майнових і деяких особистих немайнових прав і обов'язків (спадкової маси) фізичної особи, яка померла (спадкодавця), спадкоємцями та іншими особами в порядку спадкового правонаступництва.*** У даному випадку під майном слід розуміти сукупність прав і обов'язків, активів і пасивів, наявного майна померлого, його права, вимоги до інших осіб, а також його борги, які він не встиг погасити при житті, вимоги по відшкодуванню шкоди, заподіяної спадкодавцем. Із сказаного можна зробити висновок, що спадкуванням називається перехід переважно майнових (у деяких випадках немайнових) цивільних прав і обов'язків померлого до інших осіб. Зі смертю суб'єкта припиняються лише правовідносини, що носять суворо особистий характер (наприклад - права на пенсію, допомогу чи інші виплати, пільги і т.д.).

Слід зазначити, що Фурса С.Я. і Фурса Є.І. з 1999 року ввели в доктрину спадкового права термін «спадковий процес», за яким «спадковий процес – це регламентовані законодавством юридично вагомі дії повноважених осіб, які зумовлені переходом прав померлої особи до інших осіб». Тобто поділивши матеріальну сторону спадкових правовідносин и їх процесуальне здійснення.

Спадкування, як правовідносини, дуже специфічні, оскільки на перший погляд, порушується конструкція загальних цивільних правовідносин - воно по суті безсуб'єктне, оскільки зі смертю припиняється правоздатність спадкодавця, тому його права та обов'язки переходять до спадкоємців у порядку спадкового правонаступництва, що характеризується цілим рядом особливостей: наявністю фактичного складу, прямо передбаченого законом (наприклад, складання заповіту, смерть спадкодавця, прийняття спадщини за заповітом); сукупністю прав і обов'язків, які переходять до спадкоємців, як єдине ціле; спадкування носить універсальний характер - усі права й обов'язки переходять одночасно й на підставі акту прийняття спадщини.

Термін ***«спадкове право»*** використовують у двох значеннях суб'єктивному й об'єктивному. В об'єктивному значенні під спадковим правом розуміють сукупність правових норм, які регулюють порядок переходу прав і обов'язків померлого до інших осіб. У суб'єктивному значенні під спадковим правом розуміють права особи бути закликаним до спадкування як спадкоємець, обсяг його прав та обов'язків після прийняття спадщини.

Спадкові правовідносини існують у вигляді юридичного складу, необхідними елементами якого є такі юридичні факти: відкриття спадщини, час відкриття спадщини, місце відкриття спадщини, спадкова маса та інші.

Щодо проблеми визначення речей, які обмежено в цивільному обороті

Куцій О.В.

З прийняттям нового ЦК виникли нові підходи до дослідження низки проблем цивільного права, а особливо треба приділити увагу об'єктам цивільних прав (правовідносин). Насамперед потрібно зробити зауваження стосовно співвідношення термінів «об'єкти цивільних прав» і «об'єкти цивільних правовідносин», що зустрічаються в юридичній літературі. Це розмежування ґрунтується на таких міркуваннях: об'єктами правовідносин є те, на що це правове відношення спрямоване і справляє певний вплив. Тому як об'єкт цивільного правовідношення виступає поведінка його суб'єктів, спрямована на різні матеріальні блага. Під об'єктами цивільних прав розуміють будь-які матеріальні та нематеріальні блага, з приводу яких виникають цивільні правовідносини. Отже, можна дійти висновку, що «об'єкти цивільних прав» і «об'єкти цивільних правовідносин» – поняття тотожні.

Об'єкти цивільних прав (правовідносин) можуть бути визначені як матеріальні та (або) нематеріальні блага, з приводу яких складаються цивільні правовідносини.

В діючому ЦК виникла складність відносно самого визначення речей як об'єктів цивільних правовідносин. Наприклад, ст. 179 ЦК визначає річ як предмет матеріального світу, щодо якого можуть виникати цивільні права та обов'язки. Проте таке визначення потребує розширеного тлумачення. Адже ст. 177 ЦК поміж різновидів речей називає майно та майнові права, а ст. 190 ЦК вказує, що поняттям «майно» охоплюються також майнові права та обов'язки. Цілком очевидно, що ні «майнові права», ні «майнові права та обов'язки» не можуть бути віднесені до «предметів матеріального світу», як це випливає з визначення речі, запропонованого у ст. 179 ЦК.

Важливе значення під час дослідження такого об'єкта, як речі, відіграє його класифікація, тому вона є орієнтиром при виявленні правового режиму тієї чи іншої речі.

З розвитком економічних відносин та технічного прогресу збільшується коло об'єктів цивільного права та зростає їх роль у повсякденні. Особливої уваги потребує проблематика оборотоздатності об'єктів цивільного права, можливості здійснення угод і інших дій, спрямованих на їхню передачу в межах цивільно-правових відносин. Аналіз юридичної літератури з даної тематики дозволяє зробити висновок про те, що більшість робіт присвячені об'єктам цивільного права взагалі, або окремим об'єктам цивільного права і не приділяли значної уваги цивільно-правовому режиму речей, які обмежено в оборотоздатності. Так,

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

згідно зі ст. 178 ЦК, за оборотоздатністю речі поділяють на речі не вилучені з обігу (об'єкти, які можуть вільно відчужуватись), речі вилучені з приватного обігу (об'єкти, що не можуть бути предметом угод і іншим способом переходити від одного до іншого в межах цивільно-правових відносин та повинні бути прямо зазначені в законі) та речі, які обмежені приватному обігу (вони можуть належати лише певним учасникам цивільного обороту або їх придбання і (чи) відчуження допускається тільки на підставі спеціальних дозволів).

Згідно Закону України «Про міліцію» від 20 грудня 1990 року п. 23 ст. 11, працівник міліції має право «вилучати у громадян і службових осіб предмети і речі, заборонені або обмежені в обороті...». Таким чином міліція виступає контролюючим органом держави. Так наприклад, відповідно до «Інструкції про порядок виготовлення, придбання, зберігання, обліку, перевезення та використання вогнепальної, пневматичної, і холодної зброї, пристроїв вітчизняного виробництва для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями метальними снарядами несмертельної дії, та зазначених патронів, а також боєприпасів до зброї та вибухових матеріалів» затвердженої наказом Міністерства внутрішніх справ України від 21 серпня 1998 р. № 622, зареєстрованої в Міністерстві юстиції України 7 жовтня 1998 р. За № 637/3077, право власності на зброю та бойові припаси на території України мають фізичні та юридичні особи які отримали відповідний дозвіл на її придбання у органів внутрішніх справ, хоч в США обіг зброї є практично вільним, щоб кожний громадянин міг захистити себе, свою сім'ю та свою власність. Таким чином ОВС регулює її придбання та в подальшому контролює зберігання у власників.

Правове регулювання обігу лікарських та наркотичних засобів регламентує велика кількість законів та підзаконних актів. Основними серед них є: «Основи законодавства України про охорону здоров'я» від 19 листопада 1992 р., Закон України «Про лікарські засоби» від 4 квітня 1996 р., Закон України «Про обіг в Україні наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів і прекурсорів» від 15 лютого 1995 р. № 60/95-ВР, Закон України «Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживання ними» від 15 лютого 1995 р., Закон України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» від 1 червня 2000 р., постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів» від 6 травня 2000 р. № 770, постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження порядку провадження діяльності, пов'язаної з обігом наркотичних засобів, психотропних речовин та прекурсорів у лікувально-профілактичних закладах та установах» від 7 лютого 2001 р. № 106, наказ Міністерства охорони здоров'я

України «Порядок обігу наркотичних засобів, психотропних речовин та прекурсорів в державних і комунальних закладах охорони здоров'я» від 18 грудня 1997 р. № 356, наказ Міністерства охорони здоров'я «Про затвердження Порядку заборони (зупинення) та вилучення з обігу лікарських засобів на території України» від 12.12.2001 р. № 497 тощо. Чинне законодавство України передбачає кримінальну та адміністративну відповідальність за порушення норм, які регулюють обіг лікарських та наркотичних засобів.

Значу роль в обмеженому цивільному обігу відіграють об'єкти культурної спадщини, так як вони становлять історико-культурну цінність. Тому згідно із п. 2 ст. 18 Закону України «Про охорону культурної спадщини» від 08.06.2000 року «об'єкти культурної спадщини, що є пам'ятками (за виняток пам'яток, відчуження або передача яких обмежується законодавчими актами України) можуть бути відчужені, а також передані власником або уповноваженим ним органом у володіння, користування чи управління іншій юридичній або фізичній особі за наявності погодження відповідного органу охорони культурної спадщини»; ст. 22 того ж закону вказує, що «пам'ятки, їхні частини, пов'язане з ними рухоме та нерухоме майно забороняється зносити, змінювати, переміщувати (переносити) на інші місця...»; ст. 14 Закону України «Про вивезення, ввезення та повернення культурних цінностей» від 21.09.1999р. встановлює вичерпний перелік культурних цінностей, які забороняється вивозити із території України, а саме: культурні цінності, занесені до Державного реєстру національного культурного надбання; культурні цінності, включені до Національного архівного фонду; культурні цінності, включені до Музейного фонду України, а ст. 21 встановлю заборону на ввіз цінностей, які знаходяться у розшуку, вони вилучаються митними органами для повернення у встановленому порядку власнику. Таким чином держава контролює переміщення таких об'єктів.

Перехід до ринкових відносин в межах національної економічної системи передбачає різке підвищення ролі валютних цінностей, оскільки вони стають реальним об'єктом купівлі-продажу. Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 19.02.1993 р., вказує, що валютними цінностями (валютними коштами) є: іноземна валюта готівкою; платіжні документи (чеки, векселі, тратти, депозитні сертифікати, акредитиви та інші) в іноземній валюті; золото та інші дорогоцінні метали у вигляді зливків, пластин та монет, а також сертифікати, облігації, варанти та інші цінні папери, номінал яких виражено у золоті, дорогоцінні камені.

На сьогоднішній день речі які обмежені в оборотоздатності мають особливий правовий режим, і тому їх здатність перебування та передача у суб'єктів цивільного права має регулюватись зако-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

нодавством. На жаль, дане законодавство має суттєві недоліки, в зв'язку з чим виникає потреба в подальшому реформуванні. Задля цього необхідно скористатись досвідом зарубіжних країн в секторі регулювання обігу речей, які обмежені в оборотоздатності.

Визначення зброї як об'єкта цивільно-правових відносин

Старіцина С.О.

1. Зброя як об'єкт цивільного права може виступати об'єктом різноманітних цивільних правовідносин: страхування, дарування, купівлі-продажу, спадкування, міни, поставки тощо. Загальноприйнятою є позиція, за якою при визначенні поняття «зброя» основна увага науковців [1, с. 225] спрямована на такі властивості зброї, які торкаються її технічної характеристики, призначення тощо. Ґрунтовне ж дослідження зброї щодо розуміння її саме як об'єкту приватноправових відносин вченими не здійснювалося.

2. Одним з основних нормативно-правових актів, що регулюють обіг зброї є Наказ МВС України № 622. Проте, даний Наказ здійснює регулювання лише окремих цивільно-правових відносин з приводу зброї. Зокрема, даним Наказом конкретизується загальний порядок, визначений ЦК України, щодо придбання (п.п. 12.1.-12.4.), дарування (п. 12.9.), спадкування (п. 12.17.), припинення права власності на зброю (12.18.) як об'єктів,що обмежені в обізі. Разом з тим, даний нормативно-правовий акт не містить загального поняття зброї, а лише визначає поняття окремих її видів.

Українське законодавство не містить визначення зброї, але, те ж саме можна сказати і про законодавство радянських часів. Втім, це не можна сказати про радянську судову практику. Так, Судова колегія з кримінальних справ Верховного Суду СРСР визначала зброю як предмет, призначений виключно для ураження живої цілі, який не має іншого господарського значення, для права користування, зберігання і носіння якого необхідний спеціальний дозвіл.

Постанова Пленуму Верховного Суду УРСР «Про судову практику в справах про перевищення влади або службових повноважень» роз'яснювала, що під зброєю необхідно розуміти предмети, призначені для ураження цілі.

В судовій практиці України також робилися спроби виділення окремих ключових ознак, які мають бути притаманні зброї. Так, Постанова Пленуму Верховного Суду України № 3 від 26.04.2002 вказує на те, що основною характерною ознакою зброї, бойових припасів, вибухових речовин, вибухових пристроїв та радіоактивних матеріалів є їх призначення – ураження живої цілі, знищення чи пошкодження оточуючого середовища.

Російське законодавство, на відміну від українського та радянського в 1996 році на рівні закону визначило, що зброя – це пристрої і предмети, конструктивно призначені для ураження живої або іншої цілі, подачі сигналів.

Український проект Закону України «Про зброю» (далі – Проект), надає більш широке визначення зброї порівняно з російським, вкладаючи більш широке значення в дефініцію «зброя». Так, ст. 1 даного Проекту визначає зброєю пристрої, прилади і предмети, спеціально виготовлені, конструктивно призначені і технічно придатні для ураження живої або іншої цілі, подачі звукового чи світлового сигналу, які не мають іншого виробничого чи господарсько-побутового призначення.

3. В різні часи вченими здійснювалися спроби виведення загального поняття зброї. В.М. Плєскачевскій під зброєю розуміє матеріальний засіб індивідуального застосування, конструктивно і функціонально призначений для нанесення летальних ушкоджень людині або тварині, а також для спеціального руйнування перешкод [2, с.18]. Також визначення зброї надає Д.А. Корецький, який пропонує визначити зброю як предмети та механізми, спеціально призначені для враження живої цілі або мішеней, виготовлені по типу історично випрацюваних зразків, що максимально відповідають задачам «злочинного задуму» та не мають іншого цільового призначення [3, с.261].

Хоча дані визначення і мають деякі спільні риси та ознаки, кожний автор, який їх формулював опирався на ту галузь права, в якій він є фахівцем, і тому кожне наведене визначення наближене за своїми ознаками до тієї чи іншої галузі права чи сфери науки.

4. Виходячи із загальних засад цивільного права, зброя являє собою річ, тобто є об'єктом матеріального світу, щодо якого можуть виникати цивільні права та обов'язки (ст. 179 ЦК). Характеризуючи зброю як річ, що є об'єктом цивільних правовідносин, можна виділити такі специфічні ознаки цієї речі:

– зброя є здатною до обігу. Разом з тим, вона відноситься до об'єктів обмежених в обізі (спеціальний порядок набуття права власності громадянами на певні види зброї встановлюється Постановою Верховної Ради України N 2471 від 17 червня 1992 р. «Про право власності на окремі види майна»);

– зброя відноситься до рухомого майна (ст. 181 ЦК) та підлягає обов'язковому обліку в органах внутрішніх справ.

– зброя є неподільною річчю (ст. 183 ЦК). Фізична неподільність зброї підтверджується тим, що у випадку відділення від неї однієї з її основних частин, зброя втрачає своє цільове призначення. Юридична ж неподільність зброї виражається в тому, що за відсутності однієї з основних своїх частин, така річ не буде визнаватися (наприклад, експертами-балістами) зброєю;

– зброя відноситься до речей, визначених індивідуальними ознаками (ч. 1 ст. 184 ЦК). Остаточну індивідуалізацію зброя на-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

буває з моменту залучення її до цивільного обороту, що має у кожному випадку своє документальне підтвердження;

–у процесі свого використання зброя здатна зберігати свій первісний вигляд протягом тривалого часу, що й дозволяє визначити зброю як неспоживну річ (ст. 185 ЦК).

Зазначені юридичні властивості зброї як речі є принципово важливими, оскільки є необхідними для правильного надання її визначення.

5. Таким чином, зброя як об'єкт цивільних правовідносин являє собою індивідуально визначену річ, права на яку набуваються у спеціально визначеному порядку, що призначена для ураження живої або іншої цілі та не має іншого виробничого чи господарсько-побутового призначення.

Література: 1. Ромовська З.В. Українське цивільне право. Загальна частина: Академічний курс: Підручник. – 2-ге вид., допов. – К.: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. – 594 с.; 2. Плескачевский, В.М. Оружие в криминалистике: Понятие и классификация: автореф. дис. на соискание ученой степени доктора юрид. наук: специальность 12.00.09. «Уголовный процесс; Криминалистика; Теория оперативно-розыскной деятельности» / В.М. Плескачевский. – Московский юридический институт МВД России. – М., 1999. – 42 с. – Библиогр.: с. 36 – 42.; 3. Корецкий Д.А. Основы теории и методологии криминологического исследования тяжких преступлений, совершаемых с применением оружия: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. / Корецкий Данил Аркадьевич. – Москва, 1997. – 314 с.

Щодо питання про твір, втілений через цифрове середовище, як нетиповий об'єкт цивільного права

Глотов С. О.

Як відомо, об'єкти цивільного права можна умовно поділити на два види: типові, або традиційні, – речі, результати робіт та послуг, результати інтелектуальної творчої діяльності, інші матеріальні і нематеріальні блага; нетипові, або нетрадиційні, до яких, як правило, відносять комерційну таємницю, конфіденційну інформацію і таке інше. Безумовно, твір як такий, є сам по собі традиційним об'єктом цивільного права, оскільки є результатом індивідуальної творчої діяльності. Але твір, втілений через цифрове середовище, тобто представлений у цифровій формі, має певні характеристики, що суттєво відрізняють його від твору, втіленого через аналогове середовище, – типового об'єкта цивільного права.

Ствердження: твір, втілений через цифрове середовище, тобто представлений у цифровій формі, є нетиповий об'єкт, але ж такий, що не потребує "свого" інституту права.

Дана позиція підтверджується на рівні закону. Так, наприклад, згідно зі ст.4 Директиви ЄС "Про гармонізацію деяких аспектів авторського права і суміжних прав в інформаційному просторі" вичерпання прав на твір у цифровій формі, на відміну від твору в аналоговій формі, не поширюється.

Оскільки терміни "цифрове середовище", "цифрова форма",

втім як і термін "середовище", не є юридичними, а тому не входять у предмет пізнання науки права, необхідно звернутися до наукових праць і результатів наукових досліджень, авторами яких є представники точних наук – фахівці відповідної галузі. В.І. Жуков з цього приводу пише, що процес дослідження нетипових об'єктів потребує вирішення цілої низки неюридичних та юридичних проблем, які межують. З точки зору формальної логіки такі об'єкти дослідження називаються спільними, оскільки перехрещуються щодо відображення їх понять. Ці проблеми ще не дістали свого чіткого вираження зовні та, передусім, не описані у формі, доступній для сприйняття фахівцями як у сфері точних наук, так і вченими-цивілістами. Труднощі щодо даного етапу дослідження полягають у тому, що він потребує *спільної* наукової діяльності представників різних наук, а здобуті результати мають бути придатними для *взаємної* наукової інтеграції. Завдання мають бути описані та сформульовані коректно. Неправильно описані завдання не мають правильного вирішення.[1]

Інакше кажучи, тільки після виявлення та описання властивостей, які об'єктивно притаманні творам у цифровій формі, можна буде ставити і вирішувати питання про те, чи є, наприклад, належною охорона власників прав на такі твори, чи має бути релевантним застосування обмежень авторського права до творів у цифровій формі в порівнянні із традиційними об'єктами авторського права.

Автор тез є прихильником концепції об'єкта – дія (Я.М. Магазінер[2], В.І. Жуков[3],[4]), тому що обрана концепція дає змогу сконцентрувати увагу саме на властивостях об'єкта права – твору, втіленому через цифрове середовище, який представлений в цифровій формі. А тому дана концепція береться за більшу посилку. Якщо прийняти дану концепцію за більше посилання, а твір у цифровій формі, втілений через цифрове середовище, за менше посилання, за умови, що нам відомі властивості такого твору, з якими можуть бути пов'язані певні правові наслідки, ми зможемо визначити, що має бути включено до гіпотези і диспозиції норми закону, звідки будуть випливати певні обов'язкові дії суб'єктів права.

Автор тез презюмує, що він є прихильником концепції виключних прав.

---

[1] Жуков В.И. Методология подхода к объектам информатики как к объектам гражданского правоотношения / В.И. Жуков //Социальные и правовые вопросы развития вычислительной техники и научно-технического творчества. Труды по социальным проблемам кибернетики. Ученые записки Тартуского государственного университета. – Тарту. – 1989. – 172 с., С.132.

[2] Магазинер Я.М. Избранные труды по общей теории права.– СПб.: Юридический центр Пресс.– 2006.– 350с.

[3] Див. Жуков В.И. Методология подхода к объектам информатики как к объектам гражданского правоотношения / В.И. Жуков //Социальные и правовые вопросы развития вычислительной техники и научно-технического творчества. Труды по социальным проблемам кибернетики. Ученые записки Тартуского государственного университета. – Тарту. – 1989. – 172 с.

[4] Жуков В.И. Правовая охрана объектов научно-технического творчества: учеб. пособ. / В.И. Жуков. – Харьков: Юридический институт, 1983. – 96 с., С.11.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Для визначення властивостей твору, втіленого через цифрове середовище, необхідно звернутися до того, що являє собою середовище аналогове. При цьому автор ґрунтується на даних точних наук, оскільки, як уже зазначалось вище, поняття "середовище", "цифрове середовище" не є юридичними.

У тексті Національного стандарту Російської Федерації про інформаційні технології та електронний обмін інформацією (ГОСТ Р 52292-2004)[1], введеному у дію 01.07.2005 р., під аналоговим середовищем розуміється середовище фізичних об'єктів (явищ), які представлені у вигляді безперервних характеристик (фізичних величин).

Якщо поширити дане визначення на твори – об'єкти авторського права – в традиційному розумінні, твір існує в середовищі, яке утворене (збудоване) одуховленими мислячими суб'єктами. У разі використання твору, представленого в традиційній (аналоговій) формі, і суб'єкти, і сам твір перебувають в одному середовищі, яке є звичайним (природним) насамперед для суб'єктів. Сприйняття твору в аналоговій формі не потребує посередників (машин), оскільки даний твір закріплений на твердому (матеріальному) носії. Таке сприйняття здійснюється за схемою: суб'єкт – твір, де не має місця впливу з боку техніки і технологій. В.А. Гадасін і В.А. Канявський – доктори технічних наук – на прикладі документа відмічають, що сприйняття аналогового документа ґрунтується на образному мисленні, інтерпретації його змісту на базі знання, досвіду, який має суб'єкт, що взаємодіє із документом. Тут поняття інформації як знання, відомості, доцільне і змістовне, але поняття однозначності в аналоговому середовищі існування документа має тлумачитися досить широко: образне мислення принципово ґрунтується на "схожості", "приблизності".[2] Інакше кажучи, сприйняття твору в аналоговій формі здійснюється через мислення людини, де базою для сприйняття є даний їй природою "апарат" розпізнання образів, що дозволяє ототожнювати компоненти (елементи) тексту твору із сформованими у свідомості еталонами. Розуміти і адекватно реагувати на твір в аналоговій формі може тільки людина.

Що ж до твору, втіленого через цифрове середовище, то сприйняття такого твору можливе лише за допомогою машини. Це має місце через те, що технічне оцифрування (оцифровывание) являє собою дію з відтворення об'єкта у формі бінарного коду, що складається із цифр «1» і «0», який для цілей сприйняття такого об'єкта людиною знов переводиться в "аналогову форму"[3].

Як і в азбуці Морзе, існують сталі схеми для кожної букви, кожного звука і т.д., що складаються з бінарного кроку – бінарного коду – біта. Біт, як основоположна одиниця обробки інформації, може бути або зі знаком «–», або зі знаком «+». Біт із знаком «плюс» передає інформацію

[1] http://www.internet-law.ru/intlaw/laws/gost-eoi.htm

[2] В.А. Гадасин, В.А. Конявский. От документа – к электронному документу. Системные основы. М.: "РФК-Имидж Лаб", 2001, 192 с.

[3] Mohring, Nicolini, Urheberrechtsgesetz, 2 издание, München, 2000, §2б абз. 40, с. 106.

«та» або «правильно» і символізується цифрою «1». Біт із знаком «мінус», навпаки, передає інформацію «немає» або «неправильно» і представлений цифрою «0». Вісім бітів утворюють один байт. Таким чином, будь-який твір може бути перероблений і наведений у вигляді низки чисел, представлених цифрами «1» і «0». Єдине, що відрізняє такий твір від твору, представленого в аналоговій формі (вкажемо на це ще раз), він може бути сприйнятий лише за допомогою комп'ютера або іншого технічного пристрою, здатного зчитувати і сприймати бінарний код. Даний цифровий бінарний код, на відміну від аналогової передачі і збереження, має низку специфічних властивостей: точність; логічне сприйняття та обробка твору, який втілюється через цифрове середовище; єдиний формат даних; кодування джерела; пам'ять великої місткості (носій великої ємності, що запам'ятовує).

Отже, аналогію між традиційним твором (на папері) – аналогова форма, – і твором у цифровій формі якщо і можна проводити, то лише за умови, що машина (комп'ютер) використовується як "велика друкарська машинка".

При цьому акцентується увага на тому, що твір, незалежно від того, через яке середовище він втілений, залишається результатом інтелектуальної, творчої діяльності.

Таким чином, можна визначити такі принципові відмінності твору, втіленого через цифрове середовище, від твору, втіленого через середовище аналогове, які мають системний характер і, більш того, є полярними, асиметричними:

№	**Аналогове середовище**	**Цифрове середовище**
1	Середовище оперує категоріями схожості, приблизності	Середовище оперує категоріями однозначності, точності
2	Два примірники того ж самого твору мають у будь-якому разі певні відмінності один від одного	Два примірники того ж самого твору не мають взагалі будь-яких відмінностей
3	Сприйняття твору є одномоментним, цілісним	Сприйняття твору є послідовним, фрагментарним
4	Твір сприймається за схемою: людина-твір	Твір сприймається за схемою: людина-машина-твір
5	Твір за своїм станом є статичним	Твір за своїм станом є динамічним (за умов доступу до нього)

Виходячи з викладеного вище, можна зробити такі висновки:

- Твір, втілений через цифрове середовище, є нетиповий об'єкт цивільного права, якому притаманні такі природні «властивості-ознаки», які цивільному праву не відомі і чинним регуляторним законодавством (Цивільний кодекс України, Закон України «Про авторське право і суміжні права», Закон України «Про телекомунікації») не враховані.
- Твір, втілений через цифрове середовище, тобто представлений в цифровій формі, заслуговує на особливе ставлення до них з точки зору правового регулювання. Підставою для цього слугують особливості сприйняття такого твору, що відбувається за схемою "людина-машина-твір".

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

- З огляду на те, що твір, незалежно від того, через яке середовище він втілений, залишається результатом інтелектуальної, творчої діяльності, твір, втілений через цифрове середовище, тобто представлений в цифровій формі, не потребує для регулювання запровадження нового інституту права.

Місце норми права щодо комп'ютерної програми в цивільному праві України

Іванюченко О. В.

1. Відомо, що нормативно-правове регулювання комп'ютерної програми (далі КП) передбачено Законом України «Про авторське право і суміжні права» з 1993 року (далі Закон) [1], а з 2004 року ЦК [2].

Фахівцям з права відомо, що ЦКУ, кодекс приватного права заснований на пандектній системі права, тобто на вченні про безпрогаленність та логічність завершеності об'єктивного права. Тому, норми права, у тому числі і щодо КП, бази даних (далі БД), які прямо не виражено в законі, – можуть бути виведені із закону. Такий висновок базується на формально-догматичному методі (дедукція). І, навпаки, з протилежної позиції, - школи „вільного права", можливо вільне правонаходження, вільне від закону, зокрема, ЦК (індукція).

Потреба в прийнятті нових (спеціальних) законів (наприклад, щодо охорони прав на КП) в Україні для регулювання приватних майнових відносин буде оправданою лише тоді, коли виявляться прогалини в ЦК, і таким чином виникне потреба в застосуванні тієї чи іншої статті за правилом аналогії закону (перша ситуація), або за правилом аналогії права (друга ситуація). Це правило закріплено в ст. 4 ЦК опосередковано.

В даній статті мова йде про те, що якщо суб'єкт права законодавчої ініціативи подав до Верховної Ради України (далі ВР України) проект закону, який регулює цивільні відносини інакше, ніж ЦК, він зобов'язаний одночасно подати проект закону про внесення змін до Цивільного кодексу України. Поданий законопроект розглядається ВР України одночасно з відповідним проектом закону про внесення змін до Цивільного кодексу України. На жаль, це правило часто порушується. Приймаються тисячі законів, які регулюють цивільні відносини інакше ніж ЦК (без попередніх змін в ЦК), або так як вже врегульовано в ЦК (повтори). І навпаки норми права ЦК дублюють, протирічать нормам права, наприклад, Закону України «Про авторське право і суміжні права» (далі - Закон). В результаті замість стабільності на ринку майнових відносин, - правопорядку, в Україні виникає безпорядок. Постає коло питань: якими нормами права слід керуватися суду, - нормами ЦКУ чи нормами Закону? Яка норма є *загальна*, а яка *спеціаль-*

на? /якщо є спеціальна, то не застосовується загальна/. Чи є вони однакові за юридичною силою?

Наприклад, відповідно до ч.2 ст. 16 Закону виключне майнове право на службовий твір належить ***роботодавцю***, якщо інше не передбачено трудовим договором (контрактом) та (або) цивільно-правовим договором між автором і роботодавцем, а ось ч.2 ст. 429 ЦК майнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору, належать ***працівникові***, який створив цей об'єкт, ***та юридичній*** або ***фізичній*** особі, де або у якої він працює, ***спільно***, якщо інше не встановлено договором. Таких повторів (дублювань) та протиріч, які за останні 7 років після набрання чинності ЦК й до сих пір не усунено, можна привести багато, але в жодному із цих нормативних актів не має чітко визначеного місця для норм права щодо КП, відсутня юридична техніка написання закону (в широкому розумінні) та ін.

2. Норми права щодо КП розміщені в Законі і ЦК несистематично. На відміну від законодавства України, в Законі Німеччині «Про авторське право» [3], в Законі Естонії «Про авторське право» [4], в Законі Литви «Про авторські і суміжні права» [5] норми права щодо КП розміщені в *окремих статтях*, чи то навіть в *окремих розділах*, а в деяких нормах права зазначається, що положення даної статті *не розповсюджується* на комп'ютерні програми (наприклад, Закон Латвії «Про авторське право») [6].

Невизначеність місця норм права щодо КП, перш за все, полягає у неоднорідності об'єктів які складають КП і тому мають різну правову охорону – патентно-правову або авторсько-правову. Так, відомо, що класичне патентне право за своєю функцією охороняє лише „зміст" *технічного рішення* (а не його форму), і тому не може охороняти „зміст" комп'ютерної програми (*алгоритм*). Останній є нетехнічним, а науковим рішенням в сфері прикладної математики (машинно-орієнтованої). Проблема полягає в тому, що саме *алгоритм* потребує належної правової охорони, тобто охорони на тому рівні який дає патентне право (за правовими наслідками). Це вимога практики авторів алгоритму і виробників КП, БД.

Так, лише у 2008 році на території України Асоціація виробників програмного забезпечення (Business Software Alliance) і її члени довели до суду більше 258 справ, пов'язаних з фактами незаконного використання й поширення піратського програмного забезпечення (а, по-суті, алгоритму). Загальна сума збитку, заподіяного компаніям-членам BSA у результаті незаконного використання їхніх продуктів, становила більше 4 мільйонів гривень (4 007 444 грн.) [7]. Авторам (алгоритму) необхідний інститут, який би надав захист КП на рівні винаходу в патентному праві. Однак, оскільки патентним правом неможливо охороняти алгоритм КП, - потрібен новий інститут права.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

3. Таким новим інститутом права (загальним) може стати інститут для охорони наукових результатів, як в сфері фундаментальних, так і прикладних наук. І, відповідно, „під ним" субінститут для охорони прав на математичне забезпечення електронно-обчислювальної техніки (далі ЕОТ), як сформований на базі вже відомого інституту.

Новий інститут права потрібний, перш за все, для охорони прав саме „змісту" комп'ютерної програми, тобто, - „алгоритму" (як вважає абсолютна більшість вчених), або тріади: „моделі - методу - алгоритму" (на думку *В.І. Жукова*) [8]. На жаль, такий інститут права відсутній в системі законодавства. Тобто відсутня *більша посилка*, під яку можна було б підвести *меншу посилку*, - охорона прав на КП науковий результат (наукові факти) в сфері прикладної математики (машинно-орієнтованої /на ЕОТ/), а саме на „алгоритм", або на „модель - метод - алгоритм".

Становлення *нового інституту права* (складеного з загальних норм-принципів) може проходити зворотнім шляхом, по лінії становлення *від* нових *субінститутів права*.

Отже, автором береться вже відомий інститут права на „наукове відкриття" з урахуванням розбіжностей і особливостей критеріїв охороноздатності, притаманними результатам в сфері фундаментальних досліджень та прикладних. Прийом відомий в праві (аналогія).

***Список джерел**:*

1. Закон України «Про авторське право і суміжні права» від 23 грудня 1993 року // Відомості Верховної Ради (ВВР), 1994, N 13, ст.64.

2. Цивільний кодекс України № 435-IV від 16.01.2003 //Офіційний вісник України. –2003. -№ 11. – Ст. 461.

3. Закон Германии «Об авторском праве» Urheberechtsgesetzes German title: Urheberechtsgesetzes vom 9. September 1965.Entry into force (of last amending law): May 8.

4. Закон Эстонии «Об авторском праве» (RT I, 2004, 77, 527) // Закон принят 11 ноября 1992 года (Ведомости ЭР, 1992, 49, 615), вступил в силу 12 декабря 1992 года.

5. Закон Литовской республики "Об авторских правах и смежных правах" от 18 мая 1999 г. № VIII-1185, Вильнюс

6. Закон Латвии «Об авторском праве», принят Сеймом 6 апреля 2000 года – (Latvijas Vestnesis 27/04/2000г.) www.medialaw.ru..

7. «Українські компанії заплатили 4 мільйони гривень за використання неліцензійного ПЗ» // Журнал «Інтелектуальна власність» від 23.02.2009

8. Жуков В.И. Исходные посылки становления охраноспособности программных средств ЭВТ //Правовые проблемы программирования вычислительной техники и изобретательства. Труды по социальным проблемам кибернетики. Ученные записки Тартуского государственного университета. –Тарту. –1988. –156 с. –С.29-29 Жуков В.И. Критерии охраноспособности объектов математического обеспечения ЭВМ //Информатика и право. Сборник научных трудов. – Ленинград: «Наука», Ленинградское отделение. –1988. –160 с. – С.33-43; В. Жуков «Захист комп'ютерних програм: стара проблема, що очікує зовсім нового вирішення», Науково-практичний журнал Інтелектуальна власність №7 2004, с.20-27.

Особливості державного контракту на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт

Іванова К. Ю.

1. Одним з основних засобів регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання є державне замовлення, яке здійснюється шляхом формування на договірній (контрактній) основі складу та обсягів продукції (робіт, послуг), необхідної для пріоритетних державних потреб, розміщення державних контрактів на поставку (закупівлю) цієї продукції (виконання робіт, надання послуг) серед суб'єктів господарювання, незалежно від їх форми власності. Правовою формою державного замовлення є договір (державний контракт), укладений державним замовником від імені держави з суб'єктом господарювання (виконавцем державного замовлення), в якому визначаються економічні та правові зобов'язання сторін і регулюються їх господарські відносини [1].

Державне замовлення діє і у сфері досліджень та розробок, що виконуються у рамках пріоритетних напрямів розвитку науки і техніки, зокрема шляхом укладення договорів на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт (далі – державний контракт на виконання НДДКТР).

2. Слід виходити з того, що укладення державних контрактів на виконання НДДКТР має певні особливості. І, перш за все, це пов'язано з тим, що загальні положення щодо державного замовлення визначені у Господарському кодексі України, щодо договору НДДКТР – у Цивільному кодексі України [2], а правові та економічні засади формування, розміщення і виконання зазначених контрактів – у спеціальному законодавстві, а саме в Законах України «Про державне замовлення для задоволення пріоритетних державних потреб» [3], «Про Державний бюджет України», в Положенні «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» [4], у «Порядку формування і виконання замовлення на проведення наукових досліджень і розробок, проектних та конструкторських робіт за рахунок коштів державного бюджету» [5]. Таким чином, укладення і виконання в зазначеній сфері державних контрактів опосередковується нормами різних галузей законодавства.

3. Державний контракт на виконання НДДКТР має особливий суб'єктний склад: на боці замовника виступає спеціально уповноважений суб'єкт (державний замовник – Верховна Рада України та інші центральні органи державної влади України, Рада міністрів Автономної Республіки Крим, обласні, Київська та Севастопольська міські державні адміністрації, державні організації та

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

інші установи – головні розпорядники коштів державного бюджету у відповідній галузі діяльності), який наділений правом укладати від імені держави такий контракт.

Отже, на відміну від інших договорів, які укладаються на основі вільного волевиявлення сторін, замовником за цим договором може бути лише чітко визначений законодавством суб'єкт, який, виходячи з цього, має особливий правовий статус.

4. До особливостей державного контракту на виконання НДДКТР, яка впливає на порядок встановлення договірних відносин, слід віднести і спосіб укладення цього договору (конкурентний або неконкурентний (традиційний). Традиційному способу, на відміну від конкурентного, притаманний, як правило, заздалегідь визначений суб'єктний склад майбутнього договору, тобто з оферти має недвозначно слідувати, до кого вона звернена [6, с.88]. Відповідно до законодавства при укладенні державних контрактів здійснюється конкурентний відбір учасників з метою визначення переможця торгів (тендера) (за винятком процедури закупівлі в одного учасника). Отже, встановлення договірних відносин, зокрема на підставі державних контрактів на виконання НДДКТР, відбувається в умовах конкуренції (на торгах).

В зв'язку з цим виникає питання щодо виду оферти, – буде вона колективною, конкурсною чи публічною. Від цього залежить порядок укладення зазначеного державного контракту, а саме хто – виконавець чи замовник – буде направляти проект договору іншій стороні.

Список використаних джерел: 1. Господарський кодекс України : затв. Законом України від 16.01.2003 р., № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №18, № 19–20, № 21–22. – ст.144. 2. Цивільний кодекс України : затв. Законом України від 16.01.2003 р., № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – ст. 356. 3. Про державне замовлення для задоволення пріоритетних державних потреб : Закон України від 22.12.1995 р., №493/95-ВР // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1996. – N 3. – ст. 9. 4. Про затвердження Положення про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти : Постанова Кабінету Міністрів України від 17.10.2008 р., № 921 // Офіційний вісник України. – 2008. – № 80. – ст. 2692. 5. Про затвердження Порядку формування і виконання замовлення на проведення наукових досліджень і розробок, проектних та конструкторських робіт за рахунок коштів державного бюджету : Постанова Кабінету Міністрів України від 25.08.2004 р., № 1084 // Офіційний вісник України. – 2004. – № 34. – Ст. 2252. 6. Беляневич О.А. Господарський договір та способи його укладання: [навчальний посібник] / О.А. Беляневич. – Київ : Наукова думка. – 2002. – 279 с.

Умови виникнення кондикційних зобов'язань

Єфименко І.В.

Кондикція (або безпідставне збагачення) – це інститут цивільного права, який застосовувався ще в Давньому Римі для поновлення порушених прав у випадках безпідставного переходу речей від однієї особи до іншої, за відсутності належних підстав. Підґрунтям сучасного інституту безпідставного збагачення є ідея родового характеру кондикційних зобов'язань щодо всіх інших ви-

мог про повернення майна, як-от віндикація, реституція, вимоги про відшкодування завданої шкоди, повернення виконаного у зв'язку з зобов'язанням.

Особливості застосування зобов'язань, що виникають з набуття або збереження майна без достатньої правової підстави, зазначені у ст. 1212 ЦК України, згідно з якою особа, яка набула майно або зберегла його в себе за рахунок іншого (потерпілого) без достатньої правової підстави (так зване безпідставно набуте майно), зобов'язана повернути його потерпілому. Збагатіла особа зобов'язана повернути майно, й коли підстава, на якій воно було набуте, згодом відпала, або ж відшкодувати вартість набутого чи збереженого.

Зобов'язання з безпідставного набуття, збереження майна виникають за наявності 3-х умов: (а) набуття або збереження майна, (б) набуття або збереження за рахунок іншої особи і (в) відсутність правової підстави для набуття або збереження майна.

1. Набуття майна може полягати в отриманні речі або грошей, покращенні якості і тим самим збільшенні вартості речі, в отриманні послуг. При набутті майна відбувається одночасне збільшення його обсягу в однієї особи і зменшення його в іншої. Тут мається на увазі повторна сплата вартості товару. Також це відбувається при збільшенні вартості власного майна, яке за всіма законними підставами має належати іншій особі. Наприклад, набувач одержав суму грошей, призначену потерпілому, або продавець не передав покупцеві сплачений ним товар. При збереженні майна особа зберігає свої кошти за рахунок невиплати їх іншій особі. Приміром, особа пообіцяла виплатити винагороду за досягнення відповідного результату, але після виконання умов кошти не сплатила.

2. Безпідставне набуття майна за рахунок іншої особи передбачає наявність 2-х взаємопов'язаних умов: по-перше, має відбуватися неналежне збільшення обсягу майна в однієї особи, в той час коли він не повинен збільшуватись; по-друге, одночасне й обумовлене цим зменшення обсягу майна в іншої особи, в той час коли він мав був залишитися незмінним. Вищенаведене дає нам змогу зробити висновок, що в набувача відбувається збільшення майна, а в потерпілого – його зменшення, тобто виникає збагачення однієї особи за рахунок іншої.

При набутті майна в набувача виникає майнове право. В іншому разі відбувається лише фактичне володіння, яке на підставі ст. 1212 ЦК не є збагаченням володільця.

Не менш поширеним видом зобов'язань унаслідок безпідставного збагачення є зобов'язання з безпідставного збереження майна за рахунок іншої особи, яке виникає за наявності 2-х взаємопов'язаних елементів: по-перше, неналежне збереження обсягу майна в однієї особи, в той час коли він повинен був зменшитися; по-друге, одночасне й обумовлене цим незбільшення обсягу майна в іншої особи, хоча він мав збільшитися.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Безпідставне збереження майна характеризується тим, що фізична особа повинна була витратити частину своїх коштів, але не витратила їх і тим самим зберегла їх за рахунок витрат іншої. Збереження майна може мати прояв і в таких випадках, коли одна особа зберегла свої кошти за рахунок іншої, тобто остання (потерпіла) зробила платіж, який мав оплатити набувач (збагатіла особа). Наприклад, отримання несплаченої послуги, користування чужим майном без наміру його придбати.

3. Відсутність правової підстави для набуття або збереження майна. Набуття або збереження майна визнається безпідставним, якщо його правова підстава в подальшому відпала, що тягне за собою зникнення умов, які дозволяють нам вести мову про юридичну обґрунтованість цих дій [1, с. 10]. Будь-яке переміщення майна й відповідна поява на нього прав повинна мати під собою правове підґрунтя. Якщо вказаної підстави бракує, це дає змогу особі, яка позбулася свого майна, вживати заходів для захисту своїх майнових прав. Ці заходи можуть бути спрямовані на повернення майна, а якщо це неможливо, то на відновлення порушеного права шляхом відшкодування вартості втраченого.

До категорії зобов'язань, що виникають внаслідок набуття, збереження майна без достатньої правової підстави відноситься виконання неналежного, тобто передача потерпілим майнової вигоди, яка не повинна була передаватися з тієї причини, що підстави, що лежать в основі передачі (правочин або інша правова підстава) або не існували, або не були дійсними. До отримання набувачем неналежного майна належать також випадки придбання майнових вигод у результаті помилкових дій третіх осіб. Може відбуватися і збільшення майна набувача за рахунок майна потерпілого внаслідок певних подій (паводок, землетрус тощо).

З урахуванням викладеного можемо стверджувати, що набуття або збереження майна без достатньої правової підстави відноситься до недоговірних зобов'язань, у яких кредитор вправі вимагати від боржника його повернення або відшкодування вартості набутого або збереженого майна.

Список літератури: 1. Ем В.С. Обязательства вследствие неосновательного обогащения // Законодательство. – 1999. – №7.– с. 7 – 23.

Адміністративний акт як підстава виникнення цивільно-правового зобов'язання

Пустова Ю. М.

Зобов'язальні правовідносини є одним із видів цивільних правовідносин і мають притаманні їм ознаки. Хоча разом з тим наука цивільного права виділяє окремі специфічні ознаки. До таких ознак можна віднести наступні:

– сторонами зобов'язання є конкретні особи: кредитор – особа, якій належить право вимоги, і боржник – особа, яка несе обов'язок, відповідний праву вимоги кредитора. Цим зобов'язанням (відносні правовідносини) відрізняються від абсолютних правовідносин (правовідносин власності тощо), в яких уповноваженій особі протиставлене не конкретне коло зобов'язаних осіб, а «усі й кожен»;

– об'єктами зобов'язальних правовідносин можуть бути дії, пов'язані з передачею майна, виконанням робіт тощо, або утримання від здійснення дій, в той час як об'єктами речових правовідносин є речі;

– здійснення суб'єктивного права кредитора у зобов'язальних правовідносинах можливе тільки у разі здійснення боржником дій, що складають його обов'язок, тоді як у речових правовідносинах уповноважена особа може здійснювати свої суб'єктивні права самостійно, не звертаючись за допомогою до інших осіб;

– зобов'язання опосередковують динаміку цивільного обігу. Речові права – це його статика [1. с. 393].

Із визначених ознак випливає необхідність привести легальне визначення зобов'язання, закріплене в ЦК, за яким зобов'язанням є правовідношенням, в якому одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо) або утриматись від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку. Але на практиці термін «зобов'язання» може використовуватись і у іншому значенні. Так під зобов'язанням інколи розуміють документ, що видається боржником кредитору, в якому закріплено його борг, або обов'язок боржника, або сукупність обов'язків із відповідними правомочностями.

Коротко охарактеризувавши ознаки зобов'язання, необхідно також звернути увагу на підстави виникнення зобов'язань. Підставами виникнення зобов'язань є юридичний факт, або юридичний склад, що породжують зобов'язання. Законодавець у книзі 5 «Зобов'язальне право» ЦК, де безпосередньо йдеться про зобов'язання, не визначив підстав виникнення зобов'язань, а натомість відсилає до ст. 11 ЦК, що містить загальні підстави виникнення цивільних прав та обов'язків. Особливе місце серед підстав виникнення зобов'язань складають акти органів державної влади, органів влади АРК або органів місцевого самоврядування (акти органів публічної влади).

В даний час із розвитком ринкової економіки велика кількість цивільно-правових зобов'язань виникає в результаті управлінської діяльності, причому адміністративні акти в тій чи іншій мірі визначають зміст таких цивільних правовідносин. Але необхідно відрізняти адміністративні акти, що є юридичними фактами, від

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

правових норм. Правова норма встановлює той чи інший порядок, що здійснюється відносно однорідних або неоднорідних правовідносин, вона юридичним фактом не виступає. Якістю юридичного факту володіє акт ненормативного, індивідуального характеру [2, с. 65].

Що стосується ОВС, то для них адміністративними актами являються укази і розпорядження Президента, постанови та розпорядження Кабінету Міністрів України, відомчі нормативно-правові акти.

Часто підставою виникнення цивільно-правових зобов'язання є склад юридичних фактів, що містить в собі адміністративний акт і укладений на його основі договір. При відсутності хоча б одного із юридичних фактів: чи то адміністративного акта, чи договору, існування договірного зобов'язання буде відсутнє. А тому при зміні чи припиненні дії адміністративного акту, змінюються або припиняються зобов'язальні правовідносини. Значення адміністративного акту в складному юридичному складі виявляється, насамперед, у тому, що він юридично зобов'язує сторони (або одну із сторін) укласти договір на умовах, вказаних в адміністративному акті [1, с. 401–402].

ОВС України в окремих випадках здійснюють свою діяльність згідно адміністративного акту та договору як підставі виникнення договірних зобов'язань: в одному випадку адміністративний акт зобов'язує необхідність укладення договору, в інших – дозволяє вступати в цивільно-правові відносини.

В своїй діяльності ОВС керуються законами і нормативно-правовими актами, які в основному містять імперативні норми, наділяючи ОВС владними повноваженнями. Але крім адміністративних правовідносин, вони також беруть участь у цивільних відносинах. Тому особливістю таких цивільно-правових відносин є те, що вони безпосередньо чи опосередковано пов'язані з виконанням владних повноважень ОВС.

Чималу роль в цьому відіграє держава. Втручання держави шляхом адміністративно-правового регулювання цивільно-правових відносин характерне і для відносин за участю ОВС України. Хоча варто зазначити, що в період планової економіки контроль держави при здійсненні цивільно-правових зобов'язань носив тотальний характер. На сьогоднішній день держава опосередковано втручається в цивільно-правові відносини за участю ОВС (наприклад, МВС України за згодою із міністерствами, органами місцевого самоврядування тощо визначає перелік об'єктів, що підлягають обов'язковій охороні відповідними підрозділами ОВС, також ОВС можуть укладати договір охорони майна із фізичними та юридичними особами на спільно визначених умовах).

Втручання адміністративних відносин в цивільно-правові відносини позначилось на природі договору в цивільно-правовому значенні та надало йому специфічних ознак.

Особливістю даних правовідносин є те, що цивільно-правові відносини так би мовити поглинаються адміністративно-правовими відносинами, що полягає в порушенні ознак, притаманних цивільним відносинам. А саме: порушується свобода договору, рівність сторін, здатність вільного волевиявлення та інші. Але з іншої сторони вся діяльність ОВС, як особливих суб'єктів, повинна бути чітко врегульована нормами законодавства, в результаті чого договірні відносини передбачають відомче регулювання і контроль за діяльністю ОВС.

Література: 1.Харитонов Є. О. Цивільне право України : підруч. / Є. О. Харитонов, О. В. Старцев. – К. : Істина, 2007. – 816с.:2. 2. Ручкин О. Ю. Организационно-правовые аспекты участия органов внутренних дел Российской Федерации в договорных обязательствах: дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03 / Ручкин Олег Юрьевич. – М., 1997. – 188 с.

Діяльність з експлуатації автомобіля як джерело підвищеної небезпеки

Пономарьов О. О.

Для характеристики діяльності з експлуатації автомобіля як різновиду джерела підвищеної небезпеки слід розкрити її ознаки.

Виходячи з положень Закону України «Про автомобільний транспорт» та Правил дорожнього руху, можна навести наступні ознаки автомобіля, які вирізняють його з кола інших транспортних засобів: 1) основне призначення автомобіля - перевезення людей чи вантажів, проте допускається і виконання додаткових функцій - здійснення ним спеціальних робіт; 2) технічні і конструктивні характеристики - наявність коліс (не менше чотирьох), за допомогою яких він пересувається; використання двигуна («джерела енергії», яке приводить в рух транспортний засіб) з робочим об'ємом не менше 50 куб. см. (чи з потужністю не менше 3 кВт для електродвигуна); рух безрейковими дорогами; маса не менше 400 кг.

Основними ознаками джерела підвищеної небезпеки, які мають оцінюватись у сукупності (оскільки фактично є складовими частинами поняття «підвищена небезпека»), більшість вчених-цивілістів (С.Е. Донцов і В.В. Глянцев, К.Б. Ярошенко, Е.А. Флейшиц, О.А. Пушкін та В.Ф. Маслов, М.І. Коняев, Д.В. Боброва, О.Л. Жуковська та ін.) вважають непідконтрольність його властивостей людині, внаслідок чого створюється підвищена вірогідність заподіяння випадкової шкоди оточуючим.

Проте стосовно експлуатації автомобіля дані властивості визначаються дослідниками неоднаково. Так, ряд вчених (А.А. Собчак, Н. Егоров, С.Е. Донцов і В.В. Глянцев, О.Л. Жуковська та інші) основним проявом його підвищеної небезпеки вважають неможливість його швидкого гальмування. Од-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

нак дана позиція була свого часу піддана критиці Б.С. Антимоновим та О.А. Красавчиковим – перший вчений вказував на те, що дана ознака (поряд із непідконтрольністю) є надмірно широкою і підвищена цивільна відповідальність може застосовуватись і при її відсутності; другий – на те, що дана характеристика, поряд із швидкістю та значною масою транспортного засобу, не являє собою властивість (якість) предмета. Проте з останнім судженням не можна погодитись в цілому.

Із філософського поняття властивості випливає, що вона є атрибутом предмета, стороною прояву його якості - суттєвої визначеності, в силу якої він є даним, а не іншим предметом. Виходячи із даного поняття, а також із визначення автомобіля, можна зробити висновок, що основною його якістю є здатність до переміщення в просторі. З точки зору фізики це є механічною роботою – переміщенням тіла під дією сили на певну відстань, а сам автомобіль відповідно є носієм механічної енергії, в даному випадку – кінетичної енергії, енергії руху. Відповідно характеристика даної якості полягає у розкритті кількісних показників її властивостей (маси і швидкості, яка напряму обумовлена потужністю його двигуна), які в сукупності і призводять до неможливості швидкого гальмування даного транспортного засобу. Водночас дані характеристики нормативно закріплені в ознаках автомобіля, які наводились вище.

Доцільно також згадати вислів В.Т. Смірнова та А.А. Собчака про те, що характер спричинення шкоди залежить перш за все від властивостей самого матеріального об'єкта. Так, окремі види автомобілів, окрім даної характерної властивості, при експлуатації проявляють одночасно й інші, побічні, шкідливі властивості - для електромобіля нею є можливість ураження електричним струмом, для газомобіля – можливість вибуху газу чи отруєння ним, тощо. Проте визначальним для автомобіля як джерела підвищеної небезпеки є все-таки можливість спричинення шкоди під час руху, оскільки саме рух є проявом його якості.

Автомобіль є одним із «традиційних» джерел підвищеної небезпеки, проте сучасні автомобілі відрізняються не тільки високим рівнем комфортності, але й високим рівнем надійності в експлуатації та розробленою технікою безпеки. Характеристика джерела підвищеної небезпеки, вказана ще О.С. Іоффе - невиключення повністю випадкової можливості спричинення шкоди, незважаючи на всі вжиті заходи при сучасному рівні розвитку техніки безпеки, в даному випадку майже відсутня. Тому вважаємо, що діяльність з експлуатації автомобіля вважається джерелом підвищеної небезпеки не у зв'язку з високим ступенем вірогідності спричинення шкоди (вірогідність якраз незначна), а у зв'язку з тяжкістю наслідків у разі її настання.

Таким чином, як джерело підвищеної небезпеки експлуатація автомобіля є діяльністю по використанню даного транспортного

засобу, що створює підвищену небезпеку для оточуючих в силу непідконтрольності прояву його шкідливих властивостей, які проявляються під час руху.

Література: Цивільний Кодекс України // Голос України. – 2003. – № 45-48.; Закон України «Про автомобільний транспорт» від 05 квітня 2001 № 2344-III [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua; Правила дорожнього руху: Затв. постановою КМ України від 10 жовтня 2001р. №1306 // Офіційний вісник України. – 2001. – №41. – Ст. 1852.; Антимонов Б.С. Гражданская ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности. – М.: Госюриздат, 1952. – с. 103.; Загорулько А.И. Обязательства по возмещению вреда, причиненного субъектами гражданського права. – Х.: «Консум», 1996. – 112с.; Красавчиков О.А. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. – М.: Юрид. лит., 1966. – 200 с.; Приступа С.Н. Возмещение вреда, причиненного в результате столкновения автотранспортных средств. Автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03. – Харьков, 1985. – 19 с.

Підстави виникнення іпотечного правовідношення

Ходико Ю. Є.

Як відомо, іпотечне правовідношення як і будь-яке інше цивільне правовідношення, виникає з певних підстав – юридичних фактів.

Так, відповідно до ст. 3 ЗУ «Про іпотеку» ***іпотека виникає на підставі договору, закону або рішення суду***. До іпотеки, яка виникає на підставі закону або рішення суду, застосовуються правила щодо іпотеки, яка виникає на підставі договору, якщо інше не встановлено законом.

Законна іпотека виникає за наявності встановлених в законі обставин. По-перше, законна іпотека виникає в силу обставин (юридичних фактів), вказаних в законі, а не в силу закону. Оскільки, закон як такий не може бути підставою для виникнення будь-якого зобов'язання. Правові норми самі по собі не породжують, не змінюють та не припиняють цивільних правовідносин. Для цього необхідно наявність передбачених правовими нормами обставин – юридичних фактів (фактичного складу). Та по-друге, для виникнення іпотеки в силу закону, повинно про це бути прямо зазначено в законі, а не в іншому будь-якому нормативно-правовому акті.

Чинне цивільне законодавство України знає декілька випадків виникнення іпотечного правовідношення в силу закону. Наприклад, у випадку передачі земельної ділянки або іншого нерухомого майна під виплату ренти одержувач ренти набуває право застави на це майно (ч. 1 ст. 735 ЦК). В даному випадку можна виділити наявність наступних обставин (юридичних фактів) за наявності яких виникає вказане іпотечне правовідношення: а) наявність основного рентного зобов'язання, б) об'єктом даного іпотечного правовідношення може бути земельна ділянка або будь-яке інше нерухоме майно, яке передається під виплату ренти, в) іпотекодавцем виступає платник ренти, а іпотекодержателем одержувач ренти.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

На підставі вище викладеного прикладу та його аналізу, можна виділити загальні, характерні для всіх законних іпотек юридичні факти, за наявності яких може виникати іпотечне правовідношення в силу закону: 1) наявність основного зобов'язання, що забезпечується іпотекою, 2) майно, яке буде виступати об'єктом іпотечного правовідношення; 3) можливість визначення іпотекодавця та іпотекодержателя.

Рішення суду як підстава виникнення іпотечного правовідношення є новим для законодавства України. На жаль, на сьогоднішній день такі рішення судами не приймалися. Слід лише відзначити, що для виникнення іпотечного правовідношення за рішенням суду, суд зобов'язаний визначити в рішенні: 1) яке саме зобов'язання забезпечується іпотекою в силу рішення суду, 2) вказати чітко майно, що буде виступати предметом іпотеки.

Для виникнення іпотечного правовідношення із договору необхідна взаємна згода обох сторін – іпотекодавця та іпотекодержателя. Оскільки, іпотека є способом забезпечення зобов'язання і має акцесорний (похідний) характер від основного зобов'язання, а тому умовою її виникнення є лише за наявності основного дійсного зобов'язання, або зобов'язання яке може виникнути в майбутньому на підставі договору, що набрав чинності. Договірна іпотека виникає з моменту укладення договору, який вважається таким з моменту його нотаріального посвідчення. Отже, правовстановлююче значення для виникнення договірного іпотечного правовідношення має нотаріальне посвідчення договору іпотеки.

Гарантія – новий вид забезпечення виконання зобов'язань

Шимон Л. С.

Інститут гарантії як різновид поруки був відомий ще римському праву. За радянських часів гарантія являла собою певний сурогат поруки, пристосований до планової централізованої економіки. Завдяки тому, що гарантія видавалася одними організаціями в забезпечення погашення заборгованості інших, вона мала навіть більше поширення у майновому обігові, ніж порука.

На трансформацію інституту гарантії у сучасному українському праві вплинули дві основні причини: вплив міжнародного приватного права, практична необхідність створення ефективного способу забезпечення зобов'язань.

Згідно з ст. 560 ЦК за гарантією банк. Інша фінансова установа, страхова організація (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку.

Гарантія, як і порука, виступає особистим забезпеченням, що означає можливість задоволення вимог кредитора у разі порушення боржником забезпеченого гарантією зобов'язання за рахунок певної особи – гаранта.

Аналіз основних понять, закріплених в ЦК та ГК та інших нормативних актах, що регулюють гарантійне зобов'язання, надали можливість встановити, що гарантія – це складне за своїм юридичним змістом правовідношення, яке не зводиться тільки до одного зобов'язання гаранта перед кредитором, а включає в себе цілий комплекс зобов'язань між учасниками відносин щодо гарантії. Такі відносини можна поділити на дві групи: внутрішні, що пов'язують боржника та гаранта, та зовнішні - між гарантом та кредитором (що і є гарантією у її вузькому розумінні). Разом із тим законодавче закріплення у ЦК отримали лише зовнішні відносини, що викликає багато проблем на практиці та спорів серед дослідників щодо з'ясування сутності цього нового виду забезпечення виконання зобов'язань.

Якщо відповідно до раніше діючого законодавства, зокрема ст. 196 ЦК УРСР 1963 р., а також в ст. 68 Основ цивільного законодавства Союзу РСР та союзних республік 1991 р. гарантія виступала різновидом поруки, і правила, присвячені поруці, на неї розповсюджувались, то гарантія за новим ЦК (в літературі її нерідко називають банківською гарантією) не тільки має власне правове регулювання (§ 4 глави 49 ЦК), але й за своєю суттю представляє новий для вітчизняного законодавства самостійний спосіб забезпечення виконання зобов'язання.

Відповідно до положень ст. 560 ЦК гарант несе перед кредитором відповідальність у разі порушення основного зобов'язання боржником. На відміну від відповідальності поручителя, яка може носити солідарний або субсидіарний характер, гарант несе відповідальність самостійно.

Враховуючи, що гарантія є самим молодим забезпеченням серед інших видів забезпечення виконання зобов'язань, необхідно дослідити її особливості в законодавствах інших країн.

Так, залежно від способу видачі гарантії поділяються на: прямі та зустрічні (контргарантії); з точки зору можливості реалізації гарантії можуть бути умовними та безумовними (гарантіями на вимогу); за ступенем гарантованості оплати сум за гарантіями вони поділяються на відкличні та безвідкличні; залежно від зобов'язання, яке забезпечується, розрізняють тендерні гарантії, гарантії виконання, гарантії повернення платежів, гарантії оплати.

У практиці міжнародної торгівлі зустрічаються також інші види гарантії, зокрема: митні гарантії, судові гарантії, консорціумні гарантії, супергарантії, проте Уніфіковані правила Міжнародної Торгівельної Палати для договірних гарантій виділяють лише: гарантію виконання, гарантію повернення платежів і тендерну гарантію.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Авторське право на веб-сайт як складений твір

Любчик О. А.

1. Сучасний розвиток телекомунікаційних технологій змінив уявлення та способи використання веб-сайтів у підприємницькій діяльності. Веб-сайт перестав бути лише «віртуальним офісом» чи «візитною карткою» в мережі Інтернет. Поступово веб-сайт перетворився у самостійний інструмент здійснення підприємницької діяльності та отримання прибутку. Як приклад можливо навести відомі для юристів веб-сайти - ЛігаЗакон (http://www.ligazakon.ua/), Правові системи НАУ (http://nau.ua/), Дом юриста (http://www.lawyer-house.com.ua/) та інші.

Веб-сайт складається з тексту, певного дизайну, графічних та мультимедійних елементів. В поєднанні з підбором, розташуванням його складових частин веб-сайт становиться єдиним об'єктом.

Створити такий об'єкт самостійно або відносно невеликою групою людей практично неможливо. Для створення аналогічних веб-сайти потребується залучення чисельних спеціалістів з різних галузей: дизайнерів, програмістів, митців, фахівців певної галузі. Під час створення можуть залучатись сторонні особи для виконання окремих завдань, окремі фахівці можуть піти з проекту.

За таких умов, виникає проблема належного закріплення прав на створений об'єкт - веб-сайт.

2. Відповідно до ст. 435 ЦК, ст. 11 Закону України “Про авторське право та суміжні права”, первинним суб'єктом, якому належить авторське право, є автор твору (фізична особа, яка своєю творчою працею створила твір).

Авторство є підставою виникнення виникнення майнових прав. Усі інші права є похідними та пов'язані з авторством.

Якщо традиційні об'єкти авторського права є результатом творчості однієї особи або невеликої групи осіб — співавторів, які здійснюють однорідну діяльність, то веб-сайт є продуктом різнорідної діяльності великої групи осіб. Дизайнерське рішення веб-сайту, пов'язано з вимогами до кольорового, графічному та аудіовізуальному відображенню. Організація внутрішніх переходів, пошукової системи потребує певного програмного рішення.

Підбір та систематизація інформаційних складових безпосередньо пов'язано з фаховою спрямованістю веб-сайту.

Таким чином, створення веб-сайту можливо охарактеризувати не тільки підбором, розташуванням, упорядкуванням складових частин веб-сайту, а й багатогранністю творчого процесу. В цьому процесі одні особи створюють елементи, які використовуються потім, на другому етапі, іншими особами для створення комплексного об'єкту в цілому. Кожний з учасників процесу створює свій твір, на який має авторське право, але усі разом воно створюють новий об'єкт.

3. Складний, багатогранний процес створення веб-сайту викликає за необхідність розглянути веб-сайт в порівнянні зі складною річчю.

Згідно зі ст. 188 ЦК, якщо кілька речей утворюють єдине ціле, що дає змогу використовувати його за призначенням, вони вважаються однією річчю (складна річ).

Складні речі складаються з простих речей. Прості речі - це ті, які є органічною єдністю, поділ яких призводить до юридичного зникнення самої речі: алмаз, тварина, олівець тощо.

Річ визнається складною якщо:

1) вона може складатись як із різнорідних так із однорідних речей;

2) складові частини, з яких складається складна річ не пов'язані між собою фізично;

3) сукупність речей утворює єдине ціле, яке використовується за спільним призначенням;

4) кожна із частин, що складають складну річ, може використовуватись самостійно за тим самим призначенням, що і разом з ними, і при цьому не виконувати по відношенню до них роль приналежності.

Ознаки веб-сайту аналогічні ознакам складної речі.

Веб-сайт, як збірка творів, може поєднувати як літературні, так і музичні, фотографічні, аудіовізуальні та інші твори, так неохоронювані об'єкти (складатись як із різнорідних так із однорідних речей).

Кожний з зазначених об'єктів не не пов'язаний з іншим (в цьому випадку з оговоркою, крім єдиного творчого замислу на підставі якого цей об'єкт включений до веб-сайту).

Після об'єднання веб-сайт стає єдиним цілим та використовується як єдине ціле.

4. З зазначеного випливає необхідність володільцю права на складений твір мати право на використання усіх його елементів. Такого володільця, після того як він набув право на елементи, вже не можливо поставити в залежність від свавілля кожного учасника різнорідної творчої діяльності. Права на елементи повинні бути закріплені за володільцем прав цілого на весь час його можливого використання. Така система відповідає не тільки інтересам підприємця — володільця прав, вона відповідає інтересам кожного з учасників складного творчого процесу створення веб-сайту.

До питань реформування місцевого самоврядування

Харитоненко О. В.

Умовою вступу України до Ради Європи було виконання певного кола вимог та зобов'язань, значна роль у цьому відводилася реформуванню системи місцевого самоврядування. Низка необ-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

хідних вимог Україною була виконана і з питань місцевого самоврядування. Так, відповідно до Європейської хартії місцевого самоврядування [5] Конституція України (ч. 2 ст. 5, ст. 7, ст. 140) [1] визнає і гарантує місцеве самоврядування, а Закон України «Про місцеве самоврядування» та деякі інші профільні закони закріплюють принципи місцевого самоврядування. Перше суперечливе застосування прийнятого і введеного в дію закону про місцеве самоврядування показало, що ухвалення цього закону не вирішило і не могло вирішити всіх проблем, що стоять сьогодні перед українським самоврядуванням, але можна сподіватись, що це стане доброю основою для майбутнього законодавства. Таким чином, потрібно вирішити питання визначення, порядку формування та виконання районних та обласних бюджетів, а головне – закріпити і розкрити принцип «самостійності місцевих бюджетів» [3, ч.4 ст. 61].

Пріоритетним завданням розвитку місцевого самоврядування є створення належної правової основи його функціонування.

Європейська хартія місцевого самоврядування, прийнята 15 жовтня 1985 року. Головною метою Хартії є те, що органи місцевого самоврядування є складовою частиною будь-якого демократичного устрою держави, що право громадян приймати участь в управлінні державними справами, як один з найважливіших демократичних принципів, безпосередньо може бути впроваджено на місцевому рівні. В м. Страсбурзі 6 листопада 1996 року Україною було підписано Європейську хартію місцевого самоврядування. 15 липня 1997 року Хартію ратифіковано Верховною Радою України. З 1 січня 1998 року положення Хартії набули чинності на території України і мають юридичну силу нормативно-правового акту України.

Слід зазначити, що деякі принципи Хартії досі не отримали належного відтворення в чинному законодавстві і суспільній практиці.

Місцеве самоврядування в Україні повинно будуватися згідно з європейськими стандартами. Однак, існуюча (сучасна) система територіальної (на місцях) організації влади в Україні не забезпечує належного виконання функцій, покладених на неї, має деякі розбіжності та протиріччя.

Вважаємо, що питання реформування місцевого самоврядування в Україні дійсно є складним та дискусійним. Існують прихильники як однієї частини питання, так і іншої. Однак залежно від часу, місця, аудиторії постановка питання буде варіюватися, тому що дійсно в Україні потрібно реформування місцевого самоврядування, але кожна політична сила, яка йде або присутня в парламенті має своїм обов'язком піднімати це питання, щоб створити інформаційний привід: про це завжди будуть говорити, але ж так нічого і не роблячи.

Реформа місцевого самоврядування являє собою складову частину конституційної (політичної) реформи, яка розпочата в Україні згідно з прийнятим Законом України «Про внесення змін до Конституції України» від 08.12.2004р. № 2222-IV[2].

Деякі політичні сили країни вважають за потрібне створення законодавчої бази місцевого самоврядування, яка б надала правових умов для залучення громадян до планування, реалізації та контролю за регіональним розвитком, ефективним використанням ресурсів та потенціалу регіонів. Світла та благородна мета. Проте нагадаємо їм, що в Україні існує така база: громадяни мають право приймати участь у життєдіяльності своєї громади як шляхом створення органів самоорганізації населення, так і участю у громадських слуханнях та обговореннях, громадські організації теж залучаються до цього аби підтримати розвиток свого регіону. Тому вважаємо, що постановка питання щодо реформування місцевого самоврядування у такому аспекті являє собою приклад політичної «розркутки», надання громадянам недостовірної, невивченої інформації.

Слід зазначити, що політична влада частіше висловлюється за проведення другого етапу політичної реформи, яка включає формування обласними та районними радами виконавчих органів влади з передачею їм повноважень відповідних державних адміністрацій.

Такий крок має радикальний характер. Робота центральних гілок влади прямо залежить від роботи місцевої влади, але ефективне трансформування центру може бути сприйнято бездіяльністю влади на місцях.

Тому проведення реформування місцевого самоврядування необхідно здійснювати з відповідальним відношенням політиків та влади на місцях за можливі наслідки такого процесу. Український політичний процес має два суттєвих недоліки: з одного боку, це бросання із крайності в крайність, з іншого – прийняття рішень, виходячи з поточного політичного моменту, без врахування перспективи.

Другий етап політичної реформи повинен бути спрямований на досягнення взаємопорозуміння у відносинах регіон-центр. З моменту виникнення місцевої влади своє існування починають конфліктні відносини з центральною виконавчою владою, у різних формах та різного спрямування. Такі складні відносини між центральною та місцевою владами, покладені в Україні навіть у законодавство, про що ж тоді може йти мова?

До виключної компетенції органів місцевого самоврядування віднесено низку, важливих питань, в тому числі розпорядження комунальним майном, землею. Вже сьогодні існують приклади самовладного вирішення цих питань, без використання норм права, Конституції. Тому, вважаємо, реформування місцевого самоврядування у вигляді вся влада - радам може призвести до

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

хаотичного розпаду майнового територіального ресурсу: земля - за великі гроші у свій гаманець, а майно - у приватну власність «великим» підприємцям.

У межах реформи влада на місцях переходить до місцевих рад, але на сьогодні виконавчі органи місцевого самоврядування виконують багато делегованих повноважень, також виконання державних програм соціально-економічного розвитку потребує фінансування з Державного бюджету України (згідно із законодавством). Таким чином, наприкінці кожного року представники місцевої влади їздять з поклоном до головного розпорядника Державного бюджету - Міністерства фінансів України.

Держава фінансує здійснення делегованих повноважень органами місцевого самоврядування в повному обсязі за рахунок коштів Державного бюджету України шляхом віднесення до місцевого бюджету у встановленому законом порядку окремих загальнодержавних податків, передає їм відповідні об'єкти державної власності. Органи місцевого самоврядування підконтрольні органам виконавчої влади у здійсненні першими делегованих повноважень органів виконавчої влади.

Однією з причин неефективності діючої системи місцевого самоврядування є неузгодженість окремих норм Конституції України між собою та невизначеність окремих понять у законодавстві. 80% повноважень місцевого самоврядування (Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні») дублюються такими ж самими повноваженнями місцевих державних адміністрацій (Закон України «Про місцеві державні адміністрації» [4]) [6].

За сучасним станом речей, зазначимо, що міжнародна практика вже має досвід вирішення питань делегованих повноважень від органів державної влади владі на місцях. Таким прикладом виступає компетенційний договір, який дозволяє передбачити та встановити будь-які умови взаємовідносин державного органу та органу місцевого самоврядування щодо виконання делегованих повноважень.

Реформа повинна встановити хто чим розпоряджається (місцева влада), та хто кого контролює (центральна виконавча влада). Завдяки поєднанню двох функцій управління та контролю може бути забезпечено ефективний розвиток регіону. Реформа передбачає деяку фінансову самостійність влади на місцях. Згідно із Бюджетним кодексом України до доходів місцевих бюджетів відноситься податок з доходів фізичних осіб, який займає суттєву позицію у формуванні доходної частини місцевого бюджету. У найбільш вигідному становищі міста обласного значення, в бюджет яких спрямовується близько 75% податку з доходів фізичних осіб, в менш вигідному - міста районного значення, сіла, селища, куди спрямовується лише 25%. Обласний бюджет отримує 25% від об'єму податку на всій території регіону.

Така схема розподілення коштів передбачає, що чим вище доходи мешканців населеного пункту, тим більше доходи місцевого бюджету, відповідно місцева територіальна громада має більше можливостей щодо свого розвитку. Зазначимо, що реформування повинно мати комплексний характер, із застосуванням деяких чинників податкової, бюджетної, адміністративної системи. А інакше ми будемо мати у результаті наслідки снігової лавини, (яка стрімко пронеслась та накрила усе місто).

Слід наголосити, що політична реформа не досягає своє головної мети в тому сенсі, що органи виконавчої влади не стали більше відкрити та підзвітними громадянам, а рішення вони й далі ухвалюють, не зважаючи на громадську думку. Такі дії тільки погіршили й без того нелегке становище місцевої влади [5].

Вважаємо необхідним впровадити реформу місцевого самоврядування, яка складається з таких елементів:

- скасування конституційного принципу уніфікації державної влади;
- створення нового демократичного закону про місцеві вибори до місцевих рад;
- відтворення муніципальних юридичних осіб/ суб'єктів права і відновлення майнових прав;
- створення стабільної та контрольованої системи асигнування загальнодержавних коштів місцевим бюджетам, вільної від волюнтаристських рішень державної адміністрації;
- обмеження на державне втручання до місцевих справ;
- перехід державної адміністрації під муніципальний контроль;
- встановлення права на застосування міжмуніципальних об'єднань.

Перелік використаної літератури:

1. Конституція України. - Режим доступу: www.rada.gov.ua
2. Закон України «Про внесення змін до Конституції України» від 08.12.2004р. № 2222-IV. - Режим доступу: www.rada.gov.ua
3. Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні». - Режим доступу: www.rada.gov.ua
4. Закон України «Про місцеві державні адміністрації». - Режим доступу: www.rada.gov.ua
5. Впровадження політичної реформи та її наслідки для Української держави. Звіт про проведення публічних консультацій у Чернівцях, Луцьку, Дніпропетровську, Миколаєві та Сімферополі. – Київ. 2007. 32с.
6. Національна рада з питань державного управління та місцевого самоврядування, Реформування публічної адміністрації в Україні: місцевий та регіональний рівні. Документ для консультацій щодо державної політики (Зелена книга) вересень 2006р. - Режим доступу: www.google.com.ua

Медіація як засіб захисту цивільних прав: сутність та переваги

Кільдюшкіна О. О.

В Україні гарантовано право кожній особі на захист свого цивільного права та інтересу в разі їх порушення, невизнання або оспорювання (ст.15 ЦК). Право на захист особа здійснює на свій

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

розсуд (ст. 20 ЦК), самостійно обираючи засоби відновлення порушеного права.

Актуальність розробки проблеми забезпечення захисту цивільних прав із використанням позасудових способів обумовлена тим, що сучасний стан судового захисту в Україні є незадовільним. Несталість судової практики, недосконалість системи правового захисту призводить до того, що люди все частіше звертають свою увагу на альтернативні (позасудові) засоби вирішення спорів, до яких належить посередництво.

Поширеним терміном для позначення посередництва є медіація.

Медіація є методом позасудового вирішення спорів із залученням посередника (медіатора), який допомагає сторонам цивільно-правового спору проаналізувати конфліктну ситуацію таким чином, щоб вони змогли самостійно обрати той варіант рішення, який відповідатиме їхнім інтересам і задовольнить їхні потреби.

Медіація за своєю суттю є неформальною, добровільною процедурою, проте вона показує чудові результати у розв'язанні конфліктів.

Світовий досвід вказує на те, що медіація є майже універсальним засобом вирішення конфліктів, що застосовується у багатьох сферах, починаючи від сімейних суперечок, закінчуючи конфліктами за участі громади та міжнародних конфліктах.

Вбачається, що не існує «ідеальної» моделі медіації, або усталених схем та правил. Проте виділяються такі основні принципи, що її характеризують: добровільність, неупередженість, нейтральність, конфіденційність, гнучкість, прозорість та інформативність.

Серед переваг медіації окремо виділяється її спонукальний характер до добровільного виконання рішення, прийнятого при врегулюванні цивільно-правового спору. Аргументується зазначена позиція наступним чином. Коли суд виносить рішення, навіть за умови примусового виконання, воно часто не виконується. Як пояснюють психологи, людина опирається будь-яким примусовим заходам через свою природу. В той же час, коли людина бере активну участь у прийнятті та формулюванні рішення, ступінь опору значно зменшується, тобто людина добровільно виконує погоджене рішення. Кімберли К. Ковач, американський вчений та провідний спеціаліст у галузі медіації, вважає, що задоволення прийнятим рішенням пов'язано не тільки з результатом, а й з процесом переговорів, в яких людина бере участь.

Для ілюстрації переваг медіації можна привести декілька цифр: в США 95 % справ, що були направлені на медіацію не дійшли до судового розгляду; в Німеччині 90 % медіацій завершуються мировою угодою (для Нижньої Саксонії такий показник дорівнює 97 %); у Великобританії показник результативності медіації становить 90-95 %; загальноєвропейський показник результативності медіації – 40-80 %.

Це пов'язано з тим, що медіація має чисельні преваги порівняно з судовими процедурами та іншими засобами вирішення цивільно-правових спорів.

Основною характеристикою медіації, її принциповою відмінністю від конфронтаційних за своєю суттю процедур, зокрема, судових, є простота, відсутність формалізму, гнучкість, а головне економія часу та коштів.

Медіація є примирною процедурою, яка передбачає обговорення правової проблеми, що сталася, без зайвого психологічного загострення. Завдяки присутності медіатора, який полегшує сторонам процес діалогу та скеровує їх на узгодження інтересів і віднаходження консенсусу, процесуальна змагальність переходить у співпрацю.

Конфіденційність медіації дозволяє мінімізувати ризик публічного розголошення, що є важливим в багатьох сферах людського життя: від небажання розголошувати інформацію щодо приватного життя до побоювань розголошення комерційної таємниці.

Як показують дослідження (див., наприклад, дослідження Світового банку «Ведення бізнесу – 2010. Забезпечення виконання контрактів»), фінансові та часові витрати, яких потребує судове врегулювання навіть самого елементарного спору, є невиправдано значними та обтяжливими. В той же час, медіація значно скорочує фінансові витрати та є менш тривалою у часі (див., наприклад, Jennifer E. Shack, «Bibliographic Summary of Cost, Pace, and Satisfaction Studies of Court-Related Mediation Programs»).

За результатами медіації сторони можуть укласти угоду, якій можна, за бажанням, надати юридичної сили (наприклад, засвідчивши її нотаріально). У випадку ж коли медіація проводилася після початку судового розгляду, сторони можуть укласти мирову угоду, що її затвердить суд.

Слід зазначити, що показник виконання угод, укладених за результатом медіації є неймовірно високим: майже 100% домовленостей виконуються сторонами добровільно. Натомість показник примусового виконання судових рішень в Україні ледь перевищує 20 %, що є кричущим та недопустимим.

Таким чином, медіація, маючи сильний потенціал, здатна вирішити проблеми, що стоять перед правовою системою України. Зокрема, розвантажити судову систему та покращити стан правового захисту громадян. Застосування медіації широко сприятиме демократизації суспільства та становленню верховенства права.

Подальші наукові розробки автора в цій сфері будуть стосуватися дослідженню глибинних аспектів сутності медіації та вивченню шляхів її впровадження в правову систему України.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Повнота врегулювання підстав виникнення права власності

Азімова Є.О.

ЦК значно просунувся у врегулюванні підстав виникнення права власності. Проте деякі з них так і залишилися поза правовим регулюванням актами цивільного законодавства. Йдеться насамперед про ці підстави які врегульовані або іншими актами законодавства (заробітна плата, пенсія, соціальні виплати, міжнародні та державні нагороди тощо) або передбачені в інших розділах ЦК, або обійдені увагою. В той же час в Главі 24 ЦК, яка йменується «Набуття права власності» законодавець чи то намагався більш повно визначити всі підстави і упустив свідомо ті, які складають предмет окремого регулювання, чи не до кінця провів ідею єдності правового регулювання набуття права власності та залишив спеціально це для подальшого теоретичного вирішення.

Тим створено ряд незручностей щодо такої власності яка набута не правомірно, але легалізована через суди поданням позовів про визнання права власності, особливо якщо на один і той же об'єкт є декілька право установчих документів, чи об'єкт не оформлений до кінця власником і появилось сумнівне рішення про визнання права на нього не чинним. Так чи інакше такі проблеми в праві непоодинокі, особливо стосовно нерухомості. У подальшому це спричиняє значні ускладнення при оподаткуванні особливо садиб, котеджів та інших подібних домоволодінь чи навіть об'єктів виробничої інфраструктури, що з огляду на проблеми із формуванням видаткової частини державного бюджету видається більш ніж дивним. Як ми вважаємо, це наслідки свідомого чи не неусвідомленого ігнорування законодавцем висхідних положень про виникнення права власності та її наслідки, зокрема тягар власності.

Можна погодитися з тим, що набуття права власності на результати праці – предмет трудового права і врегульовані КЗпроП України (майбутнім Трудовим кодексом України), Законом України «Про заробітну плату» чи навіть з тим, що ЦК України не може охопити врегулюванням буквально всі правовідносини. Проте, виникає слушне запитання чому незначні та обмежувані способи набуття права власності (збір дикоростучих плодів, рибальство та мисливство відображені в ЦК, хоча й врегульовані спеціальними актами про природокористування, а найбільш поширені ні? В той же час не можна забувати, що відповідно до ст.4 ЦК основним актом цивільного законодавства України є ЦК. Він є своєрідною парасолькою для всіх інших актів приватного права і на наше переконання повинен містити хоча б відсильні норми. Таке відправне положення надає можливість посилити правове регулювання окремих правовідносин за рахунок відсильних норм

Звичайно ми не наполягаємо на тому, щоб в ЦК повторювати повністю норми про зазначені підстави та їх деталізували як це згорблено в ЦК Нідерландів. Але запропонований напрямок не

полишений сенсу. І не розриває єдине вчення про право власності на власність трудову, власність рентну тощо. Такий підхід є небезпечним і може призвести до загрози презумпції правомірності власності, за якої власник не повинен доводити правомірність набуття ним прав на майно, а навпаки той хто сумнівається в правомірності їх набуття повинен це довести у встановленому порядку. Тим більше, що особливо крупна власність так чи інакше набута «відносно чесним способом». Але намагатися її переділити призводить до соціальних та економічних потрясінь.

Але варто подумати про те щоб їх хоча б вказати як відсильні. Тим ми посилимо регулятивну та виховні функції ЦК. Якщо ЦК надано більшої спрямованості на врегулювання відносин некомерційного характеру та він орієнтований на охорону суб'єктивних прав та інтересів фізичних осіб, то чому ми упускаємо роль та значення заробітної плати та інших виплат за працю як джерело набуття права власності? Чи вже праця та її результати втратили значення у нашому суспільстві і на переший план висунулися інші джерела її формування і слід обґрунтувати набуття мером міста чи іншим посадовцем із заробітною платою в 10 тис. грн., не підприємця, який це повністю утримує всю родину (батьків пенсіонерів, не працюючих дружину та дітей) таких статків, які явно не співрозмірні задекларованим доходам?

Спроби обмежити можливість набуття права власності неправомірними способами приймаються давно, зокрема в рамках антикорупційного законодавства. Проте вони спричиняють шалений супротив насамперед з боку тих, на кого збільшиться тягар власності, особливо його публічне спрямування.

Вказівка в Главі 24 ЦК максимального переліку підстав для виникнення права власності, в тому числі на основі відсильних норм слугуватиме підставою для подальшої диференціації цих підстав. Такими можуть бути підстави прямого регулювання, які передбачені безпосередньо в ЦК та відсильного регулювання, які закріплені в ЦК але деталізовані іншими актами законодавства. З одного боку це надасть єдності правовому врегулюванню підстав набуття права власності як основній тенденції і в той же час дозволить їх диференціювати відповідно до предмету, методу та специфіки правового регулювання відносин іншими галузями законодавства. Принаймні такий підхід відповідає загальним підходам до єдності та диференціації правового регулювання суспільних відносин.

Право власності на земельну ділянку під багатоквартирним будинком

Блошко В. В.

Внаслідок стрімкого розвитку ринку нерухомості, нагальним питанням для багатьох власників квартир в багатоквартирних

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

будинків є набуття прав власності на земельну ділянку на якій розташований будинок та прибудинкову територію необхідну для обслуговування багатоквартирного будинку.

Актуальність даної робити обумовлена також тим, що на сьогоднішній день в українському законодавстві недоцільно визнається юридична різнорідність деяких речей, які по суті складають єдиний об'єкт: земельна ділянка під багатоквартирним будинком і нерозривно пов'язані з нею квартири.

З появою нової редакції статей ЦК та ЗК, а також деяких інших законів від 05.11.2009 року, юридична громадськість сподівалася, що буде врегульоване суперечливе питання про набуття права власності на земельну ділянку, на якій розташовані житловий будинок, будівля або споруда при переході права власності або користування. Довгий час науковці і юристи не могли знайти єдиний підхід з приводу того, чи необхідно вводити принцип «єдиного об'єкту нерухомості», тобто об'єднувати такі об'єкти правовідносин, як земельна ділянка й нерухоме майно, яке розміщене на цій ділянці. Потрібно нагадати, що до цього часу існували дві суперечливі норми, які по-різному відповідали на це питання. Йдеться про ст. 120 ЗК та ст. 377 ЦК, положення яких не узгоджувалися між собою.

Законодавець вирішив усунути ці колізії внісши відповідні зміни і доповнення до основоположних нормативних актів у сфері цивільних і земельних правовідносин. Так, 5 листопада 2009 р. Верховна Рада прийняла Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення порядку набуття прав на землю» № [1]. Деякі автори писали [2], що завдяки цим новелам відбудеться відродження принципу єдності земельної ділянки і будинку розташованого на ній, але, на наш погляд, цей принцип не повністю втілився в законодавстві, оскільки нова редакція статей Земельного і Цивільного кодексу так і залишила неврегульованою долю земельної ділянки під багатоквартирним будинком. Максимова О. В. зазначає, що перехід прав на земельну ділянку при переході прав власності на будинок чи споруду, або навпаки – одна з найбільш спірних проблем законодавства, оскільки законодавець часто недостатньо послідовно підходить до регулювання одних тих самих відносин в різних законодавчих актах [3, ст. 34].

Також слушно зауважили Бородкін О. і Журбелюк Л., що у зв'язку із цими змінами залишається невирішеним питання щодо суб'єктів користування земельною ділянкою, розташованою під багатоквартирним житловим будинком, а також щодо моменту і можливості припинення права землекористування забудовника після продажу приміщень у багатоквартирному будинку [4].

Частина 1 статті 120 ЗК вказує, що у випадку набуття права власності на жилий будинок, будівлю або споруду, що перебувають у власності, користуванні іншої особи, припиняється право

власності, право користування земельною ділянкою, на якій розташовані ці об'єкти. До особи, яка набула право власності на жилий будинок, будівлю або споруду, розміщені на земельній ділянці, що перебуває у власності іншої особи, переходить право власності на земельну ділянку або її частину, на якій вони розміщені, без зміни її цільового призначення. В цій статті передбачаються інші випадки переходу прав на землю під нерухомістю. А також зазначається, що ці правила не розповсюджуються на багатоквартирні будинки. Аналогічні положення закріплені в ст. 377 ЦК.

Незважаючи на запровадження новел у ЗК і ЦК, стосовно спрощеного порядку переходу прав на земельну ділянку при придбанні у власність нерухомого майна, в окремих статтях цих нормативних актів подібних змін передбачено не було. Так, необхідно звернути увагу на ст. 42 ЗК, в якій зазначається, що земельні ділянки, на яких розташовані багатоквартирні жилі будинки, а також належні до них будівлі, споруди та прибудинкові території державної або комунальної власності, надаються в постійне користування підприємствам, установам і організаціям, які здійснюють управління цими будинками. У пункті 2 ст. 42 ЗК передбачено, що «у разі приватизації громадянами багатоквартирного жилого будинку відповідна земельна ділянка може передаватися безоплатно у власність або надаватись у користування об'єднанню власників».

Проаналізувавши норми цієї статті можна зробити висновки, по-перше, ніякого «автоматичного» переходу права власності на землю при переході такого права на квартиру не відбувається. За змістом даної норми земля може передаватися у власність або у користування безоплатно, а може й не передаватися. На практиці ж земельні ділянки під багатоквартирним будинком і ділянки для обслуговування такого будинку, як зауважила Тетяна Монтян, майже ніколи не передаються у власність [5]. Тому виникають такі проблеми як несанкціонована забудова прибудинкової територій. Якщо б ця територія належала мешканцям будинків, всі забудовники мали б узгоджувати питання про те, чи можна щось будувати на ній, саме з її власниками.

По-друге, необхідно зазначити, що нормами українського законодавства не передбачена можливість передання у власність або у користування земельної ділянки на якій розташований багатоквартирний будинок або її частини окремим співвласникам багатоквартирного будинку. Для того, щоб стати співвласником або співкористувачем земельної ділянки необхідно створити товариство співвласників багатоквартирного будинку або іншу організацію, яка б забезпечувала експлуатацію такого будинку.

З цього приводу є роз'яснення Мінбудархітектури від 01.10.2006 «Щодо правил визначення прибудинкової території та розташування на ній будівель іншого призначення» прибудинкова

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

територія може бути, за відповідним рішенням органу місцевого самоврядування, передана у власність або надана в користування власникам приміщень у багатоквартирному житловому будинку лише в разі створення ними об'єднання співвласників багатоквартирного житлового будинку. В іншому разі прибудинкова територія не належить власникам приміщень у житловому будинку [6].

На підставі викладеного вище можна зробити висновок про те, що нововведення в цивільному і земельному законодавстві зробили крок назустріч формуванню поняття "єдиний і неподільний об'єкт нерухомості", прив'язавши право на землю до права на нерухомість на ній. Але великим недоліком цієї новели стало виключення земельної ділянки під багатоквартирним будинком з вище згадуваного принципу. Що в свою чергу дає можливість неоднозначного тлумачення і відповідно різного підходу до визнання права власності на земельну ділянку під багатоквартирним будинком. А також відкриває шлях до незаконних дій щодо прибудинкової території як з боку забудовника, так і з боку органів державної влади.

Зазначені проблеми вказують на потребу внесення відповідних змін до нормативно-правових актів, які регулюють розглянуті нами питання з метою усунення прогалин в діючій законодавчій базі.

Список літератури: 1. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення порядку набуття прав на землю» від 05.11.2009 р. №1702-VI [Електронний ресурс]. Режим доступу до ресурсу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1702-17; 2. Михайлинин О. Право на землю: ілюзія простоти [Електронний ресурс] / Правовий аспект. - №16(1152). – Режим доступу до ресурсу: http://www.jurist.cv.ua/novini/pravo_na_zemlyu_ilyuziya_prostoti/; 3. Максимова Е.В. Переход прав на земельный участок при переходе права собственности на здание, строение или сооружение // Экологическое право. - 2004. - N 5. - С. 34; 4. Бородкін О., Журбелюк Л. Перехід права на землю при придбанні нерухомості за принципом "два в одному" [Електронний ресурс] / Правовий тиждень. – 2010. - № 6. - Режим доступу до ресурсу: http://smi.liga.net/articles/IT100760.html; 5. Монтян Т. Атавізми законотворчості [Електронний ресурс] / Інфопорн. - Режим доступу до ресурсу: http://infoporn.org.ua/zhutlovi_zakonoproekty; 6. Роз'яснення Міністерства будівництва, архітектури та житлово-комунального господарства України «Щодо правил визначення прибудинкової території та розташування на ній будівель іншого призначення» від 01.10.2006. [Електронний ресурс]. Режим доступу до ресурсу: http://www.uapravo.net/data2008/base32/ukr32975.htm

До питання про предмет цивільного права, організаційні правовідносини та секундарні права

Гринько П.О.

1. У доктрині цивільного права дискусійним все ще залишається питання про його предмет. Традиційно у структурі предмету цивільного права вченими виокремлювались особисті немайнові та майнові відносини, що знайшло на сьогодні своє закріплення у ЦК 2003 р.: Цивільним законодавством регулюються особисті не-

майнові та майнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. Проте у доктрині існує й інша точка зору, яка поступово стає домінуючою, щодо якої предмет цивільного права має відносно відкритий характер, тобто у його структурі можна виокремити поряд із вищезазначеними і організаційні відносини.

2. Першим вченим, який детально проаналізував організаційні правовідносини був О.О. Красавчиков. Він прийшов до висновку, що цивільні організаційні правовідносини – це правовідносини, які засновані на засадах рівності їх учасників, виражають діяльність, що здійснюється громадянами й організаціями у межах закону із впорядкування своїх взаємозв'язків та координації зусиль у процесі реалізації державної або власної ініціативи.

3. Зміст організаційних правовідносин складають організаційні права, які виникають на підставі певних юридичних фактів та відносяться до групи відносних прав. Особливість організаційних прав полягає у тому, що вони не завжди активізуються у конкретного суб'єкта при виникненні основного правовідношення. Так, організаційні права можуть бути визначені у договорі. Наприклад, договір комісії не відноситься до особисто-довірчих договорів, а тому закон надає право комісіонерові з метою виконання комісійного зобов'язання за згодою з комітентом укласти договір субкомісії з третьою особою (субкомісіонером). Однак договір субкомісії не можна віднести до нового додаткового договору, у якому обов'язок виконується третьою особою, оскільки комісіонер не виконує свій обов'язок безпосередньо кредиторові (комітенту) основного договору. Відносини між комісіонером та субкомісіонером слід віднести до організаційних, які спрямовані на виконання договору комісії.

Проте яким чином комісіонер може реалізувати право на укладення договору субкомісії? Аналіз ст. 1015 ЦК дозволяє прийти до висновку, що згода на укладення зазначеного договору може бути досягнута сторонами вже при укладенні договору комісії. Ми поділяємо точку зору вчених, зокрема О. Сибіги, які вважають, що це призведе до виникнення у комісіонера так званого секундарного права. Секундарне право – це правова можливість (правомочність) здійснення власних односторонніх дій, яка може проявлятися у процесі розвитку правовиникаючого, правозмінюючого або правоприпиняючого фактичного складу та виступає як його проміжне явище. Реалізація секундарної правомочності має значення юридичного факту як елементу фактичного складу правовідношення. ЇЇ призначення – зв'язати об'єм правових можливостей суб'єктів з динамікою фактичного складу правовідношення.

До характерних ознак секундарного права необхідно віднести: по-перше, те, що йому не кореспондує обов'язок іншої сторони правовідношення; по-друге, реалізація цього права здійснюється через одностороннє волевиявлення управомоченої особи; по-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

третє, воно спрямовано на виникнення, зміну та припинення суб'єктивних прав; по-четверте, не управомочена сторона правовідношення, на інтересах якої відбивається реалізація секундарного права, перебуває у стані «претерпівання».

4. Безумовно, говорити про організаційний характер всіх секундарних прав не можна, оскільки не кожна можливість одностороннього прояву волі особи може бути визначена у договорі як така, що певним чином спрямована на організацію діяльності контрагентів. Більшість секундарних прав має об'єктивовану форму, яка визначає поведінку суб'єктів цивільного правовідношення. Однак, слід враховувати загальний диспозитивний характер норм цивільного права, відповідно до якого його суб'єкти мають можливість визначати зміст правовідношення, учасниками якого вони є, включаючи і окремі права, які реалізуються через одностороннє волевиявлення цих суб'єктів, яке не породжує кореспондуючого обов'язку іншої сторони правовідношення, а породжує у неї стан «претерпівання» наслідків реалізації секундарного права.

Підсумовуючи вищевикладене, вважаємо, що організаційні права – це права по організації діяльності, а секундарні права створюють передумову для придбання управомоченою особою, включаючи і організаційні правовідносини майнових чи/або немайнових суб'єктивних цивільних прав.

Тези наукових доповідей та повідомлень на секції цивільного та господарського процесу

Проблема допустимости лжи в гражданском процессе: опыт межотраслевого подхода

Юдин А. В.

Проблема дачи ложных объяснений лицами, участвующими в деле, в гражданском судопроизводстве в последнее время все чаще и чаще привлекает внимание ученых.[1] Однако следует отметить, что в дореволюционной[2] и в советской литературе[3] указанный вопрос также обсуждался авторами. В ходе многолетних дискуссий сформировалось два диаметрально противоположных подхода. В рамках первого ложь в процессе признается вполне допустимым явлением, в т.ч. по мотиву объективной сложности диагностирования и установления лжи; представители второго подхода считают ложь в процессе действием противоправным (процессуальным правонарушением, злоупотреблением процессуальными правами) и предлагают бороться с ней при помощи различных мер юридической ответственности.

Одним из способов оценки достоверности выводов, полученных в этом вопросе наукой гражданского процессуального права, может явиться попытка разрешения данной проблемы с точки зрения уголовного процессуального права, представляющего собой крупнейшую отрасль процессуального права и составляющего, по мнению исследователей,[4] в совокупности с гражданским процессом отрасль судебного права. Таким образом, к решению данной проблемы можно попытаться подойти с межотраслевых позиций.

В Обзоре законодательства и судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за 2 квартал 2009 г., утвержденного

---

[1] См. например: *Медведев И. Р.* О науке гражданского процесса: Эссе; Ответственность сторон за ложные объяснения в суде: Науч. исслед. М., 2006. *Юдин А. В.* Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве. СПб, 2005; *Юдин А.В.* Имеют ли стороны «право на ложь» в гражданском процессе? // Российская юстиция. 2006. №6. С.32-34 и др.

[2] *Розин Н.* Ложь в процессе // Право: еженедельная юридическая газета. 1910. № 48. С. 2895; *Гедда А. Н.* Недобросовестность сторон в гражданском процессе: Заметки из судебной практики // Журнал Министерства юстиции. 1910. № 1. С. 12–13.

[3] См.: *Юдельсон К. С.* Проблема доказывания в советском гражданском процессе. М., 1951; *Курылев С. В.* Объяснение сторон как доказательство в советском гражданском процессе. М., 1965; *Зайцев И. М.* Процессуальные функции гражданского судопроизводства / Под ред. А. Г. Коваленко. Саратов, 1990 и др.

[4] См.: *Полянский Н. Н., Строгович М. С., Савицкий В. М., Мельников А. А.* Проблемы судебного права. М., 1983; *Мурадьян Э. М.* Истина как проблема судебного права. М., 2002; *Мурадьян Э. М.* Судебное право (в контексте трех процессуальных кодексов): Монография. М., 2003 и др.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

постановлением Президиума Верховного Суда Российской Федерации от 16 сентября 2009 г., была сформулирована позиция, имеющая, на наш взгляд, весьма важное значение не только для уголовно-процессуального, но и для цивилистических отраслей права (гражданского процессуального и арбитражного процессуального).

Верховным Судом РФ был сформулирован тезис, согласно которому *«избранный обвиняемым способ защиты от предъявленного обвинения не может быть учтен при назначении наказания»* (курсив мой – Авт.). Как следует из фабулы дела, наказание Т. было назначено «с учетом того, что Т. как в ходе предварительного следствия, так и в ходе судебного разбирательства, скрывая не только действительные факты и обстоятельства совершенного совместно с другими участниками организованной группы преступления, но и собственное участие в его совершении, вводил органы следствия и суд в заблуждение, препятствуя тем самым установлению истины по делу». Таким образом, избранный осужденным Т. способ защиты от предъявленного ему обвинения суд учел в качестве обстоятельства, отягчающего его наказание. Данное указание суда в приговоре было исключено Судебной коллегией. Такой подход был мотивирован конституционными нормами о том, что никто не обязан свидетельствовать против себя самого, а также нормами УПК РФ о праве обвиняемого отказаться от дачи показаний и отсутствием ответственности за дачу обвиняемым ложных показаний.[1] Для полноты межотраслевых исследований также следует заметить, что потерпевший не вправе давать заведомо ложные показания или отказываться от дачи показаний (п.2ч.5ст.42 УПК РФ) под угрозой привлечения к уголовной ответственности.

Применим ли продемонстрированный подход в гражданском судопроизводстве по отношению к сторонам процесса (разумеется, что для лиц, содействующих правосудию, сообщение правды возведено в ранг обязанности)? Если для чисто познавательных и методологических целей, вслед за сторонниками судебного права (к числу которых автор не принадлежит), признать, что статус истца и ответчика в гражданском процессе условно коррелирует, соответственно, статусу потерпевшего и обвиняемого в процессе уголовном, то можно прийти к следующим выводам.

В уголовном процессе признается противоправным не только ложь, но и молчание потерпевшего, тогда как в гражданском процессе подобная ситуация представляется вполне допустимой (если не считать чисто умозрительной санкции ст.99 ГПК РФ о взыскании компенсации за фактическую потерю времени за не-

[1] Обзор законодательства и судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за 2 квартал 2009 г. (утв. постановлением Президиума Верховного Суда Российской Федерации от 16 сентября 2009 г.) // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2009. № 11. С. 9-11.

добросовестное предъявление заведомо неосновательного иска). Общественная опасность деяния мнимого потерпевшего в том, что по его заявлению невиновное лицо может быть подвергнуто мерам процессуального принуждения, а при неразоблачении лжи и уголовной ответственности. Сходным образом, ложный иск, основанный на недостоверных доказательствах и надуманных обстоятельствах, может причинить существенный вред правам и охраняемым законом интересам ответчика, а также интересам правосудия, в связи с чем, установление данного правонарушения должно влечь для истца реальные меры процессуальной ответственности (например, в виде судебного штрафа).

В уголовном процессе (по смыслу норм закона, интерпретированных Верховным Судом РФ) обвиняемый может противодействовать обвинению любыми способами; в гражданском процессе подобное право принадлежит и ответчику (если, опять же, не считать эфемерной санкции ст.99 ГПК РФ о взыскании компенсации за фактическую потерю времени за недобросовестное заявление спора против иска или систематическое противодействие правильному и своевременному рассмотрению и разрешению дела).

Однако вывод высшей судебной инстанции РФ об абсолютном праве обвиняемого на защиту от обвинения несколько расплывчат – данное право может существовать только в случае, если избранные обвиняемым способы защиты не противоречат закону и не нарушают прав других лиц. Согласно п.21ч.4ст.47 УПК РФ, обвиняемый вправе защищать свои права и законные интересы *только способами, не запрещенными законом* (курсив мой – Авт.). Например, обвиняемый не имеет права уходить от ответственности путем создания доказательств виновности или путем оговора других лиц.

Следует признать, что аналогичным образом и в гражданском процессе ответчик может защищаться от предъявленного иска *любыми способами, не запрещенными законом.* В частности, ответчик имеет полное право избрать позицию умолчания о действительных обстоятельствах дела. Однако ошибочным было бы считать, что ответчик обладает правом сообщать ложные обстоятельства дела, вводить суд в заблуждение и т.п. Данные действия не могут быть расценены как способы защиты, не запрещенные законом. В настоящее время, при отсутствии нормативно-закрепленной для лиц, участвующих в деле, ответственности за ложь, надлежащее поведение ответчика могло бы обеспечиваться путем ссылки на обязанность добросовестного пользования процессуальными правами (ч.1ст.35 ГПК РФ).

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Місце й значення галузевих принципів у процесі галузевої структуризації національної системи права

Лавріненко О. В.

Як у загальній теорії права, так і на рівні галузевих юридичних наук усталеним уважається підхід, за яким виокремлення певної галузі права здійснюється на підставі двох основних критеріїв – предмет та метод (и) правового регулювання. Між тим, наявна практика свідчить, що до галузеутворюючих критеріїв відносяться й інші – наприклад, наявність відповідної системи спеціального законодавства чи кодифікаційного акту, зацікавленість законодавця у виділенні окремої галузі тощо. Перелік галузеутворюючих критеріїв слід вибудовувати на ієрархічній основі, позаяк деякі критерії мають взагалі другорядне значення, окремі – є вельми спірними.

Означені загальнотеоретичні постулати підлягають частковому перегляду й уточненню, з урахуванням насамперед того, що головними (первинними) галузеутворюючими критеріями є наявність предмету правового регулювання як сукупності певних груп суспільних відносин та системи галузевих («основних») принципів, яка вибудовується, а згодом і набуває нормативного закріплення (єдність таких принципів і галузевих норм є діалектичною, адже принципи дістають вияв у нормах, а норми права, згруповані за ознакою загальності змісту, виражають певну ідею, себто є засобами об'єктивації принципів), на основі наявного кореляційного зв'язку з предметом та методом (ами) правового регулювання відповідної галузі права. Система галузевих принципів є, як на нас, визначальною, детермінуючою за характером під час вибору арсеналу методів правового регулювання та безпосередньої характеристики особливостей їхнього вияву в процесі регулювання конкретних груп суспільних відносин, що формують предмет даної галузі права.

Оскільки галузеві принципи є основою, вихідними й керівними засадами будь-якої галузі права як системи норм, то цілком очевидно й природно, що останні є водночас і основою того методу (ів), за допомогою якого (их) відбувається регулювання суспільних відносин. Принципи права визначають специфіку методу, притаманного тій чи іншій галузі права. На відміну від методів галузеві принципи є явищами, по-перше, більш високого порядку абстрагування, а тому – первинними, передуючими, а, по-друге, вони співвідносяться як категорії «сутності» та «явища», а відтак повинні розглядатися в різних площинах: якщо «сутність» (принципи) є чимось загальним, то «явище» (методи (и)) – одиничним, яке виражає лише якийсь момент вияву «сутності» у певному сегменті (стадії) процесу правового регулювання; якщо «сутність» є

чимось глибоким і внутрішнім, то «явище» – зовнішнім, об'єктивованим. Саме тому принципи перебувають біля витоків (джерел) конструювання (виокремлення) галузей права: законодавець, перш ніж впровадити той чи інший метод в структуру певної галузі права, зреалізувати прийом, тип, засіб правового регулювання має обов'язково попередньо визначитися із системою відповідних галузевих принципів та неухильне надалі керуватися останніми. Така взаємозалежність галузевих принципів і методів правового регулювання позначається на визначенні та змісті як перших, так і других: у доктрині трудового права широко відоме явище, коли, наприклад, поєднання централізованого й локального правового регулювання соціально-трудових відносин трактують і як окремий галузевий принцип, і як характерну особливість, ознаку тощо галузевого методу (ів) трудового права.

При цьому система галузевих принципів має конструюватися з урахуванням того, що за статусом галузевий принцип є одним із головних критеріїв, що дозволяє структуризувати цю галузь у системі права; органічне взаємодіє у своїй системі з іншими її складниками – галузевими принципами; галузевий принцип відображає лише ті риси права, які мають найбільше, найвагоміше суспільно-політичне та юридичне значення в конкретних історичних обставинах і в зв'язку із завданнями, які ставляться державою та громадянським суспільством.

Види проваджень та сучасні моделі цивільного судочинства

Мамницький В. Ю.

На сучасному етапі формування в Україні правової держави, прагнення суспільства до високих стандартів захисту прав людини, приведення вітчизняного законодавства до Європейських стандартів, у тому числі і у правосудді, виникає необхідність вдосконалення моделей судочинства, взагалі і моделі цивільного судочинства, зокрема. Вдосконалення судових процедур в сфері здійснення правосуддя з цивільних справ та моделі цивільного судочинства детерміновано тією обставиною, що Україною 17 липня 1997 р. ратифіковано Конвенцію про захист прав людини і основних свобод від 4 листопада 1950 р.

З конвенційних вимог щодо права на справедливий судовий розгляд, тлумачення цих норм Європейським судом з прав людини та прецедентної практики Європейського суду з прав людини витікає той висновок, що реалізація права на справедливий судовий розгляд можлива лише при дотриманні певних умов, які полягають у створенні належної судової процедури на підставі вдосконалення змагальної моделі цивільного судочинства, оскільки очевидним є той факт, що поза змагальним процесом навряд-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

чи можливо створити належні судові процедури. При цьому слід зазначити, що історичний досвід розвитку процесуального законодавства, перш за все вітчизняного, дозволяє зробити висновок про неможливість існування змагальної або слідчої моделі цивільного судочинства в ідеальному вигляді. На тих чи інших етапах соціально-економічного розвитку суспільства змінювались і моделі цивільного судочинства, втілюючи у собі в більшій чи меншій мірі змагальні засади. Приорітет слідчих чи змагальних засад і визначає тип моделі цивільного судочинства.

Аналіз законодавства з точки зору процесуальної регламентації вирішення справ передбачених сучасним законом видів проваджень та застосування до них певних моделей цивільного судочинства дозволяє зробити наступні висновки:

1. Розвиток принципу змагальності як суттєвої детермінанти, що впливає на моделі цивільного судочинства, відбувається і на сучасному етапі. Як вбачається, з прийняттям та введенням в дію Цивільного процесуального кодексу 2004 р., зміст принципу змагальності набрав нових ознак, таких, які не були йому притаманні раніше. Зміст принципу змагальності є достатньо складним явищем, але з першого погляду на чинне цивільне процесуальне законодавство можна зробити висновок, що функціонування принципу змагальності в механізмі правового регулювання при розгляді та вирішенні цивільних справ в порядку цивільного судочинства залежить від виду провадження.

Відповідно до ст. 15 ЦПК у порядку цивільного судочинства розглядаються справи позовного, наказного та окремого провадження. Зазначені види проваджень в цивільному судочинстві формально визначені в позитивному чинному цивільному процесуальному законодавстві, яке і визначає процесуальну форму їх здійснення.

Загальна формула принципу змагальності, який обумовлює сучасну модель цивільного судочинства, закріплена в ст. ст. 10, 60 ЦПК. Одначе, аналіз цивільного процесуального законодавства дозволяє зробити висновок, що принцип змагальності в цивільному судочинстві функціонує лише при розгляді та вирішенні справ позовного провадження, тобто змагальна модель цивільного судочинства притаманна тільки позовному провадженню.

2. Аналіз процесуальної регламентації розгляду та вирішення справ окремого провадження дозволяє зробити висновок, що принцип змагальності, не зважаючи на положення ч. 3 ст. 235 ЦПК, відповідно до якої справи окремого провадження розглядаються судом з додержанням загальних правил, за винятком положень щодо змагальності, все ж таки функціонує в окремому провадженні. Такий висновок витікає з того факту, що заявники та інші заінтересовані особи не позбавлені можливості надавати докази в обґрунтування своєї позиції. Одначе дія принципу змагальності суттєво обмежена положенням ч. 3 ст. 235 ЦПК, яке ві-

дкриває широкий простір суду по збору доказового матеріалу. Звідси очевидним є той факт, що законодавче обмеження дії положень щодо змагальності при розгляді та вирішенні справ окремого провадження автоматично перебудовує змагальну модель цивільного судочинства на модель слідчу, при цьому все ж таки наявність змагальних засад не виключається.

3. Крім позовного та окремого провадження, відповідно до ст. 15 ЦПК в порядку цивільного судочинства розглядаються справи наказного провадження. Наказне провадження є новелою в цивільному процесуальному законодавстві. У зв'язку з безспірністю вимог, за якими може бути виданий судовий наказ, специфічним є і порядок розгляду заяв про видачу судового наказу. Його специфічність полягає у тому, що видача судового наказу проводиться без судового засідання і виклику стягувача та боржника для заслуховування їх пояснень (ст. 102 ЦПК).Зазначена правова норма свідчить про відсутність будь-яких змагальних засад в наказному провадженні, а, як слідство – наявність суто інквізиційної моделі судочинства, в межах якої здійснюється наказне провадження.

Таким чином, очевидним є той факт, що змагальна модель притаманна тільки позовному провадженню. Окремому та наказному провадженню притаманна слідча модель цивільного судочинства, при цьому, якщо при розгляді справ окремого провадження не виключається проява змагальних засад, то в наказному провадженні змагальність виключається. Слід зазначити, що такий висновок відповідає аналізу чинного сучасного вітчизняного законодавства, але вин є результатом формального, догматичного підходу до проблеми, яка досліджується. Як вже зазначалося раніше, змагальність являє собою невід'ємний атрибут правосуддя, оскільки функціонування правосуддя поза змагальної моделі судочинства неможливо, а правосуддя може бути тільки змагальним.

Виходячи з наведеного можна зробити висновок, що оскільки діяльність суду в наказному та окремому провадженні відбувається поза змагальною моделлю цивільного судочинства, тільки в межах якої можливо здійснення правосуддя, то така діяльність суду не може вважатись правосуддям. А враховуючи той факт, що судом, к органом судової влади, притаманна єдина соціальна функція – це функція здійснення правосуддя, яке реалізується через цивільне судочинство, то справи окремого та наказного провадження не повинні входити до юрисдикції загальних судів та розглядатися в порядку цивільного судочинства.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

До питання про систему джерел цивільного процесуального права України

Васильєв С. В.

Дослідження системи джерел цивільного процесуального права неможливе без використання наукових розробок загальної теорії права по питаннях поняття, змісту та взаємозв'язку «системи права», «системи законодавства», «системи джерел права».

Під системою права слід розуміти об'єктивно обумовлену, історично складену відповідно до структури і характеру регульованих суспільних відносин, внутрішню структуру права, його внутрішню організацію.

Систему законодательства можна визнати як сукупність нормативних правових актів, що розташовані відповідно до системи права і цілями державного управління в тій або іншій сфері суспільного життя.

Визначаючи систему джерел цивільного процесуального права, слід виходити з поняття джерела цивільного процесуального права, під яким розуміють форми встановлення і виразу загальнообов'язкових або специфічних правил поведінки, прийнятих або санкціонованих правотворчими органами держави, що регулюють суспільні відносини, які складають предмет цивільного процесуального права. Таким чином, сукупність вказаних форм встановлення і виразу загальнообов'язкових або специфічних правил поведінки і складає систему цивільного процесуального права.

Система джерел цивільного процесуального права виражає положення конкретного джерела в загальній системі, віддзеркалення в ньому об'єму повноважень відповідного суб'єкта права, співпідпорядкованість по юридичній силі, цілісний і функціональний зв'язок між джерелами, адекватну міру правового регулювання. Чітка системність джерел цивільного процесуального права упорядковує процес правотворчості і правозастосування, забезпечує доступність реалізації права громадян на судовий захист.

В теорії цивільного процесуального права існують різні позиції щодо змісту системи джерел цивільного процесу. Пов'язано це з цілим рядом причин, до яких, слід віднести такі: по-перше, у чинному ЦПК це питання врегульоване у декількох статтях. Так, у ст.2 ЦПК закріпилося положення, що цивільне судочинство здійснюється відповідно до Конституції України, ЦПК та Закону України «Про міжнародне приватне право». У ч.1 ст.8 ЦПК це положення доповнене правилами, що «суд вирішує справи відповідно до Конституції України, законів України та міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України». Крім того, ч.2 ст.8 ЦПК закріплює, що суд застосовує

інші нормативно-правові акти, прийняті відповідним органом на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що встановлені Конституцією та законами України; по-друге, на теоретичному рівні та у судовій практиці не знімається цілий ряд проблем, серед яких важливе місце посідають питання про природу рішень Конституційного Суду України та про відокремлення як самостійного виду джерела цивільного процесу – судової практики. Це впливає на формування самого поняття джерела права; залишує проблему співвідношення правотворення, правозастосування і правотлумачення у судовій діяльності; чітке визначення системи джерел цивільного процесу дасть можливість вирішити питання про те, які саме акти (чи норми), яких саме органів, у яких межах може застосувати суд при вирішенні цивільної справи.

Класифікація джерел права можлива по різних підставах залежно від мети дослідження: по юридичній силі, по предмету регулювання, по сфері дії, за змістом і т.п. У той же час, для джерел цивільного процесуального права більш притаманна класифікація за способом виразу (формування) права.

Як вказує аналіз правової літератури, більшість авторів асоціюють систему джерел цивільного процесу з системою цивільного процесуального законодавства (наприклад, М.Й.Штефан, В.В.Комаров та ін.). Існують деякі інтерпретації такого положення, коли до системи джерел включають тільки закони і підзаконні акти (С.І.Кобзєва), або первинні і вторинні (формально-юридичні) джерела (В.А.Толстик).

Однак, на наш погляд, система законодавства є лише складовим елементом системи джерел цивільного процесуального права. Цю думку підтримують і інші науковці.

Так, одні автори виділяють три види джерел, що входять до системи: 1) матеріально-організаційні; 2) процесуальні (процесуальне законодавство, договір); 3) матеріальні (законодавство, договір, звичай) (наприклад, Р.Б.Прилуцький).

Інші автори, розвиваючи теорію різноджерельного права та використовуючи плюралістичну концепцію джерел права, пропанують включати до системи джерел закони та інші юридичні приписи недержавного походження (звичай, договір, правову доктрину, результати суддівської правотворчості) (наприклад, Л.О.Корчевна, Р.Б.Тополевський, Н.А.Гураленко та ін.).

Оцінюючи тенденції трансформації українського права в напрямі євроінтеграції, появу джерел права, що раніше не були притаманні національній правовій системі, можна запропонувати наступну модель системи джерел цивільного процесуального права: система складається з двох видів джерел – традиційних (цивільне процесуальне законодавство) та нетрадіційних (наприклад, правозастосовна практика, правовий звичай).

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Гарантії нотаріальної діяльності

Баранкова В. В.

Головна особливість нотаріальної діяльності полягає в тому, що через неї держава опосередковано реалізує своє волевиявлення. Саме тому нотаріальна діяльність має бути законною та ефективною, не обтяженою можливими зловживаннями з боку нотаріуса.

Гарантії нотаріальної діяльності – це сукупність вимог до здійснення нотаріальної діяльності, які забезпечують виконання її завдань і відбивають її сутність. Отже, гарантії нотаріальної діяльності представляють собою закріплений нормами нотаріального права комплекс заходів та засобів, що покликані забезпечити усім суб'єктам нотаріальних правовідносин можливість використовувати надані їм права та виконувати покладені на них обов'язки.

Гарантії нотаріальної діяльності спрямовані на те, щоб забезпечити дотримання прав заінтересованих осіб, а також відповідний статус нотаріуса в межах нотаріальних процесуальних правовідносин як суб'єкта – носія публічної влади і одночасно як незалежного арбітра, юридичного радника сторін. Отже, гарантії нотаріальної діяльності однаково важливі для всіх учасників нотаріальних правовідносин, оскільки покликані забезпечити дотримання і виключити можливість порушення їх прав.

Слід констатувати дещо однобічний підхід до унормування цього аспекту у Законі України № 614-VI «Про внесення змін до Закону України «Про нотаріат». Стаття 8^1, що має назву «Гарантії нотаріальної діяльності», закріплює правила, що запобігають порушенню прав нотаріуса і захищають його діяльність від незаконного втручання і впливу.

Питання захисту прав нотаріуса перебуває поза межами нотаріального процесу і має вирішуватися нотаріальним законодавством тільки в аспекті реалізації принципу незалежності та неупередженості нотаріуса як суб'єкта нотаріального провадження. Отже, як бачимо, поняття гарантій нотаріальної діяльності є значно більш широким, ніж зміст ст. 8^1.

До гарантій нотаріальної діяльності, передусім, слід відносити наступні вимоги до нотаріальної діяльності: дотримання закону при здійсненні нотаріальної діяльності; незалежність та неупередженість нотаріуса; дотримання нотаріальної таємниці; судовий контроль за законністю вчинюваних нотаріальних дій тощо.

З наведених правил не всі, на жаль, набули безпосереднього закріплення у чинному нотаріальному законодавстві. Окремої норми, що закріплювала б принцип незалежності та неупередженості нотаріуса, у законі «Про нотаріат» не існує. Але положення цього принципу нотаріальної діяльності простежуються з низки інших норм Закону.

Принцип законності при здійсненні нотаріальних дій необхідно розглядати в двох аспектах. По-перше, всі дії нотаріуса та інших посадових осіб повинні підкорятися відповідним законодавчим актам. По-друге, у рамках нотаріального процесу дотримуватися закону повинні й інші суб'єкти – фізичні та юридичні особи, що звертаються за вчиненням нотаріальних дій.

У контексті змісту принципу законності варто звернути увагу і на незалежність нотаріуса. Як вже зазначалось, чинне законодавство не містить норми, яка закріплювала б положення про те, що нотаріус є незалежним при здійсненні нотаріальних дій. Разом з тим очевидно, що при здійсненні нотаріальних дій нотаріус керується тільки законом і жодні вказівки для нього не є обов'язковими, якщо вони стосуються змісту нотаріальної дії і не відповідають законодавству. Питання про правомірність вчинення нотаріальної дії чи про відмову в її вчиненні вирішує сам нотаріус, оскільки він підкоряється виключно закону. Заінтересовані особи можуть оскаржити його дії до суду, рішення якого після набуття законної сили є обов'язковим як для нотаріуса, так і для осіб, що беруть участь у справі. Жодні ніші особи й органи, крім суду, що розглянув справу про дії нотаріуса, не можуть давати вказівок стосовно дій, вчинених нотаріусом. Тому незалежність нотаріуса тісно пов'язана з принципом законності нотаріальної діяльності.

Юридичними гарантіями забезпечення незалежності нотаріуса є, зокрема, безстроковість дії свідоцтва про право на заняття нотаріальною діяльністю, судова процедура оскарження дій нотаріуса. Однак вони не можуть бути визнані належними і достатніми.

У цьому зв'язку, по-перше, доцільно було б передбачити обов'язковий судовий порядок зупинення і припинення нотаріальної діяльності. По-друге, суттєвого вдосконалення потребує механізм контролю за нотаріальною діяльністю з тим, щоб питання про порушення закону при вчиненні нотаріальних дій вирішувалися б також виключно судом.

Окрім незалежності, обов'язковою умовою законності нотаріальної діяльності є й неупередженість нотаріуса. При вчиненні нотаріальної дії нотаріус не повинен надавати переваг жодній із заінтересованих осіб. Вимоги неупередженості зумовлюють існування обов'язків нотаріуса всебічно, повно та вичерпно роз'яснити заінтересованим особам – учасникам нотаріальної дії – їх права та обов'язки, сутність і послідовність вчинюваної нотаріальної дії з тим, щоб юридична необізнаність не могла бути використана їм на шкоду (ст. 5 Закону «Про нотаріат»).

Незалежність та неупередженість нотаріуса є одними з найважливіших ознак його правового статусу як суб'єкта нотаріального процесу і представляють собою гарантію не тільки для заінтересованих осіб, але й для самого нотаріуса. У такий спосіб виключається можливість вчинення впливу на нотаріуса з метою постано-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

влення ним незаконного нотаріального акту, що, власне, і простежується зі змісту ст. 8^1 Закону.

Організаційними гарантіями нотаріальної діяльності можна вважати сукупність положень нотаріального законодавства, які регулюють таку організацію нотаріальних органів, що забезпечують її ефективне функціонування та захист в межах нотаріальної форми прав фізичних та юридичних осіб.

Зокрема, організаційною гарантією нотаріальної діяльності слід визнати правила квотування нотаріальних посад у кожному конкретному нотаріальному окрузі, що виключають як перевантаження нотаріусів, так і появу конкуренції серед них, а також сприяють своєчасному та повному забезпеченню потреби фізичних та юридичних осіб у зверненні до нотаріусів та вчиненні нотаріальних дій.

До організаційних гарантій нотаріальної діяльності слід також відносити і систему вимог до робочого місця нотаріуса (Положення про вимоги до робочого місця (нотаріальної контори) приватного нотаріуса та здійснення контролю за їх дотриманням, затверджене наказом міністерства юстиції України № 36/5 від 12.06.1998 р. (у редакції наказу Міністерства юстиції України від 17.04.2007 № 186/5)), і правила заміщення приватного нотаріуса (ст. 29, 29^1 Закону), і механізм державного регулювання нотаріальної діяльності (ст. 2^1 Закону), передусім, правила доступу до заняття нотаріальною діяльністю і система контролю за організацією та законністю нотаріальної діяльності.

Як вже зазначалося, однією із гарантій нотаріальної діяльності є й закріплений у нотаріальному законодавстві механізм контролю за нотаріальною діяльністю.

Медіація як система позасудових процедур

Сібільов Д. М.

Медіація - це процес, в якому нейтральна третя сторона, медіатор, допомагає вирішити конфлікт, сприяючи досягненню добровільної угоди між конфліктуючими сторонами. Медіатор полегшує процес спілкування між сторонами, розуміння позицій та інтересів, фокусує сторони на їх інтересах і шукає ефективне рішення проблеми, надаючи можливість сторонам дійти до конструктивної угоди.

Роль медіації полягає в тому, що у більшості випадків, коли особи можуть вирішити проблему шляхом обговорення і переговорів, вони досягнуть більш швидкого і кращого результату, ніж при альтернативі - у судовому розгляді. Правда, досить часто їм це не вдається без допомоги когось третього, який і виступає посередником.

Медіатор повинен проводити медіацію неупереджено і справедливо. Ідея неупередженості медіатора є центральною у процесі медіації. Медіатор повинен проводити медіацію тільки тих справ, у яких він може залишатися безстороннім і справедливим. У будь-який час, якщо медіатор не здатний проводити процес у неупередженої манері, він зобов'язаний припинити медіацію.

Медіатор повинен уникати такої поведінки, яка давала би привід відчути упередженість по відношенню до іншої сторони. Якість процесу медіації підвищується, коли у сторін є впевненість у неупередженості медіатора.

Медіатор повинен розкрити всі наявні або потенційні власні інтереси в конфлікті, в тій чи іншій мірі відомі йому.

Медіатор несе відповідальність за оприлюднення всіх наявних або потенційних конфліктів, які в тій чи іншій мірі йому знайомі і які можуть породити питання про його неупередженість.

Медіатор повинен уникати прояву зацікавленості в конфлікті як під час, так і після медіації. Без згоди всіх сторін, медіатор не повинен згодом встановлювати професійні стосунки з однією з сторін, що стосується чи не стосується справи за умови, якщо це може підняти законні питання цілісності процесу медіації.

Медіатор повинен забезпечити розумні очікування сторін щодо конфіденційності. Конфіденційність залежить від обставин медіації. Медіатор не повинен розголошувати хід і результати медіації, якщо на це немає дозволу всіх сторін або якщо цього не вимагає закон.

По відношенню до конфіденційності сторони можуть розробити свої правила, або заздалегідь домовитися з медіатором.

З метою захисту цілісності процесу медіації, медіатор повинен уникати передачі будь-кому інформації про поведінку сторін під час процесу медіації.

Конфіденційність не може тлумачитися як обмеження або заборону на моніторинг, наукові дослідження або оцінку програм медіації.

Процедура медіації є суто добровільною. Ніхто не може змусити сторони скористатися медіацією або хоча б спробувати це зробити. Медіація – це добровільний процес, він заснований на прагненні сторін досягти чесної і справедливої угоди.

Добровільність виражається в тому, що: жодну сторону не можна примусити до участі у медіації; сторона може вийти з процесу медіації на будь-якому етапі; згода з результатом процесу медіації також є суто добровільною.

Послуги того чи іншого медіатора приймаються обома сторонами також добровільно.

Медіація необхідна в наступних випадках:

- коли необхідно прийти до того чи іншого рішення в результаті переговорів і закріпити його документально;

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

- коли між сторонами є домовленості, які вони не можуть розкривати третім особам (а тим більше в суді) і хочуть зберегти конфіденційність;

- коли роздратування і емоції перешкоджають ефективному спілкуванню сторін;

- коли сторони обмежені часовими рамками і економлять кошти;

- коли сторони хочуть залишатися в партнерських або добрих відносинах.

Медіація дозволяє сторонам вийти з тупикової ситуації, продемонструвати високий культурний рівень сторін, у той час як після судового розгляду все зазвичай закінчується розривом відносин і неприємними наслідками.

Медіатор виступає в наступних ролях:

1. Оцінювач конфліктів. У цій ролі медіатор повинен обдумано і ретельно вивчити всі аспекти спору з точок зору обох (або всіх) сторін спору. У багатьох випадках у медіатора занадто мало або зовсім немає інформації про обставини спору; в інших випадках можуть матися цілі справи або звіти з рекомендаціями або без них. У підсумку медіатор у своїй ролі оцінювача конфлікту повинен зібрати якомога більше даних та інформації.

2. Активний слухач - в цій ролі медіатор повинен слухати активно, з тим, щоб засвоїти як змістовну, так і емоційну складову.

3. Неупереджений організатор процесу - в цій ролі медіатор має кілька функцій: на першому місці серед цих функцій варто допомогти у встановленні основних правил, які ляжуть в основу процедурних угод.

Існують наступні класифікації медіації:

1. Класична медіація. Класична медіація починається з угоди сторін і закінчується виконанням договору. Вона доповнює можливості судового регулювання, розплутує конфлікт, налагоджує зв'язки між сторонами і приводить сторони до згоди.

2. Внутрішньосистемна медіація. Медіатор є незацікавленою особою, але одночасно є частиною конфліктуючої системи. Наприклад, внутрішньосистемним медіатором виступає директор з персоналу, який допомагає вирішити конфлікт між двома співробітниками.

3. Ноу-хау для комплексних випадків. При класичній і внутрішньосистемній медіації передбачається, що конфліктні сторони відомі, і вони хочуть розплутати ситуацію. Але іноді потрібно набагато більше, ніж звичайна медіація. Часто сторони не готові до участі до медіації, не знають, що є частиною якогось спору, не визнають свою частку участі в конфлікті. Медіація в цьому випадку проходить складно, через нерозуміння, досаду і недовіри. У таких випадках медіатори застосовують творчі методи вирішення конфлікту. Робота медіатора в таких випадках відрізняється від класичних процедур і підходить тільки для цих конкретних клієнтів.

4. Адвокатське посередництво. Медіатором фактично виступає адвокат або адвокати сторін. Адвокат працює в цьому випадку як юрист і як посередник. Він задає питання як медіатор і регулює обговорення спірних питань. Фактично він допомагає своєму клієнтові досягти довгострокових вигод від взаємодії з другою стороною конфлікту.

5. Посередництво в переговорах. У будь-яких переговорів є головна мета. У більшості переговорів головна мета - домовитися з партнером. У медіації головна мета - також домовитися з партнером. Медіатор помітить і відзначить позиції сторін, їхні інтереси і можливості.

Роль медіатора - не просто допомагати сторонам домовитися, а й подбати про те, щоб їх домовленості були надійними і довгостроковими. Тільки таким чином сторони зможуть досягти сталого задоволення від угоди і процесу переговорів.

Про доказову силу документів, виданих в іноземній державі

Бігун В. А.

Документи, видані на території однієї держави, можуть бути використані на території іншої держави тільки після їх відповідного посвідчення, якщо іншого не передбачено міжнародними договорами.

Доказова сила як публічних, так і приватних документів припускає їхню дійсність. Однак, дійсність внутрішніх і іноземних документів у разі потреби може бути доведена відповідно до загальних правил.

Витребування й отримання доказів від іноземних установ можливе у порядку надання міжнародної правової допомоги. Реалізація міжнародних договорів України з питань міжнародної правової допомоги в цивільних справах щодо вручення документів, отримання доказів здійснюється у межах компетенції Міністерством юстиції України безпосередньо та через головні управління юстиції Міністерства юстиції України в Автономній Республіці Крим, областях, містах Києві та Севастополі, місцевими судами України, а у відповідних випадках - іншими органами державної влади, керуючись при цьому перш за все положеннями ЦПК в редакції від 21.01.2010 р., а також Інструкцією про порядок виконання міжнародних договорів з питань надання правової допомоги в цивільних справах щодо вручення документів, отримання доказів та визнання і виконання судових рішень, затвердженою Наказом Міністерства юстиції України, Державної судової адміністрації України від 27.06.2008 р.

Документи, видані на території однієї держави, можуть бути використані на території іншої держави тільки після їх відповід-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

ного посвідчення, якщо іншого не передбачено міжнародними договорами. В даний час найбільш широке поширення одержали два способи такого посвідчення: **консульська легалізація і проставлення апостиля**.

Класичним доказом дійсності документа є **легалізація.** Загальне правило про легалізацію випливає з Консульського Статуту України, затвердженого Указом Президента України від 2 квітня 1994 р. Консульська легалізація полягає у встановленні і засвідченні справжності підпису, повноважень посадової особи, яка підписала документ чи акт або засвідчила попередній підпис на них, справжності відбитка штампа, печатки, зразки яких отримано консулом офіційним шляхом від компетентних органів держави перебування (ст. 54).

Таким чином, в узагальненому вигляді можна сказати, що легалізація являє собою підтверджуючу позначку, зроблену на певному документі консульським працівником. Подробиці процедури легалізації установлює Інструкція про порядок консульської легалізації офіційних документів в Україні і за кордоном, затвердженої наказом МЗС України від 04 червня 2002 року.

Слід констатувати, що процедура легалізації досить складна і вимагає значних витрат. При цьому вона недосконала - документ, що пройшов багатоступінчасту й трудомістку процедуру, виявляється дійсним тільки для тієї держави, консульська служба якої його легалізувала. Подібна складна процедура легалізації, яка до того ж віднімає багато часу, є вираженням недовіри стосовно держави, що видали документ, що часто невиправдано. Істотне полегшення представляють тому окремі міжнародні договори й угоди, що скасовують вимогу легалізації.

З метою спрощення процесу визнання іноземних документів 5 жовтня 1961 року в Гаазі була підписана Конвенція, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів. Слід зазначити, що 10 січня 2002 р. Верховною Радою України прийнято Закон, відповідно до якого Україна приєдналася до цієї багатосторонньої Конвенції. Зазначена Конвенція набула чинності для України 22 грудня 2003 року і буде застосовуватися у відносинах із державами, що не висловили заперечень проти приєднання України до цієї Конвенції[1]. Починаючи з цієї дати документи, які мають бути представлені на території однієї з Договірних держав, звільняються від консульської легалізації. Єдиною формальною процедурою, яка може вимагатися для посвідчення автентичності підпису, якості, в якій виступала особа, що підписала документ, та, у відповідному випадку, автентичності відбитку пе-

[1] Заперечення проти приєднання України до Конвенції висловили Бельгія та Федеративна Республіка Німеччина. Відповідно до статті 12 Конвенції від 5 жовтня 1961 р. це означає, що на території України не прийматимуться документи, виконані на території цих країн і завірені апостилем, а продовжує застосовуватись вимога дотримання процедури консульської легалізації.

чатки або штампу, якими скріплений документ, є **проставлення** передбаченого статтею 4 **апостиля** компетентним органом держави, в якій документ був складений. Апостиль – це спеціальний штамп, який проставляється на самому документі або на окремому аркуші, що скріпляється з документом; він повинен відповідати зразку, що додається до цієї Конвенції.

Заповнений належним чином апостиль засвідчує справжність підпису, якість, в якій виступала особа, що підписала документ, та, у відповідному випадку, автентичність відбитку печатки або штампу, якими скріплений документ.

Підпис, відбиток печатки або штампа на апостилі не потребують ніякого засвідчення. Разом із тим, у Конвенції також підкреслюється, що дотримання згаданої формальної процедури не може вимагатися, якщо закони, правила або практика, що діють у державі, в якій документ представлений, або угода між двома чи декількома договірними державами відміняють чи спрощують дану формальну процедуру або звільняють сам документ від легалізації (ст. 5 Конвенції).

Слід зазначити, що безпосередньо порядок проставлення апостиля на офіційних документах, які були складені на території України, регулюється Правилами проставлення апостиля на офіційних документах, призначених для використання на території інших держав, затверджених Наказом Міністерства закордонних справ України, Міністерства освіти і науки України, Міністерства юстиції України від 5 грудня 2003 року, а розмір та порядок оплати послуг з проставлення апостиля регулюється Наказом Міністерства юстиції України "Про розмір та порядок оплати послуг з проставлення апостиля" від 18 грудня 2003 року.

Отже, апостиль заміняє, виключає легалізацію, тим самим, спрощуючи процедуру визнання іноземних документів. Однак, як зазначалось, у міжнародної договірної практиці є випадки, коли держави відмовляються не тільки від процедури легалізації, але і проставлення апостиля, скасовуючи або, ще більш спрощуючи ці процедури.

Таким чином, розглянуті правила про дійсність (легалізацію) документів діють, якщо інше не передбачено міжнародними договорами, відповідно до яких вони можуть прийматися судом чи іншою компетентною установою договірної сторони без легалізації, шляхом проставлення апостиля на офіційних документах, або зовсім відміняють чи спрощують дану формальну процедуру або звільняють сам документ від легалізації.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Пріоритет юрисдикції цивільних судів між іншими видами судової юрисдикції

Радченко П. І.

1. Відповідно до Конституції України правосуддя в Україні здійснюється виключно судами. Юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі (ст. 124). Це означає, що юрисдикції судів підлягають всі спори про захист прав і свобод громадян.

Із змісту ст. 15 ЦПК, ст.12 ГПК, ст.17 КАС випливає, що суди розглядають, перш за все, справи по спорах про право. Справи, де відсутній спір про право, законодавець виключає із судової юрисдикції чи встановлює спрощений порядок їх розгляду. Для вирішення питання про можливість судового розгляду справи наявність спору про право є обов'язкова, оскільки звернення до суду в порядку позовного провадження за захистом свідчить про наявність спору про право цивільне. Відсутність спору про право між сторонами унеможливлює звернення до суду. Наявність спору про право слід розглядати як одну з ознак, яка характеризує судову юрисдикцію взагалі, а юрисдикційний процес – це процес по розгляду правового спору. Наявність спору про право визначає певною мірою і форму судочинства - позовне провадження (цивільне, господарське і адміністративне провадження).

2. При вирішенні питання про юрисдикцію загальних і спеціалізованих судів необхідно враховувати характер спору про право, який є предметом розгляду у судах. Загальне правило щодо розгляду судами правових спорів в порядку цивільного судочинства є преорітетним і воно сформульовано в ч.1 ст. 15 ЦПК: в порядку цивільного судочинства розглядаються справи, що виникають із будь-яких правовідносин, крім випадків, коли розгляд таких справ проводиться за правилами іншого судочинства. Юрисдикція господарських судів поширюється на: 1)справи у спорах, що виникають при укладанні, зміні, розірванні господарських договорів та з інших підстав, а також у спорах про визнання недійсними актів з підстав, зазначених у законодавстві; 2)справи про банкрутство; 3)справи за заявами органів Антимонопольного комітету України, Рахункової палати з питань, віднесених законодавчими актами до їх компетенції; 4)справи, що виникають з корпоративних відносин у спорах між господарським товариством та його учасником; 5) справи у спорах щодо обліку прав на цінні папери; 6) справи у спорах, що виникають із земельних відносин, в яких беруть участь суб'єкти господарської діяльності, за винятком тих, що віднесено до адміністративних судів (ст.12 ГПК), а юрисдикція адміністративних судів - на: 1) спори фізичних чи юридичних осіб із суб"єктами владних повноважень

щодо оскарження його рішень (нормативно-правових актів чи правових актів індивідуальної дії), дій чи бездіяльності; 2)спори з приводу прийняття громадян на публічну службу, її проходження, звільнення з публічної служби; 3)спори між суб"єктами владних повноважень з приводу реалізації їхньої компетенції у сфері управління, у тому числі делегованих повноважень, а також спори, які виникають з приводу укладання, виконання, припинення, скасування чи визнання нечинними адміністративних договорів; 4)спори за зверненням суб'єкта владних повноважень у випадках, встановлених законом; 5)спори щодо правовідносин, пов"язаних з виборчим процесом чи процесом референдуму (ст.17 КАС).

3. Наявність спору про право, а також його характер не дозволяє в повній мірі розподілити судові справи між цивільними, господарськими і адміністративними судами. При вирішенні цього питання слід мати на увазі і суб"єктний склад спірних правовідносин, як додатковий критерій розмежування юрисдикції судів. Так, в ст. 3 КАС визначено, що справи адміністративної юрисдикції – це переданий на вирішення адміністративного суду публічно-правовий спір, у якому хоча б однією зі сторін є орган виконавчої влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова чи службова особа або інший суб'єкт, який здійснює владні управлінські функції на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень. Як видно із цього нормативного припису, предметом розгляду адміністративного суду є спори, що випливають із владних управлінських функцій суб'єктів владних повноважень. Такий критерій зазначений і в ГПК. В ст. 1 цього Кодексу передбачено, що підприємства, установи, організації (у тому числі іноземні), громадяни, які здійснюють підприємницьку діяльність без створення юридичної особи і в установленому порядку набули статусу суб"єкта підприємницької діяльності, мають право звертатися до господарського суду за захистом порушених або оспорюваних прав і охоронюваних законом інтересів.

Щодо повноважень судів цивільної юрисдикції, то такий критерій як суб"єктний склад спірних правовідносин в ст.15 ЦПК відсутній. Відсутність подібного критерія у ЦПК означає в принципі те, що юрисдикція цивільних судів має пріоритет перед юрисдикцією спеціалізованих судів. Але виходячи з системного тлумачення норм, які визначають юрисдикцію спеціалізованих судів, можна зробити висновок, що за правилами цивільного судочинства розглядаються справи по спорах, що виникають з матеріальних правовідносин, якщо хоча б однією з сторін у спорі, як правило, є фізична особа.

4. Правильне визначення меж юрисдикції генетично пов'язане з реалізацією ст. 124 Конституції України і по своїй суті зводиться до практичної проблеми належного здійснення правосуддя у спосіб, який визначений Конституцією України, Законом України "Про судоустрій в Україні", а також процесуальним законодавст-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

вом. Наявність юрисдикції загальних і спеціалізованих судів обумовлено існуванням процесуальної форми (способів) здійснення правосуддя у межах цивільного, господарського та адміністративного судочинства. Це є визначальним для функціонування юрисдикції цивільних, господарських і адміністративних судів та застосування ст.15 ЦПК, ст.12 ГПК, ст.17 КАС. В науковому аспекті такий висновок по суті означає належне здійснення правосуддя в межах різних існуючих процесуальних форм судочинства. Такий підхід дозволяє теоретично уникнути конкуренції юрисдикції загальних і спеціалізованих судів, яка як проблема виникла з прийняттям нового ЦПК і КАС.

Судова юрисдикція, таким чином, має реалізовуватись через певні процедури та рішення судів як органів державної влади. Це підтверджує загальну тезу про те, що юрисдикція загальних судів має пріоритетний характер, а юрисдикція спеціалізованих судів має визначатись відповідним процесуальним законодавством, а також у тих чи інших спеціальних нормах. Крім того, він уникає виникнення конкуренції юрисдикцій.

5. Визначення судової юрисдикції у законодавстві також має ґрунтуватись на означених підходах. У цьому відношені слід підкреслити, що в ряді випадків законодавець не лише не досить системно і конкретно визначає правило юрисдикції загальних, господарських і адміністративних судів, але й, так би мовити, "розширює" межі судової юрисдикції, тим самим і сферу функціонування судової влади, передаючи на розгляд суду питання, які за своєю суттю не можуть бути об"єктом юрисдикційних повноважень.

Так, підпунктом 9.3.3. пункту 9.3 частини 2 ст. 9 Закону України від 21.12.2000 р. "Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами" передбачено право керівника відповідного податкового органу (його заступника) звернутися до суду (господарського суду) з поданням про продовження строку арешту активів платника податків за наявності достатніх підстав вважати, що звільнення активів з-під адміністративного арешту може загрожувати їх зникнення або знищення.

Тенденція "розширення" судової юрисдикції, на наш погляд, вважається необґрунтованою, так як не відбиває засади юрисдикції, закріплених в процесуальних кодексах, оскільки, по - перше, мова йде не про розгляд спорів про право, що виникають із цивільних, господарських, публічних правовідносин, коли об"єктом судового захисту виступають суб'єктивні приватні чи публічні права та інтереси, а по суті зводится до дачі санкції на здійснення тих чи інших повноважень, не пов'язаних з розглядом спору про право як необхідного об'єкту судового процесу. І, по-друге, правосуддя повинно здійснюватися у спосіб, що визначений процесуальними кодексами з дотриманням не тільки норм

матеріального права, але й відбуватися у чітко встановленому порядку. Недотримання цих положень повинно унеможливлювати взагалі судовий розгляд справи.

Положення ч.2 ст.15 ЦПК, в якій зазначено, що законом може бути передбачено розгляд інших справ за правилами цивільного судочинства слід розуміти як можливість розглядати судами цивільної юрисдикції інші справи з урахуванням юрисдикції спеціалізованих судів: якщо справа не підпадає під юрисдикцію спеціалізованих судів, то така справа повинна розглядатися судами цивільної юрисдикції, незалежно від характеру спору і суб'єктного його складу. Зазначене правило також свідчить про пріоритет цивільної юрисдикції між іншими видами юрисдикції.

Ликвидация правового конфликта – задача гражданского судопроизводства

Шутенко О. В.

Анализ судебной статистики за последнее десятилетие выявил неоднозначную тенденцию ежегодного увеличения на 13 – 15% количества обращений в суды первой инстанции, а в суды апелляционной инстанции – в среднем на 20% [1, с.46-47; 2, с.29-30; 3, с.26-27; 4, с.21-23; 5, с.50-51; 6, с.29-31; 7, с.40-42; 8, с.37-39; 9, с.26-29].

Это, на наш взгляд, негативная динамика возрастания количества обращения граждан в суды различных инстанций, свидетельствует о неэффективности судебной формы защиты права в Украине. Данная проблема многопланова. Отчасти причины такой конфликтности кроются в менталитете нашего общества на фоне снижения общего уровня духовности и культуры, когда приоритетными ценностями выступают накопительство и вещизм вместо развития внутреннего мира человека. Жажда обогащения и достижение поставленной цели любой ценой, не взирая на средства – ложные стремления, приводящие к отсутствию взвешенного интеллигентного отношения одного человека к другому. В то же время, нежелание самостоятельно урегулировать спор, и стремление переложить бремя принятия решения на другие плечи – государственные – в лице судьи разрешающего спор. Поэтому уместно вспомнить положение Концепции усовершенствования судопроизводства для утверждения справедливого суда в Украине в соответствии с европейскими стандартами, одобренной Указом Президента Украины от 10.05.06 № 361, о том, что гражданское судопроизводство следует рассматривать как услугу государства по разрешению частноправовых споров сторонам, которые самостоятельно не могут их урегулировать. По какой же причине стороны не могут урегулировать собственный конфликт?

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Возможно она кроется в нежелании либо неумении находить компромисс в силу личных или же объективных причин. В любом случае выходит, что стороны не доверяют себе и друг другу в устранении разногласий, а доверяют совершенно постороннему субъекту разрешение вопросов об их личных правах, полагая, очевидно, что он сделает это лучше и эффективнее, чем они сами. Следовательно, вынесенное судом решение должно восприниматься с таким же доверием. Между тем, статистика свидетельствует о том, что большинство решений суда обжалуется и не исполняется.

Отчасти данная общественная тенденция нашла отражение и в законодательстве, регулирующем конфликтное право, в частности речь идет о Гражданском процессуальном кодексе Украины. Так, в соответствии со ст.1 ГПК заданием гражданского судопроизводства является справедливое, непредвзятое и своевременное *рассмотрение и разрешение* (выделено мною – О.Ш.) гражданских дел с целью защиты нарушенных, непризнанных или оспариваемых прав, свобод или интересов физических лиц, юридических, а также государства. Рассмотрение и разрешение дела волевым актом суда и законодательное усиление начал состязательности сторон приводит к тому, что даже с вынесением решения спор остается неисчерпанным. Например, ст. 10 ГПК бремя доказывания возлагает только лишь на стороны, не позволяя суду быть активным в процессе установления круга фактов подлежащих доказыванию по делу, объема доказательств достаточного для установления действительных обстоятельств дела и вынесения законного и обоснованного решения. Считаем, что отнесение столь важных вопросов на усмотрение сторон является неверным, поскольку стороны не всегда могут прибегнуть к квалифицированной юридической помощи для их выяснения, что в свою очередь усложняет защиту их субъективных прав.

В совершенствовании в духе усиления примирительных полномочий суда нуждаются положения ст.130 ГПК, поскольку суд должен не только выяснять у сторон возможность урегулирования спора до судебного разбирательства, но и активно содействовать этому, разъясняя его варианты, а также последствия, которые повлечет для сторон как примирение, так и отказ от него. Тем более, что зачастую стороны, настаивая на продолжении спора, лишь усугубляют свое положение неурегулированностью, неопределенностью прав и обязанностей.

Так, статья 21 ГПК Франции прямо устанавливает, что в обязанности суда входит примирение сторон [10, с.38]. Данное положение представляется верным и правильным. Поскольку задачи гражданского судопроизводства следует понимать шире: не как рассмотрение и разрешение спора судом (это скорее способ достижения цели), а как ликвидацию правового конфликта. Эта цель является общей и для сторон спора и для суда. Она может быть достигнута различными способами: путем примирения сто-

рон, односторонних действий каждой из сторон по ликвидации спора, также путем разрешения его судом. Приоритетным должно быть именно урегулирование спора при активном содействии суда сторонам, поскольку судья, являясь профессионалом, имея достаточный опыт разрешения правовых конфликтов, как ни один другой участник процесса может и должен брать на себя эту функцию.

Список литературы:1. Вісник Верховного суду України, 1998. - №1(7); 2. Вісник Верховного суду України, 2000. - №2(18); 3. Вісник Верховного суду України, 2001. - №4(26); 4. Вісник Верховного суду України, 2002. - №4(32); 5. Вісник Верховного суду України, 2003. - №3(37); 6. Вісник Верховного суду України, 2005. - №5(57); 7. Вісник Верховного суду України, 2006. - №6(70); 8. Вісник Верховного суду України, 2007. - №6(82); 9. Вісник Верховного суду України, 2009. - №5(105); 10. Новый Гражданский процессуальный кодекс Франции. - К.: Истина, 2004. - 544с.

Стаття 339 ЦПК України потребує вдосконалення

Гусаров К. В.

Відповідно до п.1. ч.2. ст.324 ЦПК, рішення суду першої інстанції після їх перегляду в апеляційному порядку, рішення і ухвали апеляційного суду, ухвалені за результатами апеляційного розгляду можуть бути оскаржені у касаційному порядку. Виходячи зі змісту норми, що міститься у даній статті, можна виснувати, що вона передбачає особливе коло об'єктів касаційного оскарження. Власне, ними є ті акти суду, якими вирішуються питання матеріального чи процесуального права відповідно до інстанційних повноважень апеляційного суду. Поряд з тим п.2 ч.1 ст. 324 ЦПК передбачає, що у касаційному порядку можуть оскаржуватись також ухвали суду першої інстанції, вказані у пунктах 1, 3, 4, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 24, 25, 26, 27, 28, 29 частини першої ст. 293 ЦПК, після їх перегляду в апеляційному порядку і ухвали апеляційного суду, якщо вони перешкоджають подальшому провадженню у справі.

Важливе значення мають повноваження касаційного суду, що реалізуються при перегляді рішень чи ухвал апеляційного суду. Стаття 339 ЦПК передбачає, що суд касаційної інстанції скасовує рішення суду апеляційної інстанції і залишає в силі судове рішення суду першої інстанції за умови встановлення, що апеляційним судом скасовано судове рішення, ухвалене згідно із законом.

На перший погляд, вказана норма не містить будь-яких труднощів при застосуванні. Однак при буквальному розумінні її змісту складається враження, що касаційний суд не має процесуальних можливостей застосувати ст. 339 ЦПК та скасувати рішення апеляційного суду у випадку, коли апеляційний суд змінив (а не скасував) рішення суду першої інстанції, яке ухвалено згідно із законом. Відповідно до ст. 307 ЦПК, суд апеляційної інстанції має повноваження змінити чи скасувати рішення місцевого суду.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Причому скасування та зміна рішення – це різні процесуальні дії апеляційного суду.

Виходячи з цього та з особливостей методу цивільного процесуального права процесуальний закон (ст. 339 ЦПК) не передбачає для суду касаційної інстанції можливості скасування рішення апеляційного суду, котрим змінено законне та обґрунтоване рішення суду першої інстанції. У зв'язку з цим В.В.Комаров слушно зазначає, що регулювання процесуальної діяльності при здійсненні правосуддя по цивільним справам неможливе, якщо закон не передбачає певного порядку діяльності суду і осіб, що беруть участь у справі та інших учасників цивільного процесу [1, с.13]. Тому скасування рішення апеляційного суду, котрим змінено законне та обґрунтоване рішення суду першої інстанції, враховуючи вимоги ст. 339 ЦПК, уявляється неможливим, що є, на нашу думку, недоцільним.

Вдосконалення діяльності касаційного суду та реалізації його повноважень зокрема відноситься, на нашу думку, до сучасних проблем науки цивільного процесуального права. Вони мають принципіальний методологічний характер, спрямовані на підвищення ефективності судових процедур, гармонізації національних систем процесуального права, транснаціонального цивільного процесу [2, с. 96].

З огляду на викладене пропонуємо редакцію ст. 339 ЦПК вдосконалити, виклавши її у такій редакції: «Установивши, що апеляційним судом скасовано чи змінено судове рішення, ухвалене згідно із законом, суд касаційної інстанції скасовує судове рішення суду апеляційної інстанції і залишає в силі судове рішення суду першої інстанції».

Література: **1.** Гражданский процесс: учебник /под ред. В.В.Комарова. – Х.: Одиссей. – 2001. – 704 с. **2.** Комаров В.В. Гражданский процесс в глобальном контексте //Юридическая наука и образование. – Вып.2, 2009. – С. 95-126

Повноваження адвоката та їх посвідчення при здійсненні представництва у цивільному судочинстві

Світлична Г. О.

Процесуальна діяльність адвоката у цивільному судочинстві є формою реалізації на добровільних засадах представництва фізичних та юридичних осіб(ст.ст.38,40 ЦПК). За загальним правилом повноваження добровільних представників посвідчуються довіреністю, оформленою в передбаченому законом порядку. Повноваження адвоката згідно з ч. 4 ст.42 ЦПК можуть також посвідчуватись ордером, який видається відповідним адвокатським об'єднанням, або договором.

Відсутністю у судовій практиці однакового застосування цієї норми закону, зумовлюється необхідність у визначенні співвідношення зазначених у законі документів щодо посвідчення повноважень адвоката та залежності обсягу його повноважень від форми їх посвідчення.

Передусім слід відмітити, що відповідно до ст. 6 Закону України від 19.12. 1992 року «Про адвокатуру» при здійсненні професійної діяльності адвокат має право представляти і захищати права та інтереси фізичних і юридичних осіб за їх дорученням. При визначенні правової природи такого доручення слід, на наш погляд, виходити з наступного. При здійсненні адвокатом представництва у суді виникають внутрішні (адвокат-клієнт) та зовнішні правовідносини(адвокат - суд).Внутрішні мають матеріально-правовій характер і ґрунтуються на відповідному договорі між адвокатом і клієнтом. Укладання такого договору та наявність внутрішніх відносин між адвокатом і довірителем є певним юридичним фактом, необхідним для виникнення процесуальних правовідносин щодо представництва у суді, інакше кажучи, правовою підставою для набуття адвокатом статусу представника.Згідно з п.п.15,16 Правил адвокатської етики адвокат надає правову допомогу на підставі угоди з клієнтом про надання правової допомоги. Доручення клієнта підлягає оформленню у формі письмової угоди про надання правової допомоги. В усній формі угода може укладатись лише в ситуації, коли укладання письмової угоди є неможливим, а клієнт потребує невідкладного надання правової допомоги. В таких випадках угода підлягає наступному письмовому оформленню. Угода про надання правової допомоги – це договір, згідно з яким одна сторона – адвокат, що практикує індивідуально, або адвокатське об'єднання – приймає на себе доручення іншої сторони – клієнта (або його представника) – про надання клієнту юридичної допомоги обумовленого ним виду в інтересах клієнта на умовах, передбачених угодою, а інша сторона – клієнт (або його представник) - зобов'язується сплатити гонорар за дії адвоката з надання правової допомоги, а також у випадку необхідності – фактичні витрати, пов'язані з виконанням угоди. За правовою природою договір про надання адвокатом правової допомоги, на підставі якого виникають відносини щодо процесуального представництва, є договором про надання юридичних послуг, зокрема, надання правової допомоги у формі представництва у суді за дорученням клієнта. При укладанні такого договору клієнт доручає адвокату ведення його справи у суді, а останній приймає на себе обов'язок надати клієнту на умовах, передбачених договором, певні юридичні послуги: правову допомогу як сукупність юридичних дій, спрямованих на реалізацію та захист прав, свобод та законних інтересів клієнта. Викладене та аналіз чинного законодавства дає можливість стверджувати, що до договорів, предметом яких є надання послуг,

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

передусім відноситься договір доручення, різновидом якого, на нашу думку, є договір про надання правової допомоги, в тому числі у формі представництва у суді (ст.ст. 901, 1000 ЦК) .

Представництво, яке ґрунтується на договорі, може здійснюватися за довіреністю. Довіреність є письмовим документом, що видається однією особою іншій особі для представництва перед третіми особами (ст.244 ЦК України). Відповідно до ст.1007 ЦК довіритель зобов'язаний видати повіреному довіреність на вчинення юридичних дій, передбачених договором доручення. У договорі або у виданій на його підставі довіреності має бути визначено юридичні дії, які належить вчинити (вид правової допомоги) та інші умови (ст.ст. 1000-1003 ЦК). Отже при посвідченні повноважень адвоката довіреністю або договором в них обов'язково має бути чітко визначений обсяг його повноважень.

Посвідчення повноважень адвоката, залежить також від форми здійснення ним адвокатської діяльності. Відповідно до ст. 4 Закону України «Про адвокатуру» адвокат може здійснювати адвокатську діяльність індивідуально, відкрити своє адвокатське бюро, а також об'єднуватися з іншими адвокатами в колегії, адвокатські фірми, контори, та інші адвокатські об'єднання. У випадку, коли адвокат здійснює адвокатську діяльність у складі адвокатського об'єднання і договір укладається клієнтом з відповідним об'єднанням, його повноваження на ведення справи у суді мають посвідчуватись ордером, який видається відповідним адвокатським об'єднанням. Ордер - це письмовий документ відповідного зразка, затвердженого Вищою кваліфікаційною комісією адвокатури, яким підтверджується наявність, повноважень адвоката з надання правової допомоги за укладеним між адвокатським об'єднанням (утворенням) та клієнтом договором. Таким чином, ордером підтверджується лише наявність повноважень адвоката на ведення справи у суді, а не їх обсяг. В ордері також відсутній підпис клієнта, що засвідчує факт його волевиявлення. Зазначене дозволяє стверджувати, що обсяг повноважень адвоката незалежно від форми здійснення адвокатської діяльності має бути визначений у договорі або у виданій на його підставі довіреності.

Виходячи із змісту ст.ст. 42, 44 ЦПК, адвокат, який має повноваження на ведення справи в суді, може вчиняти від імені особи, яку він представляє, всі процесуальні дії, що їх має вчиняти ця особа. Обмеження повноважень представника на вчинення певних процесуальних дій мають бути застережені у виданій йому довіреності. Втім Пленум Верховного Суду України в п. 9 постанови від 12.06.2009р. №2 «Про застосування норм цивільного процесуального законодавства при розгляді справ у суді першої інстанції» роз'яснив, що обмеження повноважень адвоката на вчинення певної процесуальної дії мають бути застережені не у виданому ордері, а в довіреності чи договорі. Пояснюється це

тим, що довіреність адвокату видається саме на підставі договору про надання правової допомоги, тому обмеження його повноважень дійсно можуть бути застережені не тільки у довіреності, а також у самому договорі. Виходячи з наведеного, вважаємо за необхідне внести відповідні доповнення у ч. 2 ст. 44 ЦПК, передбачивши, що обмеження повноважень адвоката на здійснення певних процесуальних дій незалежно від форми його діяльності можуть бути застережені у договорі або у виданій на його підставі довіреності.

З огляду на висловлене можна зробити висновок, що з метою забезпечення реалізації права особи на визначення обсягу повноважень представника за власним волевиявленням та однакового застосування судами ч.4 ст.42 ЦПК, для посвідчення повноважень адвоката незалежно від форми здійснення ним адвокатської діяльності необхідно надавати до суду договір або довіреність, якими визначається їх обсяг. Ордер як документ, що підтверджує лише наявність повноважень, слід представляти до суду на підтвердження його повноважень на ведення справи у суді в тих випадках, коли адвокат діє в складі адвокатського об'єднання і здійснює делеговані йому цим об'єднанням повноваження щодо представництва клієнта у суді. З метою визначення обсягу повноважень адвокат, таким чином, поряд з ордером має надати до суду договір або довіреність.

Юридично-технічні проблеми обчислення строку на подання скарги у зв'язку з винятковими обставинами

Рожнов О. В.

Відносно ч.1 ст. 355 ЦПК очевидно, що в ній встановлюється процесуальний строк, строк-період, який характеризуються певною тривалістю. При цьому з точки зору юридичної техніки, зазначена норма є відносно визначеною з точки зору її застосування, оскільки визначає початок перебігу процесуального строку з дня відкриття виняткових обставин, що не дає можливості з абсолютною точністю визначити його початок. В цілому таке закріплення початку процесуального строку відповідає загальному правилу щодо перебігу процесуальних строків (ст. 69 ЦПК), оскільки термін "подія" в контексті ст. 69 ЦПК не слід розуміти, як дещо що не залежить від волі людей явище. В даному випадку, на наш погляд, законодавець має на увазі конкретний юридичний факт, виникнення якого напряму чи не напряму залежить від волі того чи іншого суб'єкту. При цьому початок перебігу процесуального строку ч.1 ст. 355 ЦПК пов'язує з днем відкриття виняткових обставин, який повинен мати відповідну календарну дату.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Застосування цієї статті може призводити до певних проблем у її тлумаченні у контексті розуміння відкриття виняткових обставин. В юридичній літературі існує два підходи щодо розуміння відкриття виняткових обставин. Так, пропонується вважати днем відкриття виняткових обставин день прийняття судом касаційної інстанції судового рішення, в якому інакше, ніж у попередньому судовому рішенні (рішеннях) суду касаційної інстанції, застосовується одне і те саме положення закону, на думку інших науковців, у цьому випадку повинне застосовуватися звичне правило, за яким строк в один місяць повинен починатися з моменту, коли особа дізналася або повинна була дізнатися про виникнення таких обставин.

При цьому варто зауважити, що процесуальні строки , як юридично-фактичні обставини розвитку цивільного процесу, в цілому характеризують фактичний динамічний юридичний склад процесуальних правовідносин у зв'язку з розглядом конкретної справи відповідно до предмету судового розгляду. Що стосується строку оскарження у зв'язку винятковими обставинами, то за своєю природою він стосується так би мовити "паралельних судових процесів" оскільки виникнення права на оскарження і визначення початку перебігу строку реалізації цього права залежить від іншого рішення суду касаційної інстанції, в якому останнім неоднаково застосовано одне й те саме положення закону і лежить у площині не лише приватних, але і публічних інтересів правосуддя з точки зору забезпечення права на доступ до суду та захисту правопорядку з урахуванням статусу Верховного Суду України як найвищої судової інстанції.

Крім того, слід звернути увагу, що названа стаття ЦПК закладає певні протиріччя між правом на оскарження та формою регламентації і визначенням строків реалізації цього права. Право на оскарження виникає з дня проголошення рішення судом касаційної інстанції, в якому останнім неоднаково застосовано одне й те саме положення закону, але реалізувати зазначене право заінтересована особа може тільки в тому випадку, коли їй стане відомо про наявність підстав оскарження у зв'язку з винятковими обставинами.

Виходячи з наведеного, право на оскарження рішень за виключними обставинами не може пов'язуватися дискретно лише з фактом ухвалення рішення судом касаційної інстанції по паралельній справі, у якій по іншому застосована норма матеріального права, а відтак – ч.1 ст. 355 ЦПК не може бути протлумачена як така, що передбачає перебіг процесуального на оскарження з моменту ухвалення рішення судом касаційної інстанції, в якому по іншому застосована норма права.

Визначення дня відкриття виняткових обставин має базуватися на загальному понятті терміну відкриття, яке дається тлумачним словником, як виявляти, помічати когось (щось), раніше не

поміченого (не помічене). // Знаходити, виявляти щось дослідженням, вивченням чого-небудь (Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.)/ Уклад. і допов. ред. В.Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ "Перун", 2005. – С.172) . Таке розуміння дня відкриття виняткових обставин узгоджується з ч.3 ст. 357 ЦПК України, яка встановлює порядок провадження у зв'язку з винятковими обставинами, якщо після касаційного розгляду справи *виявлено* неоднакове застосування судами касаційної інстанції одного і того самого положення закону. Таким, чином днем відкриття виняткових обставин слід розуміти день коли зацікавленою особою виявлено неоднакове застосування судами касаційної інстанції одного і того самого положення закону. Таке розуміння дня відкриття виняткових обставин відповідає суті перегляду судових рішень у зв'язку з виключними обставинами, який є адекватним засобом захисту, оскільки допустимість та співіснування різних практик застосування національного законодавства ставить під сумнів результати судової діяльності на національному рівні. Інший підхід легітимізував би можливість існування неправосудних рішень.

Таким чином день відкриття виняткових обставин не слід пов'язувати з днем набрання законної сили рішенням суду касаційної інстанції, в якому інакше, ніж у попередньому судовому рішенні (рішеннях) суду касаційної інстанції, застосовано одне й те саме положення закону. На наш, погляд, днем відкриття виняткових обставин слід вважати день коли зацікавленою особою виявлено неоднакове застосування судами касаційної інстанції одного і того самого положення закону.

Обсяг дієздатності неповнолітніх осіб в цивільному процесі

Сапейко Л. В.

На підставі ст. 29 ЦПК неповнолітня особа може особисто здійснювати цивільні процесуальні права та виконувати свої обов'язки в суді у справах, що виникають з відносин, у яких вона особисто бере участь, якщо інше не встановлено законом. Іншими словами така особа, за наявності правових підстав, може бути суб'єктом цивільних процесуальних правовідносин. В даному випадку закон говорить про право, а не обов'язок неповнолітнього бути учасником цивільного процесу. При небажанні чи неспроможності неповнолітньої особи самостійно захищати свої права в суді, в її інтересах має діяти законний представник.

Будучи стороною або іншою особою, яка бере участь у справі, неповнолітній наділяється всім комплексом прав та обов'язків, передбачених цивільним процесуальним законодавством, та не

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

має будь-яких переваг в порівнянні з повнолітніми учасниками процесу.

На всіх учасників судового процесу, які мають юридичний інтерес у справі, розповсюджуються права та обов'язки, визначені в ст. 27 ЦПК. Однак, окремої уваги заслуговують права, якими наділені суб'єкти процесу згідно ст. 31 ЦПК, а саме: право на відмову від позову, визнання позову та укладення мирової угоди. Оскільки неповнолітня особа є повноправним учасником цивільного процесу, вона на загальних підставах може використовувати свої процесуальні права в тому числі і ті, що впливають на хід розгляду справи. Законодавством не передбачена можливість перевірки судом відповідності інтересам неповнолітнього таких дій.

Проте, в разі реалізації зазначених прав для неповнолітнього можуть настати певні негативні наслідки у вигляді, наприклад, неможливості повторного звернення до суду особисто або через представника, чи задоволення явно необґрунтованих вимог позивача. Якщо повнолітні учасники процесу можуть в повній мірі усвідомлювати значення своїх дій, то неповнолітні особи в силу вікових особливостей та відсутності достатнього життєвого досвіду можуть мати помилкове уявлення про правильність своєї поведінки.

Тому, в ЦПК слід передбачити, що в разі участі в цивільному процесі неповнолітньої особи в якості сторони по справі, суд перевіряє – чи відповідає відмова від позову, визнання позову або мирова угода її інтересам, і за наявності достатніх підстав відхиляє клопотання сторони про вчинення однієї з цих дій та продовжує судовий розгляд.

Окремо слід зупинитися на обов'язках осіб, які беруть участь у справі, та на можливості їх виконання неповнолітніми особами, як суб'єктами цивільних процесуальних правовідносин.

Домінуюче значення серед процесуальних обов'язків має обов'язок збирання та подання доказів для підтвердження вимог і заперечень сторін, адже від його виконання залежить своєчасність і правильність вирішення цивільної справи. Разом з тим, особам, які не досягли повноліття, досить складно визначити необхідне коло доказів по своїй справі та самостійно їх зібрати. Якщо, на думку суду, неповнолітньому учаснику процесу бракує необхідних правових знань і життєвого досвіду для належного захисту своїх прав та інтересів, він може на підставі ч. 2 ст. 29 ЦПК залучити до участі в таких справах законного представника, який буде надавати правову допомогу такій особі, в тому числі і щодо збирання доказів.

Крім того, важливою гарантією для осіб, які беруть участь у справі, є те, що суд сприяє всебічному і повному з'ясуванню обставин справи: роз'яснює особам, які беруть участь у справі, їх права та обов'язки, попереджує про наслідки вчинення або не вчинення процесуальних дій і сприяє здійсненню їхніх прав у ви-

падках, встановлених ЦПК (ч. 4 ст. 10 ЦПК). Відповідно, будь-який учасник процесу, незалежно від віку та інших ознак, може скористатися допомогою суду в збиранні доказів, якщо подання потрібних доказів є неможливим або є складнощі в поданні цих доказів (забезпечення доказів).

Іншим обов'язком, який слід проаналізувати на предмет можливості його виконання неповнолітніми, є сплата судових витрат. Природно, що особа, яка не досягла повноліття, має обмежену фінансову спроможність і повністю або частково залежна від матеріальних можливостей своїх батьків. При цьому слід враховувати, що така особа може звертатися до суду саме з метою вирішення правового конфлікту, який виник між нею та одним з батьків (батьками). Тому сплата необхідних коштів може стати для неї проблематичною.

Закон не містить будь-яких пільг щодо оплати судових витрат неповнолітніми особами. Але, в даному випадку можливе застосування загальних положень цивільного процесуального законодавства, якими передбачено, що суд, враховуючи майновий стан сторони, може відстрочити або розстрочити сплату судових витрат, зменшити їх розмір чи звільнити від їх оплати (ст. 82 ЦПК). Суд повинен роз'яснити неповнолітній особі, що вона може скористатися таким правом, і в разі необхідності має подати суду відповідну заяву.

Цивільні процесуальні правовідносини та їх особливості в цивільному процесуальному праві України

Ясинок М. М.

Поняття цивільних процесуальних правовідносин вперше в теорію цивільного процесу в 1869 році ввів німецький вчений О. Бюлов [1, 21]. Він зокрема зазначав, що процесуальні правовідносини це прості відносини, в яких суд і сторони мають права і обов'язки. При цьому цивільний процес розглядався як єдине правовідношення з декількома суб'єктами, яке розвивається поступово по своїх стуттенях - стадіях [2, 128]. Не дивлячись на те, що дана теорія отримала розповсюдження в Німеччині, Австрії і інших західноєвропейських країнах, вона так і не отримала свого визнання на теренах Радянського Союзу, оскільки тоді вважалося, що основою юридичного процесу є публічно-правові відносини, оскільки суб'єктом таких відносин завжди є суд як орган держави, який має лише обов'язки, а сторонам належать лише права. Вважалося, що процесуальні правовідносини переслідують мету поглинути матеріально-правові відносини. Все це визнавалось як завуальована суть «буржуазного суду».

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Лише 60-х роках XX століття радянська процесуальна наука все ж таки визнала наявність процесуальних правовідносин. Так А. Ф. Козлов в цей період зазначав, що цивільні процесуальні правовідносини це урегульовані нормами радянського цивільного процесуального права відносини, які виникають в процесі відправлення правосуддя по цивільних справах між судовими органами та всіма особами, яких допущено до участі в судовому процесі [3, 58]. В. М. Шерстюк розглядав цивільні процесуальні правовідносини більш ширше, як суспільні відносини, які виникають лише між судом і іншими учасниками процесу [4, 48].

Таким чином цивільні процесуальні правовідносини характеризуються:

а)відносинами правового характеру між судом, сторонами, заявниками та іншими учасниками судового процесу; б)наявністю цивільних процесуальних норм, якими урегульовуються такі відносини; в) наявністю суб'єктів таких відносин;

г) процесуальною дією суб'єктів за визначеною процесуальними нормами

процедурою.

Не дивлячись на те, що поняттю цивільних процесуальних

правовідносин в теорії цивільного процесуального права приділялася значна увага, але і на сьогодні дане питання залишається дискусійним, оскільки «природа цивільних процесуальних правовідносин значно складніша ніж відносини суду з іншими учасниками процесу» [5, 41]. Дана думка В. І. Тертишнікова є слушною, оскільки судовий процес за своєю складністю, як набір послідовних процесуальних правовідносин так і окремих процесуальних дій суду та суб'єктів судового процесу, є доволі складним правовим механізмом. Ось чому впродовж довгих років в науці дискутується поняття цивільних процесуальних відносин, але до цього часу у науковців так і немає єдності в даному питанні [6, 25].

Що ж таке цивільні процесуальні правовідносини? Більшість науковців дане питання намагаються розкрити через механізм впливу процесуальних норм на ті відносини, які мають місце між судом та іншими учасниками цивільного процесу безпосередньо в судовому засіданні [7, 77] придаючи таким відносинам правовий характер [8, 49].

З урахуванням даних обставин, можливо зазначити цивільні процесуальні правовідносини складають самостійну, багатофункціональну, кожного разу, обособлену групу регламентованих цивільними процесуальними нормами дій, які характеризуються з однієї сторони, як виключно юридичні відносини, а з іншої як суспільні відносини.

Отже, цивільні процесуальні правовідносини з юридичної точки зору характеризуються діями, зміст яких пов'язаний з реалізацією в судовому засіданні норм матеріального права, які одноча-

сно опосередковані нормами цивільного процесуального права. Цивільні процесуальні правовідносини, як суспільні відносини характеризуються встановленням конкретних життєвих фактів, які стосуються конкретного спору чи є підставою для встановлення певного юридичного факту. В зв'язку з цим цивільні процесуальні правовідносини необхідно розглядати як єдиний правовий комплекс.

Разом з тим наявність юридичних правовідносин передбачає наявність суб'єктів таких правовідносин, з однієї сторони, а з іншої їх процесуальних дій, які мають місце в межах процесуальної форми, а також процесуальних норм, які регулюють такі правовідносини. Поєднання цих складових і утворює юридичний процес, як сукупність цивільних процесуальних правовідносин. Розглянемо понятійність таких складових. Так поняття «процесуальні норми права» є загальним поняттям, яке об'єднує кожну процесуальну норму в єдиний правовий комплекс. Разом з тим кожна процесуальна норма передбачає і закріплює певну процедуру, яка в свою чергу поєднує в собі певну кількість процесуальних дій суб'єктів цивільного процесу.

Процесуальні дії – це всі дії особи, які остання здійснює в межах процесуальної форми, зміст яких направлений на виконання тих вимог, які процесуальний закон пред'являє до всіх учасників цивільного процесу для подальшого руху такого процесу вперед.

Таким чином цивільні процесуальні норми та процесуальні дії, які здійснюють суб'єкти цивільного процесу на підставі процесуальних норм і формують зміст цивільних процесуальних правовідносин. При цьому процесуальні норми носять імперативний характер і в зв'язку з цим їх вимоги є обов'язковими до виконання. Разом з тим поняття «процесуальні норми права» необхідно розглядати як комплекс норм, який характеризується системністю, оскільки кожна норма розміщена у визначеній процесуальним законом послідовності. Це означає, що процесуальні правовідносини в кожному виді цивільного процесу не виникають хаотично, вони можуть мати місце лише в тій послідовності, яка передбачена законом і в зв'язку з цим не залежать від волі суду чи суб'єктів цивільного процесу.

Така «спеціалізація» процесуальних норм, завжди носить комплексний характер, оскільки на відміну від матеріальних норм права, які описують кожен правовий випадок від його початку і до кінця, формуючи тим самим остаточність правового висновку, правопримінення окремої процесуальної норми не може дати загальний правовий результат, оскільки така процесуальна норма без її зв'язку з іншими нормами є абстракцією. В той же час процесуальне правопримінення не є буквальним виконанням процесуальних норм. Процесуальні норми скоріше є зразком за яким повинен діяти кожен суб'єкт конкретних цивільних процесуальних правовідносин, оскільки кожна процесуальна норма

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

має лише притаманний їй процесуально-процедурний зміст. Тому ми розглядаємо норми цивільного процесуального права, як інформаційно-процесуальну допомогу, як зразок по якому розглядається кожна цивільна справа. В зв'язку з цим доречно розглянути цивільні процесуальні правовідносини як з об'єктивної так і з суб'єктивної сторони. Об'єктивна сторона таких правовідносин передбачає наявність дій всіх суб'єктів цивільного процесу, які передбачені нормами процесуального права.

Суб'єктивна сторона характеризується диспозитивністю в момент здійснення дій, які передбачені в кожній процесуальній нормі. Таким чином послідовну множинність цивільних процесуальних правовідносин можливо розглядати як юридичний процес, оскільки за рахунок великої кількості таких правовідносин, які поєднуються між собою і утворюється процедура в кожному виді цивільного процесу.

Отже, кожна процесуальна норма є локальною процесуальною формою в межах якої виникають, розвиваються та припиняються певні процесуальні правовідносини. В зв'язку з цим ми можемо зазначити, що цивільні процесуальні правовідносини це самостійні, спеціально обумовлені процесуальними нормами процесуальні дії, як суду так і інших суб'єктів цивільного судочинства, які регламентовані в їх взаємодії і мають місце в межах процесуальної форми.

Список використаної літератури: 1. Абрамов С. Н. Советский гражданский процесс. М.: Изд-во Юридическая литература. 1952. - 21 с.; 2.Протасов В.Н. К исследованию гражданского процесса как системы //Проблемы совершенствования гражданско-правового регулирования/Под ред. В.Ф. Воловича, Б.Л. Хаскельберга, В. К. Щеглова. - Томск. Изд-во Томского университета. 1982. - 128 с.; 3.Козлов А.Ф. Советское гражданское процессуальное право. М.: Изд-во Юридическая литература. 1965. -58 с.; 4.Шерстюк В.М. Советский гражданский процесс. М.: Изд-во Московский університет. 1989. – 48с.; 5.Тертишніков В. І. Проблеми теорії та практики цивільного судочинства:Монографія/В.В. Комаров, В. І. Тертишніков, В. В. Баранкова та ін../За заг. ред. проф. В.В.Комарова. - Х.: Харків юридичний, 2008. - 41 с.; 6. Решетникова И.В Гражданский процесс/Решетникова И. В., Ярков В. В. - 2- е изд. перераб. и доп. - М.: Изд-во Норма. 2001. - 25 с.; Чорнооченко С. І. Цивільний процес: вид 2-е перероб. та доп.: Навчальний посібник. К.: Центр нав. літератури. 2005. -43 с.; Співак В. М. Цивільне процесуальне право України. /За заг. ред.. С.С. Бичкової. К.: Атіка. 2006. - 31 с.; 7. Штефан М. Й. Цивільне процесуальне право України. Академічний курс/Підручник. - К.: Концерн «Видавничій Дім «Ін Юре». 2005. - 77 с.; 8. Васильев С. В. Гражданский процесс. Учебное пособие. - 2-е изд. доп. - Х.: ООО«Одиссей». 2007. - 49 с.

Нездатність судів забезпечити розгляд справ впродовж розумного строку як підстава зміни підвідомчості справ

Антонюк О. І.

10 березня 2010 р. набрав чинності Закон України № 1691-VI, яким до цивільної юрисдикції були віднесені справи з приводу призначення, обчислення, перерахунку, здійснення, надання, одержання соціальних виплат, соціальних послуг, допомоги, захисту, пільг, речового майна, пайків або грошової компенсації замість них, які до набрання чинності цього Закону належали до адміністративної юрисдикція.

Проект цього Закону, внесений народними депутатами А.В.Портновим, О.В.Лавриновичем, В.П.Пилипенко, був прийнятий ще 23.10.2009 р., проте на нього було накладено вето, подолане 18.02.2010 р.

У пояснювальній записці до проекту Закону № 1691-VI доцільність змін обґрунтовувалася: 1) нездатністю сімох апеляційних адміністративних судів забезпечити реалізацію права громадян на розгляд справ впродовж розумного строку; 2) нереалізованість повною мірою щодо апеляційних адміністративних судів принципу доступності правосуддя, оскільки їх компетенція поширюється на територію декількох областей.

Наведені аргументи є недостатнім обґрунтуванням для того, щоб змінити підвідомчість певної категорії справ.

По-перше, враховуючи норму ст.2 КАС, слід погодитися з тим, що положення прийнятого Закону порушують єдність підходів щодо визначення компетенції адміністративних судів із вирішення спорів за участю суб'єктів владних повноважень (Пропозиції Президента України до Закону України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвідомчості справ, пов'язаних із соціальними виплатами").

По-друге, в адміністративному судочинстві наявна низка додаткових гарантій прав позивача, які відсутні у цивільному судочинстві: 1) суд має право виходити за межі позовних вимог, якщо це необхідно для повного захисту прав, свобод та інтересів особи (ст.11 КАС); 2) суд має право за власною ініціативою збирати необхідні для вирішення справи докази, у тому числі виявляти та витребувати їх (ст.11 КАС); 3) тягар доказування в адміністративних справах покладається на відповідача – суб'єкта владних повноважень, який зобов'язаний довести, що він діяв на підставі, в межах повноважень та у спосіб, визначені законом (ст.71 КАС); 4) суд у разі неявки відповідача може не відкладати розгляд справи та вирішувати її на підставі наявних доказів (ч.ч. 1, 4 ст.128 КАС); 5) подання адміністративного позову не вимагає оплати витрат на інформаційно-технічне забезпечення розгляду справи у суді. З набранням чинності Закону, громадяни, які звертаються до суду з питань соціальних виплат, позбавляються зазначених гарантій захисту своїх прав, а отже, запроваджені зміни не відповідають нормам ч.3 ст. 22 Конституції України, оскільки відбувається звуження змісту та обсягу існуючих прав.

Відповідно до п. 4 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 11.10.2005 р. № 8-рп/2005 звуження обсягу прав і свобод – це зменшення кола суб'єктів, розміру території, часу, розміру або кількості благ чи будь-яких інших кількісно вимірюваних показників використання прав і свобод, тобто їх кількісної характеристики.

По-третє, непослідовним є обґрунтування змін недостатнім забезпеченням суддівським корпусом апеляційних адміністратив-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

них судів, адже зміна підвідомчості справ не супроводжується збільшенням суддівського корпусу загальних апеляційних судів, які на сьогодні перевантажені справами (у Пояснювальній записці до проекту Закону № 1691-VI вказується про відсутності необхідності фінансування якихось заходів). Збільшення ж навантаження на загальні апеляційні суди призведе до їх неможливості забезпечити розгляд справ у розумні строки не лише за цими, але й за іншими справами цивільної юрисдикції.

По-четверте, слід погодитися з позицією Верховного Суду України, висловленою у Конституційному поданні щодо конституційності Закону № 1691-VI, за якою цим Законом у порушення ст.24 Конституції України запроваджуються обмеження права "за іншими ознаками", а саме за ознакою оспорюваного права та суб'єкта оскарження рішень, дій чи бездіяльності.

Слід також зазначити, що прийняття Конституційним Судом рішення про неконституційність Закону № 1691-VI призведе до ускладнення реалізації права на судовий захист тими особами, які звернулися до суду після набрання чинності Законом № 1691-VI і до прийняття Конституційним Судом рішення у цій справі, оскільки як зауважується в Інформаційному листі Вищого адміністративного суду України від 10.03.2010 р. № 310/11/13-10 позовні заяви, апеляційні та касаційні скарги (подання), подані після набрання чинності цим Законом, є такими, що не підлягають розгляду в порядку адміністративного судочинства, а тому судам слід відмовляти у відкритті провадження у справі. У разі визнання Закону № 1691-VI неконституційним громадяни, які зверталися з адміністративними позовами у зазначених справах та яким було відмовлено у відкритті провадження, будуть змушені подавати до адміністративних судів заяву про перегляд таких ухвал за нововиявленими обставинами. Провадження ж за позовними заявами, поданими у межах цивільного судочинства у цій категорії справ, мають закриватися, а позивачі будуть змушені звертатися із позовною заявою, але вже у межах адміністративного судочинства. Неспіврозмірним є й час, що має бути витрачений позивачем для повернення витрат на інформаційно-технічне забезпечення розгляду справи. Аналогічні проблеми виникнуть і щодо апеляційних та касаційних скарг.

Пояснення сторін та третіх осіб як засіб доказування в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди

Сліпченко О. І.

Більшість справ, які розглядаються судами, є спорами про право. В зв'язку з цим учасниками таких спорів є сторони та треті особи, які становляться активними суб'єктами цивільного судочинства. При цьому, для позивача характерним є його актив-

ність, яка полягає у зверненні до суду за захистом свого порушеного, невизнаного, або оспорюваного права, свободи чи інтересу. Для відповідача характерним є його захист від пред'явлення по суті звинувачень позивача. Треті особи при цьому спору розглядають свій інтерес, і в залежності від його наявності, можуть заявляти свої вимоги чи залишитися на рівні пасивного спостерігача при вирішенні спору між сторонами. Не є виключенням із цього правила і справи про відшкодування моральної (немайнової) шкоди. Позивачі в таких справах звертаються до суду з позовом про захист свого, на перший погляд специфічного права, відшкодування моральної (немайнової) шкоди.

В справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди підлягають відшкодуванню негативні наслідки, які настали для конкретної особи. Такі наслідки є душевними переживаннями, відчуттям і перенесенням фізичного болю, виникненням життєвих негараздів. В свою чергу, такі переживання породжують різні психічні реакції та різні психічні стани, які в кожної людини є різними. Не дивлячись на те, що розробляються наукові критерії моральної шкоди, медично досліджуються психічні стани особи, все ж вивести правила, які б характеризувалися обов'язковістю для кожної особи, неможливо. Враховуючи таку специфіку справ про відшкодування моральної (немайнової) шкоди, дуже важливим є пояснення сторін та третіх осіб, бо лише в їх поясненнях розкриваються особливості і специфіка моральної шкоди. Такі пояснення доносять до суду емоційні переживання особи та психічні потрясіння, які виникли в наслідок неправомірних дій інших осіб. Не дивлячись на це, сьогоднішнє процесуальне законодавство не визнає такі пояснення, як сторін так і третіх осіб доказами по справі. Так, відповідно до ч. 2 ст. 27 ЦПК 1963 року, доказами в цивільних справах визнавалися будь-які фактичні дані, на підставі яких у встановленому законом порядку суд встановлює наявність, або відсутність обставин, що обґрунтовують вимоги та заперечення сторін. Такі дані встановлюються поясненнями сторін і третіх осіб. Таким чином, зовсім недавно одним із засобів доказування були пояснення сторін та третіх осіб. І це було природно, бо як правило сторони та треті особи були і є учасниками тих чи інших подій, які в подальшому переросли в спірні правовідносини. Сторони ж через свої пояснення розкривали суть конкретних обставин в розвитку їх подій. Не довірять таким поясненням сторін при відсутності доказів, які б заперечували такі пояснення, у судів, як правило, не було підстав. Така позиція законодавця викликала повагу, бо законодавець проголосивши право кожної людини на судовий захист свого порушеного права, свободи чи інтересу, довіряв поясненням таких осіб.

Сьогодні ситуація змінилася, і поясненням сторін, третіх осіб відповідно до ч. 2 ст. 57 ЦПК, не є доказами по справі. Статус їх пояснень по суті зводиться до пояснень спеціалістів чи заінтере-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

сованих осіб в справах окремого провадження і носить інформаційний характер. Для того, щоб пояснення стали доказами суд зобов'язаний на клопотання сторін чи сторони змінити їх процесуальний статус, ввівши їх в розряд свідків. Останні ж приносять судову присягу свідка (ст. 180 ЦПК) з попередженням їх про кримінальну відповідальність за завідомо неправдиві покази та відмову від таких показів (ст. 383, 384 ЦПК). В практичній площині таке зустрічається рідко. Сторони, як правило, не заявляють клопотань про допит їх як свідків. Сам же факт приведення свідка до присяги скоріше нагадує середньовіковий ритуал, чим має якийсь вплив на покази свідків.

В. І. Тертишніков в цій частині зазначає, що тотальний допит сторін, третіх осіб та їх представників суперечить засадам цивільного судочинства

(перш за все, диспозитивності та змагальності) [1, с.78]. С. Я. Фурса вважає, що виключення із числа засобів доказування пояснення сторін, третіх осіб, є правовим нонсенсом, оскільки суперечить основним принципам цивільного процесу – змагальності та належності доказів [2, с. 280]. На спірність цього положення цивільного процесуального законодавства звертає й Р. В. Марченко[3, с. 101].

Такі думки вчених заслуговують на увагу, бо цивільне судочинство здійснюється на засадах змагальності сторін. При цьому, кожна сторона повинна довести ті обставини, на які вона посилається, як на підставу своїх вимог або заперечень (ч. 3 ст. 10 ЦПК). Таким чином, в своїх поясненнях сторони посилаються на ті обставини чи події, учасниками яких вони були самі. В той же час, при розгляді справ про відшкодування моральної (немайнової) шкоди позивач словесно передає суду ті моральні страждання, переживання, які він пережив особисто. В разі ж зміни процесуального статусу такої особи із позивача на свідка, в такому разі відбувається фактичне відокремлення особи від подій, переживань, які є предметом розгляду, бо свідок є особою, яка не є безпосереднім учасником подій, вона лише є стороннім спостерігачем таких подій. А тому свідок, як сторонній спостерігач, не може знати тих моральних страждань, які переживав безпосередній їх учасник.

Законодавець пропонуючи надання доказів, які б не виходили від першої особи, намагається штучно змінити джерело інформації, досягаючи такого результату за рахунок процесуальної фікції, не змінюючи по суті нічого, бо сторона, яка виступає в судовому засіданні в якості свідка, все одно буде говорити від свого імені, описуючи словесно свої переживання та ті негативні наслідки, які було завдано їй особисто, а не якій би то не було іншій особі. В зв'язку з цим судова практика в судах першої інстанції прийняла такі правові новели. Суди продовжують розглядати цивільні справи не надаючи сторонам процесуального статусу свідків, бо останні як правило, не заявляють

таких клопотань. Якщо за дії ЦПК 1963 року пояснення сторін були доказами і це була їх диспозитивна позиція, яка все ж повинна була бути обґрунтованою іншими доказами, то сьогодні по кази «свідків» повинні обґрунтовуватися також іншими доказами, але ж рішення суду ухвалюють не на користь свідків, а на користь позивача чи відповідача. В той же час що ж тоді сьогодні за законом є пояснення сторін? Вони не є доказами, але ж вони об'єктивно існують. Тоді що це? допоміжна інформація, чи суб'єктивна позиція, яка не заслуговує на увагу? Таким чином, доведеність правдивості змінювати процесуальний статус позивача чи відповідача є недоречним, це призводить лише до запутування судового процесу порушенням загальних принципів цивільного судочинства і зокрема принципу диспозитивності, з яким пов'язується виникнення, розвиток та закінчення судочинства. Статус свідка не дозволяє особі порушувати справу в суді чи закінчувати її. Таким чином, сьогоднішній процес може мати таку формулу: позивач – свідок – позивач; відповідач – свідок – відповідач чи позивач – свідок - позивач і відповідач, без зміни його статусу, чи навпаки. Ці положення на думку автора були запозичені із римського права та Статуту цивільного судочинства 1864 року. Так, за римським правом, пояснення сторін визнавалися заінтересованими і з кожної їх сторони, а тому щоб убезпечити правдивість пояснень, сторони приводилися до присяги [4, с.117]. Судова присяга за римським правом визнавалася священною, а тому її порушення призводило до програшу справи. За Статутом цивільного судочинства ставлення до пояснень сторін також ґрунтувалося на недовірі до таких пояснень. Для того, щоб поясненням сторін придати більш переконливий характер, покази сторін давалися під присягою.

Разом з тим, ні один із доказів не має більшого інформаційного навантаження, ніж пояснення сторін [5, с. 29] і це є вірним, бо пояснення сторін розкривають не лише засіб самих дій сторін, але і підстав їх виникнення. Знання цих підстав дуже часто дає суду можливість прийняти вірне рішення, бо в процесі їх дослідження становиться зрозумілим хід думок і подій кожної із сторін. Поясненнями позивача, відповідача, третіх осіб в судовому засіданні по кожній справі дає можливість суду співставити їх пояснення по кожному факту і події в цілому. В разі протиріч в поясненнях по окремих фактах суд звертає на дані обставини увагу і пропонує сторонам надати докази.

Література: 1.Тертишніков В. І. Цивільний процесуальний кодекс України : Науково-практичний коментар. – Х., 2006. – с.78.; 2.Фурса С. Я., Фурса Є. І., Щербак С. В. Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар У 2т. /За ред. С. Я.Фурси. – К., 2006. – Т. 1. – с. 280.3.Марченко Р.В. Окремі проблеми застосування законодавчих положень про докази в цивільному процесі//Право і безпека. – 2009. – № 3. – С.100-104.; Сологубова Е. В. Римский гражданский процесс. – М., 2002. – с. 117.; 5.Луспеник Д. Д. Допит свідків, третіх осіб, їх представників як свідків (під присягою) у цивільному процесі: проблеми теорії і судової практики та шляхи їх вирішення // Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 31. – С. 29.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Суб'єкти права касаційного оскарження

Яковлев С.

Питання про суб'єктів касаційного оскарження має важливе значення. Саме в результаті їхньої діяльності може виникнути касаційне провадження з перевірки законності судових рішень. Відповідно до ст.324 ЦПК сторони та інші особи, які беруть участь у справі, а також особи, які не брали участь у справі, якщо суд вирішив питання про їх права, свободи чи обов'язки, мають право оскаржити в касаційному порядку рішення та ухвали, постановлені судом першої інстанції, які були предметом розгляду суду апеляційної інстанції, а також ухвали та рішення суду апеляційної інстанції. Слід зауважити, що допуск до оскарження осіб, які не брали участі у справі, чиї права порушені судовим рішенням, певним чином відрізняє чинний Цивільний процесуальний кодекс від ЦПК 1963 року.

Тлумачення ст.324 ЦПК дозволяє сформулювати тезу про те, що процесуальне становище суб'єкта права касаційного оскарження, визначається характером його юридичної зацікавленості і процесуальними юридичними зв'язками з іншими учасниками процесу. Суб'єкт права касаційного оскарження, - це певний суб'єкт у цивільному процесі, участь якого містить більше гарантій для встановлення істини та захисту порушених прав і охоронюваних законом інтересів. Суб'єкт права касаційного оскарження є особа, яка має можливість вимагати у держави виконання її юридичного обов'язку щодо встановлення та забезпечення ефективного порядку касаційного перегляду справи, а цей обов'язок містить в собі проведення касаційного розгляду справи у відкритому режимі з повідомленням всіх осіб, які мають юридичний інтерес; дати учасникам касаційного провадження, можливість висловити власні доводи і пояснення щодо підстав, що стосуються касаційного перегляду справи, і обгрунтувати їх; розглянути справу повноважним судовим органом; забезпечити прийняття мотивованих ухвали (рішення) суду касаційної інстанції.

Участь у цивільному процесі суб'єктів касаційного оскарження обумовлено процесуальними матеріально-правовими відносинами між суб'єктом, що подає касаційну скаргу та іншими учасниками процесу. Беручи участь в процесі суб'єкти касаційного оскарження, прагнуть довести до відома суду порушення норм законодавства судами першої та апеляційної інстанцій, щоб виключити настання невигідних для себе правових наслідків. Суб'єкти оскарження рішень, що вступили в законну силу, ініціюють додаткову перевірку судових актів, аргументуючи скаргу переконливими доводами про допущені нищестоящими судами істотні порушення норм матеріального чи процесуального права.

На наш погляд, необхідно виділити наступні критерії участі у справі суб'єктів оскарження рішень, що вступили в законну силу: обов'язкова наявність права на подачу скарги; бажання уникнути настання невигідних наслідків після закінчення розгляду спору; інша юридична зацікавленість у результаті справи. Найчастіше успіх в оскарженні незаконних судових рішень вцілому залежить від того, наскільки вміло користуються суб'єкти оскарження рішень, що вступили в законну силу наданим їм правом; невміле використання свого права на оскарження рішень, що вступили в законну силу призводить до затягування виправлення судових помилок, призводе до тяганини в захисті суб'єктивних цивільних прав, що неприпустимо.

Також слід відмітити, що цивільне процесуальне законодавство (ст.324 ЦПК) не містить обов'язку для вступу у справу суб'єктів права касаційного оскарження, а надає їм таке право. Закон (ст.ст.329, 330, 334 ЦПК) наділяє суб'єктів касаційного оскарження, широким колом процесуальних прав, передбачивши, що вони також користуються правами і несуть процесуальні обов'язки осіб, які беруть участь у справі. Таке коло процесуальних прав надано суб'єктам касаційного оскарження з урахуванням їх важливої ролі і значення в цивільному процесі. Оскільки вони, як правило, є суб'єктами спірного матеріального правовідношення, в них є права, властиві тільки суб'єктам касаційного оскарження (доповнення, зміна касаційної скарги, касаційного подання прокурора або відмова від них, укладення мирової угоди сторін в суді касаційної інстанції, відмова позивача від позову).

Таким чином, суб'єкти касаційного оскарження, покликані захистити належні їм права та охоронювані законом інтереси, частіше всього є учасниками спірних матеріальних правовідносин, які можуть змінитися в результаті винесеного судом рішення. Участь у цивільному процесі суб'єкта касаційного оскарження, обумовлено процесуальними, матеріально-правовими відносинами, та дає змогу своєчасно захистити його права та охоронювані законом інтереси, допомагає суду повно і швидко з'ясувати всі порушення законності і винести законне рішення.

Права на доступ до правосуддя та національна практика цивільного судочинства

Сакара Н. Ю.

1. Ратифікувавши Конвенцію про захист прав людини та основоположних свобод, Україна взяла на себе зобов'язання гарантувати права, закріпленні в ній, в тому числі й право на доступ до правосуддя, оскільки, неприпустимо, щоб ст. 6 (п.1) Конвенції містила детальний опис гарантій, що надаються сторонам у циві-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

льних справах, і не захищала б, у першу чергу, те, що дає можливість практично користуватися такими гарантіями, - доступу до суду.

2. Аналіз практики Європейського суду з прав людини дає можливість наступним чином охарактеризувати право на доступ до правосуддя. По-перше, будь-яка особа може звернутися до суду за захистом своїх прав, свобод та інтересів. При цьому, обмеження цього права, які можуть бути запроваджені державою, не повинні позбавляти особу взагалі права на захист, тобто в неї завжди має залишатися можливість скористатися альтернативними формами захисту. Крім того, такі обмеження повинні мати правомірну мету, а також необхідно зберігати пропорційне співвідношення між вжитим засобами та поставленою метою. По-друге, особа має не лише право порушити провадження у справі, але й право отримати «вирішення» спору судом, тобто розгляд справи повинен завжди закінчуватися судовим рішенням. По-третє, розмір судових витрат, які особа зобов'язана сплатити при зверненні до суду має бути розумним, тобто більш-менш співвідносним з правом, що захищається, а також мають існувати процесуальні інститути звільнення від сплати судових витрат, надання розстрочки чи відстрочки у їх сплаті. По-четверте, держава зобов'язана забезпечити надання особі, яка цього потребує, правової допомоги, в тому числі безкоштовно, якщо участь представника у справі є обов'язковою, або передбачити інші засоби забезпечення позивачу реального права на вирішення його спору в судовому порядку, наприклад, шляхом запровадження спрощених судових процедур.

3. На рівні національного законодавства право на доступ до правосуддя в тій чи іншій мірі знайшло своє закріплення як на конституційному (ч. 1,2 ст. 55 Конституції України), так і на галузевих рівнях. Так, ст. 3 ЦПК встановлює, що кожна особа має право звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів; відмова від права на звернення до суду за захистом є недійсною. При цьому, перелік підстав для відмови у відкритті провадження у справі є вичерпним та розширеному тлумаченню не підлягає (ч. 2 ст. 122 ЦПК). Крім того, враховуючи зміст ч. 2 ст. 124 Конституції України щодо поширення юрисдикції суду на всі правовідносини, що виникають у державі, обмеження права на доступ до правосуддя шляхом виключення певних категорій справ з судової юрисдикції на Україні є неприпустимим. Право на отримання «вирішення» спору судом, тобто право на отримання судового рішення за результатами розгляду справи на рівні чинного законодавства прямо не передбачене, хоча є похідним від завдань цивільного судочинства (ст. 1 ЦПК), якими є не лише справедливий, неупереджений і своєчасний розгляд, але й вирішення цивільної справи з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб,

інтересів держави. Крім того, воно випливає з норм ЦПК, які встановлюють, що судовий розгляд закінчується ухваленням рішення суду (ч. 3 ст. 208 ЦПК), регулюють підстави і наслідки закриття провадження у справі (ст. 205-206 ЦПК) та залишення заяви без розгляду (ст. 207 ЦПК). Зі змісту ст.ст. 38-46, 56, 82 ЦПК також випливає, що в Україні передбачена можливість для функціонування процесуальних інститутів відстрочення та розстрочення судових витрат, зменшення їх розміру або звільнення від їх сплати, а також інститутів, що забезпечують захист чужих прав (судове представництво, участь органів та осіб, яким законом надано право захищати права, свободи й інтереси інших осіб та надання правової допомоги особою, яка є фахівцем у галузі права), хоча їх конструкції не можна визнати досконалими.

4. Аналіз існуючих рішень Європейського суду з прав людини відносно України дає можливість виділити наступні приклади порушення національними судами права на доступ до суду. По-перше, національні суди керувалися рішенням Пленуму Верховного Суду України, яке, спираючись на Постанову Кабінету Міністрів, встановило, що спір про неправомірність рішення про відмову в обміні грошових знаків в повному обсязі не підпадає під юрисдикцію суду, тобто усунуло з-під юрисдикції судів будь-який розгляд саме такої категорії цивільних (рішення у справі Трегубенко проти України). По-друге, суди відмовили прийняти скаргу щодо законності рішення органу державної влади, постановленого в 1975 році, та повернення земельної ділянки, з мотивів невикористання заявником позасудових засобів захисту, доступних в 1975 році, а також у зв'язку з тим, що він не був власником земельної ділянки, на якій розташований його будинок (рішення у справі Пономаренко проти України). По-третє, суд не постановив жодного процесуального рішення у справі заявника про незаконне переведення на іншу, нижче оплачувану посаду, оскільки виходив з того, що в його провадженні знаходиться вже ідентична справа про поновлення заявника на роботі (рішення у справі Балацький проти України). По-четверте, ані суд загальної, ані господарської юрисдикції не розглянули по суті скаргу про неможливість заявника користуватися церковною будівлею, оскільки вважали, що вони не мають юрисдикції розглядати такі питання, не дивлячись на те, що процедурні вимоги прийнятності було дотримано (рішення у справі Церква села Сосулівка проти України).

5. Дослідивши вищезазначені рішення, можна зробити висновок, що порушення права на доступ до правосуддя, які були встановлені у справах Трегубенко проти України, Пономаренко проти України, були спричинені в основному недосконалістю процесуального законодавства, чинного на момент розгляду справи, оскільки підвідомчість справ судам була обмежена. Наведені недоліки було враховані й усунуті під час прийняття нового ЦПК від 18.03.2004 р. Що стосується інших порушень, які визна-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

ні у справі Балацький проти України, Церква села Сосулівка проти України, то вони пов'язані вже з недосконалістю чинного законодавства.

6. Особливо хотілося б відмітити, що ЦПК України передбачає лише один спосіб захисту права на доступ до суду - оскарження ухвал про повернення заяви позивачеві (заявникові) (п. 3 ст. 293 ЦПК) та про відмову у відкритті провадження у справі (п. 4 ст. 293 ЦПК). Однак, його не можна визнати ефективним та всеосяжним, особливо в тих випадках, коли, наприклад, суддя ніяким чином не реагує на подану позовну заяву. Наведене призводить до висновку, що шляхи захисту права на доступ до правосуддя потребують подальшого удосконалення, на що, до речі, звертав увагу й Європейський суд з прав людини.

Щодо судового захисту прав численних груп споживачів в Європейському Союзі

Степаненко Т. В

З урахуванням завдання адаптації законодавства України до законодавства ЄС, вважаємо за необхідне звернути увагу на дослідження законодавства ЄС у сфері судового захисту колективних прав та інтересів людини і громадянина, зокрема у сфері захисту прав споживачів, як одній з пріоритетних сфер, встановлених розділом V Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу, затвердженої Законом України від 18 березня 2004 р.

На сьогодні в державах-членах ЄС можливість звернення до суду з представницькими (груповими) позовами про захист колективних інтересів споживачів та припинення дій, що порушують їх права, передбачена Директивою 98/27/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 19 травня 1998 р. про судові заборони для захисту інтересів споживачів *(Directive 98/27 /EC of the European Parliament and of the Council on injunctions for the protection of consumers' interests)* (далі – Директива 98/27/ЄС), а також деякими іншими актами ЄС.

Позови про судову заборону відповідно до Директиви 98/27/ЄС спрямовані на припинення будь-яких дій, які порушують колективні інтереси споживачів, шляхом накладення судової заборони на здійснення таких дій. При цьому, відповідно до п. 2 Преамбули Директиви 98/27/ЄС, колективні інтереси – це не проста (сумарна) сукупність інтересів осіб, яким завдано шкоду правопорушенням; важливість і значення деяких колективних інтересів можна зрозуміти, тільки виходячи з їх сукупної цінності для всіх членів групи і навіть суспільства.

Головною метою зазначеної Директиви 98/27/ЄС є зближення нормативних правил тих держав-членів, які вже надали певним установам або організаціям, що представляють інтереси споживачів, право виступати в судах з клопотанням про припинення дій, які суперечать стандартам захисту прав споживачів. Іншою метою є використання цього акту для спрощення процедури вирішення спорів між резидентами різних країн у сфері захисту прав споживачів завдяки взаємному визнанню повноважень представників споживачів. Директива 98/27/ЄС стосується питань, охоплених переліком із дев'яти Директив, у тій формі, у якій вони перенесені до національних законодавств держав-членів, а саме: несправедливі умови контрактів; продажі вдома у споживачів; недобросовісна реклама; реклама фармацевтичних виробів; реклама на телебаченні; організований туризм; споживчий кредит; контракти, укладені на відстані; "таймшер". Пізніше перелік було доповнено з метою регулювання відносин, пов'язаних із гарантійними зобов'язаннями та дистанційним маркетингом в сфері фінансових послуг.

Задоволення судом позову відповідно до ст. 2 Директиви 98/27/ЄС передбачає наступні наслідки:

– припинення або заборону будь-яких дій, що вчиняються всупереч Директивам ЄС (перелік яких міститься в додатку до Директиви 98/27/ЄС) та порушують колективні інтереси споживачів;

– вжиття необхідних заходів, наприклад, у вигляді публікації судового рішення про судову заборону певних дій, з метою усунення наслідків правопорушення;

– у випадку відмови виконати рішення в межах наданого строку накладення штрафу на правопорушника.

Особами, уповноваженими на подання представницьких позовів про судову заборону відповідно до ст. 3 Директиви 98/27/ЄС, є „кваліфіковані організації", створені відповідно до законодавства держави-члена ЄС і які мають законний інтерес у забезпеченні умов ст. 1 Директиви 98/27/ЄС (припинення правопорушень, що стосуються різноманітних проблем споживачів), а саме: а) один або декілька незалежних державних органів, відповідальних за захист інтересів споживачів в державах-членах ЄС, в яких такі органи існують, та(або) б) громадські організації в державах-членах ЄС, мета діяльності яких полягає в тому, щоб захистити інтереси споживачів, згадані в ст. 1 Директиви 98/27/ЄС, відповідно до критеріїв, встановлених в національному законодавстві.

Держави-члени ЄС складають переліки таких кваліфікованих органів, які публікується в Офіційному віснику ЄС. Оновлений перелік публікується кожні 6 місяців.

Є декілька важливих обмежень права кваліфікованої організації подати представницький позов про судову заборону. По-перше, держави-члени ЄС визначають певні критерії кваліфіка-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

ції, яким дані організації повинні відповідати. По-друге, держави-члени можуть вимагати, щоб громадські організації консультувались з незалежними державними органами, відповідальними за захист колективних інтересів споживачів перед поданням позову про припинення правопорушень. Держави-члени можуть встановити, що сторона, яка збирається подавати позов про судову заборону, може розпочати цю процедуру лише після того, як спробувала досягти припинення правопорушення в процесі консультації або з відповідачем, або ж і з відповідачем, і з кваліфікованим державним органом держави-члена, в якій подається позов про судову заборону. Якщо після спливу двох тижнів після проведення попередньої консультації правопорушення не припинено, заінтересована сторона може подати позов про судову заборону без будь-якого подальшого зволікання. При цьому, відповідно до Директиви 98/27/ЄС, самі організації не можуть вимагати відшкодування шкоди.

Держави-члени ЄС повинні вживати заходів, щоб гарантувати, що в разі правопорушення, яке здійснено в одній державі, будь-який кваліфікований орган іншої країни ЄС, який захищає інтереси споживачів, може подати позов про накладення судової заборони. Включення в перелік кваліфікованих юридичних осіб, створений відповідно до ст. 4 Директиви 98/27/ЄС, і буде доказом законної спроможності даної кваліфікованої юридичної особи порушити справу. Держави–члени відповідно до Директиви 98/27/ЄС можуть закріпити в національному законодавстві правила подання представницьких позовів, які будуть розширювати умови, закріплені в Директиві.

З огляду на викладене можемо підсумувати, що на сьогодні в сучасних демократичних державах передбачено достатньо ефективні правові механізми судового захисту прав та інтересів численної групи осіб, зокрема за допомогою групового позову. Удосконалення ж процесуального механізму захисту прав та інтересів невизначеного кола осіб в Україні варто здійснювати з урахуванням досвіду європейських країн романо-германської правової родини та положень законодавства ЄС. Слід зазначити, що національна правова система містить у достатньому обсязі положення матеріального законодавства аналогічні правовим нормам країн ЄС щодо права на звернення до суду на захист прав та інтересів численного кола осіб. Проте воно має бути визначене більш детально, наповнене конкретним змістом та процесуальним механізмом реалізації. Зокрема, вважаємо за доцільне розширення можливостей незалежних громадських організацій брати участь у процесі захисту колективних прав та інтересів громадян.

Щодо вирішення спорів про позбавлення права користування житловим приміщенням

Бортнік О. Г.

Відповідно до Закону України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» 11 грудня 2003 року місце проживання фізичної особи в Україні підлягає реєстрації. Підставою для реєстрації місця проживання заявника може бути ордер на житло, свідоцтво про право власності на житло, договір оренди житла, тощо); у разі відсутності зазначених документів - згода власника/співвласників житла або їх уповноважених органів, наймача та членів його сім'ї на реєстрацію місця проживання заявника.

Згідно зі ст. 7 Закону зняття з реєстрації місця проживання здійснюється протягом семи днів на підставі заяви особи, запиту органу реєстрації за новим місцем проживання особи, остаточного рішення суду (про позбавлення права власності на житлове приміщення або права користування житловим приміщенням, визнання особи безвісно відсутньою або померлою), свідоцтва про смерть.

Пунктом пунктом 1 ст. 319 ЦК передбачено, що власник володіє, користується і розпоряджається належним йому майном (в даному випадку - квартирою) на свій розсуд. Так, власник квартири чи будинку може надати право користування цим житлом як членам своєї родини, так і будь-яким іншим особам.

Між власником житла та членами його сім'ї виникають відносини з користування чужим майном (сервітут), врегульовані ст. 405 ЦК. Член сім'ї власника втрачає право на користування житлом у випадку відсутності без поважних причин понад один рік, якщо інше не встановлено домовленістю або законом. Відповідно до ст.107 ЖК наймач або член його сім'ї, який вибув на інше постійне місце проживання, втрачає право користування жилим приміщенням з дня вибуття, незалежно від пред'явлення позову про це. Відповідно до Постанови Пленуму Верховного Суду України N 2 від 12.04.85 «Про деякі питання, що виникли в практиці застосування судами Житлового кодексу України» при розгляді спорів, що не урегульовані житловим законодавством, суд застосовує норми цивільного законодавства. Оскільки відповідний строк встановлений житловим законодавством, відсутність особи протягом шести місяців є підставою для визнання її такою, що втратила право користування майном

З метою примусового зняття з реєстрації місця проживання особи, яка самостійно не з'являється до відділу ВГІРФО, власники пред'являють негаторні позови (про усунення перешкод у користуванні майном) до наймачів чи попереднього власника (ст. 391 ЦК, ст. 107 ЖК) або позов про визнання особи такою, що втратила право на користування житлом до дійсного або колишнього

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

члена сім'ї (ст 405 ЦК) за останнім відомим місцем проживання цієї особи. Суд може визнати особу такою, що втратила право користування жилим приміщенням, лише з однієї вказаної позивачем підстави, передбаченої ст. 71 або ст. 107 ЖК.

У Постанові Пленуму Верховного Суду України N 2 від 12.04.85 «Про деякі питання, що виникли в практиці застосування судами Житлового кодексу України» визначено, що у справах про визнання наймача або члена його сім'ї таким, що втратив право користування жилим приміщенням (ст.71 ЖК), необхідно з'ясовувати причини відсутності відповідача понад встановлені строки. Коли відсутній повернувся на жилу площу за згодою членів сім'ї, його не можна вважати таким, що втратив право на жилу площу. Якщо ж він вселився в жиле приміщення всупереч волі членів сім'ї і був відсутнім понад встановлені строки без поважних причин, то суд вправі визнати його таким, що втратив право на жилу площу. Вирішуючи спори про право користування жилим приміщенням осіб, які вселилися до наймача, суд повинен з'ясувати, чи дотриманий встановлений порядок при їх вселенні, зокрема: чи була письмова згода на це всіх членів сім'ї наймача, чи рареєстровані вони в даному жилому приміщенні, чи було це приміщення постійним місцем їх проживання, чи вели вони з наймачем спільне господарство, тривалість часу їх проживання, чи не обумовлювався угодою між цими особами, наймачем і членами сім'ї, що проживають з ним, певний порядок користування жилим приміщенням. При цьому, як роз'яснив Пленум Верховного Суду України в п.15 постанови від 1 листопада 1996 р. № 9 «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя», наявність чи відсутність реєстрації сама по собі не може бути підставою для визнання права користування жилим приміщенням за особою, яка там проживала чи вселилась туди як член сім'ї наймача (власника) приміщення, або ж для відмови їй у цьому.

Аналіз судової практики у спорах про право користування житлом свідчить про велику кількість справ, в яких вимога про виселення особи з тих чи інших підстав, визнання особи такою, що втратила право користування жилим приміщенням, поєднуються із вимогою про зняття її з реєстрації місця проживання. В таких справах за ініціативою суду чи позивача третьою особою залучається відповідний підрозділ Державного департаменту у справах громадянства, імміграції та реєстрації фізичних осіб (далі – ДДГІРФО). Згідно з окремими рішеннями відповідний орган залучається у якості співвідповідача. Судова практика свідчить, що такими рішеннями судів у цивільних справах ВГІРФО (далі – відділ громадянства, імміграції та реєстрації фізичних осіб) зобов'язується зняти з реєстрації місця проживання фізичну особу, яка втратила право користування житлом.

Не зважаючи на те, що рішення у таких справах рідко оскаржуються і вцілому виконуються органами ДДГІРФО, така практи-

ка є порушенням як норм цивільного процесуального права, так і законодавства, що регламетнує порядок реєстрації місця проживання фізичної особи, що обгрунтовується наступним.

Відповідно до ст. 35 ЦПК треті особи, які не заявляють самостійних вимог на предмет спору, можуть вступити у справу на стороні позивача або відповідача до ухвалення судом рішення, якщо рішення в справі може вплинути на їх права або обовязки щодо однієї зі сторін. Сутність інституту третіх осіб, які не заявляють самостійних вимог на предмет спору, полягає у тому, що він є процесуальним засобом забезпечення права регресу, а та умова, що третя особа залучається на боці однієї зі сторін, обумовлена тим, що участь третьої особи в процесі випливає із відносин, які повязують її зі стороною. Правові підстави відповідного регресного позову передбачені виключно нормами тієї галузі права, у звязку з якими виник спір між сторонами. Тобто матеріально-правові відносини третьої особи та однієї зі сторін повинні передбачати можливість спору про право цивільне між третьою особою та стороною, на боці якої вона виступає в процесі[1]. У справах, які аналізуються, між ВГІРФО та відповідачем виникають адміністративно-правові відносини.

Залучення ВГІРФО в аналогічних справах у якості співвідповідачів також є порушенням норм процесуального права. Як зазначалось, між особою, яка втратила право користування житловим приміщенням або порушує право власника житла на його користування, та ВГІРФО існують публічно-правові відносини. Вимогу про спонукання ВГІРФО здійснити зняття з реєстрації місці проживання фізичної особи підлягає розглядати в порядку адміністративного судочинства згідно зі ст. 17 КпАС. Таким чином, суди приймають до розгляду в одному провадженні вимоги, які підлягають розгляду за правилами різних видів судочинства, що є порушеням правил ст. 16 ЦПК.

Наступним порушенням, які допускаються при розгляді категорій справ, що аналізуються, є те, що спір про право із ВГІРФО виникає лише з моменту, коли, наприклад, власнику житла безбідставно відмовлено у знятті з реєстраційного обліку особи вже на підставі рішеня суду, за яким ця особа визнана такою, що втратила право користування житлом. У момент же предявлення позову до особи, яка не проживає на житловій площі та не знімається з рестраційного обліку, ще відсутній публічно-правовий спір між ВГІРФО та власником житла.

Здійснений аналіз дозволяє стверджувати про необхідність надання компетентним органом судової влади відповідних науково-практичних роз'яснень та рекомендацій з питань застосування судами законодавства при розгляді спорів цієї категорії .

---

[1] Проблемы науки гражданского процессуального права / В.В. Комаров, В.А. Бигун, В.В. Баранкова; Под ред. проф В.В. Комарова. – Харьков: Право, 2002. – 440 с. – с. 143-144.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Правові наслідки встановлення юридичного факту проживання чоловіка та жінки однією сім'єю

Котенко С. О.

ЦПК 2004 року значно розширив коло цивільних справ які розглядаються судами у порядку окремого провадження. Замість шести категорій справ, які передбачала ст.254 ЦПК 1963 року, ст.256 ЦПК 2004 року закріпила вісім категорій справ. Крім того, частина друга ст.256 ЦПК зазначає, що у судовому порядку можуть бути встановлені також інші факти, від яких залежить виникнення, зміна або припинення особистих чи майнових прав фізичних осіб. Тобто, перелік справ окремого провадження на відміну від ЦПК 1963 року у новому ЦПК не обмежено.

Однією з категорій справ окремого провадження відповідно до п.5 ч.1 ст.256 ЦПК є встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу. Як свідчить судова практика, при розгляді та виконанні судових рішень цієї категорії справ, виникають спірні питання що до майнових прав суб'єктів сімейних правовідносин. Так, згідно до ст.74 СК : «1. Якщо жінка та чоловік проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі, майно, набуте ними за час спільного проживання, належить їм на праві спільної сумісної власності, якщо інше не встановлено письмовим договором між ними.

2. На майно, що є об'єктом права спільної сумісної власності жінки та чоловіка, які не перебувають у шлюбі між собою або будь-якому іншому шлюбі, поширюються положення глави 8 цього Кодексу.». У свою чергу, гл.8-а СК регулює питання відносин спільної сумісної власності подружжя. Визнання факту проживання чоловіка та жінки однією сім'єю має юридичне значення зокрема у разі відкриття спадщини. Чинне цивільне законодавство, у разі відкриття спадщини передбачає що чоловік та жінка які не перебувають у шлюбі за рішенням суду згідно ст.1264 ЦК України є спадкоємцями четвертої черги, а згідно наведеного положення гл.8-ї СК їх іноді відносять до спадкоємців першої черги, тому що наведене положення, їх майнове становище відносить до відносин подружжя. Чинне цивільне законодавство згідно ст.1 ЦК регулює особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. Таким чином, ст. 1261 ЦК регулюються майнові відносини між чоловіком та жінкою як між суб'єктами цивільних правовідносин. Протиріччя визнання факту проживанання чоловіка та жінки без укладення шлюбу однією сім'єю полягає у тому, що як при укладенні шлюбу так і без його укладення у них виникають майнові

відносини подружжя. Але, на наш погляд, це положення стосується тільки права розпорядження належної кожному з них частки у спільному майні та не розповсюджується на спадкування належних часток чоловікові та жінці.

Чинне сімейне законодавство містить визначення поняття шлюбу. Так, згідно до ч.1 ст.21 СК: «Шлюбом є сімейний союз жінки та чоловіка, зареєстрований у державному органі реєстрації актів цивільного стану.», а ч.2 цієї статті зазначає: «Проживання однією сім'єю жінки та чоловіка без шлюбу не є підставою для виникнення у них прав та обов'язків подружжя.». Не зважаючи на це, як вже зазначалося вище, ч.2 ст.74 СК розповсюджує положення гл.8 СК на відносини між жінкою та чоловіком які проживають без реєстрації шлюбу, але закон не визнає їх подружжям, бо підставою для такого визнання є реєстрація шлюбу у державному органі реєстрації актів цивільного стану. Стосовно майна у разі відкриття спадщини після смерті одного із них виникає право власності лише на ½ частину спільного майна, а іншу ½ частину спільного майна успадковують спадкоємці померлого за чергою встановленою цивільним законодавством. Тому, після встановлення факту проживання чоловіка та жінки однією сім'єю без реєстрації шлюбу настає спадкування четвертої черги. Переведення таких осіб до першої черги спадкування за законом можливе лише у випадках передбачених ч.2ст.1259 ЦК, а саме: «Фізична особа, яка є спадкоємцем за законом наступних черг, може за рішенням суду одержати право на спадкування разом із спадкоємцями тієї черги, яка має право на спадкування, за умови, що вона протягом тривалого часу опікувалася, матеріально забезпечувала, надавала іншу допомогу спадкодавцеві, який через похилий вік, тяжку хворобу або каліцтво був у безпорадному стані.».

Удосконалення системи примусового виконання зобов'язань в Україні

Ніколаєв І.

Проблема низького рівня виконання зобов'язань в Україні у процедурах примусового стягнення широко дискутується у наукових колах та серед практиків, викликає зацікавленість, як серед представників юридичної спільноти, так і серед широкого загалу учасників майнових відносин. Повсюдне невиконання зобов'язань учасниками цивільного обороту помножене на вкрай низький рівень примусового стягнення боргів, спотворене сприйняття принципу добросовісності, нехтування законними інтересами інших учасників цивільного обороту, превалювання проявів економічного егоїзму над загальновизнаними цінностями не-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

порушності суб'єктивних прав інших осіб призводить до розбалансування цивільного обороту, порушує його сталість та динамізм, ставить під загрозу подальший розвиток ринкових відносин та становить наразі реальну небезпеку для економіки України. З огляду на це, нагальною є проблема пошуку дієвих шляхів підвищення ефективності системи примусового виконання зобов'язань.

Становище із забезпеченням примусового виконання зобов'язань в Україні слід визнати кричущим і таким, що вимагає вжиття негайних та вкрай рішучих дій по виправленню ситуації, яка склалась у цій сфері. Згідно результатів щорічного дослідження «Ведення бізнесу» Світового банку за показником, що характеризує ефективність стягнення боргів, Україна в рейтингах серед інших країн Світу займає ганебне 143 місце із 181 можливих.

Серед фахівців лунають різні думки з приводу окреслення можливих напрямів реформування системи примусового виконання зобов'язань в Україні. Пропонуються численні ініціативи щодо внесення змін до законодавства про виконавче провадження та про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом, зокрема пропонується переглянути статус боржника та кредитора в зазначених процедурах, переглянути баланс інтересів та критерії обрання процедури санації або ліквідації в справах про банкрутство, ввести інноваційні для нашої правової системи інститути, як то банкрутство фізичної особи тощо.

Усвідомлюючи той факт, що в межах одного дослідження не вбачається можливим осягнути всі проблеми, що існують у цій царині, наважимося запропонувати деякі конкретні шляхи вирішення найбільш актуальних та гострих проблем.

Ретельний аналіз існуючих у сфері виконання зобов'язань в Україні проблем, вивчення прогресивного іноземного досвіту та світових тенденцій вирішення схожих проблем, врахування національних особливостей та правових традицій, узагальнення судової практики та доктринальних напрацювань дозволило сформулювати декілька напрямів, у яких необхідно поліпшувати законодавство України у сфері примусового стягнення боргів. Запровадження на законодавчому рівні запропонованих змін до механізмів правового регулювання процедури виконавчого провадження та банкрутства дозволить зменшити час і витрати на стягнення боргів, а також суттєво підвищити коефіцієнт стягнення. Серед напрямів реформування можна виокремити такі наступні пропозиції.

1. Забезпечення гармонізації виконавчого провадження та провадження у справі про банкрутство. Існуюча практика застосування законодавства, яким визначається порядок здійснення виконавчого провадження і провадження у справах про банкрутство, породжує чимало проблем через неузгодженість їх норм. Під час здійснення примусового виконання рішень суду виникають суттєві ускладнення і перешкоди, коли по відношенню до бо-

ржника поруч із виконавчим провадженням відкривається провадження у справі про банкрутство. Така конкуренція двох процедур подекуди унеможливлює виконання судових рішень і вкрай негативно впливає на строки провадження у справі про банкрутство.

Гармонізації виконавчого провадження та провадження у справі про банкрутство можна досягти шляхом встановлення заборони на існування виконавчого провадження одночасно із процедурою банкрутства.

2.Підвищення ефективності механізмів примусової реалізації майна боржника. Однією із найактуальніших та най болючих проблем примусового виконання зобов'язань в Україні є застосування передбачених безсистемним у цій сфері законодавством вкрай неефективних механізмів реалізації майна боржника. Вирішення зазначеної проблеми можливо досягти із прийняттям спеціального закону про аукціони, яким необхідно унормувати (уніфікувати) механізми проведення процедури прилюдних торгів за умови прозорого продажу майна на аукціоні за максимальну ціну. Слід зазначити, що ця проблема є загальною і впливає на ефективність як виконавчого провадження і банкрутства, так і всіх інших сфер, в яких застосовуються механізми публічної реалізації майна.

3. Унеможливлення ухилення від примусового виконання рішення суду за допомогою застосування процедур поділу, виділу та ліквідації. Неузгодженість існуючого регулювання зазначених процедур із законодавством про виконавче провадження та банкрутство, дозволяє боржникам уникати виконання зобов'язань.

Непоодинокими є випадки, коли з метою ухилення від виконання зобов'язань боржника – юридичної особи здійснюється її поділ на дві (або більше) юридичні особи. При цьому «небажані» зобов'язання та неліквідне майно передаються одній з таких новостворених юридичних осіб, а ліквідне майно та майнові права іншій. Для запобігання цьому необхідно законодавчо визначити, що юридичні особи, утворені внаслідок поділу, несуть солідарну відповідальність за зобов'язаннями припиненої юридичної особи. Схожий спосіб ухилення застосовується коли боржник - юридична особа створює шляхом виділу нову юридичну особу і передає їй свої «небажані» зобов'язання. Тому необхідно визначити, що юридична особа, якою створено нову юридичну особу шляхом виділу, несе солідарну відповідальність за зобов'язаннями, щодо яких виділена юридична особа є правонаступником. В зв'язку з цим, відповідні зміни мають бути внесені до статей 107, 109 ЦК, якими регулюються зазначені відносин.

Крім того, з метою уникнення виконання судового рішення, боржники подекуди застосовують процедуру добровільної квазіліквідації. Відповідно до діючої редакції ч.2 ст.65 Закону України «Про виконавче провадження» у випадку ліквідації боржника -

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

юридичної особи виконавчий документ передається до ліквідаційної комісії для вирішення питання про подальший порядок виконання рішення. Отримавши виконавчі документи, утворена боржником що ліквідується ліквідаційна комісія фактично припиняє своє функціонування, подальша процедура ліквідації не здійснюється, судові рішення не виконуються. Для недопущення зловживань з боку боржника процедурою добровільної ліквідації, ч.2 ст.65 Закону України «Про виконавче провадження» необхідно виключити, натомість положення статті 36 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців», якою визначено порядок проведення державної реєстрації припинення юридичної особи в результаті її ліквідації, доповнити забороною здійснювати ліквідацію боржника – юридичної особи за наявності стосовно неї відкритого виконавчого провадження.

Використані матеріали: 1.Шершеневич *Г.Ф.* Конкурсний процесс. – М.: Статут, 2000. – 477 с. 2.Волков А.С. Усунення колізій в регулюванні процедур банкрутства та виконавчого провадження // Юридичний журнал. – 2008. №6 (72). – С. 29 – 33. 3.Джунь В.В. Інститут неспроможності: світовий досвід розвитку і особливості становлення в Україні. Монографія. – Видання друге, виправлене і доповнене. – К.: Юридическая практика, 2006. – 384 с. 4.Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. – 2-е изд. – М.: Изд-во МГУ: Издательская группа ИНФРА • М – НОРМА, 1998. – 624 с. 5.Исполнительное производство. 3-е изд., доп. и перераб. / Под ред. Я.Ф. Фархтдинова. – СПб.: Питер, 2004. – 367 с. 6.Гладышев С.И. Исполнительное производство Англии. – М.: «Лекс Книга», 2002. – 223 с.

Щодо сутності представництва прокурором в суді інтересів громадянина або держави

Гузе К. А.

1. Представництво прокуратурою інтересів громадянина або держави, являється відносно новою правничою категорією, яка має у своїй основі конституційне походження. Хоча це правове явище було предметом дослідження в ряді наукових робіт та публікацій, на наш погляд, воно потребує подальшого теоретичного осмислення. Необхідність у продовженні вивчення сутності представництва прокурора пояснюється тим, що це питання, здебільш, досліджується в науці цивільного процесуального права. Між тим, конституційна функція представництва реалізується не тільки в порядку цивільного, але і в порядку господарського та адміністративного судочинств, що обумовлює застосування комплексного підходу при дослідженні цього питання.

2. В юридичній літературі сутність прокурорського представництва визначається по різному. Наукову полеміку з цього питання можна звести до двох основних точок зору. Одними вченими, представництво прокурором інтересів громадянина або держави в суді визначається через їх діяльність. Інші науковці характеризують цей інститут через правовідносини, що виника-

ють між судом та прокурором при реалізації останнім конституційної функції представництва.

З цього питання висловився і Конституційний Суд України. Так, відповідно до п. 3 резолютивної частини рішення № 3-рп / 99 від 8 квітня 1999 р. (справа про представництво прокуратурою України інтересів держави в арбітражному суді), під представництвом прокуратурою України інтересів держави в арбітражному суді за змістом п. 2 ст. 121 Конституції України та ст. 2 і 29 Арбітражного процесуального кодексу України треба розуміти правовідносини, в яких прокурор, реалізуючи визначені Конституцією України та законами України повноваження, вчиняє в суді процесуальні дії з метою захисту інтересів держави.

Деякі вчені під прокурорським представництвом розуміють правовідносини, що мають прокурорсько-представницький характер і виникають між прокурором та громадянином з приводу вчинення певних процесуальних дій у суді. На наш погляд, з такою конструкцією правовідносин (прокурор – представник) не можна погодитись. Правовідносини, які виникають між прокурором та громадянином мають матеріально-правовий характер та регулюються нормами матеріального права, і не можуть складати зміст представництва прокурором інтересів громадянина або держави в суді. Крім того, характеристика вказаного інституту через наявність правовідносин між прокурором та громадянином в суді суперечить пануючій в теорії процесуального права точці зору, відповідно до якої процесуальні правовідносини виникають тільки між учасниками процесу та судом, де останній є обов'язковим їх суб'єктом.

3. Неоднозначність при визначені прокурорського представництва в правовій літературі, на наш погляд, зумовлено тим, що при з'ясуванні сутності цього інституту, авторами розкриваються лише певні його сторони. Уявляється, що представництво прокурором в суді інтересів громадянина або держави слід розглядати, як комплексне поняття, що містить в собі систему правовідносин, що виникають між судом та прокурором при здійсненні останнім його представницької функції, а також діяльність прокурора, на підставі якої виникають зазначені правовідносини.

Підґрунтям для такого комплексного розуміння сутності інституту представництва прокурора в суді стали висновки, отримані Н.О. Чечиною при дослідженні питання щодо предмету цивільного процесуального права. Науковець звернула увагу на те, що не може бути діяльності, котра не підтверджує відносин, які не регулюються нормами процесуального права, як не можуть виникнути і відносини поза діяльністю, до неї або не в наслідок неї. Такі підходи принципово важливі для характеристики прокурорського представництва в цивілістичних судочинствах, де правовідносини між прокурором та судом виникають внаслідок процесуальної діяльності вказаних суб'єктів у відповідності до норм циві-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

льного (господарського, адміністративного) процесуального законодавства.

В зв'язку з цим, поняття прокурорського представництва повинно містити в собі такі взаємопов'язані між собою правові категорії, як процесуальна діяльність та правовідносини. Діяльність прокурора по представництву інтересів громадянина або держави є результатом реалізації його прав та обов'язків в суді та складає зміст правовідносин між цими суб'єктами, який, в свою чергу, є елементом даних правовідносин.

4. Оскільки конституційна функція представництва реалізується в усіх цивілістичних судочинствах, то з повною впевненістю представництво прокурора можна розглядати, як міжгалузевий процесуальний інститут, що складають взаємопов'язані юридичні норми, які містяться в різних галузях права, але регулюють однорідну групу суспільних відносин, які виникають між прокурором та судом. Ця обставина викликає необхідність у вирішенні важливого завдання, яке має теоретичне, правове і прикладне значення – розробку єдиного процесуального кодексу, який регулював би процесуальні правовідносини в судах загальної юрисдикції та спеціалізованих судах, що виникають при здійсненні правосуддя по цивільним (в широкому розумінні) справам.

Неправові презумпції в цивільному судочинстві

Масюк В. В.

Відсутність єдиного підходу до формулювання презумпцій в нормі права дуже часто є причиною того, що презумпції виводяться із смислу законодавства, зокрема, наголошується на існуванні так званих непрямих презумпцій і т.д. Однією з причин існування великої кількості підходів до класифікації презумпцій є відсутність чітких та безумовних правил, за якими можна було б їх відрізняти від норм права, які містять імперативні правила.

У науковій літературі найбільшого поширення отримав поділ презумпцій, критерієм якого є факт правового закріплення на фактичні та правові. Цей поділ носить умовний характер, оскільки, поняття „фактичні презумпції" є найбільш загальною категорією, яка охоплює прояви презюмованості у всіх сферах життєдіяльності людини. На наш погляд, для правильного поділу презумпцій на види в цьому випадку правильно було б розрізняти правові презумпції – які закріплені нормою права, та неправові (фактичні) – які існують відповідно до вимог законів логіки, тобто всі інші, які не охоплюються обсягом поняття „правова презумпція".

Існування неправових презумпцій правом не передбачено, а відповідно, закон прямо не пов'язує настання будь-яких правових наслідків, які можуть випливати з фактичних презумпцій.

Наявність неправових презумпцій обумовлене також і великою кількістю типових ситуацій, в яких існування певного факту, зазвичай, в більшості випадків призводить до наявності іншого. Крім того, оскільки відсутнє нормативне закріплення фактичних презумпцій, то суддя може не знати про їх існування, або ж не визнавати їх. В таких випадках своєму існуванню фактичні презумпції завдячують професійному досвіду конкретного судді.

Фактичні презумпції в силу їх типовості та доволі частого застосування суддями у професійній діяльності широко зустрічаються в судовій практиці. Використання фактичних презумпцій певною мірою залежить від розсуду суду, яке здійснюється відповідно до правил оцінки доказів. У тих випадках, коли законодавець не в змозі справитись із завданням точного встановлення передумов наявності презюмованих фактів, існування останніх ставиться в залежність від розсуду суду.

Неправову (фактичну) презумпцію в науковій літературі називають: загальнологічне (фактичне) припущення, умовний багатозначний акт доказування. Неправова (фактична) презумпція – це знання про зв'язки між фактами, що сформувалися на основі спостереження, аналізу й узагальнення життєвого досвіду взагалі і судової практики зокрема.

До фактичних презумпцій доволі часто відносять презумпцію дієздатності, деякі дослідники навіть відносять зазначену презумпцію до категорії процесуальних презумпцій. Як відомо, існування презумпції дієздатності прямо не передбачено законом, однак досить часто в науці наголошується на її існуванні. Зазвичай, презюмується, що особа, яка подає позов, наділена цивільною процесуальною дієздатністю. Суд відкриває провадження у справі не перевіряючи у такої особи наявності цивільної процесуальної дієздатності та не вимагає від неї відповідних підтверджень.

Не слід применшувати роль впливу неправових (фактичних) презумпцій на формування фактів предмета доказування. Так, слід наголосити на тому, що Європейський суд з прав людини активно використовує фактичні презумпції та схиляється до виділення їх в окрему категорію. У тих випадках, коли відсутні правдоподібні пояснення тих чи інших обставин, суд вважає за можливе прийняття рішення, базуючись переважно на фактичних презумпціях.

Неможливість врегулювання усіх питань пов'язаних з застосуванням презумпцій на законодавчому рівні пояснюється їх великою кількістю. Між застосуванням правової презумпції та презумпції, яка побудована на досвіді нема ніякої відмінності, оскільки, суддя знає останню і переконується в її достовірності.

Ми вважаємо, що висновок про виведення тієї чи іншої презумпції із смислу законодавства нерідко так звану „детермінує тотальну презумптивність". За таких умов, під правилами, які містяться в імперативних нормах, розуміють презумпції внаслідок

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

чого відбувається нівелювання ролі та значення презумпцій в праві. Суттєву роль в таких випадках відіграє розсуд суду, який може вийти за межі прямо встановлені законом.

Таким чином, правові презумпції передбачені нормою права. Неправові презумпції (фактичні) не мають нормативно-правового закріплення. Настання процесуальних наслідків обумовлюється правовими презумпціями. Однак, з огляду на практику Європейського суду з прав людини, за відсутності розумних підстав для сумніву доказовість може випливати із сукупності ознак та фактичних презумпцій, які не спростовані, достатньо вагомі, чіткі та узгоджені між собою.

До питання про відшкодування витрат на правову допомогу у цивільному процесі

Шадура Д. М.

З набранням чинності новим ЦПК 2004 р. актуалізувалися питання застосування інституту надання правової допомоги в межах цивілістичного (цивільного, господарського та адміністративного) процесу. Одним з них є питання обґрунтування підстав та розміру відшкодування витрат на правову допомогу, яких зазнала сторона у процесі розгляду її справи.

Жоден з процесуальних кодексів не конкретизує змісту зазначених витрат. Лише відповідно до ч. 2 ст. 84 ЦПК зазначено, що граничний розмір компенсації витрат на правову допомогу встановлюється законом. На реалізацію зазначеного положення та з урахуванням п. 2 Прикінцевих та перехідних положень ЦПК Постановою Кабінету Міністрів України (далі – КМУ) від 27.04.2006 р. встановлено, що граничні розмір компенсації витрат на правову допомогу не може перевищувати суму, що обчислюється виходячи з того, що зазначеній особі, виплачується 40 відсотків розміру мінімальної заробітної плати за годину її роботи.

Якщо подивитись на зазначену проблему через призму Закону України «Про адвокатуру», Правил адвокатської етики, схвалених Вищою кваліфікаційною комісією адвокатури при КМУ, протокол № 6/IV від 01.10.1999 р., а також практики Верховного Суду України, чинники, які повинні братися до уваги при визначенні обґрунтованого розміру гонорару, мають включати в себе: 1) обсяг часу і роботи, що вимагаються для належного виконання доручення; ступінь складності та новизни правових питань, що стосуються доручення; необхідність досвіду для його успішного завершення; 2) вірогідність того, що прийняття доручення перешкоджатиме прийняттю адвокатом інших доручень або суттєво ускладнить їх виконання в звичайному часовому режимі; 3) необхідність виїзду у відрядження; 4) важливість доручення для клієн-

та; 5) роль адвоката в досягненні гіпотетичного результату, якого бажає клієнт; 6) досягнення за результатами виконання доручення позитивного результату, якого бажає клієнт; 7) особливі або додаткові вимоги клієнта стосовно строків виконання доручення; 8) характер і тривалість професійних відносин даного адвоката з клієнтом; 9) професійний досвід, науково-теоретична підготовка, репутація, значні професійні здібності адвоката.

Зазначимо, що жодний із зазначених чинників, не має самостійного значення, вони підлягають врахуванню в їх взаємозв'язку стосовно до обставин кожного конкретного випадку. При цьому розмір гонорару адвоката і порядок його внесення мають бути чітко визначені в угоді про надання правової допомоги. Засади обчислення гонорару (фіксована сума, погодинна оплата, доплата гонорару за позитивний результат по справі, тощо) визначаються за домовленістю між адвокатом та клієнтом і також мають бути закріплені в угоді.

Подібних принципів при вирішенні питання про відшкодування витрат на правову допомогу дотримується у своїй практиці й Європейський суд з прав людини (далі – Суд). Зокрема, згідно з його прецедентною практикою відшкодування судових витрат, в тому числі й витрат на правову допомогу, можливе за наступних умов: 1) витрати повинні бути дійсними й підтверджуватися документально; 2) понесені витрати повинні бути необхідними; 3) понесені витрати повинні бути розумними у кількісному відношенні; 4) витрати мають бути понесені заявником саме для того, щоб відвернути порушення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (далі – Конвенція) та/або Протоколу до неї чи виправити його наслідки. Таким чином, в разі заявлення вимоги про відшкодування витрат на правову допомогу Суд вимагає надання детального розрахунку витраченого часу із зазначенням кожної конкретної виконаної дії і почасової ставки оплати. При чому з огляду на існуючу практику, на відміну від практики національних судів, Європейським судом допускається відшкодування не лише тих витрат, які вже сплачено на момент розгляду справи, але й тих, які заявник повинен понести у майбутньому.

Для визначення критеріїв розумності понесених стороною витрат на правову допомогу Судом, як правило, враховуються: 1) обсяг роботи, виконаної адвокатом; 2) результати роботи, досягнуті ним; 3) складність справи, що розглядається. Що ж стосується розміру ставок погодинної оплати, які Суд вважає розумними, то вони залежать від ставок оплати послуг адвоката, які застосовуються у тій державі, де практикує адвокат заявника. Так, зокрема, для країн Східної Європи ці ставки застосовуються Судом на рівні, як правило, не більше 50 євро за 1 годину роботи адвоката, що підтверджується низкою справ, розглянутих Судом.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Як вбачається з наведеного, чинники, які впливають на висновок про розумність витрат, понесених стороною у зв'язку з наданням їй правової допомоги, є здебільшого оціночними і вирішуються як Європейським судом, так і національними судовими органами на підставі суддівського розсуду. У зв'язку з цим наука цивільного процесуального права повинна виробити об'єктивні критерії, за яких рішення щодо присудження чи відмови у присудженні таких витрат може бути перевірено на відповідність його вимогам законності і обґрунтованості.

До питання оцінки майна боржника у виконавчому провадженні

Глушкова Д. Г.

1. Опис майна боржника, як виконавча дія, проводиться у разі звернення стягнення на майно боржника, а також під час виконання рішення суду про примусове виселення боржника. Відповідно до пункту 5.6.6. Інструкції про проведення виконавчих дій в акті опису і арешту майна повинна бути вказана оцінка кожного внесеного в акт предмета і загальна вартість усього майна. Відповідно до частини першої статті 57 Закону України «Про виконавче провадження» оцінка майна боржника провадиться державним виконавцем, якщо вартість майна не перевищує сто неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, за ринковими цінами, які діють на день проведення оцінки. Якщо оцінити окремі предмети складно або якщо боржник чи стягувач заперечує проти передачі арештованого майна боржника на реалізацію за оцінкою, проведеною державним виконавцем, останній запрошує суб'єкта оціночної діяльності - суб'єкта господарювання для визначення вартості майна – таке правило встановлює частина друга зазначеної статті. Остання норма суперечить пункту 5.7.2. Інструкції про проведення виконавчих дій, що за наявності названих ускладнень пропонує залучити експерта або спеціаліста. Оскільки закон має вищу юридичну силу, ніж інструкція, державний виконавець, безумовно, зобов'язаний застосовувати норму закону, а значить, у разі складності оцінки певних предметів або заперечення сторін щодо оцінки, проведеної виконавцем, він зобов'язаний залучити суб'єкта оціночної діяльності - суб'єкта господарювання. Проте залучення саме професійного оцінювача видається виправданим лише за наявності такого ускладнення як заперечення проти оцінки майна, проведеної державним виконавцем, однією із сторін.

Що ж стосується випадку, коли, на думку державного виконавця, оцінити певні предмети складно, думається, доцільним є залучення спеціаліста, а не суб'єкта оціночної діяльності - суб'єкта

господарювання. Доцільність пояснюється тим, що винагорода спеціаліста вочевидь буде меншою, ніж вартість послуг професійного оцінювача, який пройшов курс відповідного навчання, відповідно до частини першої статті шостої Закону України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» склав кваліфікаційний іспит та одержав кваліфікаційне свідоцтво оцінювача і ставить за мету своєї діяльності отримання прибутку. Збільшувати витрати виконавчого провадження в даному випадку, думається, є невиправданим, оскільки йдеться лише про консультацію спеціаліста, а не проведення оцінки майна зі спеціальними методиками відповідно до Закону України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні», а саме: в разі, якщо самостійно оцінити майно, припустима вартість якого менша, ніж сто неоподаткованих мінімумів доходів громадян, державний виконавець вважатиме складним, він може звернутися до фахівця, який допоможе оцінити даний предмет або роз'яснить, що його ринкова вартість є вищою за сто неоподаткованих мінімумів доходів громадян, в останньому випадку державний виконавець залучить професійного оцінювача. Виходячи з принципу процесуальної економії, даним фахівцем повинен бути такий суб'єкт виконавчого провадження як спеціаліст, а не суб'єкт оціночної діяльності - суб'єкт господарювання.

Враховуючи зазначене вище, видається доцільним внести зміни до частини другої статті 57 Закону України «Про виконавче провадження», виклавши її в наступній редакції: «Якщо оцінити окремі предмети складно, державний виконавець запрошує спеціаліста. Якщо боржник чи стягувач заперечує проти передачі арештованого майна боржника на реалізацію за оцінкою, проведеною державним виконавцем, останній запрошує суб'єкта оціночної діяльності - суб'єкта господарювання для визначення вартості майна. Витрати на призначення суб'єкта оціночної діяльності - суб'єкта господарювання несе сторона, яка оспорює оцінку майна, проведену державним виконавцем».

2. У деяких випадках проводити оцінку майна доцільно із залученням спеціаліста-товарознавця, який краще обізнаний у ринкових цінах на певні види майна, а також більш точно може визначити ступінь зношеності речі, що теж суттєво впливає на її вартість. Наприклад, старовинні меблі, посуд, начиння можуть бути описані державним виконавцем як речі, що мають невелику цінність через свою ветхість. Проте, названі предмети можуть бути раритетом і мати високу цінність, що може визначити лише спеціаліст.

Окремо слід згадати про оцінку коштовностей, витворів мистецтва, колекцій марок, монет тощо. У переважній більшості випадків такі речі матимуть вартість, що перевищує сто неоподаткованих мінімумів доходів громадян, а значить, відповідно до

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

частини третьої статті 57 Закону України «Про виконавче провадження» оцінку такого майна державний виконавець проводить із залученням суб'єкта оціночної діяльності - суб'єкта господарювання. Проте визначити орієнтовну вартість речі для з'ясування необхідності запрошення такого суб'єкта може допомогти спеціаліст, оскільки лише йому помітні певні особливості предмету, що визначають його належність до коштовного каміння, витворів мистецтва, виробів із цінних порід дерев тощо.

Зміст категорії «незалежний суд»

Колісник О. В.

У науці цивільного процесуального права немає чіткого визначення та критеріїв розмежування понять «незалежність суду», «неупередженість суду» та «об'єктивність суду». Нерідко їх ототожнюють або використовують як синоніми. На думку С. П. Погребняка, неупередженість (безсторонність) судді означає, що рішення, до якого він доходить, визначається не його схильністю до тієї чи іншої сторони, а його підкореністю праву [4, с. 59]. Як зазначає В. А. Васильчук, вимога рівного ставлення передбачає неупередженість і об'єктивність стосовно сторін юридичного конфлікту з боку уповноваженого суб'єкта [1, с. 572].

Відповідно до ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основних свобод від 4 листопада 1950 р. кожен має право на розгляд його справи незалежним і безстороннім судом, встановленим законом. Одночасне використання в тексті Конвенції і поняття «незалежність», і поняття «безсторонність» підкреслює їх різну етимологічну сутність і відповідно різне значення для захисту прав людини в якості складової права на справедливий судовий розгляд.

«Незалежний суд» як процесуальна категорія органічно пов'язана і випливає з категорії «незалежність судової влади» як однієї з конституційних засад судочинства. У справі «Ле Конт, Ван Левен і Де Мейер проти Бельгії» від 23 червня 1981 р. зазначено, що відповідно до практики Європейського суду заслуговує на назву суду орган, що відповідає низці вимог: незалежність по відношенню як від виконавчої влади, так і від сторін процесу [3]. В іншій справі «Кемпбелл і Фелл проти Об'єднаного Королівства» від 28 червня 1984 р. підкреслювалося, що для того, щоб бути дійсно «незалежним», орган не повинен залежати від виконавчої влади при здійсненні своїх функцій. Тільки така незалежність гарантує справедливий розгляд. При визначенні того, чи може орган вважатися «незалежним» як від виконавчої влади, так і від сторін у справі, Суд вважає важливою процедуру призначення членів цього органу, тривалість їх служби, існування гарантій від тиску на них, а також на те, чи має ця організація зовнішні атри-

бути незалежності [2]. Отже, незалежність суду означає наявність передбачених законодавством гарантій відсутності будь-яких впливів з боку інших гілок влади і від учасників процесу.

У справі «П'єрсак проти Бельгії» від 1 жовтня 1982 р. Європейський суд уточнив зміст поняття «неупереджений суд», зазначивши, що для того, щоб суди могли вселяти громадськості необхідну довіру, слід враховувати також і питання їх внутрішньої організації. Якщо особа займала в прокуратурі посаду, на якій їй вочевидь довелося стикатися з певною справою, а згодом вона засідає як суддя у цій самій справі, громадськість може мати побоювання щодо відсутності достатніх гарантій неупередженості [6, с. 58]. Правова позиція Суду по цій справі полягає в тому, що суб'єктивний підхід до неупередженості відображає особисті переконання цього судді у конкретній справі, об'єктивний – визначає, чи мали місце достатні гарантії, щоб виключити будь-які сумніви з цього приводу… Презумпція особистої неупередженості діє до тих пір, поки не доведено інше… Будь-який суддя, відносно неупередженості якого є законні сумніви, повинен вийти зі складу суду, який розглядає справу. Інакше підривається довіра, якою у демократичному суспільстві мають користуватися суди [5]. Як бачимо, неупередженість, або безсторонність, стосується особистих внутрішніх гарантій судді щодо розгляду справи виключно на підставі закону, не піддаючись емоціям, будь-якому поза правовому впливу чи тиску та не схиляючись на бік жодної зі сторін. Проте ці гарантії мають бути переконливими не тільки для самого судді, а й для учасників процесу. Чинний ЦПК взагалі не оперує поняттям «незалежний суд», а використовує терміни «неупередженість» та «об'єктивність» в аспекті права осіб, які беруть участь у справі, на відвід суду. Саме тому при розгляді в національних судах заяви про відвід суду на підставі так званих «інших обставин, які викликають сумнів в об'єктивності та неупередженості судді» суддям слід обов'язково враховувати правові позиції Європейського суду з прав людини щодо тлумачення поняття «неупереджений суд». Використання терміну «об'єктивність» у вітчизняному законодавстві потребує обґрунтування як в аспекті принципів сучасного цивільного процесуального права, так і в аспекті того, що прецедентна практика Суду не містить роз'яснення змісту зазначеного терміну.

Отже, хоча Європейський суд вже багато років тому визначив, що слід розуміти під «незалежним і безстороннім судом», але проблема тлумачення змісту цих понять є актуальною, оскільки соціальні цінності та умови життя людства постійно змінюються, а права людини потребують вироблення якісно нових, науково обґрунтованих стандартів їх захисту.

Література: 1. Васильчук В. А. К вопросу об определении категории «справедливость» в современном украинском законодательстве / В. А. Васильчук // Законодательная дефиниция: логико-гносеологические, политико-юридические, морально-психологические и практические проблемы : материалы Междунар. кругл. стола, 21–23 сент. 2006 г., Черновцы / под ред. доктора юрид. наук, профессора, заслуж. деятеля науки РФ В. М. Баранова,

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

доктора юрид. наук, профессора, заслуж. юриста Украины П. С. Пацуркивского, канд. юрид. наук Г. О. Матюшкина. – Н. Новгород : Нижегородский исследоват. науч.-прикладной центр «Юридическая техника», 2007. – С. 566–575. **2.** Кэмпбелл (Campbell) и Фелл (Fell) против Соединенного Королевства // Режим доступа: http://www.echr.ru/court/. **3.** Ле Конт (Le Compte), Ван Левен (Van Leuven) и Де Мейер (De Meyere) против Бельгии // Режим доступа: http://www.echr.ru/court/. **4.** Погребняк С. П. Справедливість у судовій діяльності / С. П. Погребняк // Державне будівництво та місцеве самоврядування : зб. наук. праць. – Х. : Право, 2007. – Вип. 13. – С. 47–60. **5.** Пьерсак (Piersack) против Бельгии // Режим доступа: http://www.echr.ru/court/. **6.** Пьерсак против Бельгии. Извлечения из судебного решения от 01октября 1982 г. // Российская юстиция. – 1999. – № 12. – С. 57–58.

Суд Європейського Союзу в європейській системі захисту прав людини

Комарова Т. В.

Цілком обґрунтованим є те, що найвищою інстанцією щодо захисту прав людини в Європі є Європейський суд по правах людини. Але, беручи до уваги успіхи інтеграційних процесів в Європі та, зокрема, успіхи Європейського Союзу, суттєвий вплив на утвердження концепції основних прав і свобод людини здійснив також і такий потужний судовий орган, як Суд Європейського Союзу (далі – Суд ЄС). Хоча Суд ЄС має більш обмежену роль у стверджені прав людини в порівнянні зі Страсбурзьким судом, він заповнює прогалини, які існують у цій сфері в праві ЄС по мірі їх виникнення.

Слід відмітити, що перевірка актів та дій суб'єктів на відповідність стандартам прав людини не є головною задачею Суду ЄС, який покликаний захищати в першу чергу інтереси інтеграції. Суд ЄС заповнює прогалини в праві ЄС стосовно прав людини лише симптоматично, тобто в контексті справ, які він розглядає. І це є логічним, оскільки яким би не був вплив Суду на створення нових норм, він все одно обмежений юрисдикцією, визначеною в установчих договорах Європейського Союзу.

Суд ЄС визначив, що основні права людини як правовий принцип, спільний для усіх держав-членів, є загальним принципом права Союзу та має захищатися ним. Оскільки принципи мають вищу силу відносно вторинного права, то всі акти ЄС мають відповідати принципу поваги основних прав людини. Єдиний Європейський Акт 1987 р. став першим актом, який офіційно визнав права людини на рівні тодішніх Співтовариств. Коли ж було засновано ЄС, то в Маастрихтському договорі було повністю перейнято обґрунтування необхідності дотримання прав людини, яке виробив Суд ЄС своєю практикою, зокрема ст. 6 говорила: «Союз поважає основні права, – як вони гарантовані Конвенцією про захист прав людини і основних свобод, підписаною в Римі 4 листопада 1950 року, і як вони випливають з конституційних традицій, спільних для держав-членів, – як загальні принципи права Співтовариства».

Практикою Суду ЄС встановлено, що він має захищати наступні групи прав:

1. функціональні права - ті права, які закріплені в установчих договорах та направлені на досягнення цілей Союзу (принцип рівності працюючих щодо умов праці у державах-членах, недискримінації в організації спільних ринків виробників та споживачів);

2. основні права громадян Союзу або спеціальні права (право та вільне пересування та проживання, участь у виборах до органів місцевого самоврядування та Європейського Парламенту тощо);

3. основні права та свободи особистості у загальновизнаному їх розумінні (право власності, вільне здійснення економічної діяльності, право на свободу вираження і т.д.).

Вкрай важливим є те, що Суд ЄС зробив висновок про його обов'язок контролювати не лише дотримання прав людини інститутами та органами Союзу, але й державами-членами, коли вони застосовують норми права ЄС. Так, наприклад, у рішенні по справі *Tanja Kreil* Суд ЄС визнав, що положення німецьких конституційних норм, що забороняють жінкам виконувати обов'язки в армії, котрі пов'язані з використанням зброї, протирічать принципу гендерної недискримінації, та ці норми мають бути змінені. Подібних висновків Суд ЄС дійшов і по справах *K.B.* та *Richards*, які стосувалися прав транссексуалів. Ці дві справи виникли на підставі того, що у Великобританії існувала юридично закріплена можливість зміни статі, але не існувало можливостей зареєструвати нову стать в органах запису актів громадянського стану, що унеможливлювало реєстрацію шлюбів для таких осіб і вихід на пенсію у встановлений для осіб цієї статі вік. Суд ЄС визнав, що ці положення протирічать основоположному принципу недискримінації та зобов'язав держави-члени виправити ситуацію.

Можна також зауважити, що Суд ЄС своєю практикою створив неписаний каталог прав людини в рамках ЄС. Але такий характер каталогу не є зручним для користування їм пересічними громадянами, оскільки для цього необхідний аналіз прецедентного права Суду, що є важким завданням для неспеціалістів. Саме тому важливим етапом утвердження прав людини в рамках ЄС було розроблення та вступ в силу Хартії ЄС про основні права. Слід відмітити, що в Преамбулі Хартії рішення Суду ЄС визнані одним з джерел прав людини, що є одним з доказів плідної праці інтеграційного Суду в галузі прав людини.

Вищенаведене, а також існування інституту громадянства, який є близько пов'язаним із питанням захисту прав людини в межах ЄС, перетворює Союз із суто економічної організації в спільноту народів, в якій панує повага до прав людини та в якій встановлені різноманітні механізми їх ефективного правового захисту.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Теория автономности арбитражного соглашения

Кравцов С. А.

Арбитражное соглашение является краеугольным камнем всего арбитражного процесса в целом. Арбитраж начинается с взаимного волеизъявления сторон на передачу их спора на рассмотрение специальному негосударственному органу. В этом заключается его позитивный (или пророгационный) эффект. Должным образом закрепленное волеизъявление сторон обладает и иным эффектом — негативным (или дерогационным), ибо оно влечет изъятие спора из-под юрисдикции общих судов. В силу Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г., в которой участвует более 110 государств, суд договаривающегося государства обязан по просьбе одной из сторон направить стороны в арбитраж.

Консенсус сторон на избрание частного метода урегулирования спора закрепляется в арбитражном соглашении. Только при наличии соглашения сторон о передаче спора на рассмотрение в арбитраж государственный суд уступает место международному коммерческому арбитражу.

В большинстве стран, в том числе в Украине, Беларуси, России, странах Восточной Европы, Великобритании, Франции, ФРГ, Дании, Норвегии, США, Канаде и др., предусмотрен единый правовой режим арбитражной оговорки и третейской записи. В соответствии со ст. 7 Закона Украины "О международном коммерческом арбитраже" арбитражное соглашение — это соглашение сторон о передаче в арбитраж всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с какими-либо конкретными правоотношениями, независимо от того, носят они договорной характер или нет. Поскольку арбитражное соглашение имеет договорной характер, весьма актуальной является проблема соотношения внешнеторгового контракта и относяшегося к нему арбитражного соглашения. В доктрине эта проблема получила наименование "проблема автономности арбитражного соглашения".

Основной смысл этой проблемы состоит в выяснении того, влияет ли недействительность внешнеторгового контракта на арбитражное соглашение. Наряду с этим проблема автономности арбитражного соглашения возникает и в случае истечения срока внешнеторгового контракта, расторжения его одной или обеими сторонами, в результате исполнения или при невозможности его исполнения.

Проблема автономности арбитражного соглашения имеет общий характер независимо от того, идет ли речь об арбитражной оговорке как физической части внешнеторгового контракта или о третейской записи как отдельном от контракта соглашении.

В результате достаточно долгого развития арбитражной практики, конвенционного регулирования международного коммерческого арбитража и внутреннего законодательства в доктрине является преобладающим взгляд о том, что внешнеторговый контракт и относящееся к нему арбитражное соглашение являются самостоятельными договорами.

В подтверждение самостоятельности арбитражного соглашения можно привести следующие аргументы. Прежде всего национальное законодательство об арбитраже, международные конвенции специально предусматривают различные формы и в некоторых случаях, как отмечалось, виды арбитражных соглашений. Этот на первый взгляд формальный момент свидетельствует о самостоятельном правовом режиме арбитражного соглашения. Причем то обстоятельство, что арбитражное соглашение может быть оформлено не только в виде отдельного документа, но и в виде так называемой арбитражной оговорки в коммерческом контракте, не может влиять на правовой режим такого арбитражного соглашения, поскольку речь идет о формально-документальном оформлении соглашения. С. Н. Лебедев обоснованно утверждает, что, заключая сделку, содержащую арбитражную оговорку, стороны в действительности заключают не один, а два договора. При этом в виде оговорки арбитражное соглашение остается особым и самостоятельным договором, а не одним из условий контракта. Равным образом нет оснований, полагает автор, считать, что в совокупности они образуют своего рода смешанный договор: подобный взгляд опять-таки предполагал бы их юридическое равенство, что противоречило бы объективной разнонаправленности и различной предметно-функциональной сущности внешнеторгового контракта и арбитражного соглашения.

Арбитражное соглашение характерно своим качеством юридической самостоятельности по отношению к контракту, в который оно включается. Это означает, что действительность арбитражного соглашения не зависит от действительности контракта, даже если мы имеем дело с арбитражной оговоркой, хотя по общему правилу признание договора недействительным влечет недействительность каждой его части.

Ныне - и это целесообразно подчеркнуть еще раз, поскольку нормы о независимости и автономности арбитражного соглашения от основного контракта происходят из недр международных документов (п. 2 ст. 21 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, п. 1 ст. 16 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже), - в законодательстве и правоприменительной практике большинства государств мира подобный подход является фактически общепризнанным (см. ст. 7 английского Акта об арбитраже 1996 г. и п. 14.1 Регламента Лондонского международного третейского суда, ст. 16 индийского Закона об арбитраже и примирительных процедурах 1996 г., ст. 3 шведского Закона об

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

арбитраже 1999 г., п. 3 ст. 178 главы 12 «Международный арбитраж» швейцарского Закона о международном частном праве от 18 декабря 1987 г., а также п. 4 ст. 8 Регламента Международного арбитражного суда Международной торговой палаты, п. 2 ст. 15 Регламента Международного арбитража Американской арбитражной ассоциации и т.д.).

Підвищення ролі процедури альтернативного вирішення спорів в Англії та в Уельсі

Ткач К. В.

З 26 квітня 1999 р. суди Англії та Уельсу внаслідок реформування та модернізації законодавства почали керуватись новими Правилами цивільного судочинства (*Civil Procedure Rules*) 1998 р.

Введення в дію Правил цивільного судочинства спричинило підвищення ролі процедури альтернативного вирішення конфліктних ситуацій (*Alternative dispute resolution – ADR*) при виникненні спору, оскільки однією з цілей реформування системи цивільного судочинства була розробка нової системи, яка б не тільки дозволяла сторонам вирішити їхній спір без застосування судової процедури, а також покладала на них обов'язок спробувати дійти згоди на ранньому етапі шляхом взаємної кооперації.

За останні роки застосування процедури альтернативного вирішення спорів в Англії та Уельсі значно поширилося. Факт усвідомлення того, що вирішення спорів у судовому порядку є не єдиним засобом отримання очікуваного результату став основною причиною для детального дослідження альтернативної процедури, визначення меж її застосування та форм існування. Також важливим є практичне значення для суду вирішення спорів у такий спосіб.

Процедура альтернативного вирішення конфліктних ситуацій має безумовні переваги перед судовою, що проявляється не тільки у значній економії витрат та часу сторін, а також у можливості уникнення, якщо цього бажають сторони, публічності. Альтернативна процедура сприяє об'єднанню зусиль сторін і отриманню компромісного результату, який їх задовольнить, на відміну від рішення суду, яке, принаймні, для однієї зі сторін буду невигідним.

Але, не дивлячись на зазначені якості *ADR*, вона не має бути як обов'язковою підготовчою чи попередньою умовою при зверненні з позовом до суду.

Форми процедур альтернативного вирішення конфліктних ситуацій включають як дуже схожі з судовими та рішення яких є обов'язковим для сторін, так і такі, пропонують більш гнучкий підхід до вирішення спору. Сфера застосування альтернативних процедур варіативна – від дрібних побутових суперечок до спорів, які виникають у міжнародній комерційній діяльності. Звер-

нення до *ADR* можливе як до початку розгляду справи в суді, так і в процесі. Основними формами процедури альтернативного вирішення спорів, як зазначає Лорд Вульф, основоположник реформ англійського цивільного процесу, є арбітраж, адміністративні трибунали, псевдосудовий розгляд[1], омбудсмен та медіація.

Діяльність арбітражу визначена законом, має тісний зв'язок з судовою діяльністю. Арбітраж, як правило, вирішує комерційні спори, а його рішення є обов'язковим для сторін.

Адміністративні трибунали підпорядковані судам і не є формою процедури альтернативного вирішення спорів в сенсі додаткової можливості вирішення конфлікту для сторін, оскільки, як правило, їх юрисдикція виключає судову. Однак адміністративні трибунали забезпечують більш швидкий, та доступний і менш формалізований порядок вирішення спорів.

До кола обов'язків Омбудсмена (Парламентського уповноваженого з адміністративних питань, який призначається парламентом) входить розслідування скарг на роботу державних установ, на надання послуг як в публічному, так і в приватному секторах, надання рекомендацій. Звернення зі скаргою до омбудсмена не перешкоджає можливості звернення до суду.

Медіація (посередництво) є процедурою розгляду справи приватними або волонтерськими організаціями. На особливості посередництва Урядом та судовою владою було звернуто увагу лише у 1990-х рр., коли аналіз практики довів, що завдяки медіації можна не тільки зменшити витрати сторін, прискорити розгляд справ, а й істотно зменшити навантаження на суди. На відміну від інших форм альтернативного вирішення конфліктів, медіативний розгляд справ не призводить до обов'язкового винесення рішення, а скоріше є засобом спонукання до ведення переговорів, де незалежний та неупереджений арбітр допомагає сторонам знайти вигідне для них рішення, яке інколи неможливо отримати за умов суворого дотримання вимог закону. Медіативний розгляд справ є ідеальним механізмом розгляду спорів між родичами та у сфері сімейного бізнесу. Часто компанії, які звертаються за вирішенням спорів до Комерційного або Торгового суді, Суду з питань будівництва і технологій для отримання справедливого та прийнятного рішення, не маючи на меті чіткого та суворого дотримання проходження кожної стадії судового розгляду. На результативність роботи інституту медіації впливає добровільність застосування, рівень підготовки сторін до медіації, неупередженість і незалежність самих медіаторів та прозорість процедури, професійні якості медіаторів, які не повинні викликати сумнівів в кожної зі сторін.

---

[1] Термін «псевдосудовий розгляд» автором введено замість англійського аналогу «*Mini-trial*», який означає розгляд справи під головуванням юриста, працівника суду або іншої незацікавленої особи. У такий процес може залучатися спрощена процедура надання доказів.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Згідно зі ст. 1.4.(2) (e) Правил цивільного судочинства на суд тепер покладається обов'язок з приводу стимулювання сторін щодо звернення до альтернативного способу вирішення спору, якщо суд встановить можливість такого звернення та сприяння і допомога сторонам при використанні альтернативної процедури. При вирішенні ж питання щодо порядку розподілу судових витрат судом має обов'язково враховуватись серед інших обставин і факт звернення намагання сторін вирішити спір в досудовому порядку (ст. 44.5(3) ПЦС). Медіація стає поширеним способом розгляду спорів, що призводить до значного зменшення навантаження на суд та отримання сторонами взаємовигідного рішення.

Не дивлячись на усі переваги посередництва, воно є лише додатковим засобом захисту порушених прав, і ні в якому разі не може замінити судового розгляду у примусовому порядку, оскільки іноді медіація потребує значних невиправданих витрат і є перепоною для подальшого звернення до суду. Ефективне функціонування процедур альтернативного вирішення спорів є можливим лише за умови наявності налагодженого своєрідного судового «підстрахування» зі своїми механізмами впливу та примусу.

Визнання нотаріусом підстав спадкування в межах видачі свідоцтва про право на спадщину

Череватенко І. М.

Вчинення нотаріальних дій в Україні покладається на нотаріусів, які працюють в державних нотаріальних конторах, державних нотаріальних архівах (державні нотаріуси) або займаються приватною нотаріальною діяльністю (приватні нотаріуси). Документи, оформлені державними і приватними нотаріусами, мають однакову юридичну силу.

Закон України від 1 жовтня 2008 року „Про внесення змін до Закону України «Про нотаріат» передбачив наділення приватних нотаріусів повноваженнями щодо видачі свідоцтва про право на спадщину. Вчинення цієї нотаріальної дії відбувається у певному законодавчо визначеному порядку, результатом якого є видача відповідного правозастосовчого нотаріального акта-документа – свідоцтва про право на спадщину. Постановлення та видача такого акту має відбуватися на підставі правильного застосування нотаріусом відповідних норм права.

При видачі свідоцтва про право на спадщину за заповітом обов'язково пред'являється, крім документа про смерть спадкодавця, оригінал нотаріально посвідченого заповіту, а при його втраті – дублікат. Перевірка наявності заповіту, спадкового договору, здійснюється за допомогою Спадкового реєстру у порядку,

передбаченому Положенням про Спадковий реєстр, що затверджено Наказом Мінюсту від 17.10.2000 № 51/5.

На сьогодні неврегульованою залишається ситуація, коли заінтересована особа не може надати нотаріусу, до якого вона звернулася за видачею свідоцтва про право на спадщину, оригінал заповіту. За даними Спадкового реєстру відомості щодо змісту заповіту встановити неможливо. Крім того, у Спадковому реєстрі не міститься також даних, за якими можна ідентифікувати особу спадкодавця. Отже, у нотаріуса, у випадку коли ним не був посвідчений заповіт, відсутні відомості щодо підстав до закликання до спадкування заінтересованих осіб - можливих суб'єктів спадкування. У такому випадку єдина можливість встановити певні дані про особу заповідача та наявність підстав до спадкування полягає в отриманні такої інформації від нотаріуса, який посвідчив заповіт і зберігає його.

У нотаріальній практиці виникло питання щодо форм отримання такої інформації. Більшість нотаріусів вважають, що на запит іншого нотаріуса, який веде спадкову справу, щодо зазначених даних вони відповідати не можуть, оскільки такі дії мають розглядатися як порушення нотаріальної таємниці, що передбачена ст.8 Закону України «Про нотаріат», в якій зазначено, що довідки про вчинені нотаріальні дії та копії документів, що зберігаються у нотаріуса, видаються нотаріусом виключно фізичним та юридичним особам, за дорученням яких або щодо яких вчинялися нотаріальні дії; у разі смерті особи чи визнання її померлою такі довідки видаються спадкоємцям померлого; у разі визнання особи безвісно відсутньою опікун, призначений для охорони майна безвісно відсутнього, має право отримувати довідки про вчинені нотаріальні дії, якщо це необхідно для збереження майна, над яким встановлена опіка. При цьому нотаріуси також посилаються на ст. 46 Закону України "Про нотаріат", де сказано, що нотаріуси або посадова особа, яка вчиняє нотаріальні дії, має право витребовувати відомості та документи, необхідні для вчинення нотаріальної дії від фізичних та юридичних осіб, а не від інших нотаріусів.

Вважаємо, що у цій ситуації необхідно діяти наступним чином: передати заяву, на якій нотаріально засвідчено справжність підпису та долучені нотаріально засвідчені копії документів, що визначають правовий статус особи – потенційного спадкоємця, нотаріусу, у якого на збереженні знаходиться заповіт.

Представляється, що для вирішення цієї проблеми доцільно внести зміни у статтю 46 Закону України „Про нотаріат" щодо надання нотаріусам можливості витребувати відомості та документи як у фізичних та юридичних осіб, так і у інших нотаріусів. Крім того, доцільно передбачити додаткові процедурні правила посвідчення заповітів, а саме: нотаріус, що посвідчує заповіт, вносить до Спадкового реєстру дані, за якими можна ідентифіку-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

вати особу спадкодавця (паспортні дані, ідентифікаційний номер), а самому спадкодавцю нотаріус має роз'яснити необхідність передачі копії заповіту майбутньому спадкоємцю для виконання його волі за складеним ним заповітом.

Загальні положення про основні форми повідомлення учасників судового процесу про час і місце розгляду цивільних справ

Косарева Т. В.

Оперативність розгляду цивільних справ в судах України є одним із ключових завдань цивільного судочинства, бо саме за даними оперативності розгляду справ, від початку і до їх закінчення, оцінюється ефективність судової системи. Разом з тим, оперативність розгляду справ не виникає сама по собі, вона обумовлена наявністю спеціальних процесуальних норм, які регулюють її початок. Звісно, процесуальні основи щодо інституту судових викликів і повідомлень, його форми, елементів, їх правопримінення, процесуальних наслідків тощо приймає законодавець.

Отже, вважаємо, що визначення основних форм своєчасного повідомлення учасників судового процесу про час і місце розгляду цивільних справ є досить актуальним. Аналізу цього явища присвячені роботи багатьох вчених.

Метою цієї статті є узагальнення існуючого стану наукової розробки та вивчення загальних положень про форми своєчасного повідомлення учасників судового процесу про час і місце розгляду цивільних справ.

Інститут судових викликів і повідомлень за своїм фактичним складом є доволі складним судовим інструментом, в якому, з однієї сторони, є суд, як ініціатор викликів і повідомлень, що діє на підставі процесуального закону, а з іншої, особа, яка викликається до суду, в статусі однієї із сторін, третьої особи, заявника, представника, свідка чи експерта.

Разом з тим, суд лише оформляє судові виклики та повідомлення, але не вручає їх адресату. Такі дії від імені суду виконує пошта як повірена юридична особа відповідно до Закону України «Про поштовий зв'язок» [1].

Згідно з ч. 3 ст. 74 ЦПК судові повістки про виклик до суду надсилаються особам, які беруть участь у справі, свідкам, експертам, спеціалістам, перекладачам, а судові повістки-повідомлення – особам, які беруть участь у справі з приводу вчинення процесуальних дій [2].

Відповідно до ч. 5 ст. 74 ЦПК, судова повістка, разом із розпискою, а у випадках, встановлених ЦПК України, разом з копіями

відповідних документів надсилається поштою рекомендованим листом із повідомленням або через кур'єрів за адресою, зазначеною стороною чи іншою особою, яка бере участь у справі. Судова повістка може бути вручена також безпосередньо в суді, а у разі відкладення розгляду справи про час і місце наступного засідання сторони може бути повідомлено під розписку.

У Листі-роз'ясненні Голови апеляційного суду Сумської області від 20.02.2009 р. за №01-10-02, зазначалося, що у зв'язку з обмеженням видатків на поштові витрати у апеляційного і у місцевих судів виникають потреби у виклику осіб не тільки шляхом надсилання судових повісток, а і шляхом телефонних викликів та повідомлень. Отже, з цього випливає, що судові виклики через засоби телефонних комунікаційних систем поряд з судовими повістками утворюють вже комбіновану систему судових викликів при якій суд при необхідності має реальну оперативну можливість щодо уточнення часу розгляду справи. Разом з тим, така форма викликів чи повідомлень, за допомогою телефону, щодо уточнення якихось моментів характеризується виключною оперативністю та мобільністю, особливо це стосується тих уточнень, які пов'язані з можливим переносом судових засідань, виясненню причин неявки особи в судове засідання тощо.

Іншою формою судових викликів є виклик до суду через оголошення в засобах масової інформації. Суть такої форми викликів відповідно до частини 9 статті 74 ЦПК [2], полягає в тому, що при відсутності відомостей про місце перебування особи і неможливості повідомлення її шляхом судових викликів чи телефоном про час і місце розгляду справи, суд публікує оголошення про виклик відповідача в судове засідання і після опублікування такого оголошення відповідач вважається таким, що повідомлений про час і місце розгляду справи.

Ще однією формою судових викликів є виклики за допомогою телеграм. Такі форми судових викликів можуть бути задокументованими, бо їх копії можливо засвідчити штемпелем телеграфу. Така форма викликів та повідомлень є більш реальною та практичною. Однак, для її застосування існують складнощі. Вони пов'язані з коштами, яких суди в своєму оперативному розпорядженні не мають, бо такі кошти знаходяться в розпорядженні судових адміністрацій, в штаті яких знаходяться централізовані бухгалтерії.

Іншою формою судових викликів і повідомлень може бути передача інформації особі про час і місце розгляду справи по електронній пошті. Така форма судових викликів та повідомлень для цивільного судочинства є новою. Однак, згідно з п.2 ч.1 статті 106 Кодексу адміністративного судочинства України, від позивачів при оформленні позовних заяв, суд вимагає вказувати не лише номер засобів зв'язку, але й адресу електронної пошти, звісно, якщо такі дані є в наявності чи відомі [3].

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Слід зазначити, що самою древньою формою судових викликів є повідомлення сторін про час і місце розгляду судової справи кур'єром. Така форма судових викликів існує і сьогодні, хоча в той же час вона не є основною формою на якій ґрунтується інститут судових викликів та повідомлень. Ця форма судових викликів закріплена в ч.5 ст. 74 ЦПК [4, с.102].

Останнім технічним словом щодо доставки інформації в тому числі і судових викликів є технологія голосових сайтів. Така форма викликів полягає в тому, що голос з мобільного чи стаціонарного телефону через систему Інтернет подається на комп'ютер користувача де інформація відтворюється і приймається не лише письмово, а й відтворюється в голосовому діапазоні. У такому разі, інформація щодо судових викликів може фіксуватися з зазначенням часу і дати відправлення та отримання судового виклику чи повідомлення.

Таким чином, можна зробити висновок, що основними формами своєчасного повідомлення учасників судового процесу про час і місце розгляду цивільних справ є: судові виклики, які здійснюються судовими повістками про виклик, а також судові повідомлення, які здійснюються судовими повістками-повідомленнями. Судова повістка разом із розпискою, а у випадках, встановлених ЦПК, разом з копіями відповідних документів надсилається поштою рекомендованим листом із повідомленням або через кур'єрів за адресою, зазначеною стороною чи іншою особою, яка бере участь у справі. Однак, у зв'язку з обмеженням видатків на поштові витрати, у судів виникають потреби у виклику осіб шляхом телефонних викликів і повідомлень. Також, необхідно зазначити, що зараз значно розширюється перелік форм судових викликів і повідомлень, так, крім вище зазначених, існують ще такі, як виклики до суду через оголошення в засобах масової інформації, виклики за допомогою телеграм, по електронній пошті, а також за допомогою голосових сайтів.

Список використаних джерел 1. Про поштовий зв'язок: Закон України від 04 жовтня 2001 року № 2759-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – №6. – Ст.39. 2. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року № 1618-IV // Відомості Верховної Ради. – 2004. – № 40-42. – Ст. 492. 3. Кодекс адміністративного судочинства України від 06 липня 2005 року № 2747-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – №35-37. – Ст.446. 4. Треушніков В.І. Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар. – Х.: Вид. ФО Вакнярчук Н.М., 2008. – 608 с.

Зловживання процесуальними правами в цивільному процесі України

Лукіна І. М.

Невід'ємним конституційним правом людини і громадянина є право на судовий захист, закріплене в Конституції України [1].

Реалізація суб'єктивного права на судовий захист має негативний аспект, який, як правило, залишається поза увагою дослід-

ників. Мова йде про недобросовісному використанні процесуальних прав, в т.ч. права на судовий захист.

З проблемою зловживань процесуальними правами безпосередньо пов'язано питання про поняття і ознаки цивільних процесуальних правопорушень і цивільної процесуальної відповідальності. Дослідження даних категорій нечисленні. Серед них слід зазначити праці Н.О.Чечиної, В.В.Бутнєва, М.Й.Штефана, Н.В. Кузнецова, А.Г. Новікова, А.Н. Єрмакова, Д.А.Нохріна, А.В. Юдін, М.Л.Гальперіна.

Метою дослідження є пошук шляхів підвищення ефективності цивільного процесу за рахунок боротьби із зловживаннями процесуальними правами.

Зловживання процесуальними правами різко дисонує з проголошеними законодавцем цілями і завданнями цивільного судочинства**.** Правильний і своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ в умовах процесуальної недобросовісної стає скрутним, оскільки дії суб'єкта-правопорушника перешкоджають вирішенню цих завдань. Не дивлячись на те, що завдання правильного і своєчасного розгляду і вирішення цивільної справи ставиться не перед сторонами процесу, а перед органом судової влади, вказана обставина жодною мірою не виправдовує поведінку осіб, що беруть участь в справі, направлене на те, що умисне перешкодило досягнення органом судової влади вказаних завдань. Особи, що беруть участь в справі, не мають прямого юридичного обов'язку сприяти суду в правильному і своєчасному розгляді і вирішенні цивільної справи, проте за ними повинен бути визнан обов'язок утримуватися від дій, здатних перешкоджати досягненню названих завдань .

Проблема зловживання правом вже ставала предметом вивчення в науці цивільного права, проте в цивільному процесуальному праві вона практично не вивчена. На цей час можна констатувати відсутність певної концепції з питання про протидію зловживанню суб'єктивними цивільними процесуальними правами .

Під зловживанням процесуальними правами слід розуміти особливу форму цивільного процесуального правопорушення, тобто умисні недобросовісні дії учасників цивільного процесу (а в окремих випадках і суду), що супроводжуються порушенням умов здійснення суб'єктивних процесуальних прав і здійснювані лише з видимістю реалізації таких прав, пов'язані з обманом відносно відомих обставин справи, в цілях обмеження можливості реалізації або порушення прав інших осіб, що беруть участь в справі, а також в цілях того, що перешкодило діяльності суду по правильному і своєчасному розгляду і вирішенню цивільної справи, що ваблять застосування засобів цивільного процесуального примушення [2, с.57].

Наявність даної проблеми визнається як ученими, так і практичними працівниками. Так, Н.О. Чечина помічала, що «добро-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

совестное поведение каждой стороны в процессе обеспечивает нормальную деятельность суда и всех участвующих в процессе лиц, способствует выяснению материальной (объективной) истины в каждом деле и одновременно с этим гарантирует возможность осуществления процессуальных прав другой стороны, обеспечивает ее интерес в скором и правильном рассмотрении дела» [3,с.32].

У зарубіжній процесуальній науці також визнається, що «ні на нормативному, ні на концептуальному рівні немає загального підходу для вирішення проблеми процесуальних порушень і введення ефективних санкцій за такого роду дії» [4,с.109].

На теперішній час суд дуже обмежений в можливостях впливу на недобросовісну поведінку сторони, що дозволяє зацікавленій особі різними способами затягувати розгляд справи, перешкоджати ухваленню несприятливого для себе судового рішення і здійснювати інші протиправні дії у сфері цивільного судочинства.

В цілому практика демонструє насторожене відношення до категорії «зловживання процесуальним правом», що пов'язане в першу чергу з відсутністю концептуальних розробок поняття, суті і ознак зловживання правом в цивільному процесі, а також з відсутністю чітких законодавчих норм про відповідальність за процесуальну недобросовісність. Ситуація, що склалася, відображає загальне відношення до поняття зловживання правом в теорії права і в галузевих науках. У 1985 р. Н. В. Вітрук писав, що «определение типичных случаев злоупотребления правами и свободами граждан является задачей отраслевых юридических наук» [5, с.156].

Хоча багато законодавчих актів використовують даний термін, легітимність категорії «зловживання правом» продовжує залишатися під питанням. В основному дослідники вказують на внутрішню суперечність виразу «зловживання правом», вважаючи, що правом зловжити неможливо вже за визначенням [6, с.427].

Соціальна небезпека зловживання процесуальними правами полягає в тому, що зовні дії особи протікають в межах правового поля, а насправді ними заподіюється шкода інтересам правосуддя і інтересам інших учасників цивільного процесу. Такі дії (бездіяльність) важко доказувати, і особа, що зловжила правом, може для прикриття своїх протиправних дій використовувати арсенал заходів захисту, що надаються особі, що сумлінно здійснює свої суб'єктивні права. При цьому особливо пригнічує безпорадність суду, який не вміє протистояти подібним проявам, а часом і не має правової можливості для протистояння.

У науці цивільного процесуального права до цього часу не створено стрункій концепції протидії зловживанням процесуальними правами, що базується на встановленні ознак даної поведінки в діях учасників процесу. Відсутність такої концепції негативно позначається на ефективності цивільного судочинства, вабить

різні негативні явища у вигляді невиправданого збільшення строків судового розгляду, ухвалення помилкових судових актів, порушення матеріальних і процесуальних прав учасників процесу і ін.

Література: 1. Конституція України – Х.: ТОВ „Одіссей", 2006. – 48с. 2. Юдин. А. В. Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве /А. В. Юдин. – СПб.: Издательский дом С.-Петерб. гос. ун-та; Изд-во юридического факультета С.-Петерб. гос. ун-та, 2005. – 360с. 3.Чечина Н. А. Гражданские процессуальные отношения/ Н.А.Чечина.– Ленинградский государственный университет имени А. А. Жданова – Л.: Изд- во ЛГУ, 1962. – 68 с. 4. Abuse of Procedural Rights: Comparative Standarts of Procedural Fairness / ed. Taruffo M. – 1999. – P.109. 5. Витрук. Н. В. Правовой статус личности в СССР / Н.В.Витрук. – М.: Юрид. лит.,1985. – 176 с. 6. Агарков М. М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве / М.М. Агарков // Известия АН СССР. Отделение экономики и права. – 1946. – № 6.

Загальні положення про розумний строк розгляду справи у суді

Буга В. В.

Право людини на справедливий суд має основоположну роль у демократичному суспільстві. Саме суд є тією ланкою влади, що має найбільш об'єктивно та незалежно оцінювати спірні правовідносини, і виходячи з цього забезпечувати захист порушених прав людини. Забезпечення права не може не втратити своєї цінності, якщо винесення справедливого рішення буде затягуватись, і, звісно, якщо це рішення не буде виконуватись [1, с.136].

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод у ч.1 ст. 6 встановлює «Кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, створеним відповідно до закону» [2]. Ця вимога спрямована на швидкий захист судом порушених прав особи, оскільки будь-яке зволікання може негативно позначитися на правах, які підлягають захисту. А відсутність своєчасного судового захисту може призводити до ситуації, коли наступні дії суду вже не матимуть значення для особи та її прав [3, с.7].

Отже, вважаємо, що визначення загальних положень про розумний строк розгляду справи у суді є досить актуальним. Аналізу цього явища присвячені роботи В.В. Комарова, Н.Ю. Сакари, М. Власенко, І. Винокурової та інших вчених.

Метою цієї статті є узагальнення існуючого стану наукової розробки та вивчення загальних положень про розумний строк розгляду справ у суді.

Слід зазначити, що «розумний строк розгляду справ» найбільш детально розроблено в практиці Європейського суду з прав людини [4, с.29].

Однак, поняття «розумний строк розгляду справ» не має чіткого визначення ні в міжнародному, ні в національному законодавстві [5, с.67].

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Згідно з ч.1 ст.157 ЦПК, суд розглядає справи протягом розумного строку, але не більше двох місяців з дня відкриття провадження у справі, а справи про поновлення на роботі, про стягнення аліментів – одного місяця. Тобто, суддя сам, на власний розсуд, враховуючи конкретні обставини справи, вирішує питання про строки розгляду справи, але максимальний строк не повинен перевищувати двох місяців з дня відкриття провадження [6, с. 477]. Також, згідно з ч.2 ст. 302 ЦПК, справа має бути призначена до розгляду у розумний строк, але не пізніше п'ятнадцяти днів після закінчення дій підготовки справи до розгляду [7]. Однак в цих нормах не закріплено з яких саме критеріїв суд повинен виходити при його встановленні [5, с.67].

Як зазначає В.В. Комлик, ЦПК відповідає Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод у частині розгляду справи протягом розумного строку, але практика судової діяльності дає нам підстави стверджувати діаметрально протилежну точку зору – а саме, ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод з української сторони не дотримується. Дана думка підкріплюється статистичними даними: Міністерством юстиції України було надано інформацію, відповідно до якої на кінець 2005 року Європейським судом було розпочато розгляд понад 40 справ стосовно тривалості провадження у судах. Кількість скарг, щодо перевищення розумних строків, направлених до Європейського суду від громадян та юридичних осіб, зростає. При цьому, як правило, громадяни скаржаться на тривалість розгляду, яка перевищує п'ять, сім, а то й десять років [8, с.151].

Отже, крім традиційного визначення граничних строків розгляду, у ЦПК висувається додаткова вимога про необхідність дотримання розумного для кожного випадку строку. Це означає, що цивільна справа у нагальних випадках повинна бути розглянута швидше, ніж закінчиться граничний строк. Тобто, якщо процесуальним законом і встановлені конкретні максимальні строки розгляду судової справи, їх дотримання не можна вважати єдиним критерієм для визначення розумності часу вирішення кокретної справи [3, с.7].

У своїй практиці Європейський суд з прав людини виходить із того, що розумність тривалості судового провадження необхідно оцінювати у світлі обставин конкретної справи та враховуючи критерії, вироблені судом [4, с.30].

Такими критеріями, як зазначають В.В. Комаров та Н.Ю. Сакара, можуть бути: 1. Складність справи, тобто, обставини і факти, що ґрунтуються на праві (законі) і тягнуть певні юридичні наслідки; 2. Поведінка заявника; 3. Поведінка державних органів; 4. Перевантаження судової системи; 5. Значущість для заявника питання, яке знаходиться на розгляді суду, або особливе становище сторони у процесі [4, с.30-32].

Отже, слід зазначити, що поняття «розумності» в радянському цивільному процесуальному законодавстві не використовувалось і

вперше, у теперішньому його розумінні, закріпилось в ЦПК, але в ЦПК це поняття не розкривається. А п.11 ч.1 ст. 3 КАС, дає визначення поняття «розумний строк»: найкоротший строк розгляду і вирішення адміністративної справи, достатній для надання своєчасного (без невиправдених зволікань) судового захисту порушених прав, свобод та інтересів у публічно-правових відносинах [9, с.111]. На наш погляд, аналогічну норму необхідно закріпити в ЦПК, у якій визначити поняття розумного строку розгляду справ у цивільному судочинстві.

Таким чином, з усього вище зазначеного, необхідно зробити висновок, що під розумними строками потрібно розуміти проміжок часу, протягом якого повинна бути вчинена певна процесуальна дія. Отже, як видно з визначення, поняття «розумні строки» повністю, або принаймні частково, збігаються з поняттям «процесуальний строк». Однак, розумні строки, на відміну від процесуальних строків, застосовуються під кожну окрему справу, виходячи із об'єктивної точки зору судді.

Список використаних джерел 1. Власенко М. Проблема впровадження розумного строку судового розгляду як елемента права на справедливий судовий розгляд / М. Власенко // Юридичний авангард. – 2009. – №2. – С.136-139. 2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод // Офіційний вісник України. – 1998. – № 13. – Ст. 270. 3. Банчук О. Розумний строк розгляду справ у суді: європейські стандарти та українські реалії / О. Банчук // Адвокат. – 2005. – №11. – С. 7-10. 4. Право на справедливий судовий розгляд у цивільному судочинстві : навчальний посібник / Комаров В.В., Сакара Н.Ю. – Х. : Нац. юрид. академія України, 2007. – 42 с. 5. Сакара Н.Ю. Розумний строк судового розгляду як елемент доступності правосуддя у цивільних справах / Н.Ю. Сакара // Актуальні проблеми правознавства : Тези доповідей та наукових повідомлень учасників наук. конференції молодих учених та здобувачів / За ред.. М.І. Панова. – Х. : Нац. юрид. академія України, 2004. – С. 66-68.6. Цивільний процесуальний кодекс України : Науково-практичний коментар: У 2 т. / За заг. ред. С.Я. Фурси. – К., 2006. – 912 с. 7. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року № 1618-IV // Відомості Верховної Ради. – 2004. – № 40-42. – Ст. 492. 8. Комлик В.В. Судовий розгляд цивільної справи протягом розумного строку / В.В. Комлик // Часопис Хмельницького університету управління та права. Університетські наукові записи. – 2009. – №1. – С.151-154. 9. Винокурова І. Європейські критерії розумного строку розгляду справ та їх застосування адміністративними судами України / І. Винокурова // Вісник національної академії прокуратури України. – 2008. – №3. – С.111-116.

Процесуальні особливості розгляду цивільних справ про відшкодування неповнолітніми особами матеріальної шкоди

Жеребной І. О.

Попри те, що в Україні проводяться соціально-економічні реформи, в ході яких значна увага приділяється захисту інтересів неповнолітніх, все ж ситуація у сфері дитинства набуває загрозливого характеру.

Зростання підліткової злочинності викликає занепокоєність в державі [1, с. 13]. Так, у 2007 році судами України було засуджено до позбавлення волі 11,2 тис. неповнолітніх, при цьому 7,8 тис. з них засуджено за тяжкі й особливо тяжкі злочини, ще близько

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

2,2 тис. справи було закрито із застосуванням до цих осіб примусових заходів виховного характеру [2, с. 42].

Таким чином, злочинність складає один із значних сегментів, в якому постійно відбувається спричинення матеріальної й моральної (немайнової) шкоди неповнолітніми. При цьому така шкода підлягає відшкодуванню в кримінальному процесі за правилами цивільного судочинства.

Іншим сегментом цивільної відповідальності неповнолітніх та малолітніх являють собою цивільні правовідносини, учасниками яких неодмінно стають неповнолітні.

Теоретичним підґрунтям для дослідження процесуальних особливостей розгляду цивільних справ про відшкодування неповнолітніми особами матеріальної шкоди стали роботи таких науковців: С.Н. Абрамова, М.В. Антокольскої, Л. Бічук,М.В. Логвінової, Я.М.Шевченко, К.Б.Ярошенко та багатьох інших.

Із досліджених нами справ, в яких йшлося про відшкодування збитків, спричинених неповнолітніми особами, у 12 % випадків спричиняли шкоду школярі, 38 % – учні профтехучилищ та коледжів, які отримують незначну стипендію, 24 % неповнолітніх взагалі не мали ніяких занять, 23% неповнолітніх працювали в межах року, частина з них працювала неофіційно і не мала високої кваліфікації. Отже, контингент осіб, які спричиняли матеріальну, а разом з тим і моральну (немайнову) шкоду на 61 % складався з осіб, які мають незначну заробітну плату чи стипендію, а більшість взагалі не мала ніякого доходу. І це є зрозумілим, оскільки майже всі неповнолітні знаходяться на утриманні своїх батьків.

Таким чином, суд, розглядаючи цивільні справи про матеріальне відшкодування спричинених збитків неповнолітніми, повинен слідкувати за тим, щоб у справі завжди брали участь в якості третіх осіб чи відповідачів батьки неповнолітніх. Для того, щоб чітко встановити перспективу порядку погашення збитків: або це буде відшкодування за рахунок доходу неповнолітньої особи, або це буде одночасне погашення збитків неповнолітньою особою та її батьками, або стягнення буде провадитися лише з батьків.

Так М.В. Логвінова обґрунтовує субсидіарний (додатковий) характер відповідальності батьків за шкоду, завдану правопорушенням неповнолітніх[3,с.14]. Такий підхід до питання відшкодування неповнолітніми матеріальної шкоди є дуже доречним, адже батьки можуть бути пов'язані зі шкодою, завданою неповнолітнім, причинним зв'язком. Але кожний випадок необхідно розглядати окремо.

Наприклад, Київський районний суд міста Донецька поклав обов'язок щодо відшкодування матеріальної шкоди на неповнолітнього П., якого було визнано винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 185 КК, хоча підсудний не мав свого майна або заробітку і не був спроможний відшкодувати шкоду [4].

Дебальцевський місцевий суд Донецької області поклав обов'язок щодо відшкодування матеріальної шкоди на законного представника засудженого Б., якого було визнано винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 121 КК, а після досягнення ним повноліття - на засудженого [5]. Як бачимо, суд при вирішенні питання про відшкодуванні шкоди завданої неповнолітніми не завжди залучає батьків до участі у справі. Такий підхід призводить до відшкодування шкоди тільки з формальної сторони.

Отже, у судовому засіданні як при попередньому, так і при безпосередньому розгляді необхідно з достовірністю встановити процесуальне положення батьків, чи це цивільні відповідачі з компенсаційними обов'язками відшкодування спричиненої шкоди дитиною потерпілій особі, чи це цивільно-субсидіарні відповідачі, чи це треті особи. При цьому їх процесуальне положення буде залежати не від волі позивача, а від наявності чи відсутності можливостей у неповнолітніх осіб самостійно відшкодовувати шкоду, чи відшкодувати шкоду за допомогою батьків, чи відсутності можливостей до її відшкодування. При цьому відшкодування в усіх випадках повинно мати еквівалентно-правовий характер, зміст якого полягає в компенсації шкоди, еквівалентної самій шкоді. Це правило визначає ціну позову (п. 4 ч. 2 ст. 119 ЦПК), зміст позовних вимог та зазначення доказів, що підтверджують кожну обставину (п. 3 та 6 ч. 2 ст. 119 ЦПК). [6]

Література: 1.Судова практика у справах про злочини неповнолітніх і втягнення їх у злочинну діяльність // Вісник Верховного Суду України. – 2003. – № 4. – С. 12-35. 2. Стан здійснення судочинства судами загальної юрисдикції у 2007 р. // Вісник Верховного Суду України. – 2008. – № 6. – С. 37-43. 3. Логвінова М.В. Цивільна та сімейно-правова відповідальність батьків за правопорушення, вчинені неповнолітніми : автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03 / М.В. Логвінова; НАН України; Інститут держави і права ім. В.М. Корецького. – К., 2006. – 26 с. 4. Вирок від 23. 06. 2008 року справа № 1-169 / Київський рай. суд м. Донецька. // Архів Київського рай. суду м. Донецька. 5. Вирок від 07.05.2007 року справа № 1-85 / Дебальцевський міськ. суд донецької області. // Архів Дебальцевського міськ. суду Донецької області. 6. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18.03.2004 р., №1618- XV / Верховна Рада України // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – №№ 40-42. – Ст. 492.

Особливості нотаріального посвідчення шлюбного договору

Побігайло Г. І.

У світовій юридичній практиці шлюбний договір - досить поширене явище, завдяки якому режим спільного майна подружжя стає більш чітким і зрозумілим. До того ж це спрощує процедуру поділу майна у випадку розірвання шлюбу. У деяких західних країнах умови та процедура укладення шлюбного договору дуже чітко врегульовані законодавством, а навіть незначне недотримання їх тягне за собою недійсність такого правочину.

Як свідчить юридична практика, в Україні на даний час укладення шлюбного договору не є поширеним явищем. Можливо, тому законодавство з цього питання є не досить досконалим.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Стаття 92 СК зазначає, що шлюбний договір може бути укладено особами, які подали заяву про реєстрацію шлюбу, а також подружжям. Стаття 94 СК проголошує, що такий договір укладається у письмовій формі і нотаріально посвідчується.

Порядок посвідчення шлюбного договору визначений у розділі 13 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України. Однак, ці положення зовсім не містять інформації щодо кола необхідних документів, які потрібно надати нотаріусу для вчинення цієї дії.

Аналізуючи ст. 92 СК можна виділити дві групи осіб, які можуть звернутися до нотаріуса з наміром посвідчити шлюбний договір: особи, які подали заяву про реєстрацію шлюбу та особи, які вже перебувають у шлюбі. Отже, якщо нотаріус має справу із особами, які перебувають у шлюбі, то, напевно, вони повинні надати свідоцтво про шлюб, якщо ж це особи, які тільки подали заяву про реєстрацію шлюбу, - очевидно, що від них необхідно витребувати довідку з органу РАЦС, до якого вони подали цю заяву. На думку автора, саме ці документи необхідні для початку розгляду справи про посвідчення шлюбного договору, адже вони будуть підтверджувати юридичні факти, встановлення яких є необхідним для посвідчення цього правочину. Слід враховувати те, що нотаріальна діяльність є правозастосовчою діяльністю і саме тому для нотаріуса дуже важливі чіткі норми законодавства, які максимально точно регулюють його діяльність. Тому, на нашу думку, доцільно було б передбачити положеннями розділу 13 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України перелік цих документів.

Загальні правила вчинення нотаріальних дій, які містяться в Главі 4 Закону України «Про нотаріат» та Главі ІІ Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, передбачають після встановлення нотаріусом особи громадянина, який звернувся за вчиненням нотаріальних дій, обов'язкову перевірку його дієздатності. За сімейним законодавством України шлюбний вік для жінки встановлюється у сімнадцять, а для чоловіка - у вісімнадцять років. За певних обставин шлюбний вік може бути знижено. Отже, до нотаріуса за посвідченням шлюбного договору можуть звернутися неповнолітні особи. У такому разі, загальні правила вчинення нотаріальних дій та п. 128 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України передбачають можливість укладення шлюбного договору неповнолітніми за письмовою згодою їх батьків або піклувальника, справжність підпису яких засвідчується нотаріусом з дотриманням вимог п. 40 цієї Інструкції. Але закон не обмежує можливість реалізації права на укладення шлюбу недієздатними або обмежено дієздатними особами, отже, вони також можуть бути суб'єктами шлюбного договору. Тому, на нашу думку, положеннями п. 128 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України доцільно було б передбачити згоду не тільки батьків та піклуваль-

ників на укладення шлюбного договору неповнолітніми, але й опікунів або піклувальників на випадок укладення такого правочину недієздатними або обмежено дієздатними особами.

Інтеграція принципів цивільного процесуального права у провадження по забезпеченню виконання судових рішень

Сидоренко О. О.

Метою провадження по забезпеченню виконання судових рішень є гарантування досягнення кінцевого результату виконавчим провадженням. При цьому важливим є з'ясування питання щодо місця даного забезпечувального провадження у цивільному процесі. Відповідь на це запитання буде неповною, якщо не звернути увагу на принципи, на яких побудовано провадження по забезпеченню виконання судових рішень.

Головним принципом провадження по забезпеченню виконання судових рішень, як і виконавчого провадження, є принцип диспозитивності, змістом якого є право сторін вільно розпоряджатися належними їм правами і способами захисту цих прав. Відповідно до цивільного права, звідки цей принцип походить, диспозитивність означає можливість власника на свій розсуд розпоряджатися своїм правом (вимагати від зобов'язаної особи здійснення права, відмови від здійснення права або взагалі відмови від права). Цей матеріально-правовий за своїм характером початок диспозитивності перейшов і в процес.

Диспозитивність має два аспекти: матеріальний і формальний (процесуальний). Матеріальна диспозитивність означає можливість право власника вільно розпоряджатися суб'єктивним матеріальним правом (точніше його здійсненням, оскільки нездійснення особою своїх цивільних прав не є підставою для їх припинення, за виключенням передбачених законом випадків), процесуальна – можливість розпорядження процесуальними способами захисту матеріального права, такими, як оскарження судових рішень, представлення доказів та ін.

Інтеграція матеріальної диспозитивності у провадження по забезпеченню виконання судових рішень проявляється у положеннях про можливість укладення між стягувачем і боржником мирової угоди, у відмові стягувача від примусового виконання в процесі виконання рішення (ст. 372 ЦПК). Однак слід підкреслити, що причиною відображення в нормах процесуального законодавства принципу диспозитивності є лише констатація зумовленості відповідних процесуальних норм нормами матеріального права. Виходячи з цього можна зробити висновок, що принцип диспозитивності за своїм походженням не є виключно принципом процесуальним і наявність його як у виконавчому, так і в

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

провадженні по забезпеченню виконання судових рішень, само по собі не доводить твердження про єдність цивільного процесу, виконавчого провадження і провадження по забезпеченню виконання судових рішень.

Принцип змагальності не вживається до провадження по забезпеченню виконання судових рішень, в усякому разі, у тому його розумінні, яке сформульовано у ЦПК. Даний принцип полягає у праві і обов'язку сторін подавати докази і брати участь у їх дослідженні з метою встановлення обставин справи, а також у самій змагальній формі ведення процесу, що відображається у створенні для сторін судом можливості відстоювати свої інтереси, використовуючи свої процесуальні права.

На етапі забезпечення виконання судового рішення обставини справи є вже встановленими, вимоги право власника в тому чи іншому обсязі визнані правомірними, що просто позбавляє сенсу твердження про наявність змагальності у її вищевказаному розумінні. Сказане зовсім не означає, що сторони при забезпеченні виконання судового рішення позбавлені можливості відстоювати свої інтереси. Як і в ході розгляду справи, вони вправі заявляти клопотання, відводи, здійснювати інші права, однак метою таких дій є лише недопущення порушення своїх прав та інтересів. Сторони при забезпеченні виконання рішення є зацікавленими лише у здійсненні забезпечувальних дій у точній відповідності з судовим рішенням і вимогами закону, але не у встановленні обставин матеріальних правовідносин між ними.

Отже, виходячи із розуміння принципів цивільного процесу як основних нормативних положень, що визначають зміст цивільного процесуального права у цілому, неможна віднести забезпечення виконання судових рішень до складової частини цивільного процесу. Разом з тим цих підстав недостатньо для протилежного висновку. З приводу того, що на відносини, які охоплюються поняттям „цивільний процес", поширює свою дію вся сукупність принципів судочинства, можна відмітити наступне. Цивільному процесуальному праву відомі такі інститути, до яких неможливе застосування у чистому вигляді усієї сукупності принципів цивільного судочинства. Найбільш показовим і схожим в цьому відношенні з інститутом провадження по забезпеченню виконання судових рішень є інститут судового наказу, однак це не дає приводу розглядати наказне провадження поза рамками цивільного процесу.

Судова практика сша в справах про захист інформаційних прав і свобод

Полетило К. С.

В сучасних демократичних суспільствах засіб регуляції відносин між владою, ЗМІ та громадянами втілюється, насамперед, у

законодавчому встановленні та реальному забезпеченні інформаційних прав і свобод. Створення найсприятливіших умов для реалізації інформаційних прав та свобод громадян – запорука демократичного розвитку будь-якої сучасної держави. США як розвинена демократична держава має набутий практикою великий досвід захисту інформаційних прав і свобод.

Здійснення судового захисту інформаційних прав і свобод у США покладається на систему судів, до складу якої входять федеральна система судів та самостійні судові системи 50 штатів, округу Колумбія і чотирьох федеральних територій. У федеральну систему судів входять Верховний суд США, апеляційні, окружні та спеціальні суди.

У США існує величезна кількість федеральних законів, якими керується суд при вирішенні питання забезпечення інформаційних прав і свобод людини. Значну вагу в системі законодавства США в інформаційній сфері становлять судові прецеденти. У справі захисту інформаційних прав і свобод людини і громадянина Верховному суду США надані великі повноваження, оскільки це єдиний орган, що тлумачить значення багатьох широких і невизначених термінів в Конституції, а також визначає використання цього документу в кожному індивідуальному випадку.

Особливий інтерес з приводу з'ясування питань регулювання інформаційних відносин в США, країні прецедентного права, становлять рішення саме щодо права власності та інтелектуальної власності на інформацію. Особлива охорона тут надається діловому секрету. Тому на даному об'єкті розглянемо правові засоби забезпечення інформаційних прав і свобод в судах США.

Відповідно до норм загального права не передбачається ніяких засобів судового захисту, якщо відсутнє незаконне привласнення ділового секрету. Прецедентна практика достатньо широко тлумачить поняття "незаконне привласнення". Придбання ділового секрету може бути визнане незаконним, хоча при цьому не порушується кримінальне чи цивільне законодавство.

Однак можливості суду не безмежні. Правильна організація судового захисту потребує чіткого нормативного визначення критеріїв порушення прав і свобод, які підлягають саме судовому захисту, встановлення хоча б приблизного переліку їх ознак [1; с.7-8]. В загальному праві незаконне привласнення виявляється або в деліктному правопорушенні, або в порушенні договірних зобов'язань із збереження таємності інформації. Внаслідок цього суди на практиці по-різному підходять до вирішення питання про незаконне привласнення, що виявляється, зокрема, при встановленні термінів позовної давності і штрафних санкцій [2; с.157-158].

Використовуючи принцип аналогії права через судові прецеденти, суди США змінюють зміст складу правопорушення в сфері забезпечення інформаційних прав і свобод людини [3; с.223-224].

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

У випадку неправомочного привласнення ділового секрету одним із засобів захисту є заборона подальшого використання. У зв'язку з забороною незаконного використання суди зіштовхуються з проблемою встановлення терміну дії заборони. Це питання набирає ще більшої гостроти у разі, коли діловий секрет став загальним надбанням. Особа, яка незаконно привласнила діловий секрет, позбавляється придбаних переваг на термін, який необхідний іншим конкурентам для самостійної підготовки аналогічної інформації. В судовій практиці мали місце випадки, коли на відповідачів покладали постійну заборону незалежно від обставин справи. Має місце і тенденція щодо обмеження термінів дії заборонних санкцій. Однак Закон США "Єдиний закон про ділові секрети" не визначає конкретний термін судової заборони. Дія заборони закінчується, коли діловий секрет стає загальновідомим. У випадку, коли заборона використання ділового секрету визнається нерозумною, передбачається виплата позивачу відповідного гонорару.

Важливим засобом правового захисту ділових секретів є відшкодування збитків. Додатково до заборонного засобу судового захисту або замість нього позивач може стягнути збитки у разі їх дійсної наявності, які заподіяні незаконним привласненням. Позивач також може одержати відшкодування через суд за безпідставне збагачення, викликане незаконним привласненням, що не прийнято до уваги при розрахуванні відшкодування за дійсні збитки [2; с.158-160].

Деякі штати пов'язують відповідальність саме із розмірами збитків у грошовому виразі, що теж є засобом забезпечення інформаційних прав і свобод громадянина. В інших штатах відповідальність настає навіть за відсутності матеріальних збитків, зокрема у випадках несанкціонованого доступу до конфіденційної інформації (Невада, Віргінія, Нью-Йорк), результатів медичного обстеження (Віргінія, Нью-Йорк), даних про трудову діяльність, заробітну плату, надані кредити та приватні справи (Віргінія) [3; с.227].

Ще одним засобом забезпечення інформаційних прав і свобод людини в США є стягнення штрафних санкцій. Якщо має місце навмисне і зловмисне привласнення, суд може винести рішення про стягнення збитків з відповідача в порядку покарання (штрафних санкцій) у сумі, яка не перевищує подвійного розміру відшкодування (до 500 тис. доларів або до 5 млн. доларів, якщо відповідачем є організація). Якщо злочин навмисний і відбувається в інтересах іноземної держави, то максимальний термін ув'язнення може скласти 15 років, а штраф – 10 млн. доларів. Однак покарання за інформаційні злочини в різних штатах відрізняються. У виключних випадках в якості відшкодування збитків може запроваджуватись примусовий продаж ліцензій незаконного користувача ділових секретів. Суд може провести відрахування від прибутку в якості відшкодування збитків власника ділових секретів[2; с.160-161].

Однак особі, право якої порушено, надається додаткова можливість: замість відшкодування збитків просити відшкодувати на

свою користь дохід, отриманий порушником в результаті порушення інформаційного права чи свободи або вимагати виплати компенсації у визначеній законом сумі, замість відшкодування збитків чи стягнення доходу, що звільняє особу, право якої порушено, від обов'язку доводити розмір збитків [4; с.7].

Отже, як засоби забезпечення інформаційних прав та свобод в судах США застосовуються наступні: визнання прав; заборона використання незаконно привласненого об'єкта інформаційного права; відновлення положення, яке існувало до порушення інформаційного права; припинення дій, що порушують право чи створюють загрозу його порушенню; відшкодування спричинених збитків, у розмір яких включається сума доходів, отриманих порушником; стягнення штрафних санкцій, примусовий продаж ліцензій в США, тощо.

Список використаних джерел: 1. Габунія Й. Т. О практике защиты прав и свобод граждан в судах и средства её реализации [електронний ресурс]. – Режим доступу: www.mka-spb.ru-kollegii/nashi-advokati/gabunia-iosif-togoevich/; 2. Гуз А.М. Історія захисту інформації в Україні та провідних країнах світу: Навч. посібник. – К.:КНТ, 2007. – 260 с. – ISBN 966-373-187-7. ;3. Цимбалюк В.С., Гавловський В.Д., Брижко В.М. Основи інформаційного права України: Навч. посібник. – К.: Знання, 2009. – 414с. – ISBN 978-966-346-579-1. ;4. Кохановська О. Спеціальні цивільно-правові способи захисту інформаційних прав: теоретичні та практичні аспекти // Підприємництво, господарство і право. – 2006. – №4. – С.7-9.

Європейські стандарти та законодавство України в сфері захисту прав осіб з психічними розладами

Погребняк О.С.

Право на психічне здоров'я є природним правом людини. Психічне здоров'я відноситься до першочергових благ людини, без якого в тій чи іншій мірі втрачають значення більшість інших благ, цінностей.

Як стверджують незалежні експерти, система надання психіатричної допомоги в Україні є зоною серйозного ризику порушення прав людини. Відповідні комітети Ради Європи одержують багато скарг громадян України про порушення прав людини при наданні психіатричної допомоги, у тому числі і про застосування катувань. Водночас, дотримання прав і свобод людини і громадянина має стати невід'ємною частиною інтеграційного процесу України до Європи і, відповідно становлення нашої країни як розвиненої, правової, демократичної держави.

В Україні дослідженням проблеми захисту прав осіб з психічними розладами займалися М.М.Ясинок, А.Мезенцев, Н.В.Шахман, О.В.Шершель, однак в даних роботах увага здебільшого приділялась окремим питанням процедури надання особі психіатричної допомоги у примусовому порядку, не розглядаючи стандарти Європейського Союзу в галузі захисту прав даних осіб, що може бути корисним для розробки ефективного механізму захисту.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Одним з джерел захисту прав людини в Європейському регіоні є Європейська конвенція про захист прав людини і її основних свобод. Дана конвенція разом з Європейським судом з прав людини забезпечує захист прав осіб з психічними розладами.

В ст.5 Конвенції закріплено право на свободу і особисту недоторканність. Відповідно до неї нікого не може бути позбавлено волі, ніж відповідно до процедури, встановленої законом, і в таких випадках, як е) законне затримання психічно хворих. Пункт 4 Конвенції закріплює, що кожний, кого позбавлено свободи внаслідок арешту або затримання, має право на судовий розгляд, при якому суд без зволікання встановлює законність затримання і приймає рішення про звільнення, якщо затримання є незаконним. Для того щоб відповідати статті 5 §1, розглянуте ув'язнення має бути здійснено „відповідно до процедури, встановленої законом", має бути „законним" і стосуватися „психічного хворого". У Конвенції не вказано, що саме слід розуміти під словом ***«психічно хворі»***. Цьому терміну не можна дати чітке тлумачення, значення цього терміна постійно розширюється разом з новими досягненнями досліджень у галузі психіатрії, появою більш гнучких методик лікування, змінами у ставленні суспільства до психічних захворювань.

Наступним питанням, яке має розглядатися, є питання про ***«законність» затримання***, що відповідає цілям пункту 1 (е) статті 5 Конвенції. Така «законність» передбачає насамперед відповідність національному законові, а також відповідність меті обмежень, дозволених пунктом 1 (е) статті 5. Що стосується відповідності національному законові, слід зазначити, що термін «законний» охоплює процесуальні, а також матеріально-правові норми. Відповідно до законодавства України, існують матеріально-правові (Закон України „Про психіатричну допомогу" від 22.02.2000) та процесуальні норми (Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004), що встановлюють підстави та процедуру затримання осіб з психічними розладами.

Європейський Суд з прав людини сформулював три мінімальні умови, яким має задовольняти „законне затримання психічного хворого". По-перше, об'єктивна медична експертиза повинна достовірно показати, що певна фізична особа страждає від „дійсного психічного розладу", крім випадків критичної ситуації. По-друге, розлад повинен бути такого виду та ступеню, який би виправдовував примусове позбавлення волі. По-третє, розлад повинен зберігатись на протязі періоду позбавлення волі .

Вбачається, що слова ***«відповідно до процедури, встановленої законом»*** явно відсилають до внутрішнього законодавства, вони свідчать про необхідність дотримання відповідної процедури згідно з цим законодавством. Однак сам по собі національний закон має відповідати Конвенції, в тому числі й загальним принципам, які викладені в ній або маються на увазі. Поняття, що лежить в основі даного терміна, це поняття чесної та належної про-

цедури, а саме — будь-який захід, що позбавляє людину свободи, має виходити від незалежного органу, має ним виконуватися і не може бути свавільним. При цьому вперше чергу національні органи повинні тлумачити та застосовувати внутрішнє право. Недотримання останнього тягне за собою порушення Конвенції, таким чином, Європейський суд має та повинен використовувати певне право контролю за таким дотриманням.

Право звернення до суду. Важливо, щоб особа мала доступ до суду та можливість бути вислуханою особисто або, в разі потреби, через будь-яку форму представництва, а якщо цього не буде дотримано, це означатиме, що особі не було надано можливості скористатися основними процесуальними гарантіями, що мають застосовуватися у справах щодо позбавлення свободи. Закон України „Про психіатричну допомогу" передбачає, що госпіталізація до психіатричного закладу (її продовження) в примусовому порядку здійснюється лише за рішенням суду. Тим самим фактично встановлено судовий контроль не тільки за діями чи бездіяльністю посадових осіб психіатричних закладів, а й попередній судовий контроль за законністю прийнятих ними рішень про надання особі психіатричної допомоги у примусовому порядку. Водночас, важливою гарантією статті 5§4 Конвенції є те, що у особи, позбавленої волі, повинно бути право активно шукати судового розгляду з приводу законності позбавлення його волі. Відповідно до Закону України „Про психіатричну допомогу" ініціатива подання заяви до суду належить виключно лікарю-психіатру або представнику психіатричного закладу. Однак стаття 5§4 вимагає в першу чергу незалежного правового механізму, за допомогою якого особа, позбавлена волі, могла б звернутись до суду який би визначив законність позбавлення волі. Держава, визнаючи право на оскарження незаконних дій медичних працівників, має передбачити конкретний засіб судового захисту для відстоювання свободи особи, яку було позбавлено волі.

Таким чином, стандарти Європейського Союзу в сфері захисту прав осіб з психічними розладами встановлюють суттєві гарантії захисту даних осіб, задача ж вітчизняного законодавця полягає у приведенні відповідних норм до загальновизнаних принципів для забезпечення ефективного правового захисту.

Показання свідків як засіб доказування в цивільному судочинстві

Марченко Р. В.

1. Одним з важливих для з'ясування обставин справи засобів доказування виступають показання свідків. Згідно зі ст. 63 ЦПК

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

під показаннями свідків слід розуміти повідомлення про відомі свідкові обставини, що мають значення для справи.

Свідок є очевидцем, він має особисті спостереження про події, що повинні стати змістом його показань. Свідок є незамінним, на відміну від експерта, перекладача та інших осіб, які мають значення для суду лише як носії певних професійних знань та можуть бути замінені іншими особами, які мають відповідні знання.

Свідком може бути кожна особа, якій відомі будь-які обставини, що стосуються справи. Свідок зобов'язаний з'явитися до суду у визначений час і дати правдиві показання про відомі йому обставини. У разі неможливості прибуття за викликом суду свідок зобов'язаний завчасно повідомити про це суд.

Свідок має право давати показання рідною мовою або мовою, якою він володіє, користуватися письмовими записами, відмовитися від давання показань у випадках, установлених законом, а також на компенсацію витрат, пов'язаних з викликом до суду.

За завідомо неправдиві показання або за відмову від давання показань з непередбачених законом підстав свідок несе кримінальну відповідальність, а за невиконання інших обов'язків – відповідальність, установлену законом.

2. Від інших учасників процесу свідок відрізняється наступними особливостями:

1) свідок – юридично незацікавлена особа. Громадяни, в яких зацікавленість носить юридичний характер, залучаються у процес як особи, котрі беруть участь у справі (наприклад, як позивач, відповідач, третя особа й т. д.). Інша (крім юридичної) зацікавленість особи не перешкоджає її допиту в суді як свідка;

2) закон не встановлює вік, з досягненням якого особа може бути допитана в суді як свідок. При необхідності можуть бути допитані малолітні й неповнолітні свідки (ст. 182 ЦПК);

3) свідок стає носієм відомостей про факти в результаті збігу обставин або безпосередньо сприймаючи події, що є обставинами даної справи, або одержавши відомості про них від інших осіб. Не є доказом показання свідка, який не може назвати джерела своєї обізнаності щодо певної обставини (ст. 63 ЦПК);

4) на свідка покладають два основні обов'язки: з'явитися в суд у призначений час і дати правдиві показання про відомі йому обставини справи.

3. Цивільний процесуальний кодекс встановлює обмеження щодо допиту свідків.

Згідно зі ст. 51 ЦПК не підлягають допиту як свідки: 1) недієздатні фізичні особи, а також особи, які перебувають на обліку чи на лікуванні у психіатричному лікувальному закладі і не здатні через свої фізичні або психічні вади правильно сприймати обставини, що мають значення для справи, або давати показання; 2) особи, які за законом зобов'язані зберігати в таємниці відомості, що були довірені їм у зв'язку з їхнім службовим чи професійним

становищем, – про такі відомості; 3) священнослужителі – про відомості, одержані ними на сповіді віруючих; 4) професійні судді, народні засідателі та присяжні – про обставини обговорення у нарадчій кімнаті питань, що виникли під час ухвалення рішення чи вироку. Вважаю, що цей перелік може бути уточнено.

Особи, які мають дипломатичний імунітет, не можуть бути допитані як свідки без їхньої згоди, а представники дипломатичних представництв – без згоди дипломатичного представника.

Окрім того, фізична особа має право відмовитися давати показання щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів (чоловік, дружина, батько, мати, вітчим, мачуха, син, дочка, пасинок, падчерка, брат, сестра, дід, баба, внук, внучка, усиновлювач чи усиновлений, опікун чи піклувальник, особа, над якою встановлено опіку чи піклування, член сім'ї або близький родич цих осіб). Особа, яка відмовляється давати показання, зобов'язана повідомити причини відмови.

4. Порядок допиту свідків визначений ст. 180 ЦПК. Кожний свідок допитується окремо. Свідки, які ще не дали показань, не можуть перебувати в залі судового засідання під час розгляду справи. Перед допитом свідка головуючий встановлює його особу, вік, рід занять, місце проживання і стосунки із сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі, роз'яснює його права і з'ясовує, чи не відмовляється свідок із встановлених законом підстав від давання показань.

Відмова від показань приймається судом шляхом постановлення ухвали. Якщо перешкод для допиту свідка не встановлено, головуючий під розписку попереджає свідка про кримінальну відповідальність за завідомо неправдиве показання і відмову від давання показань та приводить його до присяги. Текст присяги підписується свідком. Підписаний свідком текст присяги та розписка приєднуються до справи.

Допит свідка розпочинається з пропозиції суду розповісти все, що йому особисто відомо у справі, після чого першою задає питання особа, за заявою якої викликано свідка, а потім – інші особи, які беруть участь у справі. Суд має право з'ясовувати суть відповіді свідка на питання осіб, які беруть участь у справі, а також ставити питання свідку після закінчення його допиту особами, які беруть участь у справі. Головуючий має право за заявою осіб, які беруть участь у справі, знімати питання, поставлені свідку, якщо вони за змістом ображають честь чи гідність особи, є навідними або не стосуються предмета розгляду. Кожний допитаний свідок залишається в залі судового засідання до закінчення розгляду справи. Суд може дозволити допитаним свідкам залишити залу засідання суду до закінчення розгляду справи за згодою сторін.

Свідок може бути допитаний повторно в тому самому або наступному засіданні за його власною заявою, заявою сторін та ін-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

ших осіб, які беруть участь у справі, або з ініціативи суду. Під час дослідження інших доказів свідкам можуть ставити питання сторони, інші особи, які беруть участь у справі, суд. Суд може одночасно допитати свідків для з'ясування причин розходжень у їхніх показаннях.

Свідок, даючи показання, може користуватися записами в тих випадках, якщо його показання пов'язані з будь-якими обчисленнями та іншими даними, які важко зберегти в пам'яті. Ці записи подаються судові та особам, які беруть участь у справі, і можуть бути приєднані до справи за ухвалою суду.

Допит малолітніх свідків відповідно до ст. 182 ЦПК і, за розсудом суду, неповнолітніх свідків проводиться в присутності педагога або батьків, усиновлювачів, опікунів, піклувальників, якщо вони не заінтересовані у справі. Свідкам, які не досягли шістнадцятирічного віку, головуючий роз'яснює обов'язок про необхідність дати правдиві показання, не попереджуючи про відповідальність за відмову від давання показань і за завідомо неправдиві показання, і не приводить до присяги. У виняткових випадках, коли це необхідно для об'єктивного з'ясування обставин справи, на час допиту осіб, які не досягли вісімнадцятирічного віку, із зали судового засідання за ухвалою суду може бути видалена та чи інша особа, яка бере участь у справі. Після повернення цієї особи до зали судового засідання головуючий повідомляє її про показання цього свідка і надає можливість задати йому питання. Свідок, який не досяг шістнадцятирічного віку, після закінчення його допиту видаляється із зали судового засідання, крім випадків, коли суд визнав необхідною присутність цього свідка в залі судового засідання.

У разі відкладення розгляду справи показання свідків, зібрані за судовими дорученнями в порядку забезпечення доказів під час допиту їх за місцем проживання, або показання, дані ними у судовому засіданні, в якому було ухвалено скасоване рішення, відповідно до ст. 183 ЦПК повинні бути оголошені і досліджені в судовому засіданні, в якому ухвалено рішення, якщо участь цих свідків у новому судовому засіданні є неможливою. Особи, які беруть участь у справі, мають право висловити своє ставлення до цих показань і дати щодо них свої пояснення.

Порівняльний аналіз способів забезпечення позову за ЦПК України та КАС України

Бака О. Ю.

Відповідно до ч.1 ст. 6 КАС кожному гарантується право на захист його прав, свобод та інтересів незалежним та неупередженим судом. Саме засобом реалізації цього права є позов. В свою

чергу законодавець визначає способи забезпечення позову, підставою застосування яких є очевидна небезпека заподіяння шкоди правам, свободам та інтересам позивача до ухвалення рішення. Інститут забезпечення позову за свою правовою суттю є гарантією забезпечення інтересів позивача. З самого початку він задумувався законодавцем виключно як легітимний засіб, за допомогою якого особа, котра має підстави вважати, що її права порушено, і яка, відповідно, подала позов до суду, мала можливість забезпечити виконання рішення суду на свою користь. Забезпечення позову спрямоване, насамперед, проти несумлінних дій відповідача, який за час розгляду справи може приховати майно, продати, знищити або знецінити його тощо.

Можна привести найбільш поширене визначення цього поняття дане в юридичній енциклопедії. Забезпечення позову – це застосування судом, у провадженні якого знаходиться справа, заходів щодо охорони матеріально-правових інтересів позивача, які гарантують, за його позовом реальне виконання позитивного рішення.

На мою думку актуальним і важливим для вивчення такого явища як забезпечення позову є порівняльний аналіз способів забезпечення позову в цивільному і адміністративному судочинствах.

Відповідно до ч. 3 ст. 151 ЦПК забезпечення позову допускається на будь-якій стадії розгляду справи, якщо невжиття заходів забезпечення може утруднити чи зробити неможливим виконання рішення суду.

При формулюванні причин, через які позивач вважає, що необхідно вжити забезпечувальні заходи, слід звернути увагу на те, які наслідки може потягти невжиття цих заходів, і в залежності від цього формулювати свої вимоги.

Однак, суди нерідко звертають увагу на те, що особа повинна доводити обставини, на які вона посилається, як на підставу для своїх вимог чи заперечень, у тому числі і вимог про вжиття заходів із забезпечення позову. Тому іноді трапляються випадки, коли суди відмовляють у вжитті забезпечувальних заходів, оскільки докази неможливості виконання рішення суду позивачем не були надані.

В ЦПК чітко визначений перелік способів забезпечення позову, до них належать накладення арешту на майно або грошові кошти, що належать відповідачеві і знаходяться у нього або в інших осіб;заборона вчиняти певні дії; встановлення обов'язку вчинити певні дії; заборона іншим особам здійснювати платежі або передавати майно відповідачеві чи виконувати щодо нього інші зобов'язання; зупинення продажу арештованого майна, якщо подано позов про звільнення майна з-під арешту; зупинення стягнення на підставі виконавчого документа, який оскаржується боржником у судовому порядку; передача речі, яка є предметом спору, на зберігання іншим особам. Проте враховуючи різноманітність

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

умов цивільних справ, законодавець лише в загальному окреслив умови, підстави і міру забезпечення позову, надавши суду дуже широких повноважень у вирішенні цих справ. Так ст.149 ЦПК визначає, що суддя за ініціативою сторін або за власною ініціативою може вжити заходів до забезпечення позову, але не визначає конкретні умови і підстави віддаючи це на розгляд суду, також на розгляд суду віддано визначення міри забезпечення позову (ст.150 ЦПК).

Зокрема, ЦПК дозоляє суду застосовувати кілька способів одночасно або ж, навпаки, забороняє застосування способів забезпечення позову в окремих випадках. *Отже враховуючи це слід зауважити, що практика потребує від законодавця більш чіткого формулювання порядку застосування способів забезпечення позову.*

Досліджуючи дане питання слід звернутися до КАС, де в ст. 117 зазначено, що суд за клопотанням позивача або з власної ініціативи може постановити ухвалу про вжиття заходів забезпечення адміністративного позову, якщо існує очевидна небезпека заподіяння шкоди правам, свободам та інтересам позивача до ухвалення рішення в адміністративній справі, або захист цих прав, свобод та інтересів стане неможливим без вжиття таких заходів, або для їх відновлення необхідно буде докласти значних зусиль та витрат, а також якщо очевидними є ознаки протиправності рішення, дії чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень. Зокрема, ч.ч.3, 4 визначають способи забезпечення позову, а саме суд може зупинити дію рішення суб'єкта владних повноважень чи його окремих положень, що оскаржуються; а також заборонити вчиняти певні дії. Як відомо, подання адміністративного позову, а також відкриття провадження в адміністративній справі не зупиняють дію оскаржуваного рішення суб'єкта владних повноважень, але суд у порядку забезпечення адміністративного позову може відповідною ухвалою зупинити дію рішення суб'єкта владних повноважень чи його окремих положень, що оскаржуються.

Виходячи з вищезазначеного можна зробити висновок, що природа інституту забезпечення позову як для цивільного так і для адміністративного носить єдиний характер. Це пояснюється тим, що всі загальні і спеціалізовані суди підкоряються єдиним принципам судочинства.

ЦПК визначає перелік випадків, в який не допускається застосування будь – якого способу забезпечення позову. А саме, не допускається забезпечення позову шляхом накладення арешту на заробітну плату, пенсію та стипендію, допомогу по загальнообов'язковому державному соціальному страхуванню, яка виплачується у зв'язку з тимчасовою непрацездатністю (включаючи догляд за хворою дитиною), вагітністю та пологами, по догляду за дитиною до досягнення нею трирічного віку, на допомогу, яка виплачується касами взаємодопомоги, благодій-

ними організаціями, а також на вихідну допомогу, допомогу по безробіттю. Ця вимога не поширюється на позови про стягнення аліментів, про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи, про відшкодування збитків, завданих злочином. Не може бути накладено арешт на предмети, що швидко псуються. Не допускається забезпечення позову шляхом зупинення тимчасової адміністрації або ліквідації банку, заборони або встановлення обов'язку вчиняти певні дії тимчасовому адміністратору, ліквідатору банку або Національному банку України при здійсненні тимчасової адміністрації чи ліквідації банку.

Як і в ЦПК, КАС визначає випадки унеможливлювання застосування способів забезпечення позову. Не допускається забезпечення позову шляхом зупинення рішень Національного банку України щодо призначення та здійснення тимчасової адміністрації або ліквідації банку, заборони проводити певні дії тимчасовому адміністратору, ліквідатору банку або Національному банку України при здійсненні тимчасової адміністрації або ліквідації банку. Проте, вищезазначене не може бути застосоване судами щодо спорів, які стосуються призначення, підготовки і проведення виборів.

Вивчення практики застосування заходів до забезпечення позову свідчить, що у переважній більшості випадків судами правильно застосовуються ці заходи. Разом з тим виявлені непоодинокі факти помилкової оцінки як дійсної необхідності застосування заходів до забезпечення позову, так і того, який саме захід найбільш доцільний у даному конкретному випадку, на якій стадії процесу він має бути застосований тощо.

Слід приділити увагу саме тому аспекту вітчизняного законодавства, що у ЦПК та КАС не містяться чіткі вказівки на те, які конкретно види забезпечення позову і по якій позовній вимозі можуть застосовуватись, не вказано пріоритетні заходи забезпечення позову. Саме тому суд повинен куруватися конкретними обставинами справи, враховуючи також і обґрунтування своєї заяви ініціаторам забезпечення позову. Разом з тим, вони повинні бути співмірними із заявленими позивачем вимогами. Крім того, суд повинен брати до уваги інтереси не тільки позивача, а й інших осіб, права які можуть бути порушені у зв'язку із застосуванням відповідних заходів.

Таким чином, проаналізувавши статті ЦПК та КАС з визначеного питання, а саме, яке стосується способів забезпечення позову, можна зробити висновок, що деякі положення статей цих кодексів співпадають, а в деяких існують певні розбіжності, на які, на мій погляд, треба звернути увагу з метою створення чіткої системи підходів при застосуванні того чи іншого способу забезпечення позову.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Трибуна молодого науковця

Поняття та ознаки правочинів

Муха М. Ю.

Після вступу в дію ЦК перед науковцями та практиками постала низка загальних проблем щодо вирішення місця правочинів серед інших юридичних фактів. Результат наукового пошуку дозволить більш чітко встановити розподіл між діями особи, які мають юридичне значення, та які цього значення не мають. Практично всі провідні правознавці поділяють позицію законодавця, який дав визначення правочину як дії особи, спрямованої на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків (п. 1 ст. 202 ЦК). Отже, законодавець виходить з того, що правочин є правомірною дією учасника цивільних правовідносин, який має для цього достатню дієздатність та переслідує мету — набуття, зміну, припинення суб'єктивних прав або виникнення у нього юридичних обов'язків. Харитонов Є. О. слушно зазначає, що такі дії слід тлумачити більш широко у тому сенсі, що правочини можуть бути підставою виникнення або змін інших правовідносин. При цьому він може водночас бути і підставою припинення одних правовідносин та підставою виникнення або зміни інших правовідносин. Ми можемо погодитись з такою позицією лише частково. За нашою думкою не слід ототожнювати фактичні та юридичні дії. Фактична одна дія, на приклад, викидання сміття з вікна дому дійсно тягне за собою декілька цивільних правовідносин: речові, деліктні і т.д., навіть публічні правовідносини: дрібне хуліганство. Але цю фактичну дію слід роздробити на юридичні дії, з них правочин скласти лише одна – дія з припинення права власності.

Узагальнюючи позиції правознавців, зупинимося на таких доктринальних ознаках правочинів: По-перше, правочин — це правомірна дія, що відрізняє її від таких юридичних фактів, як правопорушення. Науковці звертали увагу на нетотожність понять «правомірність» і «законність» правочину, ми приєднуємося до цієї точки зору і вважаємо, що законні, але протиправні дії суб'єктів права підпадають під поняття «шикани». Правомірність, як ознака правочину, узгоджується із загальними засадами діяльності громадянського суспільства, зокрема, домінуванням права над законом.

Дещо інша позиція закріплена в статті 30 ГК, яка легально передбачила можливість існування неправомірних угод між суб'єктами господарювання. Неправомірними угодами між суб'єктами господарювання визнаються угоди або погоджені дії, спрямовані на: встановлення (підтримання) монопольних цін (тарифів), знижок, надбавок (доплат), націнок; розподіл ринків за

територіальним принципом, обсягом реалізації чи закупівлі товарів, їх асортиментом або за колом споживачів чи за іншими ознаками — з метою їх монополізації; усунення з ринку або обмеження доступу до нього продавців, покупців, інших суб'єктів господарювання.

По-друге, зміст правочину не може суперечити моральним засадам суспільства (п. 1 ст. 203 ЦК). Частина антиморальних дій регулюється вже не приватним, а публічним правом - розділом XII КК «Злочини проти громадського порядку та моральності».

По-третє, особа, яка учиняє правочин, повинна бути дієздатною — здатною усвідомлювати свої дії та керувати ними, тобто правосуб'єктною. В деяких випадках визнання особи недієздатною або обмеження її у дієздатності призводить до недійсності вже укладених правочинів (п. 6 ст. 248 УК).

По-четверте, правочин — це завжди вольовий акт, «объективируемая вовне воля людей, их волевые акты». Цією своєю ознакою вони відрізняються від юридичних фактів — подій, настання чи ненастання яких не залежить від волі людини. Для правочину характерний саме момент волевиявлення, без якого взагалі не може бути правочину.

По-п'яте, правочини — це завжди дії, вчинені фізичними, юридичними особами і державою як суб'єктами цивільного права. Можливість здійснення правочину входить у зміст їхньої цивільної дієздатності. Тому правочини необхідно відрізняти і від таких дій, як акти компетентних державних органів, які хоч і породжують цивільні правовідносини (зобов'язання по передачі будинків і споруд між державними юридичними особами), але самі по собі є владними актами, що видаються в межах компетенції цих органів — суб'єктів адміністративного права. Будучи адресованими конкретним виконавцям, вони створюють між ними цивільні правовідносини незалежно від їхнього бажання вступити в ці правовідносини. За допомогою же правочину правовідносини завжди встановлюються з волі й ініціативи їхніх учасників.

По-шосте, правочин породжує цивільні права та обов'язки, оскільки саме цивільним законодавством передбачаються ті цивільно-правові наслідки, що наступають в результаті виконання правочину. Тому, наприклад, видачу зброї працівникам ОВД не можна розглядати, як укладення правочину і регулювати за допомогою норм цивільного права (договору найма, зберігання чи будь яких інших).

В якості висновку з даного дослідження можна дати таке визначення правочину: *правочином визнається юридична дія суб'єктів цивільних правовідносин, спрямована на встановлення, зміну та припинення цивільних прав і обов'язків, що не суперечать нормам права, звичаям ділового обороту та моральним засадам суспільства.*

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Підпризначення спадкоємця як вид заповідального розпорядження

Немьонова С. В.

Особа, складаючи заповіт, реалізує своє право на визначення кола спадкоємців, до яких повинно перейти майно у разі її смерті. Однак спадкоємці, зазначені у заповіті, не завжди приймають цю спадщину. Це може відбуватися з різних причин: його смерть, відмова від прийняття спадщини, усунення від спадкування тощо. Наслідком цього є той факт, що спадкоємець за заповітом не отримує передбачену частку у спадщині, а вона в свою чергу спад куватиметься за законом.

У зв'язку з цим заповідач має право підпризначити спадкоємця. Така конструкція відома ще з часів Римського права, коли фактично йшлося про призначення спадкоємця, підпорядковане відкладальній умові (відсутність наслідку першого призначення). Допускалася можливість декількох підпризначень, підпорядкованих одне одному. З метою уникнення тривалого лежання спадку спадкодавець зазвичай встановлював строк прийняття для кожного зі спадкоємців. У випадку кількох співспадкоємців підпризначення переважало над приростом частки.[1]

Цивільне законодавство України, побудоване на рецепції Римського права, також передбачило відповідну можливість розпорядитися своїм майном. Так, відповідно до ст. 1244 ЦК заповідач має право призначити іншого спадкоємця на випадок, якщо спадкоємець, зазначений у заповіті, помре до відкриття спадщини, не прийме її або відмовиться від її прийняття чи буде усунений від права на спадкування, а також у разі відсутності умов, визначених у заповіті. Підпризначеним спадкоємцем може бути як фізична особа (не обов'язково з числа можливих спадкоємців за законом), так і юридична особа або держава.

Однією з причин застосування такої конструкції є право спадкоємця відмовитися від спадщини на користь третіх осіб. Тобто спадкоємець має право відмовитися від прийняття спадщини на користь будь-якої іншої особи, яка є зовсім чужою для спадкодавця (і якій він по суті нічого не заповідав). За наявності під призначеного спадкоємця сам спадкоємець не вправі відмовитися від прийняття спадщини на користь третьої особи, крім як на користь підпризначеного спадкоємця.

Варто окремо звернути увагу на ситуацію з під призначенням спадкоємця за спадкоємцем, для якого у заповіті встановлено умову. На думку Фурси С.Я., це дуже вдалий варіант, оскільки в такому випадку є зацікавлена особа (під призначений спадко-

[1] Франчози Дж. Институционный курс римского права / Перевод с итальянского; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. – М.: Статут, 2004. – с.246.

ємець), який буде перевіряти виконання поставленої заповідачем умови.[1] Наприклад, заповідач може вказати, що він усе своє майно заповідає дружині, а якщо б вона померла до відкриття спадщини чи відмовилася від неї, він майно заповідає брату.

Не можна в заповіті попризначати спадкоємця до того спадкоємця, який прийме спадщину. Так, нотаріус не повинен посвідчувати заповіт, у якому майно було б заповідане певному спадкоємцю за умови, що це майно після смерті спадкоємця перейшло б до тієї чи іншої особи.[2]

Спадкоємець може підпризначатися як за одним, так і за всіма спадкоємцями. І у разі відмови кількох з них прийняти спадщину його частка дорівнюватиме сумі часток тих спадкоємців, що не прийняли спадок. Можна також підпризначити різних осіб до кожного окремого спадкоємця. Варіантів викладення змісту цього заповідального розпорядження дуже багато. Тому нотаріусові необхідно роз'яснити їх заповідачу з метою допомогти йому розпорядитися своїм майном на випадок смерті.

Анатомічні матеріали людини, як об'єкти цивільних правовідносин

Колодяжна Ю. В.

1. Цивільні правовідносини виникають з приводу конкретних (матеріальних та нематеріальних) об'єктів, оскільки лише з їх допомогою суб'єкти правовідносин можуть задовольнити ті чи інші свої потреби. Об'єктами цивільних прав є матеріальні та нематеріальні блага (ст. 177 ЦК). Нематеріальні блага тісно пов'язані з особистістю суб'єкта, і не підлягають відчуженню у будь-якій формі. Проте ця теоретична концепція виявляється дещо вразливою, якщо розглядати її у контексті здійснення особою права на донорство та права на трансплантацію.

2. Основну проблему сучасних досліджень у цій сфері можливо сформулювати так, чи є анатомічні матеріали (окремі органи, їх частини, тканини, клітини людського організму) та тіло померлої людини в цілому об'єктом цивільних прав, і якщо так, то яким саме?

3. Вчені-цивілісти, такі як Красновський Г. М. та Іванов Д. М. вважають, що органи і тканини людини (живої або померлої) не можуть продаватись або купуватись, оскільки вони, незважаючи

[1] Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд: Наук.-практ. Посіб. / С.Я Фурса, Є.І. Фурса, О.М. Клименко, С.Я. Грабовська, О.О. Карма за та ін.; За заг. ред.. С.Я. Фурси. – К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2007. – с.52

[2] Цивільне право України: Підручник: У 2 кн. / О.В. Дзера І (керівник авт. кол.), Д.В. Боброва, А.С. Довгерт та ін.; За ред. О.В. Дзе-ри, Н.С. Кузнєцової. — К.: Юрінком Інтер, 2002. – с.623

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

на свою очевидну корисність, не є товаром (майном). У іншому разі можна було б зробити абсурдний висновок про те, що людина одночасно виступає і як суб'єкт, і як об'єкт цивільно-правових відносин.

На відміну від цього, О. О. Пунда вважає, що анатомічні матеріали (окремі органи, їх групи, їх частини, тканини всіх різновидів, клітини органів), безумовно є предметами – частиною людського організму. Разом з тим, зазначене не повинно приводити до висновку про те, що коли окремі елементи організму людини є предметами, то й такий організм в цілому можна розглядати як предмет (живий «матеріал»). Такий висновок є хибним і заперечує соціально-біологічну природу людини. Людина – це не простий, механічний набір функціонуючих певним чином внутрішніх біологічних систем. А тому ми не маємо права розглядати людину як можливий набір «замінних запасних частин» для інших людей. М. Малєїна у свою чергу зазначає про можливість закріплення на законодавчому рівні положення, що правовий статус об'єктів правовідносин донорства, тобто кров, органи та тканини визначається, як речі, обмежені в обороті. З цього випливає, що ці блага мають характерні всім речам цивільно-правові ознаки, а саме: корисність (здатність задовольняти потреби); усвідомленість (опанування) людиною даних (корисних) властивостей; доступність до володіння.

4. Благо здоров'я невід'ємно пов'язане з людиною. Організм людини виступає матеріальною (фізичною) основою блага здоров'я. Благо пов'язане з організмом в цілому, а не з окремими його фізичними елементами. На основі блага на здоров'я право формує категорію немайнового права на здоров'я, що має суб'єктивний характер. А тому, я вважаю, розпорядження частиною власного організму у межах правовідносин з приводу донорства не може дорівнюватись розпорядженню благом. Донорству та трансплантації підлягає не здоров'я, а лише матеріальний об'єкт, що в силу своєї природи може покращити, відновити здоров'я або врятувати життя реципієнта. Здійснення права на здоров'я може відбуватись у різноманітних формах і здійснення цього права у формі донорства веде до відчуження та передачі зі спеціальною метою не блага здоров'я, а елементу фізичної бази цього блага, без обмеження першого. На відміну від блага, яке має сенс лише у поєднанні з конкретним суб'єктом, анатомічні матеріали людини наділені самостійним матеріальним сенсом, тобто цінністю. Їх матеріальна цінність полягає у можливості збереження корисних властивостей, можливості їх передачі від однієї особи до іншої. Отже, органи та інші анатомічні матеріали людини, виступаючи елементами матеріальної бази немайнового блага здоров'я і врешті-решт блага життя, своєю чергою самі є матеріальним явищем, а тому їх на законних підставах можна продати, подарувати або обміняти.

5. Відомим є твердження, що особисті немайнові права є невідчужуваними і розпорядчі угоди щодо цих прав виключаються. Ці права позбавлені сенсу існувати поза органічним і безпосереднім взаємозв'язком з їх носієм. Проте у випадку здійснення права на донорство проходить не відчуження права на здоров'я, а відчуження окремої частини організму людини. Право на здоров'я не втрачає свого сенсу, тому що продовжує існувати благо здоров'я. Зрозуміло, що визначення відносин щодо донорства як матеріальних приводить до необхідного висновку про розповсюдження на анатомічні матеріали, вилучені у процесі донорства, правового режиму речі. Річ – це частина матеріального світу, що наділена відносною самостійністю існування.

6. «Уречевлення» окремих елементів організму людини, їх перетворення на анатомічні матеріали відбувається з моменту від'єднання від організму (вилучення з організму) живої людини з донорською метою окремого анатомічного матеріалу. Можливість зберігати певний час та за певних умов свої корисні життєдайні властивості забезпечує здійснення такого «уречевлення». Після того, як анатомічний матеріал трансплантовано (введено) реципієнтові, свій «уречевлений» зміст він автоматично втрачає, перетворюючись на органічний елемент організму реципієнта.

7. Враховуючи викладене, на мою думку, уявляється доцільним закріплення на законодавчому рівні за анатомічними матеріалами людини правового статусу речей.

Окремі питання щодо прав та обов'язків подружжя на утримання

Новохижко Т. В.

1.Дружина, чоловік повинні матеріально підтримувати один одного – це загальне правило, яке, на жаль, часто не виконується та різними суб'єктами сприймається по різному. Тому у багатьох випадках його реалізація на практиці може здійснюватися різними способами: у безспірному порядку і на добровільній основі самим подружжям, а при виникненні спору – права та обов'язки щодо утримання одного з подружжя встановлюються судом.

2. СК порівняно з Кодексом про шлюб та сім'ю України (далі КпШС) закріпив прогресивні положення щодо прав та обов'язків подружжя з утримання, але практика їх застосування з часом виявляє окремі моменти, що потребують удосконалення й уточнення.

3.Так, права та обов'язки щодо утримання мають: подружжя (ст.75 СК); особи, що розлучилися (ст.76 СК); особи, що не перебувають у шлюбі, але тривалий час прожили однією сім'єю (ст.91 СК). Проте у назві глави 9 СК говориться про подружжя, а не про осіб, які у шлюбі не знаходяться або розлучилися. У зв'язку з цим

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

слід замінити назву глави 9 на «Права та обов'язки подружжя, колишнього подружжя та чоловіка та жінки, які не перебували у шлюбі між собою, на утримання».

4.У СК зроблено розмежування двох видів утримання залежно від того стану, в якому перебуває особа, яка потребує утримання: під час перебування у шлюбі та після розірвання шлюбу, що, на жаль не відтворено у назві ст.75 СК. Так, ст.75 СК сприймається як загальна завдяки її назві «Право одного з подружжя на утримання» та місцю розташування – на початку глави 9 СК України, але обумовлені в ній підстави надання утримання не можна вважати загальними, оскільки у ст.76 СК дублюються положення про три умови надання права на утримання (непрацездатність одного з подружжя, потреба матеріальної допомоги, спроможність другого з подружжя надавати матеріальну допомогу). Більше того, формально виходить, що специфічними правами на утримання володіють лише особи, статус яких визначено у частинах 3 та 4 ст.76 СК.

Умови, які визначені в ч.2 ст.75 СК вважаються обов'язковими для виникнення права на утримання. При цьому, перші дві умови досить чітко розкриваються у наступних частинах ст.75 СК, тоді як третя умова не має конкретизації. Оскільки життєвий рівень в Україні, порівняно з іншими розвиненими країнами, невисокий, то це питання завжди викликатиме проблеми на практиці.

Заслуговує на уваги правило, встановлене ч.5 ст.75 СК, що стикається з правилом, закріпленим п.2 ч.1 ст.83 СК. Це зумовлює певні складнощі. Відповідно до ч.5 ст.75 СК України внаслідок скоєння злочину право на утримання не виникає, а відповідно до п.2 ч.1 ст.83 СК за цієї ж обставини особа може бути позбавлена права на утримання. Виникає питання про можливість позбавлення права,яке не виникає. Шляхи вирішення такої колізії можна віднайти лише в наукових виданнях. Як випливає з наданих пояснень, правило, що закріплене ч.5 ст.75 СК, стосується випадків скоєння умисного злочину одним із подружжя під час дії нового СК. Якщо ж злочин вчинено одним із подружжя під час дії КпШС України, то такий може бути позбавлений права, що виникло у нього раніше за правилами старого закону. Очевидно, що питання дії норм сімейного закону у часі мають визначатися в прикінцевих положеннях до СК, а не в наукових виданнях.

7.Положення, яке закріплене у ч.4 ст.75 СК не завжди є об'єктивним, оскільки саме законодавство України має певні неузгодженості. Так, у цій частині зазначається, що один із подружжя є таким, що потребує матеріальної допомоги, якщо заробітна плата, пенсія, доходи від використання його майна, інші доходи не забезпечують йому прожиткового мінімуму, встановленого законом. За ч.3 ст.46 Конституції пенсії, інші види соціальних виплат та допомоги, що є основним джерелом існування, мають забезпечувати рівень життя, не нижчий від прожиткового міні-

муму, встановленого законом. Тому можливість стягнення аліментів, коли розмір пенсії одного з подружжя нижчий від прожиткового мінімуму громадян, з другого з подружжя при юридично грамотній аргументації стане сумнівною. Взагалі ж, встановлення розміру пенсії нижчого рівня, ніж прожитковий мінімум громадян протизаконне.

Отже, можна сказати, що новий СК закріпив ряд новел, які стосуються прав та обов'язків щодо утримання, яких раніше не було в КпШС. Проте все ж таки існують окремі моменти, що потребують удосконалення й уточнення, адже від їх вирішення залежить ефективність захисту сімейних прав та інтересів.

Проблеми впровадження інституту присяжних виконавців

Васіна Г. В.

1. Конституцією України закріплено, що судові рішення є обов'язковими до виконання на всій території України. Однак, до цього часу державою не був забезпечений дієвий механізм гарантування виконання судових рішень, що призвело до негативних наслідків в системі організації виконання судових рішень. Як свідчить статистика, виконання судових рішень в Україні все ще не досягає тих показників ефективності, що характерні для розвинених країн. Згідно з даними Департаменту державної виконавчої служби Міністерства юстиції України, з-поміж усіх виконавчих документів, що підлягали примусовому виконанню в 2007 р., невиконаними залишилися 39,7%, а лише на березень 2008 року накопичилося 2,8 млн виконавчих проваджень. За даними ж секретаріату Президента України, в Україні не виконується близько 70-80% судових рішень. На офіційному сайті Міністерства юстиції України взагалі відсутня загальна статистика виконання судових рішень за останні роки, а звідси невтішний висновок, що на сьогодні відсоток виконання судових рішень державною виконавчою службою залишається досить низьким [1,2].

Про проблеми виконавчого провадження свідчить також неодноразове законодавче реформування як системи органів виконавчого провадження, так і самої процедури виконання. Важко знайти закони, до яких лише за останні 8 років було внесено стільки змін та доповнень, скільки у Закони України «Про державну виконавчу службу» та «Про виконавче провадження». Більше того, якщо порівняти першу та останню редакції цих законів, стає очевидно, що вони за цей час були майже переписані.

2.У більшості країн ЄС нарівні з державними органами, відповідальними за примусове виконання судових рішень, успішно функціонують і приватні служби, які надають такі кваліфіковані послуги. Показник виконання судових рішень у розвинутих краї-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

нах Європи в середньому перевищує 80% від загальної кількості судових рішень. В Україні ж органи Державної виконавчої служби не справляються з покладеними на них законодавством функціями, тому очевидна доцільність того, щоб держава частково наділила приватних суб'єктів своїми повноваженнями у цій сфері, мова йде про створення виконавчої служби приватного характеру.

3. Певні позитивні зрушення в напрямку розвитку виконання судових рішень зараз є очевидними. Так, 22 вересня 2009 року до Верховної Ради України подано проект Закону України «Про присяжних виконавців». Метою проекту є вирішення проблемних питань, що виникли у сфері примусового виконання судових рішень [3].

Відповідно до Висновоку до проекту Закону України «Про присяжних виконавців» від 22.09.2009 р., реєстр. № 5151, який був наданий Верховною Радою України, в цілому проект характеризується позитивно, але ще потребує суттєвого доопрацювання своїх положень [4].

Проектом закону пропонується запровадити інститут присяжних виконавців, які діятимуть поряд із органами державної виконавчої служби та надаватимуть можливість стягувачам самостійно обирати особу, яка здійснюватиме відновлення їх порушених прав після прийняття відповідного рішення судом чи іншим уповноваженим органом.

4. Що ж позитивного в діяльності присяжних виконавців?

4.1. Перш за все, на відміну від державних виконавців, фінансування й матеріальне забезпечення яких здійснюється як за рахунок коштів Державного бюджету України, так і за рахунок боржника, фінансування й матеріальне забезпечення приватних виконавців здійснюється виключно за рахунок коштів боржника. Тому приватний виконавець є матеріально зацікавленою особою, а, отже, зростає ефективність виконання ним рішень судів й інших юрисдикційних органів.

4.2. По-друге, перехід до недержавних форм виконання рішень судів буде відбуватися поступово. Передбачається, що на першому етапі запровадження недержавних форм виконання рішень судів здійснюватиметься під постійним контролем з боку Міністерства юстиції України, а сфера дії присяжних виконавців носитиме дещо обмежений характер (присяжні виконавці будуть більше працювати в приватній сфері, виконуючи, зокрема, рішення про стягнення майна боржника).

4.3. Також ключові переваги від запровадження недержавних форм виконання судових рішень полягають в тому, що в найближчому майбутньому це дозволить підвищити якість надання послуг із примусового виконання рішень через встановлення договірних відносин, запровадити конкуренцію у процесі виконання рішень, розвантажити державні органи, зменшити бюджетні витрати, збільшити надходження до бюджету за рахунок сплати податків присяжними (приватними) виконавцями.

5. Проте, окрім позитивних змін, які обіцяє закон «Про присяжних виконавців», від має і певні прогалини.

5.1. Проектом не передбачений механізм виконання рішення суду у разі неспроможності присяжного виконавця забезпечити виконання цього рішення, тому не зрозуміло до якого органу має звертатись громадянин у разі настання такого випадку.

5.2. До того ж у частині третій статті 20 проекту визначено, що у разі коли рішення залишилося невиконаним з причин, які не залежать від присяжного виконавця, аванс стягувачу не повертатиметься. Означене приведе до того, що присяжному виконавцю фактично має здійснюватися оплата за роботу яка ніколи не буде виконана [4].

5.3. Проект передбачає, що присяжним виконавцем не може бути особа «вчинки і поведінка якої несумісні з виконанням повноважень присяжного виконавця», це положення потребує додаткового роз'яснення, визначення ким та яким чином мають визначатись та підтверджуватись «вчинки і поведінка особи, яка претендує на виконання повноважень присяжного виконавця» [4].

5.4. Разом із цим, проектом не визначено порядку оскарження будь-яких рішень, дій чи бездіяльності присяжних виконавців. Слід зазначити, що стаття 181 Кодексу адміністративного судочинства України визначає порядок оскарження та особливості провадження у справах з приводу рішень, дій або бездіяльності державної виконавчої служби.

5.5. Ще одним важливим моментом є те, що перед введенням у законодавство інституту приватного виконавця, необхідно суттєво змінити і статус державного виконавця, бо неможливо пред'являти різні вимоги до осіб, які займаються одним видом діяльності, тому надбання статусу виконавця (незалежно: державного чи приватного) повинно бути уніфіковано на законодавчому рівні.

6. Відповідно до закону «Про судових приставів» від 21 липня 1997 року в Росії була створена Федеральна служба судових приставів. В залежності від виконуваних обов'язків судові пристави поділяються на тих, хто забезпечує встановлений порядок діяльності судів та тих, хто виконує судові акти та акти інших органів [5].

В Росії також відомі випадки створення приватних агентств, які займаються виконавчою діяльністю, але без порушення виконавчого провадження, а звідси відповідно і без застосування примусових заходів виконання, що відносяться до повноважень лише судових приставів. Це Національне агентство по факторингу та інвестиціям, яке входить до Асоціації міжнародної співпраці недержавних структур безпеки, яке надає повний комплекс юридичних послуг з питань стягнення заборгованості. Головна мета діяльності агентства полягає виключно у розшуку майна боржників, в основному підприємств, на яке згодом буде можливо звернути стягнення [6].

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Література: 1. Офіційний сайт Міністерства юстиції України, режим доступу: http://www.minjust.gov.ua ; 2. Офіційний сайт Державної виконавчої служби України, режим доступу: http://www.dvs.gov.ua ; 3. Проект Закону України «Про присяжних виконавців» №5151 від 22.09.2009//http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=36171 4. Висновок до проекту Закону України «Про присяжних виконавців» від 22.09.2009 р., реєстр. № 5151, режим доступу: http://www.vasu.gov.ua/ua/news_legislation.html?_m=publications&_t=rec&id=1252 5.Офіційний сайт Федеральної служби судових приставів, режим доступу: http://www.fssprus.ru ; 6. Щербак С. Перспективы «приватизации» государственной исполнительной службы, режим доступу: http://yurpractika.com/article.php?id=10005630

Місце спадкового договору в системі цивільного права України

Шевченко Т. Ю.

1. Кодифікація цивільного законодавства в Україні, важливою складовою частиною якого є реформа спадкового права, зумовлює активізацію наукових досліджень норм, пов'язаних з відповідною галуззю суспільних відносин, які традиційно вважалися одним із найбільш стабільних інститутів цивільного права.

Особливе місце серед норм цивільного права посідають ті норми, що стосуються спадкового договору, який є абсолютною новелою ЦК.

Варто відзначити, що спадковий договір відомий і законодавству інших країн. Так, наприклад, Німецьке Цивільне Укладення присвячує спадковому договору окремий розділ (§2274–§2302) і розглядає його в якості самостійного виду спадкування. Згідно з § 2278 у спадковому договорі не можуть міститися інші розпорядження, крім призначення спадкоємців, заповідальних відказів та покладень.

У Франції договори про спадкування допускаються, як виключення, між подружжям. В той же час, ЦК РФ не розглядає такої правової конструкції, як спадковий договір.

2. Багато дискусійних питань виникає, коли йдеться про місце спадкового договору в структурі ЦК. Очевидно, що як і будь-який інший договір, спадковий договір, у випадку його укладення, передбачає виникнення певних зобов'язань між його сторонами. Законодавець визначив за доцільне включити спадковий договір до Книги шостої, в котрій регламентуються спадкові відносини, тим самим констатуючи його тісний зв'язок із спадкуванням. Це, в свою чергу, зумовлює необхідність визначення правової природи спадкового договору, встановлення його специфічних ознак.

Як зазначали розробники проекту ЦК, сфера застосування спадкового договору не буде широкою, вона стосуватиметься головним чином подружжя та інших осіб, які спільно проживають і не мають дітей. Але ця обставина не може стати перешкодою для запровадження такого виду договору [1, с. 22].

3. За своєю правовою природою спадковий договір має спільні риси із договором довічного утримання (догляду), оскільки обидва ці договори спрямовані на передачу однією стороною (набувачем) іншій стороні (відчужувачу) майна у власність, взамін чого набувач зобов'язується виконати розпорядження відчужувача, передбачені змістом договору.

4. Спадковий договір не може розглядатися в якості самостійного виду спадкування, оскільки відповідно до ст. 1217 ЦК спадкування здійснюється за заповітом або за законом. У зв'язку з цим, Пленум Верховного Суду України вказав судам на те, що перехід майна від відчужувача до набувача на підставі спадкового договору не є окремим видом спадкування, а тому на відносини сторін не поширюються відповідні правила про спадкування, в тому числі право на обов'язкову частку [2].

Таким чином, структурне розміщення глави 90 «Спадковий договір» у книзі шостої ЦК є умовним і пов'язане із тим, що виникнення права власності за досліджуваним договором пов'язане із фактом смерті однієї сторони – відчужувача.

5. На відміну від спадкоємця, який прийняв спадщину та в порядку ст. 1282 ЦК зобов'язаний задовольнити вимоги кредитора, на набувача за спадковим договором такий обов'язок не покладається.

Оскільки спадковий договір не породжує права на спадкування у набувача, і, відповідно, не є підставою для одержання його у особисту роздільну власність згідно з положенням СК (статті 57–59), то у разі перебування набувача у шлюбі під час настання смерті відчужувача майно буде вважатися об'єктом спільної сумісної власності. Разом з тим, набувач може при укладенні договору зазначити в його тексті про те, що він виконує договір за рахунок власних коштів. У такому випадку майно після смерті відчужувача перейде у особисту власність набувача (п. 3 ст. 57 СК)

6. У разі смерті набувача спадковий договір вважається припиненим. У цьому випадку спадкоємці набувача мають право вимагати від відчужувача відшкодування витрат, яких вони зазнали при виконанні спадкового договору в тій частині зобов'язань, які були виконані набувачем до його смерті.

Якщо відповідно до спадкового договору набувач зобов'язаний був вчинити певні дії після смерті відчужувача, то у разі смерті набувача обов'язок вчинити ці дії переходить до його спадкоємців.

Література: 1. Передмова до проекту Цивільного кодексу України // Українське право. – 1996. – № 2.; 2. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про спадкування» від 30.05.2008 № 7 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v0007700-08

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Розмір моральної шкоди, як один із елементів предмету доказування у справах про відшкодування моральної шкоди

Чабаненко Т. В.

Предмет доказування відіграє важливу роль у кожній цивільній справі, але особливе значення він має в справах про відшкодування моральної шкоди. Це зумовлено тим, що кожна особа порізному розуміє поняття «моральної шкоди», оскільки у чинному законодавстві відсутнє єдине визначення цього поняття, його критеріїв, що в свою чергу призводить до різного уявлення про предмет доказування. Одним із юридичних фактів, які входять до предмету доказування є розмір такої шкоди, порядок обчислення якої на сьогоднішній день на законодавчому рівні не закріплений. У позовній заяві позивач самостійно визначає розмір грошової компенсації, адже тільки він може знайти еквівалент власним стражданням, але така сума є його волевиявленням та визначенням блага, здатного компенсувати його страждання. Незважаючи на те, що моральна шкода є немайновою, відшкодування її здійснюється грішми, іншим майном або в інший спосіб, незалежно від майнової шкоди, яка підлягає відшкодуванню та не пов'язана з розміром цього відшкодування.

Критерії, якими суд має керуватися при визначені розміру моральної шкоди закріплені у ч.3 ст.23 ЦК та п.9 Постанови Пленуму Верховного Суду України №4 від 31.04.1995р. «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди», а саме характер правопорушення, глибина фізичних та душевних страждань, погіршення здібностей потерпілого, або позбавлення його можливості їх реалізації, ступеня вини особи, яка завдала моральної шкоди, якщо вона є підставою для відшкодування та інші обставини, які мають істотне значення (стан здоров'я потерпілого, тяжкість вимушених змін у його життєвих і виробничих стосунках, ступень зниження престижу, ділової репутації, час та зусилля, необхідні для відновлення попереднього стану) [2, с.281]. Суди також на практиці по деяким категоріям справ намагаються встановити свої критерії, крім зазначених вище. Слід зазначити, що питання законодавчого закріплення мінімального та максимального розміру відшкодування моральної шкоди на даний час є дискусійним. На думку І. Бакірової, оскільки у чинному законодавстві чітких меж розміру відшкодування моральної шкоди не передбачено, у потерпілих з'являється упереджена оцінка своїх понесених страждань, що породжує виникнення нових спорів. З огляду на це необхідно розробити принципи мінімальної та максимальної межі визначення розміру оцінки моральної шкоди. Вказане дасть можливість суду реально оцінити та

призначити потерпілому відшкодування зазначеної шкоди [3, с.90]. М.І. Гошовський та О.П. Кучинська вважають, що максимальний розмір не повинен перевищувати 200 мінімальних розмірів заробітної плати. Свою точку зору вони аргументують тим, що розмір моральної шкоди на практиці істотно перевищує спричинену шкоду, і розмір стягнутих сум за своїм змістом є відшкодуванням порівняно з кримінальним покаранням [4, с.47-48].

На думку, А.М. Ерделевського, з метою запобігти зловживанням, які є поширеними з боку відповідача, який вимагає відшкодування моральної шкоди, необхідно встановити орієнтири і межі для правозастосовувача, залишаючи разом з тим досить свободи для судового розсуду та врахування особливостей конкретної справи у встановлених межах [5, с.10]. Такий підхід надає можливість більш легко та кваліфіковано визначити розмір необхідного та достатнього відшкодування у тому чи іншому випадку та одночасно диференційовано підійти до оцінки ситуації в залежності від обставин.

Встановлення на законодавчому рівні меж розміру (мінімального або максимального) моральної шкоди, вважаю, є не доцільним з наступних причин. По – перше, сприйняття факту моральної шкоди носить лише індивідуальний характер. У зв'язку з цим, моральну шкоду не можна відшкодувати в повному обсязі, так як немає (і не може бути) точних критеріїв душевного болю, спокою, честі, гідності особи. Будь-яка компенсація моральної шкоди не може бути адекватною дійсним стражданням, тому будь-який її розмір має суто умовний вираз, тим більше, якщо така компенсація стосується юридичної особи. По – друге, цим порушується право потерпілого, який може оцінити втрати немайнового характеру вище або нижче визначеного законом рівня, або призведе до підвищення чи заниження такого розміру, у випадках виходу за встановлені рамки. По – третє, для правозастосовчої практики створюються перешкоди в реалізації належного захисту прав та законних інтересів людини. Виходячи з усього викладеного вище можна зробити висновок, що в законі не повинно бути вказівок, які б стосувалися встановлення мінімального та максимального розміру відшкодування моральної шкоди. Такий розмір суд повинен визначати в межах заявлених позовних вимог залежно від тих критеріїв оцінки розміру відшкодування моральної шкоди, які наявні в даній справі, керуючись при цьому вимогами розумності та справедливості. Суддя при вирішенні даної категорії справ має оцінити усі обставини справи, які свідчать про понесені потерпілим моральні, душевні страждання в їх сукупності, за своїм внутрішнім переконанням керуючись при цьому законом. Він може зменшити розмін відшкодування, порівняно із заявленим, з обов'язковим обґрунтуванням такого рішення. У будь-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

якому випадку розмір відшкодування повинен бути адекватним нанесені моральній шкоді.

Список використаної літератури: 1. Цивільний кодекс України// Відомості Верховної Ради України, 2003, №40-44, ст.356; 2. Збірник Постанов Пленуму Верховного Суду України (1972-2008). – Харків,2008. -720с.;3. І.Бакірова. Застосування судами законодавства України щодо відшкодування моральної шкоди: проблемні питання //Право України. – 2006. - №5 . – с.89- 92.;4. Гошовський М.І., Кучинська О.П. Потерпілий у кримінальному процесі України. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – 192с.;5. Эрделевский А.М. Критерии и метод оценки размера компенсации морального вреда // Государство и право.- 1997. -№ 4 . -с.5-12

Набуття права на земельну ділянку за набувальною давністю

Заєць В. О.

Для набувальної давності характерна проблематика недостатності роз'яснення законодавством умов яких потрібно додержуватися, щоб набути право на земельну ділянку за набувальною давністю. Практики і теоретики зіштовхуються з масою питань з цього приводу, а також нерідко положення статей про набувальну давність тлумачаться по-різному, що веде до виникнення маси протиріч. Тому метою роботи є роз'яснення положень статей, що передбачають набуття права на земельну ділянку та виділення основних проблем з цього приводу, а також запропонувати шляхи до їх вирішення. Інститут набувальної давності знайшов своє відображення в ст. 344 ЦК.

Аналізуючи положення ст. 119 ЗК можна зробити висновок, що винятково громадяни України мають можливість набувати права на земельну ділянку за набувальною давністю. Характерною рисою для даного інституту в земельному праві є те, що підставою набувальної давності є не давність володіння, як це зазначено в ЦК, а давність користування. Як і в ЦК так і в ЗК набувальній давності притаманна низка ознак: добросовісність, відкритість і безперервність користування.

В ст. 119 ЗК на відміну від ЦК не ставиться умова добросовісності заволодіння, а лише добросовісне користування, що є підставою припустити, що недобросовісний набувач теж зможе набути права на земельну ділянку за набувальною давністю.

Питання добросовісності є досить проблемним для цивільного права. На підставі наукових праць вчених ми можемо зробити висновок, що добросовісність володіння – це така умова набуття права власності за давністю володіння при якій особа не знає і не може знати про те, що ця річ належить іншій особі.

Відкритість полягає в тому, що громадянин безпосередньо і самостійно використовує земельну ділянку, а треті особи не заперечують проти цього.

Безперервність полягає в тому, що громадяни повинні користуватися земельною ділянкою впродовж визначеного строку. Ст.

119 ЗК встановлює строк в 15 р. Призначення строку в 15 р. пов'язана з особливістю даного об'єкту. Розмір земельної ділянки, яку можливо отримати в результаті набуття права на земельну ділянку за давністю користування обмежено 121 ст. ЗК.

ЦК говорить, що особа заволоділа чужим майном, а ЗК такого не наводить це пов'язано з тим, що "чужою" земельна ділянка бути не може. Згідно ЗК особи можуть звернутися до органу державної влади або органу місцевого самоврядування з відповідним клопотанням про передачу їй у власність або надання у користування земельної ділянки. В даному випадку йдеться не про вступ в силу права на набуття права за набувальною давністю, а про можливість звернення до відповідних органів з клопотанням про отримання земельної ділянки у власність або в користування, але сплив даного строку не призводить до автоматичного виникнення прав на землю.

Нами пропонується внести зміни до ЗК і встановити строк набуття права на земельну ділянку в 10 р. стосовно можливості звернення до відповідних органів з метою надання земельної ділянки у користування.

На даний момент часу громадянам України, що виявили бажання спробувати узаконити свої права на землю шляхом визнання права на земельну ділянку за набувальною давністю, слід поміркувати та відшукувати інші шляхи набуття земельної ділянки у власність.

Отже, інститут набувальної давності є необхідним для вивчення це пов'язано з його специфічністю та новизною для України. Проведене дослідження вказує нам на той факт, що наявність статті закону не говорить про можливість нею скористатися. Набувальна давність на земельні ділянки є тільки умовною, що закріплена юридично, а фактично скористатися нею неможливо. Постає питання навіщо законодавець створюючи норму в законі піддав її обмеженню, тим паче досить тривалим строком. Відсутність у законодавстві розкриття змісту таких термінів, як володіння майном відкрито, безперервно та добросовісно викликає масу проблематичних моментів, тому пропонуємо законодавцю вирішити дане питання.

Новий погляд на роль суду в цивільному судочинстві

Репетя В.О.

Сьогодні в Україні розвивається змагальний тип цивільного судочинства. Як зазначає Г.Фазикош, в науці цивільного процесу виділяються змагальний та розшуковий (слідчий) типи процесу; в реальній дійсності жоден з цих двох типів судочинства не існує (власне і не існував) в чистому вигляді.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Змагальність, на думку Д.Луспеника, складається з елементів: участь сторін у процесі, обґрунтування ними вимог і заперечень, а також повноваження суду щодо забезпечення змагального процесу. Вчений зазначає, що змагальність в першу чергу, реалізується через процес доказування, тобто встановлення наявності чи відсутності обставин, якими обґрунтовуються вимоги й заперечення сторін, а також інших обставин, що мають значення для правильного розгляду і вирішення справ. А головним завданням суду є організація такого процесу, в якому особам, які беруть участь у справі, були б створені всі умови для реалізації ними своїх процесуальних прав і виконання покладених на них процесуальних обов'язків: пред'явлення позовної заяви, надання своїх заперечень на позов, пред'явлення зустрічного позову, обґрунтування своєї позиції тощо. З останнім твердженням важко погодитися: оскільки організаторські функції суду, на думку Д.Луспеника, є основними, то цивільний процес для сторін стає не способом вирішення спорів, а самоціллю.

Оскільки змагальність реалізується в першу чергу через процес доказування, то на сьогодні в теорії і на практиці склалася така концепція, коли сторони, вступаючи в цивільний процес з протилежними вимогами, всіма наявними в них засобами намагаються довести свою правоту та виграти справу. Таке протиставлення сторін, на нашу думку, ще більше розпалює спір та зводить до мінімуму можливість примирення між сторонами.

Актуальним є питання щодо ролі суду в цивільному процесі, враховуючи засади змагальності. Яке становище повинен займати суд щодо учасників процесу, враховуючи те, що законодавство ставить перед ним вимоги неупередженості, об'єктивності?

Після судової реформи 1864 р. теоретики-процесуалісти відзначали, що роль суду не зводилась до пасивного становища глядача процесуального змагання сторін. Суд був зорієнтований на активну участь у встановленні фактичних обставин, проте не як самостійний дослідник, а як помічник і радник сторін. Він не мав права сам збирати докази і довідки, проте повинен був дбати про належне з'ясування обставин справи і з цією метою пропонувати сторонам питання та вказувати на неповноту наданих доказів. Таке сприяння сторонам було не тільки правом суду, а й обов'язком. На сьогодні в Україні таку концепцію ролі суду в цивільному процесі уявити неможливо, оскільки дуже висока імовірність порушення судом вимоги безсторонності, неупередженості. А та допомога, яку суд надавав би сторонам, у будь-якому випадку була б нерівнозначною.

З іншого боку, як зазначав Д.В.Туткевич, судді як представники держави не можуть і не повинні бути в процесі у становищі автоматів, оскільки в такому випадку вони були б не органами держави, а знаряддям сильнішої або більш обізнаної сторони у процесі, що поставило б під сумнів існування самої ідеї держав-

ного правосуддя та потребу в ньому. Суд не повинен мати й деспотичного, інквізиційного характеру, але в той же час він не може бути слабким і бездіяльним, оскільки слабкий суд став би покровителем різних зловживань у цивільному обороті.

Роль суду перш за все має визначатися Конституцією та ЦПК. Так, у ст. 1 Конституцією закріплено, що Україна є соціальною державою. Людина визнається найвищою соціальною цінністю. Держава функціонує для людини, а не навпаки. У ст. 3 КУ закріплено, що права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. У ст. 1 ЦПК зазначено, що завданням цивільного судочинства є справедливий розгляд і вирішення цивільних справ. Таким чином, суд, будучи представником державної влади не може бути лише організатором процесу, який прагне у кінцевому рахунку винести законне рішення на користь однієї або другої сторони. Законодавство покладає на нього обов'язок дотримуватись соціальної спрямованості держави, вести судовий розгляд керуючись принципом справедливості.

На нашу думку, у сьогоднішніх умовах державотворення, коли діяльність держави і її законодавство спрямовані на демократизацію і гуманізацію, має виникнути новий підхід до розуміння ролі суду в цивільному процесі – як суду-миротворця. Ціллю діяльності такого суду в першу чергу має стати не винесення рішення, в якому, як правило, є сторона, яка виграла і програла справу, а примирення сторін, знаходження «золотої середини», прагнення, наскільки це можливо, задовольнити інтереси кожної сторони в цивільному процесі. Виходячи з цього однією з груп повноважень суду (а їх на сьогодні виділяють інструктивні, вказівні і забезпечувальні) мають стати миротворницькі повноваження.

Сьогодні елементи концепції суду-миротворця вже закладені у чинному ЦПК. Так, відп. до ч.5 ст. 175 ЦПК, якщо умови мирової угоди суперечать закону чи порушують права, свободи чи інтереси інших осіб, суд постановляє ухвалу про відмову у визнанні мирової угоди і продовжує судовий розгляд. Таким чином суд не просто автоматично фіксує волевиявлення сторін, а перевіряє законність такого волевиявлення.

Деякі проблеми апеляційного оскарження рішень судів

Міхалінчук С. А.

В Конституції України проголошено, що одним з основних принципів судочинства є забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішення суду (ст. 129 Конституції). В демократичній та правовій державі процедура оскарження рішень до вищестоящих судових інстанцій з метою захисту порушених прав має бути чітко визначеною, прозорою та доступною. Не дивля-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

чись на те, що пройшов певний час з моменту оновлення цивільного процесуального законодавства України та судова практика виявила окремі нормативні недоліки, ряд проблем так і залишаються не вирішеними, зокрема, це стосується апеляційного провадження.

Для оскарження рішення суду першої інстанції зацікавленою особою у відповідній послідовності має бути подано два документи – заяву про апеляційне оскарження та апеляційну скаргу. ЦПК допускає подання лише апеляційної скарги, але за умови, що її буде подано в строк, встановлений для подання заяви про апеляційне оскарження.

Заява про апеляційне оскарження рішення суду першої інстанції може бути подана протягом десяти днів з дня проголошення рішення (заява про оскарження ухвали суду – протягом п'яти днів). Апеляційна скарга на рішення суду подається протягом двадцяти днів після подання заяви про апеляційне оскарження (апеляційна скарга на ухвалу суду – протягом десяти днів).

Проте ЦПК передбачає, що у виняткових випадках залежно від складності справи складання повного рішення може бути відкладено на строк не більше ніж п'ять днів з дня закінчення розгляду справи, але вступну і резолютивну частини суд повинен проголосити в тому самому засіданні, в якому закінчився розгляд справи (ст. 209 ЦПК). Якщо судом буде застосований саме такий порядок постановлення рішення, то зацікавлені особи не будуть мати можливості протягом встановленого строку реалізувати своє право на апеляційне оскарження. Для таких осіб зазначений строк буде скороченим, і таким чином вони опиняться в гіршому становищі порівняно з особами, яким було проголошено повне рішення відразу по закінченню судового розгляду.

Більш виважено це питання вирішене в ГПК. У відповідності зі ст. 93 ГПК у разі, якщо у судовому засіданні було оголошено лише вступну та резолютивну частину рішення, строк на апеляційне оскарження починає спливати з дня підписання повного рішення. Впровадження подібної норми потребує і ЦПК України.

Також, привертає увагу ч. 1 ст. 300 ЦПК, згідно з якою, особа, що подала апеляційну скаргу, має право доповнити чи змінити її протягом строку на апеляційне оскарження. Відповідно до цього положення, після прийняття апеляційної скарги до розгляду апеляційним судом зацікавлена особа не має можливості корегувати свою позицію по пред'явленій скарзі. Так, наприклад, якщо особою була подана апеляційна скарга на рішення суду, яким повністю було відмовлено в задоволенні позовних вимог про відшкодування матеріальної та моральної шкоди, то під час розгляду справи апеляційним судом така особа не зможе зменшити розмір компенсації моральної шкоди, оскільки первинно в скарзі заявлялося про повне скасування рішення суду першої інстанції та ухвалення нового рішення по суті позовних вимог.

В апеляційному провадженні передбачена можливість реалізації лише окремих розпорядчих прав сторін. Згідно ст. 306 ЦПК в апеляційному суді позивач має право відмовитися від позову, а сторони – укласти мирову угоду відповідно до загальних правил про ці процесуальні дії незалежно від того, хто подав апеляційну скаргу. Однак, диспозитивність процесу передбачає вільне розпорядження наданими правами на будь-якій стадії судочинства, в тому числі і на стадії апеляційного провадження. Обмеження дії цього принципу може негативно позначитися на ефективності захисту порушених прав. Відповідно, в ЦПК має бути чітко визначено, що зацікавлені особи можуть користуватися правами, зазначеними в ст. 31 ЦПК, в тому числі і правом збільшувати або зменшувати розмір позовних вимог, на будь-якій стадії процесу.

Припинення права приватної власності на нерухоме майно в Україні

Токаренко Ю. В.

Нерухоме майно повсякчасно є основою любої діяльності людини, а також є мірилом благоустрою. Крім того в нашій країні із-за нестабільної економічної ситуації нерухомість є важливим засобом вкладання та збереження накопичених багатств, і нерідко чи не єдиним коштовним майном, тому для кожної особи нерухоме майно є дуже важливим.

В законодавстві України чітко визначено які речі відносять до нерухомого майна – це земельні ділянки, садиба, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення. Також можуть бути нерухомим майном і повітряні та морські судна, судна внутрішнього плавання, космічні об'єкти, а також інші речі, права на які підлягають державній реєстрації (ст. 181 ЦК).

Підставами припинення права власності є юридичні факти (певні обставини), з якими закон пов'язує ліквідацію права власності взагалі або перехід його до іншої особи. При цьому одні й тіж самі юридичні факти можуть одночасно бути підставами припинення права власності у однієї особи й підставами виникнення права власності у іншої. Наприклад, договір купівлі-продажу є підставою припинення права власності у продавця і підставою виникнення права власності у покупця.

Існують різні підстави припинення права власності на нерухоме майно:

1. Припинення права власності за власним бажанням. Особа відмовляється від права власності на майно вчинивши дії, які свідчать про її відмову.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

2. Припинення права власності за умови відчуження власником свого майна.

3. Припинення права власності особи на майно, яке їй не належить. Особа, яка набула права власності на майно згідно з законом, але закон був прийнятий пізніше або особа, якій потрібен особливий дозвіл на набуття права власності, але в видачі дозволу їй було відмовлено, то власність не може належати особі і це майно має бути відчужене власником протягом року.

4. Припинення права власності внаслідок знищення майна. Право власності припиняється в разі знищення майна.

5. Припинення права власності на нерухоме майно з примусовим відчуженням з мотивів суспільної необхідності на земельній ділянці, на якій воно розміщене.

Право власності на житловий будинок та інші споруди що розміщені на земельній ділянці може бути припинене за згодою власника, але він має право розпоряджатися нерухомим майном до набрання законної сили рішення суду про примусове відчуження з мотивів суспільної необхідності з обов'язковим відшкодуванням вартості майна.

6. Припинення права власності на пам'ятки історії та культури.

Припинення права власності можливе у разі пошкодження або знищення памяток історії та культури, якщо власник не вживав ніяких заходів щодо їх збереження, то Державний орган з питань охорони памяток історії та культури має право постановити рішення про її викуп.

7. Звернення сягнення на майно за зобов'язаннями власника.

8. Реквізиція.

У разі стихійного лиха, аварії та за інших надзвичайних обставин, з метою суспільної необхідності майно може бути примусово відчужене у власника, за умови попереднього і повного відшкодування його вартості.

9. Конфіскація.

За вчинення правопорушення особи можуть бути позбавлені права власності на майно за рішенням суду у випадках, встановлених законом, яке переходить у власність держави.

10. Право власності припиняється уразі припинення юридичної особи чи смерті власника.

При припиненні права власності на майно в різних випадках має дотримуватися ст. 44 Конституції: ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Право приватної власності є непорушним.

В результаті всього розглянутого можно зробити висновок, що існують різні підстави припинення права власності на нерухоме майно, які можуть залежати від особи, причин та обставин, які вплинули на рішення про припинення права власності на майно.

Слід зазначити, що припинення права власності на нерухоме майно має велике значення для людини і тому існують різні підс-

тави щодо припинення права власності на нерухоме майно: з примусовим відчуженням з мотивів суспільної необхідності на земельній ділянці; внаслідок знищення майна; у разі стихійного лиха або аварії; із-за вчинення правопорушення особи та інші підстави, за яких відбувається припинення права власності на нерухоме майно.

Окремі аспекти права на таємницю про стан здоров'я

Когут К.

Кожна людина має природне, невід'ємне і непорушне право на охорону здоров'я. Суспільство і держава відповідальні перед сучасним і майбутніми поколіннями і за рівень здоров'я і за збереження генофонду народу України, забезпечують пріоритетність охорони здоров'я в діяльності держави, поліпшення умов праці, навчання, побуту і відпочинку населення, розв'язання екологічних проблем, вдосконалення медичної допомоги і запровадження здорового способу життя.

Відповідно до ч.1 ст.39 Основ законодавства України про охорону здоров'я пацієнт має право на таємницю про стан здоров'я, факт звернення за медичною допомогою, діагноз, а також про відомості, одержані при його медичному обстеженні.

Забороняється вимагати та подавати за місцем роботи або навчання інформацію про діагноз та методи лікування пацієнта.

Відповідно до ст. 40 Основ законодавства України про охорону здоров'я медичні працівники та інші особи, яким у зв'язку з виконанням професійних або службових обов'язків стало відомо про хворобу, медичне обстеження, огляд та їх результати і сімейну сторони життя громадянина, не мають право розголошувати ці відомості, крім передбачених законодавчими актами випадків.

При використанні інформації, що становить лікарську таємницю, в навчальному процесі, науково - дослідній роботі, в тому числі у випадках її публікації у спеціальній літературі, повинна бути забезпечена анонімність пацієнта.

Відповідно до ст. 286 ЦК фізична особа має право на таємницю про стан свого здоров'я, факт звернення за медичною допомогою, діагноз, а також про відомості, одержані при її медичному обстеженні. Забороняється вимагати та подавати за місцем роботи або навчання інформацію про діагноз та методи лікування пацієнта. Фізична особа зобов'язана утримуватися від поширення інформації, зазначеної у частині першій цієї статті, яка стала їй відома у зв'язку з виконанням службових обов'язків або з інших джерел. Фізична особа може бути зобов'язана до проходження медичного огляду у випадках, встановлених законодавством.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Коментована стаття закріплює право, яке тісно пов'язане з інформацією про стан здоров'я особи. Однак на відміну від ст. 285 ЦК, де особа наділяється правом на отримання інформації про стан свого здоров'я, дана стаття гарантує особі нерозповсюдження інформації про стан її здоров'я. Гарантією цього права є встановлення режиму таємниці на даний вид інформації. Сутність права на таємницю полягає в можливості фізичної особи самостійно визначити коло осіб, які можуть отримати інформацію про стан її здоров'я, а також вимагати від осіб, які отримали цю інформацію у зв'язку з виконанням ним службових обов'язків або з інших джерел, не розголошувати її. Відповідно всі зазначені права на таємницю тягнуть за собою кореспондуючий обов'язок цих осіб не поширювати зазначену інформацію.

Право на таємницю про стан здоров'я, окрім можливості вимагати не розповсюджувати отриману інформацію про стан здоров'я фізичної особи, містить ще й такі складові: а) право на таємницю про факт звернення за медичною допомогою; б) право на таємницю про встановлений діагноз; в) право на таємницю про відомості, які отримані при медичному обстеженні.

Реалізація право на таємницю про стан здоров'я фізичної особи гарантується цілою низкою покладених на інших осіб спеціальних обов'язків. Насамперед, фізична особа зобов'язана утримуватися від поширення інформації, яка складає зміст таємниці про стан здоров'я фізичної особи, що стала їй відома у зв'язку з виконанням службових обов'язків або з інших джерел. Тісно з цим пов'язана також і лікарська таємниця (ст. 40 Основ законодавства про охорону здоров'я). Окрім зазначених випадків гарантією реалізації права на таємницю про стан здоров'я є також і заборона вимагати та подавати за місцем роботи або навчання інформацію про діагноз та методи лікування фізичної особи. Застосування цієї гарантії можливе, наприклад, шляхом вилучення з листків тимчасової непрацездатності, які передаються до бухгалтерії, інформації про діагноз фізичної особи.

Чинне законодавство передбачає ще окремі заборони, які спрямовані на забезпечення право на таємницю про стан психічного здоров'я. До них, зокрема, слід зарахувати, наприклад, заборону без згоди особи або без згоди її законного представника та лікаря-психіатра, який надає психіатричну допомогу, публічно демонструвати особу, яка страждає на психічний розлад, фотографувати її чи робити кінозйомку, відеозапис та прослуховувати співбесіди особи з медичними працівниками (ч.6 ст.6 Закону України « Про психіатричну допомогу»).

За передбачених законодавством обставин право на таємницю про стан здоров'я фізичної особи може бути обмежено. Так, наприклад, особи, які подавали заяву для реєстрації шлюбу відповідно до ст.30 СК, зобов'язані повідомити один одного про стан свого здоров'я. Також фізичні особи, які визнані ВІЛ-

інфікованими чи хворими на СНІД, зобов'язані повідомити осіб, які були з ними у статевих контактах до виявлення факту інфікованості, про можливість їх зараження (ст.15 Закону України « Про запобігання захворювання на синдром набутого імунодефіциту (СНІД)та соціальний захист населення»).

Право на таємницю про стан здоров'я фізичної особи охороняється також і кримінальним законодавством, наприклад, ст.145 КК.

Правовий статус свідка за ЦК України

Роскошанська І. В.

1.Визначення свідка ЦК не містить, однак, розглядає свідка в двох аспектах, в матеріально-правовому значенні та процесуальному. Отже, спробуємо визначити статус свідка в матеріально правовому значенні.

Свідок - це фізична особа,з повною цивільною дієздатністю, яка на основі свого волевиявлення підтверджує та посвідчує юридичний факт, очевидцем якого він був.

2.Посилання на статус свідка міститься в наступних нормах :

- свідок ***свідчить*** про факт правочину (ст.218 ЦК «Правові наслідки недодержання вимоги щодо письмової форми правочину»);
- свідок ***підтверджує*** прийняття речі на зберігання (ст. 937 ЦК «Форма договору зберігання»), а саме за ч.2: Прийняття речі на зберігання при пожежі, повені, раптовому захворюванні або за інших надзвичайних обставин може підтверджуватися свідченням свідків;
- свідок ***підтверджує*** факт укладання договору підряду (ст.866ЦК «Форма договору побутового підряду»). Надає право замовнику залучати свідків для підтвердження факту укладання договору або його умов;
- свідок ***підтверджує*** тотожність речі, що прийнята на зберігання (ст.949ЦК «Обов'язок зберігача повернути річ»), а саме ч 3 передбачає:тотожність речі,яка була прийнята на зберігання, і речі, яка була повернута поклажодавцеві, може підтверджуватися свідченнями свідків.
- на бажання заповідача його заповіт може бути ***посвідчений*** при свідках (ст.1253ЦК «Посвідчення заповіту при свідках»). Ця ж норма містить правила згідно яких свідками можуть бути лише особи з повною цивільною дієздатністю. Свідками не можуть бути: 1) нотаріус або інша посадова, службова особа, яка посвідчує заповіт; 2) спадкоємці за заповітом; 3) члени сім'ї та близькі родичі спадкоємців за заповітом; 4) особи, які не можуть прочитати або підписати заповіт. На наш погляд ці вимоги явно не повинні поширюватись на інші правовідносини, в яких приймають участь

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

свідки, окрім спадкових, і те лише тих, в яких йдеться про посвідчення заповіту.

3. Процесуального статусу (по аналогії з понятими) свідки набувають у наступних правовідносинах:

-якщо заповідач через фізичні вади не може сам прочитати заповіт**, *посвідчення*** заповіту має відбуватися при свідках (ст.1248 ЦК «Посвідчення заповіту нотаріусом»);

-при свідках оголошується заповіт та складається протокол, який вони ***посвідчують*** **(**ст.1250 «Оголошення нотаріусом секретного заповіту»).

4.Розглянувши вище вказані норми ЦК, то можна зробити висновок, що такі поняття як свідчення, підтвердження, посвідчування використовується законодавством як слова синоніми. Але на наш погляд ці конструкції не тотожні, тому що свідчення – це документ, що засвідчує юридичний факт, зміст якого оспорюється лише в судовому порядку, а підтвердження – це відповідність теорії, закону, гіпотезі деякому факту або експериментальному результату. У методології підтвердження – критерій істинності теорії, закону.

Тобто до процесуальних дій свідка відносяться такі дії, як: свідчити, підтверджувати, посвідчувати.

Правова характеристика договору найму житла

Налісна Н. В.

Актуальність проблеми дослідження договору найму житла обумовлюється постійним зростанням в сучасному суспільстві потреб у житлі, оскільки від наявності житла, його якості та благоустрою залежать здоров'я, працездатність, тривалість життя людини. Тому забезпечення громадян житлом у будь-якій державі має приділятися належна увага, а відтак кожен уряд у соціально орієнтованій державі повинен розглядати житлову проблему як одне з найважливіших соціальних завдань розвитку суспільства.

Основні положення, що регулюють правовідносини за договором найму (оренди) незалежно від статусу сторін договору, закріплено в главах 58 «Найм (оренда)» та 59 «Найм (оренда) житла» ЦК. При цьому вимоги глави 59 ЦК стосуються договорів найму (оренди) приміщень, які мають чітко визначене цільове призначення – для проживання. Тому при укладенні договору найму (оренди) житла слід керуватися положеннями глави 59 ЦК «Найм (оренда) житла», які є спеціальними щодо положень глави 58 ЦК «Найм (оренда)» [1].

Договір найму (оренди) житла є двостороннім, оскільки правами та обов'язками наділені обидві сторони договору, наймодавець має право вимагати від наймача виконання його обов'язків, на-

приклад, сплати грошей за користування житлом, а наймач вправі вимагати від наймодавця виконання зобов'язання вчинити на його користь певну дію (передати житло в користування негайно або у строк, встановлений договором найму) [2].

Відповідно до ст. 810 ЦК за договором найму (оренди) житла одна сторона – власник житла (наймодавець) передає або зобов'язується передати другій стороні (наймачеві) житло для проживання у ньому на певний строк за плату. Предметом договору найму житла можуть бути помешкання, зокрема, квартира або її частина, житловий будинок або його частина. Сторонами у договорі найму житла можуть бути фізичні та юридичні особи. Якщо ж наймачем є юридична особа, вона може використовувати житло лише для проживання в ньому фізичних осіб (ч. 2 ст. 813 ЦК).

Розглянемо основні умови цього договору. Предметом договору є те приміщення або частина приміщення, яке передається в оренду. В самому договорі потрібно чітко зазначати точне місце розташування (адресу) та його ознаки (такі як розмір, призначення, загальна і корисна площа), а також наявність інших об'єктів, право користування якими переходить до наймача. Строки в договорі повинні бути чітко прописані. Оскільки в ст. 821 ЦК передбачено, що якщо в договорі найму житла строк його дії не вказаний, то він вважається укладеним на 5 років. Якщо одна зі сторін бажає розірвати договір до закінчення його дії, то вона повинна письмово попередити про це іншу сторону за 3 місяці.

Ціна договору визначається за домовленістю сторін (ст. 623 ЦК) і включає в себе плату за користування житлом та сплату за комунальні послуги.

Укладання договору найму житла здійснюється у письмовій формі відповідно до ст. 811 ЦК. Водночас недодержання сторонами цього договору вимог закону щодо обов'язкової письмової форми договору не тягне за собою визнання його недійсним – у такому разі діє загальне правило, передбачене ч. 1 ст. 218 ЦК, щодо позбавлення сторін (у разі виникнення спору) права посилатися на показання свідків для підтвердження як самого факту укладення договору найму житла, так і будь-яких умов, на яких зазначений договір було укладено.

Підводячи підсумки, хочеться зазначити, що в даний час договір найму житла є тим видом договору, щодо якого рівень уваги юристів, нотаріусів та інших правозахисників дуже високий. Це, в свою чергу, дає підставу для обережності при його укладенні під час найму житла.

Список використаних джерел: Цивільний кодекс України. – Х., 2009.; Сліпченко С. О., Мічурін Є. О. Теоретичний аспект соціального найму житла. - Х.: 2003.; Слипченко С. А. К некоторым вопросам теории договора найма жилого помещения. - Х.: Бізнес Інформ, 2000. — С. 15—16.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Проблеми створення місцевих громадських організацій

Костромицький В.

У статті 1 Закону України «Про об'єднання громадян» [1] значиться, що об'єднання громадян, незалежно від назви (рух, конгрес, асоціація, фонд, спілка тощо) відповідно до цього Закону визнається політичною партією або громадською організацією. Створення , легалізація та діяльність громадських організацій здійснюється відповідно до Конституції України [2] та чинного законодавства. З Конституцією все зрозуміло – стаття 36 встановлює, що громадяни України мають право на свободу об'єднання у громадські організації А ось із чинним законодавством все досить заплутано. Розглянемо це більш детально.

Нас буде цікавити саме порядок створення місцевих громадських організацій (надалі - МГО). Якщо з повноваженнями та діяльністю МГО все більш-менш зрозуміло, то порядок їх створення і легалізації є надзвичайно складним. Я б навіть сказав неможливим. Так, згідно зі ст. 14 Закону України «Про об'єднання громадян» реєстрація, як один із способів легалізації об'єднань громадян, здійснюється Мінюстом України, місцевими органами виконавчої влади, виконавчими комітетами сільських, селищних, міських рад. Законом України «Про місцеве самоврядування в Україні» [3] виконавчим органам міських рад були надані повноваження щодо реєстрації місцевих громадських організацій (п/п 7 п. «б» ч. 1 ст. 38 вищезазначеного Закону), але 16 березня 2006 року Верховна Рада України вносить зміни до Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» [4] (надалі – Закон про реєстрацію), котрий також торкається державної реєстрації МГО, адже відповідно до нього всі юридичні особи мають проходити процедуру державної реєстрації, встановлену ним, незалежно від організаційно-правової форми, форми власності та підпорядкування. Таким чином у МГО має бути два свідоцтва про державну реєстрацію: перше видає відповідний орган юстиції, а друге – реєстраційний орган.

І ось тут починається найцікавіше: чи то хтось, хто готував та розробляв ці зміни недогледів, чи то просто ніхто не подивися у спеціальне законодавство, що регулює порядок створення МГО, але Верховна Рада, мабуть сама того не розуміючи, зробила неможливим їх створення, оскільки, за новими змінами Мінюст України та його територіальні органи здійснюють реєстрацію (легалізацію) об'єднань громадян (у тому числі професійних спілок та їх об'єднань), благодійних організацій, політичних партій, творчих спілок та їх територіальних осередків, адвокатських об'єднань, торгово-промислових палат, бірж, інших установ та організацій, визначених законом, та видають свідоцтво про державну реєстрацію, оформлене державним реєстратором у відповідному вико-

навчому комітеті міської ради міста обласного значення або у районній, районній у містах Києві та Севастополі державній адміністрації за місцезнаходженням юридичної особи. Прикінцевими положеннями Закону про державну реєстрацію визначено, що закони, нормативно-правові акти, прийняті до набрання ним чинності, діють у частині, що йому не суперечать, а, отже, унеможливлюють дію Закону України «Про об'єднання громадян» та Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні». Тобто, для реєстрації МГО слід звертатися до відповідних органів юстиції.

Розглянемо точку зору органів юстиції. Вона є більш зрозумілою, але й на мою думку неправильною. Органи юстицій в Україні діють на підставі спеціального Положення про порядок легалізації об'єднань громадян [5], і в п. 2 цього Положення вказано, що легалізація МГО здійснюється Головним управлінням юстиції Мін'юсту в АРК, обласними, Київським та Севастопольським міськими, районними, районними в містах Києві та Севастополі управліннями юстиції, виконавчими комітетами сільських, селищних, міських Рад народних депутатів. Також існує Положення про головне управління юстиції Міністерства юстиції України Автономної Республіки Крим, головні управління юстиції в областях, містах Києві і Севастополі та Положення про районні, районні в містах, міські, міськрайонні управління юстиції, [6]. У п. 3 цього цього Положення зазначено, що легалізація місцевих організацій віднесена до делегованих повноважень міських рад (згадуємо статтю 38 Закону України «Про об'єднання громадян»). Тобто, органи юстиції пропонують звертатися до відповідних органів місцевого самоврядування.

З усього вищезазначеного зрозуміло лише одне – Верховна Рада України та Міністерство юстиції України прийняли низку нормативних актів, які суперечать один одному, що просто зробили неможливим створення МГО. І це тільки одна сторона проблеми. Інша сторона полягає в тому, що всі МГО, які були створені до тих самих змін у 2006 р., по суті знаходяться у стані «невагомості», адже неможливо провести ні зміни до їх установчих документів, ні припинити їх діяльність.

На мою думку для зняття існуючих протиріч треба розмежувати компетенцію органів місцевого самоврядування і органів юстиції шляхом внесення змін до відповідних нормативних актів, які регулюють порядок створення місцевих громадських організацій, а саме: 1) або прибрати зміни до ч. 4 ст. 3 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців», тобто уповноважити виконавчі органи місцевого самоврядування проводити державну реєстрацію МГО, 2) або ж прибрати п/п 7 п. «б» ч. 1 ст. 38 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні», тобто надати повноваженя по державній реєстрації місцевих громадських організацій саме органам юстиції.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Список літератури: Закон України «Про об'єднання громадян» / Верховна Рада України, Закон № 2460-XII від 16.06.1992// ВВР України, № 34, 25.08.1992. 2. Конституція України // ВВР України, № 30, 23.07.1996. 3. Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні ВВР України, № 24, 25.06.1997. 4. Закон України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» ВВР України, № 31, 08.08.2003. 5 Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про порядок легалізації об'єднань громадян», Постанова № 140 від 26.02.1993 6. Наказ Міністерства юстиції України «Про затвердження Положення про головні управління юстиції в Автономній Республіці Крим, областях, мм. Києві та Севастополі та Положення про районні, районні в містах, міські (міст обласного значення), міськрайонні управління юстиції // Офіційний вісник України, № 35, 15.09.2000, ст. 277

Особисті немайнові права та обов'язки опікуна

Вітрикуш П. М.

Права людини становлять абсолютну цінність. У будь-якому суспільстві вони є важливим інститутом, за допомогою якого регулюється правовий статус особи, визначаються способи й засоби впливу на неї, межі вторгнення в особисту сферу, встановлюються юридичні гарантії реалізації та захисту прав і свобод. Основні права і свободи людини належать їй від народження і є невід'ємними, тому їх забезпечення – одна з найважливіших функцій держави.

Нажаль, в нашому суспільстві багато людей потребують опіки, це діти, які залишаються без батьків – сиріти, недієздатні особи та ті особи, які обмежені в дієздатності та не можуть самостійно здійснювати свої особисті немайнові права. Саме з метою захисту їх особистих немайнових прав і встановлюється опіка.

Адже, найкращим середовищем для життя та виховання підопічного є сім'я, а найкращим вихователем для них є опікуни. Досить важливим у системі особистих немайнових прав, що забезпечують природне існування фізичної особи є право на опіку. Кожна дитина потребує сім'ї, це її право.

Для неповнолітніх дітей, які залишились без батьківського піклування, внаслідок смерті батьків, позбавлення їх батьківських прав, хвороби чи з інших причин, опіка перш за все полягає у захисті їх особистих немайнових інтересів, забезпеченням повноцінною сім'єю та належним вихованням.

Над повнолітніми фізичними особами, які за станом здоров'я не можуть самостійно здійснювати свої права і виконувати свої обов'язки, опіка встановлюється для захисту особистих немайнових прав, направлена на створення для таких осіб, необхідних побутових умов, здійснення за ними догляду, забезпечення їх виховання, навчання та розвитку, а у необхідних випадках і лікування.

Особисті немайнові права можна розглядати у двох аспектах : особисті немайнові права які виникають у кожного громадянина або члена сім'ї; особисті немайнові права які виникають у опікуна по відношенню до підопічного.

В одній площині знаходяться загальні особисті немайнові права, які притаманні опікуну та підопічному, та спеціальні, які притаманні тільки опікуну.

Оскільки право на опіку є особистим немайновим правом, то йому притаманно ряд таких ознак: а) право на опіку є особистим немайновим правом, які забезпечують природне існування особи та передбачено ст. 292 ЦК; б) право на опіку належать кожній фізичній особі від народження, але встановлюється у випадках передбачених законом; в) дані права не мають економічного змісту, фактично неможливо визначити вартість цього права, а відповідно і блага, що є його об'єктом, у грошовому еквіваленті, тобто ці права не можна оцінити як будь-яку майнову річ; г) дані права тісно пов'язані з фізичною особою як опікуна, так і підопічного, тобто це право виникає у обох за законом і має невідчужуваний характер; д) право на опіку має довічний характер, належить особі від народження, встановлюється відповідно до закону.

Переважна більшість особистих немайнових прав у особи виникає з моменту народження і закінчується моментом смерті. Право ж на опіку виникає від народження, а припиняється тоді, коли особі, над якою встановлювалась опіка, виповнювалося чотирнадцять років, тобто воно має строковий характер, або коли фізичну особу, визнаною недієздатною, або у випадку поновлення в цивільній дієздатності.

Права та обов'язки опікуна щодо дитини:

По перше опікун забов'язан виховувати дитину,піклуватися про її здоров'я, фізичний, психічний та духовний розвиток.

По друге опікун має право вимагати повернення дитини від особи , яка тримає її у себе е на підставі закону.

По третє опікун не має права обмежувати свободу дитини.

На опікунів покладається обов'язок виконувати свої права та обов'язки в інтересах дитини, забезпечення її інтересів має бути предметом особливої турботи опікуна. Основний обов'язок опікунів полягає в створенні сприятливих умов для сімейного виховання підопічних.

Ст. 249 СК регламентує права та обов'язки опікунів щодо підопічних дітей, ці права та обов'язки ґрунтуються на змісті основної мети опіки. Мова йде про забезпечення прав та інтересів дитини, права на всебічне і належне її виховання та охорону її людської гідності. Опікуни при здійсненні своїх повноважень ні в якому разі не мають права завдавати шкоду фізичному та психічному здоров'ю дітей та їхньому розвитку.

Також опікун зобов'язаний дбати про лікування та створення необхідних побутових умов для фізичної особи, цивільна дієздатність якої була обмежена і всіляко сприяти в поліпшенні стану цієї особи.

Опікун зобов'язаний здійснювати особисті немайнові права особи, цивільна дієздатність якої була обмежена, тільки в її інтересах.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Особисті немайнові права регламентовані чинним законодавством України, що свідчить про те, що діти які втратили батьків і особи, які були визнанні недієздатними, мають гарантію подальшого їх проживання в сім'ї, належного виховання, та для отримання допомоги особам які обмежені в дієздатності.

Завдяки особистим немайновим правам, особи які потребують опіки та не можуть самостійно здійснювати свої права, з'являється реальна можливість здійснювати їх через опікунів.

Відшкодування моральної (немайнової) шкоди

Дорожінськая Я. Л.

На сучасному етапі розвитку як в Україні так і в багатьох країнах, відчутно стає актуальною проблема захисту прав і інтересів людини, в тому числі і право на відшкодування моральної (немайнової) шкоди.

Тема відшкодування моральної (немайнової) шкоди є досить актуальною як для українського так і для російського цивільного права і це зумовлено насамперед, непослідовністю підходу законодавця щодо врегулювання відносин із відшкодування моральної (немайнової) шкоди який йде в напрямку звуження сфери її застосування та особливістю судового розгляду справ цієї категорії. Зобов'язання внаслідок заподіяння шкоди донедавна регулювались законодавством лише в частині відшкодування матеріальної та фізичної шкоди, що завдана фізичній особі чи майну юридичної особи. Попри те, що судова практика напрацювала підходи до вирішення справ про відшкодування моральної (немайнової) шкоди, вона досі стикається із цілою низкою проблем доказування наявністю такої шкоди у певної особи, її ступенем та наслідками, залежністю від визначеного законом правопорушення тощо.

Встановлення наявності моральної (немайнової) шкоди насамперед залежить від суб'єктивного сприйняття фактичних обставин справи та їх психологічної оцінки. Слід зазначити, що прийняття судом рішення про її на відшкодування лежить до таких явищ, які знаходяться та будуть знаходитися в центрі уваги держави, законодавця, науковців і практиків. З подальшим розвитком змагального цивільного процесу, активності в ньому сторін, яка ґрунтується на доказуванні, у тому числі і при розгляді справ про відшкодування моральної (немайнова) шкоди, є наскільки актуальним, що доказування складає предмет законотворення великої кількості законів України. І це не є дивним, бо українська юриспруденція шукає відповіді на конкретні практичні питання, якими є насамперед підстави та критерії розміру відшкодування моральної (немайнової) шкоди, забезпечення справедливості при розгляді справ цієї категорії.

Заради об'єктивності необхідно зазначити, що вирішення проблеми доказування та доказів у справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди є складним питанням, оскільки цивільне законодавство України тривалий час взагалі не містило поняття «моральна шкода» і не передбачало можливості її компенсації. Вперше поняття моральної шкоди було введено Законом України від 6 травня 1993 року «Про внесення змін і доповнень до положень законодавчих актів України, що стосуються захисту честі, гідності та ділової репутації громадян і організацій», яким ЦК було доповнено ст. 440[1]. Дана норма передбачала, що моральна (немайнова) шкода, заподіяна громадянину або організації діяннями іншої особи, яка порушила їх законні права, відшкодовується особою, яка заподіяла шкоду, якщо вона не доведе, що моральна шкода заподіяна не з її вини .

Верховний Суд України вперше звернувся до поняття моральної шкоди в своїй Постанові № 4 від 31 березня 1995 року «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» зазначивши, що під майновою шкодою слід розуміти втрати немайнового характеру внаслідок моральних чи фізичних страждань, або інших негативних явищ, заподіяних фізичній чи юридичній особі незаконними діями, або бездіяльністю інших осіб.

Не погодившись з таким визначенням поняття моральної шкоди Ромовська З. В. зазначає, що із запропонованого визначення неодмінно випливає такий логічний ряд: незаконна дія породжує моральні чи фізичні страждання, а моральні чи фізичні страждання зумовлюють моральну шкоду. Однак таке розуміння не є логічним. Адже моральні страждання це стресовий стан, фізичний біль, крах надій. Таким чином, термін «моральна шкода» означає шкоду, яка заподіяна душі, тобто вона є порушенням стану душевної рівноваги.

Пленум Верховного Суду Російської Федерації в своїй Постанові «Про відшкодування моральної шкоди» від 20 грудня 1994 року зазначив, що під моральною шкодою розуміється моральні або фізичні страждання, спричинені діяннями (бездіяльністю), які посягають на приналежні громадянину від народження чи в силу закону нематеріальні блага (життя, здоров'я, гідність особи, ділова репутація, недоторканість приватного життя, особиста і сімейна таємниця тощо) чи порушують його особисті немайнові права (право на користування своїм іменем, право авторства та інші немайнові права відповідно до Закону «Про охорону прав на результати інтелектуальної діяльності»), чи порушуючи майнові права громадян. Пленум Верховного Суду Республіки Казахстан в своїй Постанові № 10 від 22 грудня 1995 року «Про застосування судами законодавства про відшкодування моральної шкоди» зазначив, що під моральною шкодою розуміється моральні або фізичні страждання (приниження, роздратованість, гнів, стид, від-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

чай, фізичний біль, ущербність, дискомфорт тощо), які відчуває (терпить, переживає) потерпілий в результаті здійсненого проти нього правопорушення.

Таким чином, розуміння моральної (немайнової) шкоди, не дивлячись на деякі її розбіжності, розуміється в правовій науці майже однаково. Цьому свідчить і аналіз судової практики.

Відповідно до п. 3 Постанови Пленуму від 31 березня 1995р. № 4 «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» під моральною шкодою слід розуміти втрати немайнового характеру внаслідок моральних чи фізичних страждань або інших негативних явищ, заподіяних фізичній чи юридичній особі незаконними діями або бездіяльністю інших осіб, а під немайновою шкодою, заподіяною юридичній особі, - втрати немайнового характеру, що настали у зв'язку з приниженням її ділової репутації, посяганням на фірмове найменування, товарний знак, виробничу марку, розголошенням комерційної таємниці, а також вчиненням дій, спрямованих на зниження престижу чи підрив довіри до її діяльності.

Так відповідно до частини другої ст.23 ЦК, моральна шкода у фізичних осіб може полягати, зокрема, у: фізичному болю й стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я; душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з протиправною поведінкою щодо неї самої, членів її сім'ї чи близьких родичів; душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку зі знищенням чи пошкодженням її майна; приниженні честі, гідності, а також ділової репутації фізичної або юридичної особи.

Щодо підстав обмеження дієздатності фізичної особи. Марнотратство, як підстава обмеження дієздатності

Метла К.

Становлення України як демократичної правової держави вимагає високого рівня забезпеченості та гарантування прав та законних інтересів громадян, а також постійного вдосконалення та доповнення законів, внесення більш точних визначень та понять до нормативно-правових актів.

Дуже важливим питанням цивільного права було і залишається обмеження дієздатності фізичної особи та визнання фізичної особи недієздатною. Це питання досліджувалось такими цивілістами як Ю.Г. Басін, А.М.Белякова, В.П.Грібанов, А.Г.Діденко, Л.С.Житкевич, В.А.Кройтор, Ю.І.Лутченко, М.С. Малеїн, С.О.Слобадян, та ін. Проте, вказана проблема вимагає, на мою думку, додаткового вивчення.

Найбільше уваги потребує такий аспект даного питання, як визначення критеріїв, порядку визнання особи обмежено дієздатною. В основі своїй дослідники вказують на те, що з прийняттям нового Цивільного кодексу, Україна на порядок просунулась у законодавчому регулюванні розглядуваного питання. Зокрема, в ньому визначені більш вдалі медичні та юридичні критерії визнання особи обмежено дієздатною.

Необхідно констатувати, що будь-які підстави обмеження цивільної дієздатності обумовлені неможливістю і небажанням особи адекватно оцінювати свої дії. Суспільство не схвалює і не підтримує обрані їм способи здійснення своїх майнових прав. З точки зору безпосередніх наслідків таке поводження порушує права конкретних осіб – кредиторів, членів родини, але в остаточному підсумку або підриває стабільність цивільних відносин, або іншим способом порушує інтереси суспільства в цілому. [2]

Не дивлячись на нещодавнє реформування цивільного законодавства, існує кілька аспектів даного питання, що потребують деталізації та доповнення.

Так, ми вважаємо, що додаткового перегляду потребують підстави визнання фізичної особи обмежено дієздатною. У ч.2 ст. 36 ЦК визначено, що суд може обмежити цивільну дієздатність фізичної особи, якщо вона зловживає спиртними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами тощо і тим ставить себе чи свою сім'ю, а також інших осіб, яких вона за законом зобов'язана утримувати, у скрутне матеріальне становище.[1] На думку багатьох цивілістів і на мою думку також, необхідно ч.2 ст.36 ЦК доповнити таким критерієм як марнотратство[3,4]. Марнотратом у юридичному розумінні визначається особа, яка через психологічні відхилення та недостатньо сформовані вольові самообмеження, витрачає своє майно, чим ризикує залишити своїх близьких без коштів на існування.

Марнотратами можуть бути особи, які грають в азартні ігри та мають великі шанси поставити себе та сім'ю у скрутне матеріальне становище, а також особи, які регулярно витрачають великі суми грошей на благодійництво.[3] Головним критерієм за ч.2 ст.36 ЦК, є не зловживання спиртними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами, а саме те, що особа своїм зловживанням ставить себе чи свою сім'ю, а також інших осіб, яких вона за законом зобов'язана утримувати, у скрутне матеріальне становище. Саме з огляду на це, до підстав обмеження цивільної дієздатності фізичної особи варто додати і марнотратство.

Отже, на підставі вищезазначеного, можна зробити такий висновок, що сучасне цивільне законодавство, зокрема в питанні обмеження цивільної дієздатності фізичної особи, потребує доповнень та деталізації правових визначень та положень. Визнання марнотратства підставою обмеження цивільної дієздатності фізичної

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

особи, на мою думку, було б значним кроком вперед на шляху до всебічного забезпечення прав та законних інтересів громадян.

Використана література:1.Цивільний кодекс України; 2.www.nbur.gov.ua/e-journals/Chaau/2009-2/09bmeumv.pdv;3. www.justinian.com.ua/article.php?id=979: 3. Проблеми державотворення: захист правв людини в Україні: Матеріали XIII регіональної науково-практичної конференції 8-9 лютого 2007 р. – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету ім.. Івана Франка, 2007. – 926 с.

Проблема співвідношення лікарської таємниці та права людини на збереження здоров'я

Бала Ю. С.

Кожна особа має право на інформацію про стан здоров'я населення, включаючи існуючи і можливі фактори ризитку та їх ступінь [10, с.36]. Але це право вступає у конфлікт з деяких випадках з правом осіб на особисту та лікарську таємницю.

Чи є конфіденційною інформація щодо наявності у людини хворими, яка є небезпечної не тільки для неї,а й для осіб, що її оточують чи для суспільства загалом. До таких хвороб зокрема можна віднести: туберкульоз, СНІД, сифіліс та ін. Право на отримання усіх зазначених відомостей можна віднести до можливості отримання громадянами медичної інформації. Медична інформація може розглядатися в широкому і вузькому розумінні. В широкому розумінні під медичної інформацією розуміють відомості про стан здоров'я населення, інформацію про лікарські препарати, що застосовуються у медицині та ін.У вузькому розумінні під медичною інформацією розуміють відомості про стан здоров'я людини; захворювання, яким вона хворіє; заходів профілактики цього захворювання; інформація про причини смерті людини. Дана інформація є конфіденційною [6, с. 37-38]. Медична інформація повинна відповідати наступним вимогам: 1) доступність— така інформація, яка є зрозумілою пересічному громадянину, тобто людини, яка не має спеціальної медичної освіти; 2) своєчасність—тобто така, яка надана пацієнту в розумні строки чи терміни, коли людина має час прийняти рішення щодо оперативності свого лікування; 3) достовірність - об'єктивний стан здоров'я пацієнта; 4) повнота—забезпечення рівня поінформованості особи, можливість пацієнта самостійно оцінити стан власного здоров'я.

Отже, зрозуміло, що першоджерелом медичної інформації є лікар [7, с. 36-39]. Законодавство встановлює обов'язок лікаря зберігати деяку медичну інформацію у таємниці.

Поняття лікарської таємниці фактично обмежує доступність інформації, яка стосується безпеки хворого для оточуючих. Об'єкт лікарської таємниці – це відомості, які стали відомі медичному працівнику стосовно пацієнта при діагностиці, лікуванні чи реабілітації, конфедінційний характер яких визначений законом,

обов'язок зберігати які покладається також на інших осіб, котрим зазначена інформація стала відомою при виконанні своїх професійних обов'язків [8, с. 109-111]. Таким чином, є доцільним розгляд такого питання як можливості поширення інформації про хворобу пацієнта щодо кола осіб.

Основи законодавства про охорону здоров'я містять загальне правило: пацієнт вправі ознайомитись зі своєю історію хвороби. Лікар, у тих випадках, коли пацієнт хоче реалізувати своє право на ознайомлення з діагнозом хвороби, зобов'язаний пояснити пацієнту у доступній формі стан його здоров'я, мету запровадженого лікування, прогноз можливого розвитку захворювання, у тому числі ризику для життя і здоров'я [10, с.39].

Але постає питання, як повинна діяти хвора особа, яка дізналася про наявність у неї хвороби, яка є небезпечною не тільки для неї, а також для близького оточення чи суспільства взагалі? Яким чином вона повинна діяти? Як повинен діяти лікар? Чи повинен від повідомити цю інформацію близьким родичам особи або людям, з якими хворий проводить більшість часу, і внаслідок цього може заподіяти шкоду їхньому здоров'ю? Чи повинна мати хворої на СНІД дитини попереджати про це адміністрацію дитячого садка, батьків інших дітей?

Деякі науковці вважають, що основне призначення інституту медичної таємниці — попередження випадків можливого заподіяння моральної шкоди пацієнту та його близьким. Однак збереження медичної таємниці не може бути абсолютним. В.Версаєв вважав, що якщо збереження медичної таємниці шкодить суспільству або оточуючим хворого, то лікар повинен порушити таємницю [7, с. 8-11].

Ми підтримуємо думку В.Версаєва щодо неможливості абсолютності збереження такої медичної таємниці [11, с. 42]. Так у ст.39 Закону України «Основи законодавства країни про охорону здоров'я» говориться про те, що пацієнт має право на таємницю про стан свого здоров'я, факт звернення за медичною допомогою, діагноз, а також про відомості, одержані при його медичному обстеженні. Забороняється вимагати та подавати за місцем роботи або навчання інформацію про діагноз та методи лікування пацієнта. Але я вважаю, що цю статтю потрібно відредагувати, додавши до неї наступне: «право на таємницю про стан здоров'я може бути дійсною тільки в тому випадку, якщо ця інформація не уявляє загрози завдання безпосередньої шкоди оточуючим та/або суспільству». Тобто вона не зможе призвести до розповсюдження тієї чи іншої хвороби та як наслідок до можливої епідемії [10, с. 8-11].

Наслідками введення у законодавство подібної статті можуть бути випадки дискримінації щодо хворих з боку оточуючих. Слід зазначити, що суспільство також повинно бути підготовлене до цього. Це, по-перше, повинно виражатися у гідному ставленні до таких осіб, хвора особа не повинна бути «заклеймована». По-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

друге, володіння мінімальною медичною інформацією для запобігання та недопущення поширення небезпечної хвороби. Але головним повинно бути те, що запропонована стаття буде, перш за все, спрямована на збереження здоров'я оточуючих та профілактику захворювань.

Література: 1. Конституція України. - Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, N 30, ст. 141; 2. Цивільний Кодекс України Відомості Верховної Ради України 2003, N 40-44, ст.356; 3. Закон України «Основи законодавства країни про охорону здоров'я» ВВР - 1993, N 4, ст.19; 4. Закон України «Про захист населення від інфекційних хвороб» Відомості Верховної Ради України, 2000, N 29, с. 228; 5. Закон України «Про боротьбу із захворюванням на туберкульоз» Відомості Верховної Ради України, 2001, N 49, с. 258; 6. Закон України «Про психіатричну допомогу» Відомості Верховної Ради України, 2000, N 19, с.143; 7. Коробцова Н. "Правове регулювання медичної таємниці» // Підприємство, господарство і право – 2005 - №4 - с. 8-11; 8. Резнікова В. "Право людини на інформацію про стан здоров'я" // Право України - 2004 - №9 - с.36-39; 9. І.Сенюта «Право людини на захист від дискримінації за станом здоров'я" // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні. Матеріали XV регіональної науково-практичної конференції; 10. Шатковська І. «Лікарська таємниця як об'єкт правового регулювання» // Підприємство, господарство і право - 2009 - №9 - с.109-111; 11.Шупик Ю, Глушков В. «О врачебной тайне»//Клиническая хирургия.- 1986.-- №11. – с.42-45.

Принцип добросовісності за договором довічного утримання (догляду)

Кім М. С.

Договір довічного утримання (догляду) займає досить важливе значення у практичному житті. Здійснення цього правочину, дозволяє з одного боку – матеріально забезпечити існування відчужувача, а з іншого – надає кращу можливість набувачу отримати у власність нерухоме чи цінне рухоме майно. Аналіз судової практики показує, що останнім часом збільшилась кількість спорів пов'язаних з виконанням договору довічного утримання. Для вирішення даної проблеми потрібно детально вивчити юридичну природу та сутність цього інституту.

Поняття договору довічного утримання (догляду) має своє закріплення в ст.744 ЦК. Незважаючи на те, що кодекс досить детально регулює інститут довічного утримання, на практиці зустрічаються деякі проблеми щодо виконання такого договору, а саме – порушення принципу добросовісності зі сторони відчужувача [2, с. 85].

Так, у ЦК чітко прописані обов'язки набувача і нічого не сказано про обов'язки відчужувача. До того ж законодавець надає відчужувачу значні переваги, передбачивши, що у разі розірвання договору довічного утримання (догляду) у зв'язку з невиконанням або неналежним виконанням набувачем обов'язків за договором, відчужувач набуває права власності на майно, яке було ним передане і має право вимагати його повернення, а витрати зроблені набувачем на утримання та (або) догляд відчужувача не підлягають поверненню (ч. 1 ст. 756).

Але на практиці доволі часто трапляються випадки, коли саме відчужувач зловживає своїми правами. Враховуючи це, на думку Великороди О. М., при вирішенні спорів про розірвання договору довічного утримання (догляду) суди повинні детально досліджувати, яка зі сторін договору винна у порушенні зобов'язання [4, с. 163].

Найбільш поширеними є два варіанта зловживань відчужувачем своїми правами. Перше, це коли відчужувач через свої особисті конфлікти відмовляється приймати належне виконання, запропоноване набувачем, аргументуючи це його низькою якістю, хоча, як правило достатніх підстав для цього немає. В законодавстві така ситуація має назву "прострочення кредитора" [3, с. 123].

Прострочення відчужувача також матиме місце, коли він змінив своє місце проживання і не повідомив про це набувача, внаслідок чого останній не міг виконати свої обов'язки належним чином. Тоді виникає питання, чи буде нести відповідальність набувач у зв'язку з тим, що не може надавати утримання та (або) догляд в передбаченому договором обсязі у зв'язку з простроченням набувача [5, с. 29] ? Так, згідно зі ст. 613 ЦК, якщо кредитор не вчинив дії, до вчинення яких боржник не міг виконати свій обов'язок, виконання зобов'язання може бути відстрочене на час прострочення кредитора.

Також трапляються випадки, коли відчужувач від'їжджає в інше місце на постійне проживання, наприклад, до іншого населеного пункту. Тоді набувач не може виконувати свої обов'язки перед відчужувачем, і через певний час відчужувач подає позов про розірвання договору довічного утримання (догляду) через те, що він не виконується належним чином [6, с. 85]. У такому випадку, відповідно до ст. 607 ЦК набувач, скориставшись у суді доказами свідків (наприклад, сусідів відчужувача), може вимагати припинення договору довічного утримання (догляду) у зв'язку з неможливістю виконання зобов'язання.

На мою думку, при вирішенні питання про відповідальність набувача при порушенні ним умов договору довічного утримання (догляду) суди повинні враховувати загальні норми про виконання зобов'язань, а ситуацію, коли набувач не може належно виконувати свої обов'язки з вини відчужувача, слід розглядати як прострочення кредитора (відчужувача). У таких випадках набувач не повинен притягатися до цивільно-правової відповідальності.

Список використаної літератури:1. Цивільний кодекс України. Відомості Верховної Ради України, 2003, №40-44, ст. 356.;2. Бородін М.М. Договори довічного утримання: проблеми та перспективи // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. Донецьк. – 2003. – Вип. 2. – С.78-90.;3. Великорода О. М. Становлення інституту довічного утримання // Право України.–2003.-№12.–С.122-125.;4. Великорода О.М. Структура прав та обов'язків сторін договору довічного утримання (догляду). // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України. Збірник наукових статей. – Івано-Франківськ: Плай. – 2004. – Випуск XIV – С. 162-169.;5. Онопенко В. Договір довічного утримання потребує вдосконалення // Право України. – 1993.- № 9-10. – С. 28-30.; 6. Петровський А. Договір довічного утримання необхідно вдосконалювати // Вісник Національного університету внутрішніх справ.–2002.-№18.–С.81-86.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Співвідношення понять «майно», «товар» і «продукція» за законодавством України

Солнушко Н. В.

Під об'єктами права розуміється те, на що направлені права і обов'язки суб'єктів правовідносин, заради чого вони діють з метою реалізації своїх прав і обов'язків у таких відносинах. Відповідно до ст. 177 ЦК об'єктами цивільних прав є речі, у тому числі гроші та цінні папери, інше майно, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної діяльності, інформація, а також інші матеріальні та нематеріальні права.

Але, однією з проблем, яка виникає, при застосуванні цивільно-правових норм на практиці, є відсутність єдиної термінології при визначенні багатьох понять, зокрема про визначенні таких понять як «товар», «майно» і «продукція».

Визначаючи об'єкт договору купівлі-продажу, законодавець надає перевагу таким термінам як «майно» та «товар», на що прямо вказує ст. 655 ЦК. Поняття «майно» зазначено у ст. 190 ЦК, натомість як поняття товару відсутнє. Але можна зробити висновок з ч.1 ст. 656 ЦК, що під товаром маються на увазі лише матеріальні речі. На законодавчому рівні поняття «товар» визначається як: будь-яка продукція, послуги, роботи, права інтелектуальної власності та інші немайнові права, призначені для продажу (оплатної передачі) (Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16.04.1991р.) [1]; будь-яка продукція, призначена для продажу (Закон України «Про захист національного товаровиробника від демпінгово імпорту» від 22.12.1998р.) [2];

Таким чином, термін «майно» є рівнозначним з поняттям «товар», бо якщо проаналізувати надані вище визначення можна дійти висновку, що «товар» - це майно, яке призначене для продажу (оплатної передачі).

До договору поставки законодавець використав поняття «товар» у ЦК, наголошуючи на споживчому характері речей. Проте в ГК законодавець оперує термінами «товар» (ч. 1 ст. 265), «продукція» та «вироби» (ч.1 ст. 266). Треба погодитися з думкою тих науковців, які вважають, що використавши у визначенні поняття «договір поставки» вказані терміни, але не визначивши їх сутності, законодавець створив проблему розмежування цих термінів на практиці [5, 218].

ГК також не надає визначення поняття «продукція», «вироби», проте використовує у ст. 264 поняття «продукція виробничо-технічного призначення» і «вироби народного споживання».

Щодо терміну «продукція», то ЦК у ст.189 визначає продукцію як те, що виробляється, добувається, одержується з речі або при-

носиться річчю. А під річчю - предмет матеріального світу, щодо якого можуть виникати цивільні права та обов'язки (ст. 179 ЦК).

Проаналізувавши чинне законодавство, ми визначили, що термін «продукція» вживається в як: будь-яка продукція (товари) вітчизняного виробництва або імпортована на митну територію України, призначена для споживання та (або) виробництва іншої продукції, у тому числі напівфабрикати і сировина, а також матеріали, які використовуються у процесі її виробництва, зберігання, транспортування, реалізації, пакування та маркування (Закон України «Про вилучення з обігу, переробку, утилізацію, знищення або подальше використання неякісної та небезпечної продукції» від 14.01.2000 року) [3]; будь-який виріб, процес чи послуга, що виготовляється, здійснюється чи надається для задоволення суспільних потреб (Закон України «Про підтвердження відповідності» від 17.05.2001 року) [4].

Бачимо, що останнє визначення необгрунтовано розширює поняття «продукції», включаючи до нього не тільки вироби, а також процес і послугу, що виготовляється, здійснюється чи надається для суспільних потреб.

Як відомо, теорією права було розроблене поняття законодавчої техніки, яка передбачає відсутність суперечностей не тільки в структурі акта, а і в системі законодавства в цілому. На нашу думку, законодавець, не надавши єдиного визначення поняття «продукції», створив певні проблеми при застосуванні даного терміна на практиці.

Поняття «виробу» чинне законодавство не дає. Проте в період дії Положення про поставки продукції виробничо-технічного призначення і Положення про поставки товарів народного споживання під товарами мали на увазі «вироби, які реалізувались в порядку роздрібної торгівлі і використовувались для особистого споживання». Так, розмежування понять «товар» і «виріб» здійснювалося на підставі мети використання.

На підставі проведеного аналізу ми дійшли до висновку, що поняття «майно», «товар» і «виріб» є рівнозначними за обсягом, натомість як поняття «продукція» дещо вужче, хоча і охоплюється поняттям «майно», але є різновидом речі.

Таким чином, пропонується привести у відповідність спеціальне законодавство, що регламентує поняття товару та продукції, зокрема, внести зміни до поняття «продукції», що надано в ст. 1 Закону України «Про підтвердження відповідності» від 17.05.01р., узгодивши його з ЦК та іншими актами законодавства.

Література: 1. Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16.04.1991р. № 959-XII; 2. Закон України «Про захист національного товаровиробника від демпінгово імпорту» від 22.12.1998р. № 330-XIV; 3. Закон України «Про вилучення з обігу, переробку, утилізацію, знищення або подальше використання неякісної та небезпечної продукції» від 14.01.2000 року № 1393-XIV; 4. Закон України «Про підтвердження відповідності» від 17.05.2001 року № 2406-III; 5. Колонтирська М. Розмежування термінології при визначення предмету договорів купівлі-продажу та поставки//Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: матеріали XI регіональної науково-практичної конференції – 2005. - С.218-21;

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Правове регулювання секретного заповіту

Ставнича А.

Заповіт – це розпорядження фізичної особи (заповідача) щодо належного йому майна, майнових прав та обов'язків на випадок смерті, складений у встановленому законом порядку. При прийнятті нового ЦК, з'явилися положення про нові форми заповіту. Однією з них є секретний заповіт. Головною його відмінністю від звичайного заповіту є те, що до смерті заповідача ніхто не знає, яка його воля.

Проблематикою секретного заповіту займалися Панталієнко Я., Заіка Ю., Путиліна О., Свіржський Б. та інші. Ця тема є актуальною, тому що неврегульованість багатьох питань з цього приводу призводить до певних неточностей, а часто і до визнання заповіту недійсним при його посвідченні. Так, написаний власноруч секретний заповіт може бути незрозумілим чи з порушенням норм цивільного права (а це можна припустити з огляду на низький рівень правової культури в нашому суспільстві), і тоді він буде визнаватись недійсним. Проблема в тому, що він може бути визнаним недійсним лише при його оголошенні, і таким чином заповідач вже не зможе його змінити і спадкування буде відбуватися за законом.

Деякі науковці стверджують, що при написанні заповіту неможливо підтвердити, в якому стані знаходився заповідач та чи співпадали його воля та волевиявлення. На мою думку, ця точка зору є спірною, адже особа з'являється у нотаріуса та підтверджує, що це саме вона написала цей заповіт і якщо при посвідченні нотаріусом даного заповіту воля та волевиявлення заповідача співпадають. Логічно припустити, що вони співпадали і при безпосередньому написанні заповіту. Тут може виникнути інша проблема – з тексту секретного заповіту можна не зрозуміти справжню волю заповідача. У цьому випадку законодавство надає право спадкоємцям узгодити між собою питання заповіту або нотаріус відмовляє у видачі свідоцтва про оголошення секретного заповіту. Авжеж можливо, що воля заповідача не буде виконана так, як він цього хотів.

Коло осіб, які можуть здійснювати такі заповіти, обмежується тими, хто може написати заповіт власноруч. Тобто особи, що не здатні за фізичними вадами чи у зв'язку з неосвіченістю написати секретний заповіт не можуть. За даною причиною Путиліна О. пропонує передбачити для таких громадян секретні заповіти, вчинені шляхом відеозапису.

Однією з найбільших проблем правової категорії «секретний заповіт», на мою думку, є те, що строк оголошення змісту секретного заповіту законодавством не встановлено. Нотаріус, у якого зберігається секретний заповіт, у разі одержання повідомлення про відкриття спадщини та подання свідоцтва про смерть заповідача, призначає день оголошення змісту заповіту. Таким чином можна припустити, що визначення дати оголошення заповіту має

залежати від дати, коли до нотаріуса надійшли відомості про смерть заповідача, а також від тих заходів, які нотаріус має вжити для повідомлення всіх зацікавлених осіб про день оголошення заповіту. Але доцільно також враховувати, що загальний строк для прийняття спадщини встановлений у шість місяців. Отже, строк оголошення секретного заповіту має встановлюватися нотаріусом, але він не повинен перевищувати строку для прийняття спадщини. Тому, погоджуючись з Панталієнко Я., коли оголошення заповіту неможливо здійснити в межах терміну для прийняття спадщини, то строк прийняття має подовжуватися на три місяці з дня, коли було оголошено зміст заповіту.

При посвідченні нотаріусом секретного заповіту, обов'язково мають бути присутні два свідки. Тому, на мою думку, назва «секретний заповіт» є не зовсім доречною. Скоріш даному заповіту надається «недоторканність», ніж «секретність», бо про нього знають вже як мінімум три інші особи.

З урахуванням викладеного вище варто зазначити, що нова для цивільного законодавства України правова категорія «секретного заповіту» має бути конкретизована у цивільному законодавстві аби не виникало неточностей, які можуть призвести до негативних наслідків як для волі заповідача, так і для потенційних наслідників.

Використана література:1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. − № 40−44. − Ст. 356.2.Про нотаріат: Закон України від 2 вересня 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1993. − № 39. − Ст. 383.3. Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затверджена наказом Міністерства юстиції України від 03.03.2004 № 20/5.4. Васильченко В.В. Спадкування за заповітом у новому Цивільному кодексі України // Науковий вісник Юридичної академії Міністерства внутрішніх справ: Збірник наукових праць. – К.: Юридична академія МВС України, 2005. - №1(20). – С.166-172.5. Еннан Р. Новели інституту спадкування за заповітом у новому Цивільному кодексі України // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні.: Матеріали XI регіональної науково-практичної конференції (3-4 лютого 2004р.). – Львів, 2005. – С.241-242. 6. Заіка Ю. Посвідчення «секретного» заповіту // Підприємництво, господарство і право. – 2002. - №1. – С.43-45.7. 8. Мусієнко Т. Секретний заповіт: особливості посвідчення та можливості виконання Інтернет доступ: 8. http://www.legalweekly.com.ua/issue/?uid=148. 9. Панталієнко Я. Процесуальні особливості оголошення секретного заповіту // Юридична Україна. –2009. – №11-12. – С. 66-70. 10. Путилина Е. Совершение закрытого завещания и завещания в чрезвычайных обстоятельствах // Законность. – 2007. - №11. – С. 39-40. 11. Свіржський Б. Таємний заповіт: від складання до його оголошення // Все про бухгалтерський облік. – 2008. – № 68. – С.53-55.12. Судова практика. О нюансах рассмотрения дел о признании недействительного завещания // Юридическая практика. – 2007. - №20. – С.22.13. Цивільне право України. Академічний курс: Підруч.: У двох томах / За заг. ред. Я.М. Шевченко – Т. 1. Загальна частина – К.: Концерн "Видавничий Дім "Ін Юре", 2003. – С. 119−142.14. Цивільне право України. Підручник: У 2 т./ За заг. редакцією В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. – К: Юрінком Інтер, 2004. – Т. 1.− 480 с.

До питання про можливість відшкодування аліментів у наказному провадженні

Дерев'яшкіна А. Д.

У цивільному судочинстві існують різні спрощені процедури. Однією з таких процедур є наказне провадження, що надає процесу динамізму і підвищує ефективність судового захисту.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Згідно ст.96 ЦПК судовий наказ може бути видано, якщо: заявлено вимогу,яка ґрунтується на правочині , вчинений у письмовій формі;заявлено вимогу про стягнення нарахованої, але не виплаченої працівникові суми заробітної плати;заявлено вимогу про компенсацію витрат на проведення розшуку відповідача, боржника, дитини або транспортних засобів боржника. У ч. 2 цієї ж статті йдеться про інші можливості видачі судового наказу, але вичерпного переліку не існує.

На нашу думку,цей інститут можна використовувати не тільки як регулювання правовідносин між кредитором і боржником, але й використовувати при розгляді у суді вимог,що випливають з аліментних зобов'язань. Дана процедура зазначена у главі 11 ЦПК РФ. Справа у тому, що цим нормативно-правовим актом установлюється можливість стягнення аліментів на неповнолітніх дітей, шляхом видачі судового наказу в порядку наказного провадження,що значно полегшує та спрощує процедуру стягнення аліментів. Але навіть при такому спрощенні існує ряд вимог, яких необхідно дотримуватись(ст. 122 ЦПК РФ). Наприклад, заявлена вимога про стягнення аліментів на неповнолітніх дітей не пов'язана зі встановленням батьківства, оспорювання батьківства(материнства) або необхідністю залучення інших зацікавлених осіб.

У СК зазначається, що батьки зобов'язані утримувати дитину до досягнення нею повноліття (ст. 180 СК). У чинному законодавстві, розмір аліментів на дитину вирішується у порядку позовного провадження, але СК чітко регулює розмір аліментів (ст. 182-185СК), тобто спору, як такого не існує, що і необхідно для судового наказу.

Інша можливість урегулювання питання щодо сплати аліментів передбачена у ст. 189 СК, де конкретизується право батьків на врегулювання аліментних зобов'язань за допомогою укладання між ними договору про сплату аліментів на дитину.

Договір, який регулює аліментні зобов'язання на батьків по утриманню своїх дітей, розглядається як юридичний факт, що входить в юридичний склад, необхідний для виникнення аліментного правовідношення, і є достатньо ефективним і перспективним способом рішення проблеми утримання дітей. Договір складається на основі взаємної домовленості сторін, узгодження між ними всіх основних умов договору, що надає сторонам можливість врахувати не тільки різносторонні потреби одержувача аліментів, але і реальні можливості платників, сприяє найефективнішому і своєчасному виконанню договірних зобов'язань. Договір про сплату аліментів укладається в письмовій формі та підлягає нотаріальному посвідченню. Недотримання такої форми тягне за собою визнання договору недійсним. Сторонами аліментного договору виступають батьки дитини, причому незалежно від того, чи перебувають вони у шлюбі між собою. Аліментний договір може бути змінений за згодою сторін або за рішенням суду.

Нотаріально посвідчений аліментний договір має силу виконавчого листа. Це означає, що аліментний договір є підставою для стягнення державним виконавцем коштів на утримання дитини в безспірному порядку. Тобто, у даній ситуації можлива альтернатива – наказне провадження або договір.

Тривалий час в Україні аліментні правовідносини регулювалися виключно імперативними нормами, що не давало змоги учасникам цих відносин обирати найбільш прийнятний спосіб виконання аліментного обов'язку. Стандартний підхід до стягнення аліментів не сприяв належному захисту інтересів управомочених та зобов'язаних осіб. Удосконалення інституту аліментних зобов'язань на диспозитивних засадах відкрило можливість їх сторонам укладати договори про сплату аліментів і тим самим уникати звернення до судових органів. Оскільки договір – підстава для добровільного виконання обов'язку по утриманню, то сторони можуть самостійно визначати розмір та строки виплати аліментів за умови, що не порушуються суб'єктивні права управомоченої особи. Ініціатива в обранні найбільш прийнятного способу сплати аліментів має виходити насамперед від учасників аліментних правовідносин, а за певних обставин - від суду.

Вдосконалення правозастосовчої практики і введення новел у законодавстві щодо реалізації аліментних зобов'язань через наказне провадження:значно прискорить роботу суду;призведе до економії часу;зменшення фінансових затрат ;реалізація і захист прав та інтересів сторін і т.ін.

Критерії визначення черг спадкоємців за законом

Шинкаренко Г. М.

1. За ЦК передбачено п'ять черг спадкоємців за законом, які у визначеному законодавством порядку закликаються до спадкування почергово. Право на спадкування кожною наступною чергою спадкоємців за законом настає при відсутності спадкоємців попередньої черги або при неприйнятті ними спадщини або відмови від її прийняття, а також у разі, коли всі спадкоємці першої черги усунені від права на спадкування (ст. 1258 ЦК), крім випадків, встановлених ст. 1259 ЦК [1]. Питання щодо того, якими критеріями має керуватися законодавець, визначаючи коло спадкоємців за законом, одне із найбільш спірних у цивілістичній літературі.

2. Відомий цивіліст Г.Ф. Шершеневич вважав, що серед усіх критеріїв спадкування за законом, пріорітет необхідно надавати сімейним засадам, оскільки фізіологічний зв'язок не завжди збігається зі зв'язком духовним. Тому треба зменшити коло спадкоємців за законом і до його числа повинні потрапити найближчі і найдо-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

рожчі для спадкодавця особи [2, с.131]. Інший відомий науковець С.Я. Фурса наголошує, що чинний ЦК втілив ідею найбільшого охоплення числа спадкоємців (на відміну від ЦК УРСР 1963 року, який передбачав дві черги спадкування за законом), в основі якої лежить принцип непорушності права приватної власності. Безумовною перевагою ЦК він називає розширення кола спадкоємців за законом з двох до п'яти черг [3, с.1180]. Аналіз наведених позицій дозволяє дійти висновку, що немає єдиного наукового підходу до критеріїв визначення черг спадкоємців за законом.

3. Позиція законодавця, стосовно критеріїв визначення черг спадкоємців за законом, закріплена у гл. 86 ЦК. Вона полягає в наступному: до числа спадкоємців за законом відносяться особи, які за характером сімейно-побутових відносин були найближчими до спадкодавця. Положення про черговість спадкування спадкоємцями за законом базується на презумпції, що в разі висловлення своєї волі, спадкодавець залишив би спадкове майно найближчим особам, які законом визначені в певні черги, залежно від таких критеріїв: близькість родинних зв'язків за походженням; шлюбні відносини; усиновлення; надання утримання спадкодавцю; перебування на утриманні спадкодавця; спільне проживання тощо.

Тому залежно від зазначених критеріїв законом встановлено відповідні черги спадкоємців і на цій підставі передбачається, якщо спадкодавець має інші наміри щодо передачі належного йому майна, то він вправі скласти заповіт і назвати інших осіб [4, с.723].

При цьому суб'єктний склад першої та другої черг спадкоємців за законом у чинному ЦК , порівняно з ЦК УРСР 1963 року, залишено без змін.

4. На підставі вищенаведеного, ми робимо висновок, що на сьогодні критерії визначення черг спадкоємців за законом не є досконалими і потребують подальших змін, під час яких, слід враховувати відносини, які складалися між спадкодавцем та спадкоємцем. На нашу думку, доцільним було б обмежити коло спадкоємців за законом, адже його безмежне розширення може призвести до того, що спадщину отримають особи, які взагалі не знали про існування спадкодавця.

Список використаної літератури : 1. Цивільний кодекс України: Офіц. видання. – К.: Видавничий Дім „Ін Юре", 2008. – 480с. 2. Спадкове право: Навчальний посібник. Заіка Ю.О., Рябоконь Є.О. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – 352 с. 3. Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд: Наук.-практ. Посіб. /За заг. ред. С.Я.Фурси. – К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2007. – 1216с. 4. Цивільне право України: Підручник. – 2-вид., допов. і перероб. / За заг. ред. Харитонова Є.О., Харитонової О.І, Старцева О.В. – К.: „Істина", 2009.– 816 с.

Види договору ренти

Пучковський С. В.

Навідміну від договору довічного утримання (догляду) вітчизняне цивільне законодавство не передбачало регулювання рент-

них відносин до 2003 р. . Договір ренти вперше з'явився у новому ЦК як договір з відчуження майна під виплату колишньому власнику грошового або іншого утримання – ренти.

Відповідно до ст. 731 ЦК під договором ренти розуміється такий договір, за яким одна сторона (одержувач ренти) передає другій стороні (платникові ренти) у власність майно, а платник ренти взамін цього зобов'язується періодично виплачувати одержувачеві ренту у формі певної грошової суми або в іншій формі (ст. 731 ЦК).

В залежності від строку дії договору законодавець визначає вид договору ренти, а саме виділяє строкову та безстрокову ренту.

Договір ренти, укладений на певний строк, діє протягом цього строку.

Сутність безстрокової ренти полягає у необмеженості зобов'язань з її виплати будь-яким строком. При цьому законодавець встановлює, на мою думку, досить суперечливе регулювання відносин за договором безстрокової ренти. З одного боку очевидно, що такі відносини мають тривати довго. Майно, яке було передане під виплату безстрокової ренти, може бути давно знищене (спожите), можуть бути забуті особи, між якими первинно виникло дане зобов'язання, але саме зобов'язання буде зберігатися. Право на отримання, як і обов'язок з сплати, безстрокової ренти мають переходити до спадкоємців, а якщо одержувачем (платником) ренти виступає юридична особа – до правонаступників. З іншого боку – закріплене безумовне право платника безстрокової ренти на відмову від договору ренти (ст. 739 ЦК), в зв'язку з чим договір припиняється після спливу трьох місяців від дня одержання одержувачем ренти письмової відмови платника безстрокової ренти за умови розрахунку між ними (викупу безстрокової ренти). Отже, скориставшись наданим правом, платник безстрокової ренти в змозі припинити договірні відносини будь-коли на свій розсуд, навіть через тиждень з моменту їх виникнення. З огляду на останнє заслуговують на увагу положення ст. 592 ЦК РФ щодо внесення до договору безстрокової ренти заборони на викуп останньої протягом життя одержувача ренти або протягом іншого строку, які було б доцільно запровадити і українському законодавцю.

Враховуючи, що основною ознакою договору ренти виступає обов'язок однієї особи виплачувати ренту іншій особі взамін переданого у власність майна, і при цьому передача права власності не є кінцевою метою договору, а виступає лише умовою виникнення рентних відносин та те, що рентні платежі можуть виплачуватися як у грошевій формі, так і шляхом передання речей, виконання робіт або надання послуг, видом рентного договору необхідно визнавати договір довічного утримання (догляду). Даний договір у ЦК врегульований у гл. 57 ЦК як самостійний договір, хоча ці відносини, безумовно, відносяться до рентних, зокре-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

ма представляють такий її вид, як довічна рента, оскільки існують протягом життя одержувача ренти.

Згідно ст. 744 ЦК за договором довічного утримання (догляду) одна сторона (відчужувач) передає другій стороні (набувачеві) у власність житловий будинок, квартиру або їх частину, інше нерухоме майно, або рухоме майно, яке має значну цінність, взамін чого набувач зобов'язується забезпечувати відчужувача утриманням та (або) доглядом довічно Відчужувач, передаючи у власність житловий будинок, квартиру або інше майно, насамперед має на меті отримання матеріального забезпечення, догляду, послуг, яких він потребує. Набувач же завдяки даному договору набуває право власності на майно, тому цей договір відноситься до договорів, за якими переходить право власності на майно.

Таким чином, враховуючи однакову юридична природу, договір довічного утримання (догляду) слід розглядати не як самостійний договір, а як один із видів договору ренти - довічну ренту.

Щодо посвідчувальної функції завдатку

Федоренко І. Є.

Згідно з ч.1 ст. 570 ЦК завдаток – це грошова сума або рухоме майно, що видається кредиторові боржником у рахунок належних з нього за договором платежів, на підтвердження зобов'язання і на забезпечення його виконання.

Спираючись на дану дефініцію за завдатком традиційно визнається платіжна, посвідчувальна й забезпечувальна функції. При цьому виникають сумніви щодо виконання завдатком всіх зазначених функцій. На нашу думку функцією, яку завдаток виконує завжди є забезпечувальна функція. Платіжну й посвідчувальну функції завдаток виконує лише за певних умов.

Виконання завдатком посвідчувальної функції означає, що він підтверджує факт укладення договору. Дана функція обумовлена акцесорним (додатковим) характером завдатку як виду забезпечення виконання зобов'язання: якщо немає основного договору, то не може бути й договору про завдаток. Передача завдатку підтверджує наявність зобов`язання, в забезпечення виконання якого він видавався. Акцесорне зобов`язання не може існувати без основного, воно виникає з єдиною метою – забезпечити виконання основного зобов'язання. Отже якщо завдаток переданий, то існує зобов'язання, виконання якого він забезпечує. В зв'язку з цим слід зазначити, що досить часто наявність переданого завдатку трактується в прямому розумінні слова як «доказ» в його процесуальному аспекті. Прибічників такої позиції немало. Вони вважають, що оскільки мається письмове підтвердження видачі завдатку, не можна заперечувати укладення основного договору, хай і не втіленого в письмовій формі.

Вважаю, що завдаток не завжди здатен виконувати посвідчувальну функцію. Зокрема Б. М. Гонгало, займаючи по даному питанню досить жорстку позицію, вказує на те, що завдатком не може підтверджуватися укладення правочинів, які мають письмову форму, оскільки завдаток вже не може виконувати в такому випадку свою посвідчувальну функцію, бо факт укладення правочину вже не потребує доказів.

С. Донцов вказує що завдаток може слугувати підтвердженням лише дійсного договору. Якщо ж основний договір визнається недійсним, наприклад не відповідає вимогам про обов`язкову форму даного правочину, то передана в рахунок виконання його грошова сума завдатком не визнається, і відповідно факт укладення правочину не підтверджується.

Не може бути підтверджено передачею завдатку і укладення договору, який підлягає нотаріальному посвідченню або державній реєстрації (ст.ст. 639, 640 ЦК).

Отже посвідчувальну функцію завдаток виконує у спорі між сторонами щодо того чи було укладено договір, але при цьому мається на увазі укладення договору в усній формі, коли недодержання сторонами письмової форми, встановленої законом, не тягне його недійсність. Саме в цьому разі укладення договору може доводитися передачею й одержанням завдатку, а його оформлення (за правилами ст. 547 ЦК) і виступатиме письмовим доказом, що доводитиме факт вчинення договору (ч.1 ст. 218 ЦК).

До питання про судовий прецедент у цивільному судочинстві

Пузовікова К. І.

Питання про роль та місце судової практики в механізмі правового регулювання завжди викликали інтерес ще давньоримських юристів, а пізніше теоретиків та практиків різних історичних етапів розвитку суспільства. На сучасному етапі розвитку українського суспільства такі ключові аспекти проблеми як визначення суті та змісту судової правотворчості; її співвідношення з парламентською правотворчістю; соціальне та правове значення судової практики; її правова природа та співвідношення із загальновизнаними джерелами права продовжують залишатися предметом наукових дискусій. Ці проблеми мають, в першу чергу, загальнотеоретичне значення. Однак їх з'ясування та оцінка є визначальними для галузевих наук та для правозастосувальної діяльності.

В сучасний період проблематика, пов'язана з місцем та роллю судової практики в системі джерел права, обговорюється, в першу чергу, на загальнотеретичному рівні вченими – теоретиками права.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Л.А. Луць зазначає, що в системі джерел права в Союзі РСР та України відсутній правовий прецедент (зокрема, судовий), хоча можливість його появи впродовж тривалого часу обговорюється в літературі.На думку прихильників появи такого джерела, правовий прецедент сприятиме непросто збільшенню кількості суб'єктів правотворчості, а й дасть змогу розформалізувати систему джерел права та надати гнучкості та динамізму всій правовій системі. Отож, існуюча система джерел права України з часом може бути доповнена судовим прецедентом, хоча в нинішньому стані вона виконує необхідну роль у структуруванні суспільного життя в Україні, створенні ефективної, впорядкованої національної правової системи

Науковий інтерес викликає позиція З.В. Ромовської. На її думку, не можна стверджувати, що в Союзі РСР судового прецеденту не було. Він був, але дещо в специфічній "радянській" формі. Судовий прецедент існує в Україні віддавна, форми його прояву відмінні, наприклад, ніж у Великобританії, адже при вирішенні відповідного спору суд не застосовує рішення вищої судової інстанції, винесене в аналогічній справі. Але суд використовує "обґрунтувальну" його частину, тобто його дух, підходячи до вирішення "своєї" справи на тих теоретично-правових засадах, котрі були сформульовані вищою судовою інстанцією. Утвердження такої форми судового прецеденту здійснювалося різними засобами, зокрема, опублікуванням правових позицій Верховного Суду України з окремих видів судових спорів, призначенням тих суддів Верховного Суду України, які мають здійснювати специфічний патронат над судами області. Є всі підстави, стверджує науковець, для висновку про прецедент рішень Конституційного Суду України, з тією відмінністю, що суди, вирішуючи спір, дотичний до питання, визначеного у рішенні Конституційного Суду України, у своїх рішеннях посилаються на рішення Конституційного Суду України.

Нерідко судовий прецедент ототожнють із звичайним рішенням суду, що в принципі є невірним. Але і в самій науці теорії права немає єдності щодо поняття прецеденту (Єгорова С.Ф.). Вбачається, що його розуміння не може бути уніфікованим, єдинимдля різних правових систем. Правові системи різних країн, об'єднані за спільними ознаками в певний тип правової системи, не виключають національних їх особливостей, зумовлених історичним розвитком, національними традиціями, культурним рівнем, рівнем праворозуміння тощо.

Одним із аргументів проти визнання судового прецеденту як джерела права є посилання на конституційний принцип розподілу державної влади в Україні на законодавчу, виконавчу та судову (ст. 6 Конституції). Але як свідчить реальна практика "чистого" поділу влади на три класичні гілки не існує. В реальному житті маємо взаємопереплетіння, взаємозв'язок, взаємодію різних гілок влади, зумовлені потребами практики життя.

Отже, постанови, роз'яснення, правові позиції Вищих судових інстанцій повинні знайти належне відображення в системі джерел права України. Від майже одностайного сприйняття в науковій літературі позиції про їх особливе місце в системі джерел права слід перейти до реальної оцінки ситуації. Як зазначає М.М. Марченко: в більшості країн романо-германського права прецедент, як джерело права, формально не визнається, але фактично використовується. Тому як бачимо з проаналізованого матеріалу, можна зробити висновок, що можливе офіційне визнання прецедента як джерела права в Україні.

Особисте немайнове право — право на життя

Олдак Т.

Провідне місце серед особистих немайнових прав належить праву на життя. У ст. 281 ЦК, який у ч. 1 встановив, що: "Фізична особа має невід'ємне право на життя", аналізуючи зазначену частину, стає зрозумілим що: право на життя є найважливішим особистим немайновим благом, у співвідношенні з яким або при відсутності якого права особи не мають сенсу. Праву на життя притаманні наступні ознаки: воно належить кожній фізичній особі, незалежно від віку, статі, національності, дієздатності; належить фізичній особі від народження до моменту смерті; не має економічного змісті, тобто неможливо визначити його грошовий еквівалент; не може бути відчужене або передано іншій фізичній особі.[2]

Категорії "життя" і "смерть" є взаємовиключними одна по відношенню до іншої, оскільки коли існує одна, існування іншої неможливо. Аналіз чинного законодавства та практики його застосування дає можливість зробити висновок, що під поняттям "життя людини" слід розуміти фізичне, психічне та соціальне функціонування людського організму як єдиного цілого, а під поняттям "смерть" – стан організму фізичної особи, який посвідчується висновком компетентного медичного органу і характеризується непоправними руйнівними процесами кори головного мозку, що наступили внаслідок припинення функціонування життєво важливих систем людини.

Життя є триваючим процесом, а тому важливе значення має визначення моменту появи життя і моменту його припинення. Що стосується моменту смерті, то тут більш менш зрозуміло, тому що життя припиняється в момент біологічної смерті. А момент появи життя є дискусійним. Від так одні вчені, схиляються до думки, що життя виникає з моменту зачаття, а інші – з моменту народження.[6] Категорія "право на життя" об'єднує в собі два аспекти: право на власне життя та право давати життя іншим.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Що стосується "права на смерть", то фізична особа має право виключно на природну (фізичну) смерть. У зв'язку з цим законодавець вводить абсолютну заборону на евтаназію (ч. 4 ст. 281 ЦК). Але, відмовляючи людині в праві на смерть, держава і суспільство тим самим обмежує людину в правах і свободі.[5]

Фізична особа як суб'єкт цивільних правовідносин (ч.1 ст. 2 ЦК), має досить широкі можливості в сфері особистих немайнових та майнових прав. У зв'язку з цим постає питання чому фізична особа не має права розпоряджатись власним життям? Для з'ясування цього питання звернемось до поняття "евтаназія".

Термін "евтаназія" походить від грецького "eu" - легка, щаслива і "thanatos" – смерть. Вперше цей термін був введений ще в XVI сторіччі англійським філософом Френсісом Беконом, який, досліджуючи це питання в роботі "Про гідність і примноження наук".[2]

Пізніше, Цюріхська декларація, прийнята на міжнародному симпозіумі Світової федерації "Право померти" від 14 жовтня 1998 р., яка містить таке визначення евтаназії: "дієздатні дорослі особи, які переносять жорстокі та нестерпні страждання, мають право на отримання медичної допомоги з метою покінчити з життям, якщо це їхня постійна, добровільна і усвідомлена вимога".

Перша спроба легалізації евтаназії відбулась в Австралії, у 1996 р. з прийняттям відповідного закону. Проте ця спроба виявилась невдалою, оскільки цей законопроект був відкликаний. На сьогодні в Австралії евтаназія є забороненою. Першість у питанні легалізації евтаназії сьогодні займає Голландія. Саме там 2 квітня 2002 р. було прийнято "Закон про припинення життя за бажанням чи допомогу в самогубстві", яким було легально закріплено можливість здійснення асистованого суїциду та евтаназії. Відповідно до цього закону кожен, хто досяг 16 років, має право самостійно визначити порядок та спосіб завершення свого життя. Лікар, який здійснює евтаназію, повинен бути впевнений у тому, що прохання хворого є самостійним, добре обдуманим, а страждання особи, які вона відчувала, є тривалими та нестерпними. Другою державою в світі, яка законодавчо сприйняла ідею легалізації евтаназії, є Бельгія 23 вересня 2002 р. парламент цієї держави ухвалив закон, за яким евтаназія та допомога в самогубстві стали легальними згідно з умовами, ідентичними до тих, що і в законодавстві Голландії. Відповідно до закону, право на евтаназію мають особи, що досягли 18 років.

Своєрідний підхід щодо легалізації евтаназії закріплений в законодавстві США, де майже в усіх штатах евтаназія та самогубство з допомогою залишається протизаконно і неприпустимо. Винятком із загального права став штат Орегон, який першим легалізував допомогу у самогубстві шляхом прийняття у 1994 році закону "Про помирання з гідністю". Прецеденти щодо легалізації евтаназії були і в інших штатах, таких як: Міссурі та Каліфорнія, де були прийняті відповідні закони.

Країни, які стоять перед вибором легалізації евтаназії повинні зважити всі "за" і "проти", а потім прийняти виважене рішення. Розглянемо основні аргументи "за" легалізацію евтаназії: евтаназія застосовується з "гуманною" метою допомогти невиліковно хворій людині позбавитись страждань, яких вона зазнає, гідно піти з життя; евтаназія все одно існує поза правового поля, а спеціальний закон дозволить проконтролювати цей процес, встановивши основні засади та процедури діяльності даного інституту; людина має право на життя, яке включає можливість розпоряджатися даним правом за власним розсудом; евтаназія, здійснювана руками медиків, позбавить членів сім'ї невиліковно хворої людини від докорів совісті і фінансових витрат, які могли обтяжувати їх положення. Аргументи, які висуваються "проти" легалізації евтаназії: рішення про евтаназію всупереч тому, що приймається особою усвідомлено, може бути здійснено поспішно і невиважено; крім того в стані хвороби воля людини є досить незахищеною та пригніченою; легалізація евтаназії здатна ініціювати зловживання з боку медичного персоналу і може привести до певному призупиненню розвитку медицини, оскільки лікарі перестануть відшукувати нові засоби і шляхи лікування; евтаназія є своєрідним вбивством, що може привести до дегуманізації осіб, які її виконують. Важливим аргументом проти евтаназії є виникнення хоспісів. Хоспіс – це стаціонарний медичний заклад, в якому невиліковно хворі закінчують своє життя. Тут не лише зменшують фізичні страждання, а й допомагають духовно підготуватись до смерті.

Що стосується України, то порушення питання про легалізацію евтаназії несвоєчасне і недоречне, адже сприйняття українським суспільством медичної сфери позбавлене достатнього рівня довіри щодо надання ефективної лікарської допомоги. За відсутності належного діагностування можливість застосування евтаназії викличе негативні правові та моральні наслідки в розвитку медичної допомоги України. Легалізація евтаназії поставить законодавця перед необхідністю зміни та розробки нових нормативно – правових актів, які б чітко регулювали дану сферу. Оскільки на нинішньому етапі в Україні існує пряма заборона на проведення евтаназії. Крім цього, виникне потреба у проведенні широкої соціальної політики, оскільки ставлення населення до цієї проблеми є неоднозначним.

Підбиваючи підсумок, щодо легалізації евтаназії, слід сказати, що на даному етапі розвитку наша країна не тільки не має достатньої правової бази, але і суспільство не готове до такого нововведення. Хоча в легалізації евтаназії є прояв гуманізму до осіб, які тяжко хворі. І тому я вважаю, що фізична особа повинна мати не тільки право на природну (фізичну) смерть, а ще й на вибір між життям та смертю, право на смерть за допомогою медиків.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Список літератури: 1.Цивільний кодекс України. – Х.: "Одіссей", 2008. – ст. 101;2.Цивільне та сімейне право України: підруч. / за ред. Харитонова Є.Ю., Голубєвої Н. Ю. – К.: Правова єдність, 2009.- 144-158;3.Гурська Т. Д. Право людини на життя його зміст // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ України, 2003.- №5 ст. 160- 165;4. Миронова Г. Етичні засади права людини на життя // Право України, 2005.- №9 ст. 19-22;5. Михайлова И.А. Распоряжение жизнью по действующему законодательству // Российский судья, 2005. - № 7 ст. 44-46;6. Рогова О. Про час виникнення права людини на життя загальнотеоретичний аналіз // Вісник Академії правових наук України, 2005. - №4 ст.199-206;7. Стефанчук Р.А. Возвращаясь к вопросу о легализации евтаназии в странах СНГ // Государство и право, 2008.- № 5 ст. 73-81

Співвідношення спадкового договору та заповіту

Голубкін О. В.

1. Поява будь-якої новели законодавства завжди викликає питання: чи є вона доцільною, чи є кроком уперед на шляху до вдосконалення законодавства? Так, у главі 90 ЦК, який вступив в силу з 1-го січня 2004 року, передбачено новий цивільно-правовий інститут – інститут спадкового договору. Ст.1302 ЦК визначає його таким чином: "За спадковим договором одна сторона (набувач) зобов'язується виконувати розпорядження другої сторони (відчужувача) і в разі його смерті набуває права власності на майно відчужувача".

2. Одним з основних методів дослідження спадкового договору є порівняння його із заповітом, шляхом встановлення тих найбільш суттєвих ознак, які різнять їх. Адже саме цей прийом дасть змогу більш повно зрозуміти прогресивність та доцільність введення спадкування за договором у повсякденну юридичну практику нашої країни.

3. Спадковий договір, як і заповіт, покликаний регулювати суспільні відносини, які пов'язані із смертю особи, та виникненням у зв'язку із цим питань розподілу майна, прав та обов'язків, які належали померлому ще за життя. Але підхід до врегулювання даних інститутів принципово різнить їх між собою. Зокрема можна виділити такі критерії розмежування: 1) за природою правових зв'язків; 2) за об'єктом; 3) за суб'єктним складом; 4) за порядком укладення та посвідчення.

4. Спадковий договір, на відміну від заповіту, є завжди двостороннім правочином. Відповідно, участь в його укладенні приймають дві особи, наділені взаємними правами та обов'язками. Саме в силу цієї ознаки "спадковий договір не можна скасовувати або змінювати в односторонньому порядку за життя відчужувача, як це має місце при заповіті" [1, с. 138]. Тому, відповідно до ч. 2 ст. 1307 ЦК заповіт, складений щодо майна, вказаного у спадковому договорі, є нікчемним, тобто, пізніше вчинений спадковий договір скасовує заповіт, який йому передує.

5. Слід додати, що, на відміну від заповіту, де спадкоємець складає акт прийняття спадщини, набувач за спадковим договором не виконує ніяких подібних обов'язкових дій.

6. У спадковому договорі, на відміну від заповіту, об'єкт, так би мовити, є подвійним: по-перше, як і у заповіті, об'єктом договору є майно відчужувача, котре передається за договором, а по-друге, об'єктом є також визначена розпорядженням відчужувача поведінка набувача (ст. 1302 ЦК).

7. Згідно ст. 1234 ЦК право на заповіт має особа з повною цивільною дієздатністю. Подібного правила щодо суб'єктів спадкового договору законодавець не встановлює. Тобто, укладати спадковий договір може й особа, яка не має повного обсягу дієздатності шляхом його укладення через представника, що діє за довіреністю, або на підставі закону (батьків, опікунів та ін.)

8. На відміну від заповіту, який може посвідчуватися, окрім нотаріуса, й іншими особами, встановленими ст. ст. 1251-1252 ЦК , така можливість стосовно спадкового договору законом не передбачена, тобто, посвідчувати цей договір може лише нотаріус.

9. Крім цього, при посвідченні спадкового договору нотаріус обов'язково визначає обсяг майна, яке передається за договором, оскільки в силу закону він зобов'язаний, зокрема, накласти заборону його відчуження (ч. 1 ст. 1307 ЦК)

10. Таким чином, можна стверджувати, що чинне законодавство України встановлює принципово різні підходи до регулювання заповіту та спадкового договору. На відміну від заповіту, спадковий договір є двостороннім правочином неособистого характеру. Об'єктом цього договору є не лише майно, яке передається набувачеві, а й зустрічні дії з його боку. Крім цього, законодавством встановлюються певні особливості його посвідчення.

Список літератури: Васильченко В. Юридична сутність інституту спадкового договору та його місце в системі цивільного права // Право України. – 2003. - № 7. – 137-141с.

Договір між батьками про визначення місця проживання та виховання дитини

Гунько Л.В.

1. У чинному сімейному законодавстві України закріплений принцип рівності обох батьків у питаннях виховання дітей. Згідно ст. 141 СК мати, батько мають рівні права та обов'язки щодо дитини, адже усунення одного з них від виховання дитини порушує не тільки право цього батька (матері), а й, як правило, - права самої дитини. Саме тому ст. 157 СК передбачає не тільки право, але обов'язок того з батьків, що проживає окремо від дитини, брати участь у її вихованні та спілкуванні з нею, якщо таке спілкування не перешкоджає нормальному розвиткові дитини, і зу-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

стрічний обов'язок того з батьків, з ким проживає дитина, не перешкоджати цьому. Такий батько (мати) має право приймати участь у вихованні дитини у будь-якій формі (відвідувати навчальний та інший заклад, у якому перебуває дитина, займатися з нею спортом, листуватися, спілкуватися безпосередньо та телефоном тощо). Кожного разу ступінь участі батьків у вихованні їхніх дітей визначається конкретними обставинами, характером взаємовідносин батьків, що проживають окремо, і, що не менш суттєво, розумінням того, що мова йде як про права неповнолітньої дитини, так і про обов'язки батька чи матері, окреме проживання якого (якої) не звільняє від виконання батьківських обов'язків.

Одним з досить перспективних та ефективних засобів правового регулювання відносин щодо виховання дітей може бути договір щодо здійснення батьківських прав та виконання обов'язків тим з батьків, хто проживає окремо від дитини. Законодавчі засади, що створюють можливість укладання такого договору, передбачені СК.

2. На відміну від законодавчо передбаченого порядку визначення участі батьків, які проживають окремо, у вихованні дитини, за допомогою договору сторони можуть уникнути певних проблем. Так, наприклад, згідно ч. 2 ст. 161 СК орган опіки та піклування або суд не можуть передати дитину для проживання з тим із батьків, хто не має самостійного доходу. Проте, якщо мати і батько дитини дійдуть згоди, у договорі про виховання дитини вони можуть передбачити, що дитина проживатиме з матір'ю, яка не має самостійного доходу, оскільки на їх думку це більш відповідатиме інтересам дитини.

3. Предметом вищезазначеного договору є: а) визначення місця проживання; та б) дії з виховання, навчання, догляду за дитиною або поєднання цих елементів, спрямованих на забезпечення нормального фізичного, духовного та морального розвитку дитини.

4. Слід відзначити, що визначення місця проживання дитини у такому договорі повинно підпорядковуватися нормам чинного законодавства, тобто батьки самостійно можуть встановити, з ким із них проживатиме дитина лише за умови, якщо їй ще не виповнилося 10 років. Якщо дитина досягла 10-річного віку, її місце проживання повинно визначатися з урахуванням бажання самої дитини, а по досягненню нею 14 років - місце проживання визначається самою дитиною. Таким чином, визначення місця проживання дитини може бути предметом вказаного договору лише, якщо дитина не досягла 14-річного віку. І в цьому випадку дитина, яка досягла 10 років, може брати участь у договірному процесі між батьками щодо визначення питання місця її проживання, оскільки при вирішенні питання про визначення місця проживання дитини, враховується не лише думка батьків, але й самої дитини, якщо вона досягла 10-річного віку (ст. 171 СК). Таким чином, як відзначає О.А. Явор, « з одного боку, забезпечується право батьків на

особисте виховання своєї дитини, а з іншого – забезпечується інтереси дитини, враховуючи її особисту думку» [1, с. 132.].

Список літератури: 1. Явор О.А. До питання визначення місця проживання дитини, батьки якої проживають окремо // Наукові засади та практика застосування нового Сімейного кодексу України. Матеріали Круглого столу. 25 травня 2006 р., м. Київ. – Х.: Ксилон, 2007. – 212 с.

Юридична характеристика договору позички

Іззетов Ф.Д.

Договір безоплатного користування річчю – договір позички – відомий нашому законодавству ще з часів римського права. Згідно ст. 827 ЦК за договором позички одна сторона (позичкодавець) безоплатно передає або зобов'язується передати другій стороні (користувачеві) річ для користування протягом встановленого строку (ч. 1 ст. 827 ЦК).

Сформульоване у законі визначення договору позички припускає можливість укладення цього договору як у момент досягнення сторонами домовленості, так і при передачі майна однією з сторін іншій. Тобто договір позички може бути як *консенсуальним*, так і *реальним*. Проте, у будь-якому випадку, для надання чинності такому договору сторони повинні досягти згоди з усіх його істотних умов.

Незважаючи на очевидність цього питання у правознавстві й досі не досягнено єдиною думки з питання щодо визначення їх переліку.

Безумовно, як і у будь-якому договорі, істотною умовою договору позички є предмет договору. Як відомо, безоплатне тимчасове користування майном (яке передбачає володіння ним) поряд з майновим наймом (орендою) складають групу договорів, спрямованих на експлуатацію майна, видобування з такої дії корисних властивостей речі. Виходячи з цього, предметом договору позички можуть бути індивідуально-визначені речі, що є неспоживними та оборотоздатними. А отже, якщо ідентифікувати майно, яке є предметом позички, неможливо, договір вважається неукладеним.

Крім цього, виходячи з непорушності права власності на майно при договорі позички, характерною особливістю цієї угоди є те, що коло потенційних предметів договору позички є ширшим, аніж коло предметів договорів, за якими переходить право власності на майно (купівля-продаж, дарування, міна і т.д.). Зокрема, у позичку можуть передаватися навіть предмети, вилучені з цивільного обігу, наприклад, передача у безоплатне користування пасовища, яке перебуває у державній власності, сільськогосподарському підприємству тощо. Водночас, не можуть бути предметом договору позички речі, які нерозривно пов'язані з особою їх власника (документи, нагороди та т.ін.) або передача яких суперечить нормам суспільної моралі.

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

У правознавстві тривалий час ведеться дискусія щодо віднесення умови про безоплатність до кола істотних умов договору позички. На думку деяких вчених, безоплатність є істотною умовою договору, адже виходячи з положень ч. 2 ст. 827 ЦК, згідно якої користування річчю вважається безоплатним, якщо сторони прямо домовилися про це або якщо це випливає із суті відносин між ними, можна дійти висновку. що умова про безоплатність користування обов'язково має бути обумовлена сторонами. У противному випадку до укладеного договору будуть застосовуватися правила щодо майнового найму (оренди) [1, с. 87; 2, с. 295-296].

З іншого боку, як відзначають інші науковці, оплатний договір позички є юридичним нонсенсом, адже саме безоплатність є конститутивною ознакою позички, і відповідно, її не можна вважати істотною умовою договору [3, с. 40; 4, с. 214]. У позичці немає альтернативи, як, наприклад, у договорі найму, і тому свідомо допускається визнання укладеним і такого договору, у змісті якого відсутня пряма вказівка на цю особливість позички [5, с. 778; 6, с. 94]. Саме ця точка зору видається більш переконливою, оскільки віднесення безоплатності до істотних умов договору позички, зробить безглуздим саме виокремлення його правове регулювання в спеціальну главу ЦК.

Оскільки договір позички передбачає передачу майна у тимчасове користування, він є строковим договором. Проте чітких правил щодо встановлення строку гл. 60 ЦК не містить. а отже договір позички може укладатися як на визначений, так і не визначений строк.

Строк у договорі позички також не є істотною умовою, оскільки згідно ст. 831 ЦК, якщо сторони не встановили строку користування річчю, він визначається відповідно до мети користування нею. Тобто, якщо сторони не обумовили строк користування майном, договір не вважається неукладеним, а діє протягом строку, достатнього для досягнення мети, котру сторони мали на увазі при передачі речі. Так, якщо позичкодавцем було надано у користування приміщення для проведення благодійної акції, це приміщення має бути звільнене та повернено власнику відразу після закінчення благочинного заходу, якщо в позику передається столовий посуд для проведення прийому, він повинен бути повернений після зустрічі гостей.

Якщо ж строк користування річчю не встановлений в договорі та не може бути визначений метою користування річчю, договір вважається укладеним на невизначений строк.

Література: 1. Цивільне право України. Академічний курс: Підруч.: У двох томах / За заг. ред. Я.М. Шевченко. – Т. 2. Особлива частина. – К.: Концерн «Видавничий дім «Ін Юре», 2003; 2. Гражданское право. Ч. 2 / Под ред. А.П. Сергеева и Ю.К. Толстого. – М., 1997; 3. Венедіктова І. Особливості застосування договору позички за сучасним українським законодавством // Мала енциклопедія нотаріуса. – 2005. - № 5; 4. Гражданское право: Учебник. Ч. 2: Обязательственное право / Под ред. В.В. Залесского. – М., 1998; 5. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. 2: Договоры о передаче имущества. – М.: Статут, 2000; 6. Новікова В.В. Безоплатні договори у цивільному праві України. – Х.: Ксилон, 2008.

Історичне походження спадкового договору

Літковець Т. П.

Кардинальне реформування цивільного законодавства та відповідні законодавчі рішення часто спричиняють появу певних правових нововведень. У чинному ЦК одна з глав присвячена цілком новій і раніше невідомій вітчизняному цивільному праву правовій конструкції, - спадковому договору.

Своїм становленням інститут спадкового договору винен, головним чином, романістичній літературі. Тому не дивно, що фундаментальні положення цього цікавого правового явища найбільш ретельно опрацьовані німецькою і певною мірою французькою доктриною [1, с. 118].

Спадковий договір отримав своє визнання з часів рецепції римського приватного права. Однак, як це не дивно, саме римське право спадкового договору взагалі не допускало: воно оголошувало недійсним будь-які договори, яким обмежувалося б воля заповідача, навіть договори про відмову від спадщини, що повинна була відкритися. Римський закон допускав, як особливий вид договору дарування на випадок смерті, однак такий договір не вважався обов'язковим для дарувальника, і останній у будь-який час до відкриття спадщини міг взяти його назад [2, с. 263-264]. Тобто стародавнє римське право було принципово проти договорів про спадкування і не визнавало жодних винятків з загального правила.

Сам інститут спадкового договору сформувався у ту добу, коли суспільство базувалося на засадах феодального поземельного права і коли питання, пов'язані з переходом нерухомості, мали величезне значення для існування тих чи інших середньовічних організацій. Спадкування за договором утворилося шляхом трансформування германського звичаєвого права і розвинулося далі юриспруденцію нового часу в особливу систему. Однак слід зазначити, що нові законодавства цих народів визнають даний вид закликання до спадкування не однаковою мірою.

Так, французьке право визнає договори про спадкування у своєму власному майні як виняток з загального правила про спадкування за законом або за заповітом, при тому в досить обмеженому вигляді, а саме лише між подружжям, але навіть і так, що в них можуть брати участь і треті особи, якщо вини бажають надати своє майно подружжю або їх дітям (ст. 1081, 1082 ЦК Франції). Ці договори навіть користуються своєрідним привілеєм (ст. 1094), а саме, безпосередньо за ним подружжя може передати одне одному як право власності (у випадку, якщо не залишать після себе діти), так і узуфрукт (право користування, у випадку, якщо залишились діти або інші низхідні), стосовно майна, на яке розповсюджується режим законної частки [1, с. 119]. Тобто мож-

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

на зробити висновок, що ЦК Франції не визнає особливої природи спадкового договору, а скоріше за все розглядає цей інститут виключно як акт дарування між живими особами.

Австрійське право допускає договори про спадкування в тому випадку, коли вони стосуються якого-небудь окремого предмета (речі або суми), вчиняються письмово і містять відмову від права зворотної вимоги дарування. Спадкові ж договори на все майно допускається укладати лише між подружжям або нареченими за умов, що останні в майбутньому візьмуть шлюб (ст. 956, 602, 1249 Австрійського Цивільного Уложення). Також особливістю в австрійському законодавстві є те, що воно визнає чинними спадкові договори про відмову від права спадкування (ст.551 АЦУ). Безумовним є й той факт, що австрійське право визнає за спадковим правом те, що він є актом, який встановлює право спадкування (ст.533 АЦУ) [1, с. 118].

Швейцарський цивільний кодекс розглядає спадковий договір як один з видів розпоряджень на випадок смерті (ст.468 ШЦК) [1, с. 119]. Спадкодавець може, в межах наданої йому свободи: зробити розпорядження у спадковому договорі стосовно свого майна в цілому або в певній частині; зобов'язатись перед будь-ким залишити йому або третій особі спадщину чи відказ; укласти з одним із спадкоємців угоду про відмову від спадщини або її викуп (ст. 481, 494, 495). Отже, як видно із всього перетисненого вище за швейцарським законодавством спадковий договір є однією з підстав спадкування.

В Германії спадкові договори були відомі ще до рецепції римського приватного права. Однак широкого розповсюдження на німецькому ґрунті й визначального характеру вони набули лише по рецепції римського права. Тільки з цього часу починає ставитися питання про юридичне значення цих договорів, своєрідність їх природи та основні типи. Перше підґрунтя для визнання юридичного значення за спадкового договорами було закладене ще глоссаторами та коментаторами римського права. Ті й інші, дотримуючись традиційної точки зору римського класичного права, в принципі не визнавали самостійного правового значення за спадковими договорами. Однак, заглиблюючись в постанови римського права та адекватно реагуючи на запити оточуючої їх дійсності, вони змогли розширити коло виключень з загальних правил, встановлених класичним правом. Зазначена необхідність корінилася в умовах бурхливого розвитку середньовічного цивільного обігу, в якому значного поширення набули випадки практичного застосування спадкових договірних відносин. Тодішні вчені намагалися для нехарактерного римському праву інституту віднайти бодай найменшу підставу в законі, іншими словами, всіма можливими способами прагнули вдихнути в життя старих законів новий правовий інститут.

Німецьке цивільне уложення детально регламентує відносини по застосуванню норм договору про спадкування. Цьому інституту спадкового права присвячено четвертий розділ Книги 5 НЦУ, в якому він розглядається поряд із спадкуванням за законом та за заповітом, як окремий вид спадкування [3, с. 616-618].

Список використаної літератури: 1. В. Васильченко "Юридична сутність інституту спадкового договору та його місце в системі цивільного права" / Право України - №6. - 2003; 2. А.А. Подопригора Основы римского гражданского права. - К.: Вид. «Вентурі», 1995; 3. Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права – Тула: Изд. Автограф, 2001.

Об определении надлежащего ответчика по делам о возмещении вреда, причиненного незаконными действиями или бездействием органов дознания, досудебного следствия, прокуратуры и суда

Семик А.В.

Особенности рассмотрения судами дел о возмещении вреда, причиненного незаконными действиями органов дознания, досудебного следствия, прокуратуры и суда, вызывают повышенный научный интерес [1; 2], поскольку споры о возмещении такого вреда достаточно часто являются предметом судебного разбирательства, но при этом, ни закон, ни судебная практика не содержат четкого ответа на вопрос, кто же является надлежащим ответчиком в таком процессе. Так, по данным судебной статистики в первом полугодии 2009 года судами общей юрисдикции было рассмотрено 108 гражданских дел о возмещении вреда, причиненного незаконными действиями органов дознания, досудебного следствия, прокуратуры и суда, иск удовлетворен был по 65 делам или 60,2 % от рассмотренных дел с принятием решения. Присуждено к взысканию 10 млн 863,1 тыс. грн.

Баулин О.В. указывает, что состав лиц для конкретной категории дел определяется на основании модели спорного материального правоотношения [3, с.248]. Согласно ч.1 ст.1176 ГК вред, причиненный физическому лицу вследствие его незаконного осуждения, незаконного привлечения к уголовной ответственности, незаконного применения как предупредительной меры содержания под стражей или подписки о невыезде, незаконного задержания, незаконного наложения административного взыскания в виде ареста или исправительных работ, возмещается государством в полном объеме независимо от вины должностных и служебных лиц органа дознания, досудебного следствия, прокуратуры или суда. Анализ гражданских дел, рассмотренных судами Донецкой области в течение 2007-2009 г.г., свидетельствует, что на стороне ответчика привлекают разные органы, в частности, как правило, это Государственное казначейство Украины,

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Прокуратуру Донецкой области либо соответствующие управления МВД Украины, имеющие статус юридического лица; либо в качестве ответчиков указывают соответствующий орган дознания, досудебного следствия, прокуратуры, имеющий статус юридического лица, незаконными действиями или бездействием должностных лиц которых причинен вред, а Государственное казначейство Украины привлекают в качестве третьего лица, прямо указывая, что именно Государственное казначейство Украины не причиняло вред; либо на стороне ответчика привлекают Государственное казначейство Украины, а соответствующий орган дознания, досудебного следствия, прокуратуры привлекают в качестве третьего лица на стороне ответчика. В то же время сложилась практически единая практика изложения резолютивной части судебного решения, если такие иски удовлетворяются: «Государственному казначейству Украины по требованию органов государственной исполнительной службы в срок, определенный в предписании, списать в бесспорном порядке в пользу ЛИЦО_1 в качестве возмещение морального вреда (указывается сумма) из единого казначейского счета Государственного бюджета Украины». Таким образом, сложившаяся судебная практика четко определяет, что ответственность несет государство, но не указывает в лице каких органов.

Эффективность защиты интересов государства по делам о возмещении вреда, причиненного незаконными действиями органов дознания, досудебного следствия, прокуратуры и суда будет достаточно низкой, пока четко не будет определен государственный орган (государственные органы), функциональной обязанностью которого будет являться представительство интересов государства в судах по такой категории дел. Разные подходы судебной практики к вопросу об определении надлежащего ответчика по делам о возмещении вреда, причиненного незаконными действиями органов дознания, досудебного следствия, прокуратуры и суда, приводят нередко и к спору о подсудности такого дела, что нарушает также принцип доступности правосудия для граждан.

Представляется, что на законодательном уровне необходимо определить в лице какого органа должно отвечать государство за вред, причиненный незаконными действиями органов дознания, досудебного следствия, прокуратуры и суда, что будет способствовать определенности правовых отношений и защите интересов граждан.

Литература: 1. Протас І.Б. Проблеми судового захисту прав і інтересів громадян у зв'язку з заподіянням їм шкоди незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук / І.Б. Протас; Ун-т внутр. справ МВС України. – Харків: УВС, 2000. – 20с.; 2. Ніжинська І.С. Відшкодування шкоди, заподіяної незаконними діями правоохоронних органів, з Державного бюджету України // Право України. – 2002. - № 11. – С. 40 – 43.; 3. Баулин О.В. Методика определения особенностей рассмотрения отдельных категорий гражданских дел // Актуальные проблемы гражданского права и процесса: Сборник материалов Международной научно-практической конференции. Вып. 1 / Отв. ред. Д.Х. Валеев, М.Ю. Челышев. – М.: Статут, 2006. – С. 244-249.

Зміст

ТЕЗИ НАУКОВИХ ДОПОВІДЕЙ НА ПЛЕНАРНОМУ ЗАСІДАННІ

Спасибо-Фатєєва І. В.
Проблематика партнерства 3

Жуков В. І .
Книга IV Цивільного кодексу України: протиріччя та шляхи їх вирішення 7

Шишка Р. Б.
Договори на безоплатне надання в цивільному праві 11

Мічурін Є. О.
Застосування діалектичного методу у цивілістичних дослідженнях 18

Борисова В. І.
Поняття цивільного права як приватного права 21

Кройтор В. А.
Гласність цивільного судочинства 23

Гетманець О. П.
Правові підстави притягання до цивільно-правової відповідальності за нецільове використання бюджетних коштів 27

Жорнокуй Ю. М.
Досягнення компромісу як спосіб недопущення виникнення та вирішення корпоративного конфлікту 28

ТЕЗИ НАУКОВИХ ДОПОВІДЕЙ ТА ПОВІДОМЛЕНЬ В СЕКЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО ТА СІМЕЙНОГО ПРАВА

Татаринцева Е. А.
Реформирование системы институциональной заботы о детях, оставшихся без попечения родителей в России, Англии и Японии 32

Міненкова Н. О.
Проблемні питання, що виникають при застосуванні Прикінцевих та перехідних положень Цивільного кодексу України щодо спадщини 35

Кузьменко С. Г.
Гарантійні строки як один із видів захисту суб'єктивних цивільних прав .. 38

Самойлов М. О.
Іноземні громадяни як суб'єкти права власності на землю в Україні 40

Печений О. П.
Проблеми спадкування права на частку у статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю 42

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Ігнатенко В. М.
Умови виникнення зобов'язання із вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення 44
Красицька Л. В.
Сімейна правосуб'єктність дітей 46
Чалий Ю. І.
Притримання у банківській практиці: окремі проблемні аспекти 48
Слипченко С. А.
Некоторые аспекты методологии исследования личных неимущественных прав 49
Розгон О. В.
Визнання спадщини відумерлою як самостійна правова підстава набуття права власності територіальною громадою 53
Сараскіна Т. В.
Формування єдиного понятійно - категоріального апарату в фінансовому та цивільному праві 55
Мандрика Л. М.
Засоби захисту права власності політичних партій 57
Зайцев О. Л.
Час відкриття спадщини 59
Селіванов М. В.
Окремі питання отримання та визнання свідоцтв на знак для товарів та послуг недійсними 60
Соболев А. В.
Некоторые проблемы защиты прав человека при признании его недееспособным 63
Мороз М. В.
Особливості повернення орендованого майна 65
Карчевський К. А.
Установчі документи та інші локальні акти як джерела регулювання порядку вчинення значних правочинів акціонерних товариств 68
Мавлиханова Р. В.
Определение понятия и значения кооперации 70
Пучковська І. Й.
Щодо застосування терміну «майновий поручитель» 71
Чеботарьова Ю. А., Бобришев І. Г.
Про деякі проблемні питання застави корпоративних прав 74

Чапічадзе Я. О.
Чітке формулювання договірних умов як передумова отримання страхових виплат 76
Мороз О. В.
Правові наслідки порушення сторонами умов договору 78
Євко В. Ю.
Представницька діяльність юриста при міждержавному усиновленні в Україні 81
Томчишен С. В.
Звернення судом стягнення на предмет іпотеки шляхом набуття іпотекодержателем його у власність 84
Батожська О. В.
Момент укладення договору зберігання транспортного засобу 89
Жидкова О.С.
Право дитини народиться 90
Піхурець О. В.
Застосування принципу вичерпання права в патентному законодавстві Україні 93
Кириченко Т. С.
Колізії норм сімейного та кримінального законодавства щодо шлюбного віку 95
Синєгубов О. В.
Щодо деяких питань забезпечення прав дітей-сиріт та дітей позбавлених батьківського піклування 100
Вакулович Е. В.
Розмежування понять «непереборна сила», «випадок» та «форс-мажорні обставини». 103
Загородній С. А.
Освітні послуги у сфері вищої освіти та послуги з професійної підготовки особи у ВНЗ: визначення понять та встановлення співвідношення 105
Фомін Г. Ф.
Банківські договори по обслуговуванню грошового обігу 108
Стрижак І.
Деякі проблеми класифікації цивільно-правових договорів 109
Міхно О. І.
Деякі питання визначення цивільних правовідносин як різновиду правовідносин 110

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Нестеренко П. В
Правові наслідки припинення діяльності вищого навчального закладу 113
Горобець Н. О.
Цивільно-правовий захист права на недоторканність житлового простору 115
Д'ячкова Н. А.
Правові наслідки недійсності шлюбу 117
Маковій В. П.
Причинний зв'язок як передумова виникнення деліктного зобов'язання у міжнародному приватному праві 118
Шишка О. Р.
Вимоги до інформації в рекламі 120
Кухарєв О. Є.
Виникнення права на спадкування за заповітом з умовою 124
Лисенко І. В.
Непорушність права власності на житло: проблеми та перспективи ... 126
Головко В. В.
Предмет відступного 129
Полтавський О. В
До питання про перевищення повноважень особами, які вчиняють правочини від імені юридичних осіб 130
Аляб'єва Н. В.
Укладання договору про надання послуг в мережі інтернет 133
Умецька Г. О.
Попередній договір купівлі-продажу нерухомого майна 135
Приходько В. Г.
Особливості зміни або розірвання договору розшуку 137
Тіхонова М. А.
Страхування у сфері професійного спорту 139
Сурженко О. А.
Інноваційна політика: сучасність і перспективи 142
Бєгова Т. І.
Порядок укладення договору про передачу «ноу-хау» 144
Ісаєв А. М.
Щодо змісту статті 721 Цивільного кодексу України 146
Жорнокуй В. Г.
Зловживання суб'єктивним правом акціонерами та його прояви під час проведення загальних зборів товариства 147

Аврамова О. Є.
До проблеми трансформації житлово-правової матерії 149
Руденко О. М.
Стягнення аліментів – як механізм захисту дитини 152
Гришина І. І.
Зловживання корпоративним правом акціонером під час скликання та проведення загальних зборів 156
Коробцова Н. В.
Поняття та види прав пацієнтів 158
Крат В. І.
Філії та представництва непідприємницьких товариств 160
Спасибо В.В.
Особливості штрафних фінансово-правових санкцій за порушення норм податкового права 162
Ясечко С. В.
Загальні підходи до встановлення порушень прав на інформацію 164
Нор Ж. В.
Особисті немайнові права ОВС як юридичних осіб публічного права 166
Ярошевська Г. М.
Договір про надання юридичних послуг як непоіменований договір у цивільному законодавстві України 170
Чайников Д. Г.
Правовая природа изображения как объекта гражданского права 173
Гужва А. М.
Інтерес довірителя і позов з договору доручення 176
Сядристий А. О.
Право артиста-виконавця на публічне сповіщення своїх незафіксованих виконань 179
Ольшанченко В. І.
Окремі аспекти деліктної відповідальності держави перед підприємцями 181
Мяснікова Н. В.
Щодо проблем юридичних осіб публічного права 182
Пасічник В. С.
Застава цінних паперів як вид забезпечення виконання зобов'язань ... 184
Луценко Л.А.
Договір між подружжям про надання утримання як одна з форм виконання подружжям обов'язку матеріально підтримувати один одного 186

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Перова О.В.
Правові наслідки виконання правочину, який порушує публічний порядок 188
Скіданов К. В.
Проблематика співвідношення волі та волевиявлення в правочині 190
Колєсніков О. М.
Гарантії прав клієнтів за договорами із надання правової допомоги ... 192
Поліщук К. В.
Укладення та посвідченню договорів побутового підряду 194
Степуніна О. М.
Щодо відповідальності поручителя 197
Шкрібляк К. П.
Односторонні правочин в Цивільному кодексі України..... 198
Шишка І. Р.
Виконання договору на маркетингові дослідження 201
Моторна В. Ю.
Стан та перспективи розвитку відносин щодо захисту прав споживачів 205
Базиль О.В.
Практичні проблеми реалізації прав міноритарних власників акцій.... 208
Жулавський С. А.
Захист прав довірителя, як учасника фонду фінансування будівництва..... 209
Голубєва В. М.
Умови дійсності кредитних договорів в іноземній валюті 211
Сущ О. П.
Характеристика корпоративного інвестиційного фонду як юридичної особи за законодавством України 214
Водяхін С. А.
Підходи до розуміння поняття «об'єкти цивільних прав»..... 216
Хімченко С. В.
Про виникнення цивільно-правової відповідальності нотаріуса за порушення таємниці вчинюваних нотаріальних дій 220
Нагорна А. О.
Посвідчення заповітів посадовими особами органів місцевого самоврядування 221
Мінченко А. О.
Поняття пасажира – суб'єкта договору перевезення пасажира та багажу залізничним транспортом 225

Савченко А.С.
Поняття та ознаки об'єкта незавершеного будівництва 227
Терехова О. О.
Особливості забезпечення цивільно-правового захисту спадкових прав.... 230
Семенова А. П.
Преимущество найма (аренды) транспортного средства физическим лицом с экипажем. 233
Мельниченко Ю. В.
Родові географічні зазначення 235
Садикова Я. М.
Окремі аспекти визначення процесуального значення державної реєстрації авторського права 237
Присяжнюк В.П.
Гарантії працівників міліції при завданні їм збитку та шкоди 239
Романченко Т.С.
Право фізичної особи на власне зображення 241
Доценко О. М.
Природа права на особисте життя 243
Приходько А. А.
Істотні умови договору про надання послуг аварійного комісара 246
Солонько М. Ф.
Поняття спадкування 248
Куций О.В.
Щодо проблеми визначення речей, які обмежено в цивільному обороті ... 250
Старіцина С.О.
Визначення зброї як об'єкта цивільно-правових відносин 253
Глотов С. О.
Щодо питання про твір, втілений через цифрове середовище, як нетиповий об'єкт цивільного права 255
Іванюченко О. В.
Місце норми права щодо комп'ютерної програми в цивільному праві України 259
Іванова К. Ю.
Особливості державного контракту на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт 262
Єфименко І.В.
Умови виникнення кондикційних зобов'язань 263

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Пустова Ю. М.
Адміністративний акт як підстава виникнення цивільно-правового зобов'язання 265
Пономарьов О. О.
Діяльність з експлуатації автомобіля як джерело підвищеної небезпеки .. 268
Ходико Ю. Є.
Підстави виникнення іпотечного правовідношення 270
Шимон Л. С.
Гарантія – новий вид забезпечення виконання зобов'язань 271
Любчик О. А.
Авторське право на веб-сайт як складений твір 273
Харитоненко О. В.
До питань реформування місцевого самоврядування 274
Кільдюшкіна О. О.
Медіація як засіб захисту цивільних прав: сутність та переваги 278
Азімова Є.О.
Повнота врегулювання підстав виникнення права власності 281
Блошко В. В.
Право власності на земельну ділянку під багатоквартирним будинком 282
Гринько П.О.
До питання про предмет цивільного права, організаційні правовідносини та секундарні права 285

ТЕЗИ НАУКОВИХ ДОПОВІДЕЙ ТА ПОВІДОМЛЕНЬ НА СЕКЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО ТА ГОСПОДАРСЬКОГО ПРОЦЕСУ

Юдин А. В.
Проблема допустимости лжи в гражданском процессе: опыт межотраслевого подхода 288
Лавріненко О. В.
Місце й значення галузевих принципів у процесі галузевої структуризації національної системи права 291
Мамницький В. Ю.
Види проваджень та сучасні моделі цивільного судочинства 292
Васильєв С. В.
До питання про систему джерел цивільного процесуального права України 295
Баранкова В. В.
Гарантії нотаріальної діяльності 297

Сібільов Д. М.
Медіація як система позасудових процедур 299
Бігун В. А.
Про доказову силу документів, виданих в іноземній державі 302
Радченко П. І.
Пріоритет юрисдикції цивільних судів між іншими видами судової юрисдикції 305
Шутенко О. В.
Ликвидация правового конфликта – задача гражданского судопроизводства 308
Гусаров К. В.
Стаття 339 ЦПК України потребує вдосконалення 310
Світлична Г. О.
Повноваження адвоката та їх посвідчення при здійсненні представництва у цивільному судочинстві 311
Рожнов О. В.
Юридично-технічні проблеми обчислення строку на подання скарги у зв'язку з винятковими обставинами 314
Сапейко Л. В.
Обсяг дієздатності неповнолітніх осіб в цивільному процесі 316
Ясинок М. М.
Цивільні процесуальні правовідносини та їх особливості в цивільному процесуальному праві України 318
Антонюк О. І.
Нездатність судів забезпечити розгляд справ впродовж розумного строку як підстава зміни підвідомчості справ 321
Сліпченко О. І.
Пояснення сторін та третіх осіб як засіб доказування в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди 323
Яковлев С.
Суб'єкти права касаційного оскарження 327
Сакара Н. Ю.
Права на доступ до правосуддя та національна практика цивільного судочиснтва 328
Степаненко Т. В
Щодо судового захисту прав численних груп споживачів в Європейському Союзі 331

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Бортнік О. Г.
Щодо вирішення спорів про позбавлення права користування житловим приміщенням.....334
Котенко С. О.
Правові наслідки встановлення юридичного факту проживання чоловіка та жінки однією сім'єю.....337
Ніколаєв І.
Удосконалення системи примусового виконання зобов'язань в Україні 338
Гузе К.А.
Щодо сутності представництва прокурором в суді інтересів громадянина або держави 341
Масюк В. В.
Неправові презумпції в цивільному судочинстві 343
Шадура Д. М.
До питання про відшкодування витрат на правову допомогу у цивільному процесі 345
Глушкова Д. Г.
До питання оцінки майна боржника у виконавчому провадженні 347
Колісник О. В.
Зміст категорії «незалежний суд».....349
Комарова Т. В.
Суд Європейського Союзу в європейській системі захисту прав людини ..351
Кравцов С. А.
Теория автономности арбитражного соглашения 353
Ткач К. В.
Підвищення ролі процедури альтернативного вирішення спорів в Англії та в Уельсі 355
Череватенко І. М.
Визнання нотаріусом підстав спадкування в межах видачі свідоцтва про право на спадщину 357
Косарева Т. В.
Загальні положення про основні форми повідомлення учасників судового процесу про час і місце розгляду цивільних справ 359
Лукіна І. М.
Зловживання процесуальними правами в цивільному процесі України 361
Буга В. В.
Загальні положення про розумний строк розгляду справи у суді.....364

Жеребной І. О.
Процесуальні особливості розгляду цивільних справ про відшкодування неповнолітніми особами матеріальної шкоди 366
Побігайло Г. І.
Особливості нотаріального посвідчення шлюбного договору 368
Сидоренко О. О.
Інтеграція принципів цивільного процесуального права у провадження по забезпеченню виконання судових рішень 370
Полетило К. С.
Судова практика сша в справах про захист інформаційних прав і свобод .. 371
Погребняк О.С.
Європейські стандарти та законодавство України в сфері захисту прав осіб з психічними розладами 374
Марченко Р. В.
Показання свідків як засіб доказування в цивільному судочинстві 376
Бака О. Ю.
Порівняльний аналіз способів забезпечення позову за ЦПК України та КАС України 379

ТРИБУНА МОЛОДОГО НАУКОВЦЯ

Муха М. Ю.
Поняття та ознаки правочинів 383
Немьонова С. В.
Підпризначення спадкоємця як вид заповідального розпорядження ... 385
Колодяжна Ю. В.
Анатомічні матеріали людини, як об'єкти цивільних правовідносин .. 386
Новохижко Т. В.
Окремі питання щодо прав та обов'язків подружжя на утримання 388
Васіна Г. В.
Проблеми впровадження інституту присяжних виконавців 390
Шевченко Т. Ю.
Місце спадкового договору в системі цивільного права України 393
Чабаненко Т. В.
Розмір моральної шкоди, як один із елементів предмету доказування у справах про відшкодування моральної шкоди 395
Заєць В. О.
Набуття права на земельну ділянку за набувальною давністю 397
Репетя В.О.
Новий погляд на роль суду в цивільному судочинстві 398

KhNUIAIR(Institutional Repository of KhNUIA)

Міхалінчук С. А.
Деякі проблеми апеляційного оскарження рішень судів 400
Токаренко Ю. В.
Припинення права приватної власності на нерухоме майно в Україні 402
Когут К.
Окремі аспекти права на таємницю про стан здоров'я 404
Роскошанська І. В.
Правовий статус свідка за ЦК України 406
Налісна Н. В.
Правова характеристика договору найму житла 407
Костромицький В.
Проблеми створення місцевих громадських організацій 409
Вітрикуш П. М.
Особисті немайнові права та обов'язки опікуна 411
Дорожінська Я. Л.
Відшкодування моральної (немайнової) шкоди 413
Метла К.
Щодо підстав обмеження дієздатності фізичної особи. Марнотратство, як підстава обмеження дієздатності 415
Бала Ю. С.
Проблема співвідношення лікарської таємниці та права людини на збереження здоров'я 417
Кіт М. С.
Принцип добросовісності за договором довічного утримання (догляду) 419
Солнушко Н. В.
Співвідношення понять «майно», «товар» і «продукція» за законодавством України 421
Ставнича А.
Правове регулювання секретного заповіту 423
Дерев'яшкіна А. Д.
До питання про можливість відшкодування аліментів у наказному провадженні 424
Шинкаренко Г. М.
Критерії визначення черг спадкоємців за законом 426
Пучковський С. В.
Види договору ренти 427
Федоренко І. Є.
Щодо посвідчувальної функції завдатку 429

Пузовікова К. І.
До питання про судовий прецедент у цивільному судочинстві 430
Олдак Т.
Особисте немайнове право — право на життя 432
Голубкін О. В.
Співвідношення спадкового договору та заповіту 435
Гунько Л.В.
Договір між батьками про визначення місця проживання та виховання дитини.....436
Іззєтов Ф.Д.
Юридична характеристика договору позички 438
Літковець Т. П.
Історичне походження спадкового договору.....440
Семик А.В.
Об определении надлежащего ответчика по делам о возмещении вреда, причиненного незаконными действиями или бездействием органов дознания, досудебного следствия, прокуратуры и суда.....442

Наукове видання

ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА ТА ПРОЦЕСУ

Матеріали науково-практичної конференції,
присвяченій пам'яті професора О. А. Пушкіна
(22 травня 2010 року)

Підп. до друку 11.05.10.Формат 60х84\16. Друк трафаретн.
Папір офсет. Ум. друк. арк. 27,6. Обл.-вид. арк. 30,0.
Тираж 300 прим. Замовл. 76

Редакційно- видавничий відділ ХІФ УДУФМТ,
пров. Плетньовський, 5