

НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
«ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

Часопис ЦИВІЛІСТИКИ

НАУКОВО-ПРАКТИЧНИЙ
ЖУРНАЛ

Випуск 14

Одеса – 2013

<i>Bignyak O.V.</i>	
THE DEFENCE OF CORPORATE RIGHTS	116
<i>Kirilyuk A.V.</i>	
THE CRITERIA FOR LEGAL PROTECTION OF THE OBJECTS OF COPYRIGHT	122
<i>Петренко В.С.</i>	
ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ ПЛАГІАТУ	128
<i>Позова Д.Д.</i>	
КОНТРАФАКЦІЯ ЧИ ПІРАТСТВО?	132
<i>Симонян Ю.Ю.</i>	
АУДІОВІЗУАЛЬНІ ТВОРИ ЯК ОБ'ЄКТИ ПІРАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ	137
<i>Кетрарь А.А.</i>	
ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ АВТОРСЬКИХ ТА СУМІЖНИХ ПРАВ ВІД ПІРАТСТВА В МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ	141

КОМЕНТАР ЗАКОНОДАВСТВА

<i>Берназ-Лукавецька Олена Михайлівна</i>	
ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОБМІНУ ЖИТЛА ЗА ПРОЕКТОМ ЖИТЛОВОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ	146

НАУКОВЕ ЖИТТЯ

<i>Черногор Наталия Васильевна</i>	
МЕЖДУНАРОДНАЯ НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКАЯ КОНФЕРЕНЦИЯ « ЧАСТНО-ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОБЩЕСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЙ: ТРАДИЦИИ, СОВРЕМЕННОСТЬ, ПЕРСПЕКТИВА»	150

ІНФОРМАЦІЯ ДЛЯ АВТОРІВ	153
------------------------------	-----

засади захисту прав та інтересів останньої; 3) колізійні норми, що передбачають компроміси при визначенні статусу приватної особи у різних національних правових традиціях тощо; 4) міжнародно-правові угоди, що стосуються зазначених питань.

Своєрідним еталонем європейських систем приватного права у галузі визначення статусу приватної особи є римське приватне право. Звісно, не можна вважати, що норми цієї давньої системи права можуть застосовуватися безпосередньо в реальному цивільному (торговому обігу). Однак, і применшувати його вплив не варто, оскільки він не тільки не зменшується, але й зростає. Завдяки такому феномену як рецепція права, саме римському приватному праву, як правовій системі, що втілила в собі вищі досягнення філософської, гуманітарної та юридичної думки античності, судилося стати основою сучасного приватного права Європи.

Оскільки приватне право, так само як і право публічне (яке доповнює і, певною мірою, «врівноважує» приватне право, як регулятор суспільних відносин), є наднаціональною системою права, здається некоректним вести мову про «приватне право України», «приватне право Франції», «приватне право Німеччини» тощо. Натомість, має йтися про «традицію приватного права в Україні», «традицію приватного права у Франції», «традицію приватного права у Німеччині», і відповідно про галузі національного права: «цивільне право України», «цивільне право Франції», «цивільне право Німеччини» тощо.

Отже, цивільне право, що розглядається під таким кутом зору, є проявом приватного права на рівні національних правових систем, виступаючи тут як галузь національного права (цивільне право у об'єктивному сенсі, позитивне цивільне право).

Разом із тим, слід мати на увазі, що при визначенні поняття цивільного права виникає необхідність врахування такої обставини як структурний поділ права на об'єктивне (сукупність діючих у країні юридичних норм, правил і принципів) і суб'єктивне (визнається за певним суб'єктом), зумовлений соціальними і спеціально-юридичними закономірностями. При цьому розрізняють суб'єктивне право у широкому та вузькому значеннях. Суб'єктивне право у широкому значенні – це все те, що впливає з правових норм (об'єктивного права) для його носія і характеризує його як суб'єкта права. Визнання особи та організації суб'єктом права дістає прояв у тому, що вони через норми об'єктивного права набувають якостей учасника відповідних правовідносин. Суб'єктивне право у вузькому сенсі розуміється як право (можливість певної поведінки) особи, яке передбачене правовою нормою [11, с. 93 – 94].

Проте, більшість правознавців ведуть мову про суб'єктивне право як єдине поняття, визначаючи його як зумовлену об'єктивним правом міру можливої поведінки уповноваженого суб'єкта. Зміст суб'єктивного права, на їхню думку, охоплює три правомочності: 1) праводію – право уповноваженого суб'єкта на певні дії; 2) правовимогу – право уповноваженого суб'єкта вимагати певної поведінки від інших осіб; 3) правопретендування – право уповноваженого суб'єкта звернутися до державних органів за захистом своїх порушених прав [12, с. 287 – 288].

У зв'язку з цим, варто зазначити, що об'єктивне та суб'єктивне право є тісно пов'язаними, але не тотожними категоріями, які, до того ж, перебувають у різних площинах. Об'єктивне (цивільне) право знаходиться у одній площині з правом приватним, цивільним законодавством та іншими правовими категоріями, які стосуються абстрактного суб'єкта відносин, передбачаючи і закріплюючи існування для останнього потенційних прав та обов'язків. Натомість, суб'єктивне (цивільне) право належить конкретному суб'єкту – учаснику цивільних відносин, які знаходяться у сфері правового регулювання. Перебуваючи у діалектичній єдності, вони, разом із тим, не можуть бути однаковими за сутністю, призначенням, змістом тощо.

У такому контексті виправданим є розуміння цивільного права України як сукупності концепцій, ідей та правових норм, що визначають правовий статус приватної особи, підстави придбання та порядок реалізації такою особою цивільних прав та обов'язків, а також засади захисту її прав та інтересів.

При цьому слід зауважити, що поділ права на приватне і публічне є науковою абстракцією, яка дозволяє у найбільш загальних рисах характеризувати два головних напрями правового регулювання суспільних відносин. Саме тому аналіз категорії приватного права, як правило, супроводжується характеристикою і права публічного, котре визначають як сукупність правових інституцій, правил та норм, що є основою функціонування, певним чином, структурованої владно-організаційної системи, за допомогою якої шляхом використання імперативного методу досягається мета забезпечення публічного правопорядку і, в кінцевому підсумку – реалізації та захисту прав людини [13, с. 119 – 122].

Приватне право разом з правом публічним у сукупності утворює єдину загальну (наднаціональну) систему об'єктивного права, що є складовою частиною цивілізації (культури). При цьому поділ права на публічне і приватне є не просто класифікаційним розмежуванням, – це якісно різні сфери

правового регулювання. З перших стадій розвитку цивілізації право так і розвивається у складі двох відносно самостійних сфер – публічного і приватного права. При цьому якість права в цілому визначається розвитком кожної з них. Недооцінка суспільством якоїсь із цих сфер призводить до деформації всієї правової системи, її однобічності.

На основі такого розуміння суті приватного і публічного права можна встановити їхнє значення для регулювання тих чи інших відносин, характер співвідношення публічних або приватних елементів у їхньому регулюванні. Візьмемо як приклад відносини, що складаються у галузі підприємницької діяльності, галузева приналежність яких на сьогоднішній день викликає гострі дискусії. Скажімо, при визначенні характеру взаємовідносин підприємців з державою, встановленні державних гарантій здійснення такої діяльності, оподаткуванні підприємців, визначенні наслідків несумлінної конкуренції і т. д. – застосовуються публічно-правові засади. Тут враховується, передусім, сукупний колективний інтерес, застосовується імперативний метод правового регулювання, діють принципи публічного права. З іншого боку, для регулювання відносин, що виникають з договорів між приватними особами, навіть в процесі здійснення ними господарської, підприємницької діяльності, повною мірою придатні норми приватного права.

Отже, що стосується реальних відносин, то вони підлягають регулюванню на засадах приватного або публічного права в залежності від їх конкретного змісту.

На рівні національного права це знаходить відображення у розрізненні галузей національного права, які виступають як прояв засад приватного або публічного права при регулюванні відповідних груп відносин. Проте хибним було б ототожнювати приватне право з правом цивільним, а відтак вживати їх як синоніми [14, с. 14 – 15; 1, с. 214; 16, с. 15 – 19].

Натомість, має йтися про те, що у цивільному праві, головним чином (але не тільки), проявляються засади, правила та норми приватного права, а у праві адміністративному – проявляються засади та норми публічного права.

Оскільки у цивільному праві проявляються засади як приватного, так і публічного регулювання, виникає питання про розмежування його та інших галузей національного права, що регулюють схожі відносини.

У пошуках критеріїв такого розмежування, а відтак, виокремлення цивільного права, як галузі національного права, науковці традиційно звертаються, передусім, до характеристики його предмету [17, с. 7 – 53; 18, с. 144 – 150].

Як випливає зі ст. 1 ЦК України предметом регулювання ЦК є особисті немайнові та майнові відносини. Для перших характерним є те, що вони не мають безпосереднього економічного змісту. Їх предметом є: ім'я, честь, гідність, ділова репутація, особисте життя, авторство на твори літератури, науки та мистецтва, свобода пересування та інші блага, невід'ємні від особистості. Деякі з особистих немайнових прав можуть належати також юридичним особам: право на честь, гідність, ділову репутацію, фірмове найменування, виробничу марку, товарний знак тощо. Майнові відносини наповнені безпосереднім економічним змістом, складаються стосовно матеріальних благ [19, с. 25 – 31; 20, с. 3 – 23; 21, с. 20 – 27].

Проте, віднесення тих чи інших суспільних відносин до кола немайнових та майнових цивільних відносин критерієм розмежування цивільного права з іншими галузями слугувати не може, оскільки майнові відносини можуть регулюватися різними галузями права (ст. 1 та 9 ЦК України). Крім того, вадою формулювання ст. 1 ЦК України є неврахування існування, так званих, організаційних цивільних відносин, які можуть мати ознаки немайнових або майнових відносин, не будучи такими за своєю сутністю. Разом із тим, організаційні відносини, які складаються між юридично рівними особами стосовно майнових чи немайнових благ за своєю сутністю, зазвичай, є відносинами цивільними.

Таким чином, згадувана можливість регулювання тих самих відносин нормами різних галузей права ще більше загострює проблему встановлення критеріїв останньої, оскільки використання правових засобів, що не властиві певній сфері права, призводить до неефективності правового регулювання [22, с. 145].

У зв'язку з цим, називається і аналізується ще один критерій розмежування галузей права, – метод правового регулювання [23, с. 211; 24, с. 143-151], у якому знаходять відображення засади (принципи), притаманні цій галузі.

Традиційно у загальній теорії права та цивілістиці однією з найбільш характерних ознак методу цивільно-правового регулювання суспільних називають «диспозитивність сторін у цивільно-правових відносинах» [25, с. 10 – 11; 26, с. 42]), внаслідок чого диспозитивний метод, фактично, розглядається як своєрідна антитеза імперативному методу. Проте, у контексті тенденцій трансформації бачення сутності цивільного права, як галузі вітчизняного права, згадані погляди потребують перегляду.

Передусім, варто звернути увагу на те, що визначальний характер методів правового регулювання, які являють собою прийоми юридичного впливу, їх сполучення, що характеризують викорис-

тання у даній сфері суспільних відносин того чи іншого комплексу юридичних засобів, відображається у їхній ролі в механізмі правового регулювання.

Головними проявами правового методу, зазвичай, вважається вирішення за його допомогою питань про те: 1) яким є юридичне становище осіб, визначене правовою нормою; 2) з якими обставинами (юридичними фактами) норма права пов'язує виникнення, зміну, припинення та інші трансформації правовідносин; 3) яким чином визначаються права і обов'язки учасників відповідних правовідносин; 4) яким є порядок захисту прав та інтересів учасників правовідносин.

На цій підставі набула поширення характеристика імперативного та диспозитивного методів правового регулювання, як найпростіших і, разом з тим, головних прийомів юридичного впливу, що визначають головне у правовому статусі суб'єктів, у їх вихідних юридичних позиціях.

Імперативний метод (метод субординації) характеризується тим, що регулювання здійснюється згори вниз і ґрунтується на владно-імперативних засадах.

Характерними для імперативного методу вважають такі властивості: 1) формування та використання владних відносин, на підставі яких норми приймаються та реалізуються за принципом «розпорядження-виконання». Суб'єкт, що приймає обов'язкові рішення та видає розпорядження, не зв'язаний згодою сторони, якій вони адресовані; 2) суб'єкти публічного права, що реалізують владні повноваження, у свою чергу, жорстко обмежені законами, сфера їхньої діяльності окреслена правовими рамками, що є однією з ознак правової держави. Тут діє принцип: «Можна тільки те, що дозволено законом» або «Заборонено все, крім того, що приписує законодавство». Це означає, що для посадових осіб може бути встановлений тільки закритий перелік повноважень; 3) для правового регулювання у публічній сфері характерним є «нормативне» зобов'язування, тобто покладення нормами публічного права на його суб'єктів обов'язку діяти певним чином для досягнення тієї чи іншої мети; 4) досить часто він проявляється у забороні якихось дій. Норми-заборони у даному випадку окреслюють зону можливої неправомірної поведінки і застерігають суб'єктів від неї; 5) імперативний метод, разом із тим, не складається з одних лише заборон і зобов'язань, за його допомогою у публічному праві поєднуються примус і переконання, однак з наданням переваги застосуванню засобів державного примусу.

Внаслідок особливостей, які властиві даному методу правового регулювання публічне право охоплює інституції та інститути, що функціонують

у «вертикальній площині» суспільних відносин, ґрунтуються на засадах влади і підпорядкування (субординації) суб'єктів відповідних правовідносин). Тому для публічного права характерним є специфічний юридичний порядок, порядок «влади-підпорядкування», внаслідок чого уповноважені особи мають можливість в односторонньому порядку, безпосередньо, визначати поведінку інших осіб, а вся система владно-примусових установ повинна надаватись їм державою на підставі закону силою примусу забезпечувати повну і точну реалізацію приписів органів влади. Відповідно всі інші особи мають підкорятися уповноваженим органам державної влади та їх посадовим (службовим) особам. Звідси випливають традиційні ознаки публічного права: різний правовий статус учасників публічних правовідносин; ієрархічність становища і різний обсяг владних повноважень у осіб, що такими повноваженнями наділяються; наявність власної, «відомчої» юрисдикції; відсутність орієнтації на вирішення спірних питань незалежним судом.

Диспозитивний метод (метод координації) характерний для регулювання на засадах формальної рівності, ініціативності та вільного розсуду учасників відповідних відносин. На процес такого регулювання впливає активність учасників суспільних відносин, що регулюються за його допомогою.

Його характерними властивостями є: 1) регулювання відносин між юридично рівними учасниками немайнових та майнових цивільних відносин (особами приватного права); 2) визнання пріоритетності волевиявлення приватної особи стосовно положень актів законодавства, що виражається у перевазі в диспозитивних норм; 3) забезпечення приватного інтересу із акцентуванням уваги на економічній свободі та рівності товаровиробників, захисті власників від сваволі держави; 4) широке використання «уповноважувальних» норм, які забезпечують ініціативність сторін при встановленні цивільних відносин та вільне волевиявлення суб'єктів при реалізації їхніх прав; 5) широке використання договірної форми регулювання цивільних відносин; 6) максимальне врахування вільного розсуду сторін при виборі правил поведінки, прямо не заборонених законом.

Слід підкреслити, що саме у характерних рисах диспозитивного методу проявляються особливості приватного права як наднаціонального феномену, що складається, передусім, із сукупності гуманітарних ідей, правових принципів, правил і норм, що стосуються визначення статусу і захисту інтересів окремої особи (людини) [9, с. 23 – 24].

На такій основі має визначатися зв'язок категорій «диспозитивний» та «імперативний» метод, а також «метод цивільно-правового регулювання»,

особливості якого зумовлені існуванням дихотомії категорій «приватне право» та «публічне право», що використовуються як ключові при характеристиці цивільного права (законодавства).

Ґрунтуючись на згаданій вище характеристиці диспозитивного та імперативного методів правового регулювання, можемо далі звернутися до аналізу особливостей методу цивільно-правового регулювання, який попередньо можна охарактеризувати як сукупність специфічних засобів впливу на учасників цивільних відносин, що характеризуються, передусім, юридичною рівністю сторін, а також наданням останнім можливості врегулювання цих відносин на засадах вільного.

Оскільки для методу цивільно-правового регулювання у більшості випадків властивою є відсутність категоричних приписів діяти учасникам цивільних відносин певним чином (виняток складають цивільні охоронні правовідносини – зобов'язання відшкодувати шкоду, повернути безпідставно отримане майно, а також деякі вимоги стосовно оформлення правочинів тощо), тобто, останнім надається можливість обрання типу поведінки і самостійного врегулювання своїх відносин, цей метод іноді характеризують як «диспозитивний» [28, с. 40] на відміну від методу імперативного – властивого праву публічному.

Втім, враховуючи ту обставину, що терміном «диспозиція» у теорії права позначається частина правової норми, що визначає дозволена поведінку суб'єкта, обов'язкову (необхідну) або заборонену (неприпустиму), можливо, більш коректно було б характеризувати цей метод не як «диспозитивний», а скажімо, як «уповноважувальний» (правонаділяючий) або «дозвільний метод».

Це питання потребує окремого дослідження, оскільки цивільно-правовий метод може містити й елементи обов'язкового (імперативного) припису. Поки що можна зробити попередній висновок, що цивільно-правовий метод включає в себе як правонаділяючий елемент, так і елемент імперативний.

Таким чином, метод цивільно-правового регулювання охоплює як уповноважувальні диспозитивні (у регулятивних цивільних відносинах), так і імперативні (у охоронних і, значною мірою, в організаційних цивільних відносинах) засоби впливу на учасників цивільних відносин, маючи, однак, при цьому основою засади юридичної рівності сторін, справедливості, добросовісності і розумності [29, с. 121 – 123].

Із врахуванням викладеного можна запропонувати наступне визначення поняття методу цивільно-правового регулювання.

Метод цивільно-правового регулювання – це складна система (сукупність) юридичних засобів

впливу на учасників цивільних відносин, що характеризується, передусім, визнанням юридичної рівності сторін та забезпечення диспозитивності поведінки останніх, але припускає у випадках, встановлених законом, можливість застосування імперативних приписів щодо поведінки учасників цивільних відносин.

Але визнання складної структури методу цивільно-правового регулювання дає підстави для висновку, що метод правового регулювання також не можна визнати критерієм розмежування цивільного права з іншими галузями вітчизняного права, оскільки, так само як в цивільно-правовому методі наявні риси імперативності, у адміністративно-правовому методі можна виявити риси диспозитивності, скажімо, в положеннях про укладення адміністративного договору тощо [30, с. 101].

Отже, виникає необхідність пошуку більш надійних і точних критеріїв виокремлення цивільного права, як галузі національного права.

Логічним виглядає висновок, що такими критеріями мають слугувати функції цивільного права, тобто головні напрями впливу норм права на цивільні відносини з метою впорядкування останніх. Вони визначаються не лише специфікою предмета і методу цивільного права, але також завданнями (цілями), які стоять перед ним.

При характеристиці функцій цивільного права доцільно розрізняти ті з них, які є спільними для права взагалі (загальноправові на рівні цивільного права), і ті, що є специфічними саме для цієї галузі (специфічні цивілістичні функції).

Загальноправовими функціями, що проявляються на цивілістичному рівні, є: 1) інформаційно-орієнтаційна функція, яка виконує завдання ознайомлення суб'єктів цивільних відносин із концепцією прав людини (приватної особи), засадами визначення становища приватної особи, загальними тенденціями правового регулювання у цій галузі тощо; 2) виховна (попереджувально-виховна, превентивна) функція, що полягає у вихованні поваги до права взагалі, цивільних прав інших осіб, правопорядку тощо; 3) регулятивна функція, що полягає у позитивному регулюванні цивільних відносин, наданні прав та обов'язків учасникам цих відносин, встановленні правил поведінки суб'єктів цивільного права; 4) захисна функція, яка виконує завдання захисту цивільних прав та інтересів від порушень. Вказані функції властиві будь-якій галузі права, але набувають специфічних властивостей за рахунок предмета (сфера цивільних відносин), методу правового регулювання та засад, на яких здійснюється досягнення мети.

Разом із тим, цивільне право виконує специфічні функції, до яких належать: 1) уповноважуваль-

на функція (полягає у тому, що створюється нормативна база – передумови – для саморегулювання у сфері приватного права. Це специфічна цивілістична функція, бо тільки у цій галузі учасники відносин можуть самі визначати для себе правила поведінки, створювати фактично нормативні акти локальної дії тощо. Її концептуальною основою є відома ще римському приватному праву сентенція «Дозволено усе, що не заборонено законом»); 2) компенсаційна функція (полягає у забезпеченні можливості відновлення порушеного цивільного права та інтересу на еквівалентній основі. Ця функція також властива лише цивільному праву, оскільки в інших галузях така мета, як правило, не ставиться).

З врахуванням викладеного вище, цивільне право України може бути визначене як сукупність концепцій, ідей та правових норм, що встановлюють на засадах диспозитивності, юридичної рівності та ініціативи сторін, підстави придбання, порядок реалізації і захисту цивільних прав та обов'язків фізичними та юридичними особами, а також соціальними утвореннями, що виступають як суб'єкти цивільних відносин, з метою задоволення матеріальних і духовних потреб приватних осіб та захисту їх інтересів.

Визначаючи співвідношення між поняттями цивільного права та цивільного законодавства, можна, як здається, виходити із загального методологічного посилання, згідно якому законодавство взаємодіє з правом за принципом єдності форми і змісту. Законодавство є зовнішньою формою вираження права. У свою чергу, право впливає на характер і зміст законодавства [31, с. 499].

Разом із тим, варто зробити застереження, що, попри ту обставину, що цивільне право може розглядатися як зміст цивільного законодавства, а останнє як форма вираження цивільного права, однак таке визначення співвідношення між цивільним правом і цивільним законодавством потребує уточнення. Адже при такому підході ці поняття виглядають, практично, як рівнозначні, хоча

й перебувають в різних площинах. Але ж поняття «цивільне законодавство» не охоплює повністю поняття «цивільне право», так як останнє включає в себе не лише правові норми, але також і доктрину цивільного права, ідеї та інші досягнення цивілістичної думки, що набувають практичного значення при укладенні договорів, не передбачених нормами цивільного законодавства, застосуванні аналогії (особливо, аналогії права), при тлумаченні судами норм цивільного законодавства тощо. Тому слід взяти до уваги, що, хоча цивільне право й складає зміст цивільного законодавства, але останнє є сукупністю форм вираження лише нормативної частини цивільного права.

Підсумовуючи викладене, можна зробити висновок, що хоча категорії «приватне право», «цивільне право» та «цивільне законодавство» мають низку спільних ознак, між ними існують суттєві відмінності.

По-перше, приватне право, фактично, є науковою абстракцією – терміном-поняттям, що слугує для позначення тієї частини феномену права, що стосується визначення правового статусу приватної особи. Приватне право слугує методологічною основою визначення сутності та змісту цивільного права та цивільного законодавства, що створюються і функціонують на рівні національних правових систем.

По-друге, поняття «приватне право» та «цивільне право» не є поняттями тотожними, оскільки перше є наднаціональною категорією, а друге є вираженням першого на національному рівні, що відображає особливості національних правових традицій.

Коли цивільне право являє собою сукупність концепції, правових ідей, юридичних норм, якими визначається статус приватної особи, підстави виникнення у неї цивільних прав та обов'язків, їх реалізації та захисту, то цивільне законодавство України – це система правових форм, у яких виражаються норми, що регулюють цивільні відносини.

ЛІТЕРАТУРА

1. Сивий Р. Б. Приватне (цивільне) право в системі права України : моногр. / Р. Б. Сивий. — К. : КВІЦ, 2006 — 214 с.
2. Цивільне право України (традиції та новації) : моногр. / за заг. ред. Є. О. Харитонов, Т. С. Ківалової, О. І. Харитонової ; наук. ред. Н. Ю. Голубева. — Одеса : Фенікс, 2010. — 700 с.
3. Еволюція цивільного законодавства України : проблеми теорії і практики : кол. моногр. ; за ред. Я. М. Шевченко. — К. : Юридична думка, 2007. — 340 с.
4. Савиньї Ф. К. фон. Система современного римского права. Т. 1. / пер. с нем. Г. Жигулина ; под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. — М. : Статут, 2011. — 510 с.
5. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права / Н. М. Коркунов. — СПб., 1898. — 520 с.
6. Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности / Л. И. Петражицкий. — СПб. : Лань, 2000. — 602 с.
7. Еллинек Г. Общее учение о государстве / Г. Еллинек / Вступительная статья докт. юрид. наук, проф. И. Ю. Козлихина. — СПб. : Юридический Центр Пресс, 2004. — 376 с.
8. Мадіссон В. Основи філософії приватного права : навч. посіб. / В. Мадіссон. — К. : Школа, 2004. — 144 с.
9. Харитонов Є. О. Вступ до цивільного права України : навч. посіб. / Є. О. Харитонов. — К. : Істина, 2006. — 288 с.

10. Рабінович С. П. Юснатуралізм у приватному праві (західноєвропейська традиція) / С. П. Рабінович. — К. : Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва НАПрН України, 2010. — 136 с.
11. Колодій А. М. Принципи права України : моногр. / А. М. Колодій. — К. : Юрінком Інтер, 1998. — 169 с.
12. Крестовская Н. Н. Теория государства и права : учеб. / Н. Н. Крестовская, Л. Г. Матвеева. — Х. : Одиссей, 2007. — 384 с.
13. Харитонов О. І. Адміністративно—правові відносини (проблеми теорії) : моногр. / О. І. Харитонов. — О. : Юридична література, 2004. — 328 с.
14. Кодифікація приватного (цивільного) права України / за ред. А. Довгєрта. — К. : Український центр правничих студій, 2000. — 336 с.
15. Довгєрт А. Методологічне значення ідеї наднаціонального цивільного права / А. Довгєрт // Право України. — 2009. — № 8. — С. 15 — 19.
16. Алексеев С. С. Выражение особенностей предмета советского гражданского права в методе гражданско-правового регулирования. Виды гражданских правоотношений и метод гражданско-правового регулирования / С. С. Алексеев // В кн. : Антология уральской цивилистики. 1925 — 1989 : Сб. статей. — М. : Статут, 2001.
17. Червоний Ю. С. Предмет гражданского права Украины / Ю. С. Червоний // Юридична освіта і правова держава (до 150-річчя юридичного інституту ОДУ) : зб. наук. праць. — Одеса : Астропринт, 1997. — С. 144 — 150.
18. Малєнна М. Н. О предмете гражданского права / М. Н. Малєнна // Государство и право. — 2001. — № 1. — С. 25 — 31.
19. Гонгало Б. М. Предмет гражданского права / Б. М. Гонгало // Проблемы теории гражданского права / Институт частного права. — М. : Статут, 2003. — 128 с.
20. Майданик Р. А. Цивільні відносини : поняття та види / Р. А. Майданик // Право України. — 2009. — № 8. — С. 20 — 27.
21. Сібільов М. До питання про правові засоби сфери приватного права / М. Сібільов // Вісник Академії правових наук України. — 2001. — № 3 (26).
22. Яковлев В. Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений : учеб. пособ. / В. Ф. Яковлев. — Свердловськ : Свердловський юридический інститут, 1972. — 211 с.
23. Азімов Ч. Про предмет і метод цивільного права / Ч. Азімов // Вісник Академії правових наук України. — 1999. — № 1 (16). — С. 143 — 151.
24. Цивільне право України : академ. курс : підруч. : у 2-х т. / за заг. ред. Я. М. Шевченко. — К. : Ін Юре, 2003. — Т. 1. Загальна частина.
25. Силенко Л. М. Цивільне право України : ч. 1. : навч. посіб. / Л. М. Силенко. — К. : Алерта, 2004. — 42 с.
26. Красавчиков О. А. Диспозитивность в гражданско-правовом регулировании / О. А. Красавчиков // Сов. государство и право. — 1970. — № 1.
27. Харитонов Є. О. Метод цивільно-правового регулювання / Є. О. Харитонов // Правове життя сучасної України : тези доп. 9-ї звітної наукової конференції професорсько-викладацького і аспірантського складу. — О. : Фенікс, 2006. — С. 121 — 123.
28. Битяк Ю. Правова природа адміністративних договорів / Ю. Битяк, О. Константи́й // Вісник Академії правових наук України. — 2001. — № 3 (26).
29. Шемшученко Ю. С. Законодавство / Ю. С. Шемшученко // Юридична енциклопедія : в 6 т. — К. : Укр. енцикл., 1999. — Т. 2. — 499 с.

АНОТАЦІЯ

Харитонов Є.О. Проблемні питання визначення співвідношення понять «приватне право», «цивільне право» та «цивільне законодавство». — Стаття.

У статті розглядаються питання співвідношення понять «приватне право», «цивільне право» та «цивільне законодавство». Виявлено спільні ознаки вказаних категорій, але зроблено висновок, що між ними існують і суттєві відмінності.

Ключові слова: приватне право, цивільне право, цивільне законодавство, публічне право, диспозитивність, імперативність.

АННОТАЦИЯ

Харитонов Е.О. Проблемные вопросы определения соотношения понятий «частное право», «гражданское право» и «гражданское законодательство». — Статья.

В статье рассматриваются вопросы соотношения понятий «частное право», «гражданское право» и «гражданское законодательство». Выявлены общие черты указанных категорий, но сделан вывод, что между ними существуют и существенные различия.

Ключевые слова: частное право, гражданское право, гражданское законодательство, публичное право, диспозитивность, императивность.

SUMMARY

Kharitonov E.O. The Problematic issues determining the ratio between the concepts of «private law», «civil law» and «civil legislation». — Article.

The article deals with the relationship between the concepts of «private law», «civil law» and «civil legislation». The similarities these categories are revealed, but concluded that between them there are significant differences.

Keywords: private law, civil law, civil legislation, public law, dispositive, imperative.

спочатку він пише, що зобов'язального характеру таке немайнове зобов'язання набуває тільки у зв'язку з можливістю застосування до порушника санкцій майнового характеру [6, с. 354], тобто як і багато противників визнання зобов'язань із немайновим змістом, визнавав право на існування таких зобов'язань тільки у випадку, додавання неустойки як майнового забезпечення зобов'язання.

Пізніше автор міняє свою точку зору на користь визнання зобов'язань із немайновим змістом без якоїсь прив'язки до майнового забезпечення. І. Б. Новицький вважав, що змістом зобов'язання може бути право вимоги будь-якої правомірної дії, яка має *серйозний характер* та *заслуговує на захист* [7, с. 59].

Ці та подібні міркування містилися також в працях інших учених.

Формулювання поняття зобов'язання у ЦК України як права кредитора вимагати від боржника здійснення певної дії або утримання від певної дії, відкриває можливість для обґрунтування зобов'язань немайнового характеру, оскільки дія боржника не обов'язково буде пов'язана з майновою цінністю, принаймні заборони такої поведінки нема, не кажучи вже про деліктні зобов'язання, де прямо говориться про відшкодування моральної шкоди.

У загальній частині зобов'язального права знаходить своє місце інститут попереднього договору, який відносимо до немайнових зобов'язань. Усі договори, що врегульовані у розділі 3 книги 5 ЦК України, породжують майнові зобов'язання, крім договору доручення, що може породжувати немайнове зобов'язання.

Крім цих конструкцій, що передбачені у законі, сторони можуть вступати у інші зобов'язання із нематеріальним змістом. Закон не передбачає вичерпного переліку зобов'язань, тому учасники цивільного обороту мають право вступати в нематеріальне зобов'язання, аби воно не суперечило закону.

Таким чином, можливість існування немайнових зобов'язань не заперечуються у законодавстві, а також підтримується багатьма вченими.

При цьому і між авторами останньої категорії не існує, проте, повної одногосності відносно меж, якими окреслюється коло інтересів, що підлягають захисту права, і за межами яких такий інтерес втрачає властивість інтересу юридичного [2, с. 42].

Навряд чи у всіх випадках, коли особи зобов'язуються не з приводу майна, можна говорити про виникнення зобов'язання. Які ж *критерії* відрізняють цивільно-правове зобов'язання, хай

навіть із нематеріальним змістом, від «моральних» обов'язків, які беруть на себе особи?

Окремі автори, що не визнають немайнові зобов'язання, вказують на небезпеку поширення цивільного права на сферу позаюридичних, моральних відносин. Суди, на їх думку, будуть завалені в цьому випадку позовами через невиконання зобов'язань не палити, піти увечері гуляти, танцювати на балу вальс і тому подібне [1, с. 90]. Подібні побоювання невиправдані. Йдеться не про поширення правового регулювання на цілком моральні відносини, а про визнання зобов'язального характеру за правовими відносинами.

Б. Виндшейд вважав, що суддя не перевищить своїх прав, якщо він відмовить в допомозі тоді, якщо в основі вимоги лежить примха, і подасть її тоді, коли вимога є вираженням *справедливого*, на його думку, *інтересу*. Але якщо, наприклад, сусід мій зобов'язався припинити гру на інструменті, яка заважає мені в моїх роботах, то чи можна йому надати свободу безкарно порушити договір? [8, с. 2 –3].

Тобто бачимо певний критерій відмежування захищених судом зобов'язань і незахищених, а саме: *справедлива вимога*, на відміну від звичайної *примхи* особи. Такий критерій виглядає занадто суб'єктивним.

Є. В. Пассек наводить критерії, які пропонували західні автори, наприклад, Р. Іерінг писав, що предметом зобов'язання не можуть бути такі дії, які ґрунтуються на інтересах *гуртожитку і люб'язності*; а Жосеф Кохлер вражав, що *всякий розумний інтерес*, досить важливий для того, щоб юридичний порядок привів із-за нього в рух свій примусовий апарат [2, с. 72].

Французький автор Р.-Ж. Потье допускав, що дія, що не має майнової цінності, може бути умовою зобов'язання, якщо за його невиконання сторони встановили платіж неустойки [2, с. 45]. Співвітчизник вищевказаного автора, Є. Годеме вигода, яку кредитор отримує від виконання зобов'язання, має бути такою, що може бути оцінена у грошах. Проте, досить морального інтересу в особі кредитора, щоб обґрунтувати судовий позов, за умови, що цей моральний інтерес є *серйозним* [9, с. 97 – 98].

Критерій, за яким можна відділити немайнові зобов'язання та інші немайнові суспільні відносини, який пропонує І. Б. Новицький, не зовсім зрозумілий, а саме: дія, яка є змістом зобов'язання, повинна мати *серйозний характер та заслуговувати на захист*. На такий же критерій вказує (але він його критикує) М. М. Агарков у зв'язку з аналізом зарубіжної фахової літератури, де зустрічається таке твердження: дія або утримання від дії, що становить

ли здесь тем более поставит какую-либо «веху»? С одной стороны – непотворность закону, добрым нравам и т. д., а с другой стороны – общая для всякого обязательства «веха» – необходимость юридического *animus obligandi* [5, с. 41]. В іншій праці автор вказував, що: «Первым условием для юридической силы всякого – даже имущественного – договора является наличность у договаривающихся воли придать своему соглашению юридический характер (*animus obligandi*)...» [4, с. 137].

Ми вже наводили декілька різних думок І. Б. Новицького на критерії розмежування цивільно-правових зобов'язань і неюридичних «зобов'язань» цікаво, що поряд з названими І. Б. Новицький наводить інші критерії, вже слідуючи за І. А. Покровським. Так, автор вказує, що угода про послуги, що зазвичай виконуються в житті за плату, може в конкретному випадку мати безкоштовний характер зважаючи на особливості відносин між цими особами (наприклад, угода відносно консультації і т. п. між колишніми шкільними товаришами, близькими друзями і т. п.). Тому для розмежування юридичних зобов'язань і побутових обіцянок слід мати на увазі також додаткову ознаку – *намір сторін* [7, с. 52].

Тут автор називає вже ту ознаку, що дійсно може допомогти нам у вирішенні питання про юридичний характер тих або інших відносин.

В цьому випадку відпадуть спекуляції на тему визнання чи невизнання немайнових зобов'язань. Вже не буде виникати питання про виникнення зобов'язання у випадку обіцянки прийти на по-

бачення чи на вечірку. Намір сторін надати відносинам юридичного характеру у цих випадках не вбачається.

Кінець кінцем, вірне наступне твердження (І. А. Покровський цитує редакційну комісію Німецького цивільного кодексу): *надо предоставить индивиду право заключать договоры даже, необычного содержания: достоин охраны всякий интерес, который не нарушает границ закона или индивидуальной свободы. Нет надобности в иных границах, кроме той, которая требует, чтобы обязательство не противоречило закону или добрым нравам* [18, с. 41 – 42].

Тому розмежування юридичних і моральних зобов'язань, на наш погляд, ґрунтується не на наявності в них майнового інтересу, умовою для юридичної сили всякого, в тому числі майнового зобов'язання є наявність волі сторін надати своїй угоді юридичний характер, звісно це стосується договірних зобов'язань. Власне недоговірні зобов'язання не стикаються із подібною проблемою, оскільки їх виникнення пов'язується із вказівкою закону, а ЦК України, як всім відомо, захищає у гл. 82 не тільки матеріальні цінності і не завжди компенсація носить матеріальний характер (йдеться про відшкодування моральної шкоди).

При застосуванні цього критерію не суд своїм суб'єктивним судженням буде вирішувати «серйозність» зобов'язання – а самі сторони. Але на суд покладається не менш складне завдання – виявити дійсний намір сторін.

ЛІТЕРАТУРА

1. Богатырев Ф. О. К вопросу о существовании обязательств с нематериальным интересом / Ф. О. Богатырев // Журнал российского права. – 2004. – № 1. – С. 88 – 100.
2. Пассек Е. В. Неимущественный интерес и непреодолимая сила в гражданском праве / Е. В. Пассек. – М. : Статут, 2003. – 399 с. – (Классика российской цивилистики).
3. Богатырев Ф. О. Обязательство с нематериальным интересом : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Ф. О. Богатырев. – М., 2003. – 27 с.
4. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. – М. : Статут, 1998. – 353 с. – (из серии «Классика российской цивилистики»).
5. Покровский И. А. Абстрактный и конкретный человек перед лицом гражданского права / И. А. Покровский // Вестник гражданского права. – СПб. : М. М. Винавер, 1913. – № 4. – С. 30 – 50.
6. Советское гражданское право : учебн. / под ред. Д. М. Генкина. – М. : Госюриздат, 1950. – Т. 1. – 496 с.
7. Новицкий И. Б. Общее учение об обязательстве / И. Б. Новицкий, Л. А. Лунц. – М. : Гос. изд-во юрид. лит., 1950. – 416 с.
8. Виндшейд Б. Об обязательствах по римскому праву. Перевод с немецкого / Б. Виндшейд ; под ред., с прим. : А. Б. Думашевский. – СПб. : Тип. А. Думашевского, 1875. – 603 с.
9. Годэмэ Е. Общая теория обязательств / Е. Годэмэ ; пер. с фр. И. Б. Новицкого. – М. : Юрид. изд-во, 1948. – 510 с.
10. Агарков М. М. Обязательства по советскому гражданскому праву / М. М. Агарков // Ученые труды ВИЮН. – 1940. – Вып. 3. – 191 с.
11. Гражданское право. Часть первая : учебн. / под ред. А. Г. Калпина, А. И. Масляева. – М. : Юристъ, 1997. – 472 с.
12. Голевинский В. О происхождении и делении обязательств / В. Голевинский. – Варшава : Тип. О. Бергера, 1872. – 310 с.

АНОТАЦІЯ

Голубєва Н.Ю. Методологічні засади визначення категорії «зобов'язання із нематеріальним змістом». – Стаття.

Стаття присвячена аналізу критеріїв, що відрізняють цивільно-правове зобов'язання із нематеріальним змістом, від «моральних» обов'язків, які беруть на себе особи. Критично розглянуті такі критерії: «справедлива вимога», «серйозність вимог», «характер інтересів» тощо. Зроблений висновок, що критерієм відмежування цивільних зобов'язань від моральних обов'язків, обіцянок побутового характеру є наявність у сторін волі надати своєму правочину юридичний характер, якщо цей правочин відповідає вимогам закону, моральним засадам суспільства. Визначені проблемні аспекти досліджуваних питань.

Ключові слова: зобов'язальне право, зобов'язання, немайнове зобов'язання, зміст зобов'язання, моральне зобов'язання.

АННОТАЦИЯ

Голубева Н.Ю. Методологические основы определения категории «обязательства с нематериальным содержанием». – Статья.

Статья посвящена анализу критериев, которые отличают гражданско-правовое обязательство с нематериальным содержанием, от «моральных» обязанностей, которые берут на себя лица. Критически рассмотрены такие критерии: «справедливое требование», «серьезность требований», «характер интересов» и т. п. Сделанный вывод, что критерием разграничения гражданско-правовых обязательств от моральных обязанностей, обещаний бытового характера является наличие у сторон воли предоставить своей правовой сделке юридический характер, если эта правовая сделка отвечает требованиям закона, моральным принципам общества. Определены проблемные аспекты исследуемых вопросов.

Ключевые слова: обязательственное право, обязательство, неимущественное обязательство, содержание обязательства, моральное обязательство.

SUMMARY

Golubeva N.Y. Methodological basis to determine the category of «nonmaterial obligations». – Article.

This article analyzes the criteria that distinguish obligations of civil law with intangible content and the «moral» obligations assumed by the entity. The problematic aspects of the issues that are being studied are defined.

Keywords: law of obligations, commitments, non-property commitments, maintenance obligations, the moral obligation.

УДК 342.731

ЗАКОНОДАВЧІ ГАРАНТІЇ ЗДІЙСНЕННЯ РЕЛІГІЙНИХ ПРАВ ТА СВОБОД

Кривенко Юлія Василівна

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

Конституція України втілює ідеї демократії, громадянського суспільства та правової держави, передбачаючи наявність ефективних правових механізмів захисту релігійних прав людини від свавілля держави. Відповідно до норм чинного законодавства, органи державної влади не повинні встановлювати норми, які б не виправдано обмежували релігійну свободу людини, порушуючи тим самим основні засади демократичного суспільства.

Законодавчі гарантії забезпечення здійснення релігійних прав та свобод передбачені в міжнародно-правових актах та актах національного законодавства. Ряд міжнародних актів, а саме такі, як Загальна декларація прав людини (ст. 18, 29), Декларація про ліквідацію всіх форм нетерпимості та дискримінації на підставі релігії чи переконань, Європейська конвенція з прав людини і основних свобод (ст. 9), Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (ст.ст. 18, 19, 20, 27), Підсумковий акт наради з безпеки та співробітництва в Європі (п.а, VII), Підсумковий документ віденської зустрічі представників держав-учасниць Наради з безпеки і співробітництва в Європі (п.п. 16-18) тощо регулюють правовідносини у сфері здійснення релігійних прав у відповідності до норм міжнародного права [1, с. 13 – 15].

Мета та завдання дослідження – проаналізувати окремі питання щодо законодавчих гарантій релігійних прав та свобод. Необхідність дослідження даної теми зумовлена не лише виправданістю наукового пошуку, на цих теренах, але передусім, практичними міркуваннями, пов'язаними з необхідністю забезпечення законодавчих гарантій здійснення релігійних прав та свобод.

Для досягнення поставленої мети були сформульовані такі основні завдання, які потребують вирішення:

- визначити цивільно-правові гарантії здійснення релігійних прав та свобод за законодавством України;
- розробити пропозиції, спрямовані на вдосконалення цивільного законодавства, яке забез-

печує належне, не декларативне, здійснення релігійних прав та свобод.

Оскільки тема перебуває на перетині релігієзнавства та права, то варто передусім вказати, що дослідження в цьому напрямку здійснювалися саме науковцями в галузі релігієзнавства, а саме, В. Арутюновим, А. М. Колодним, В. Ципіним та ін.

Враховуючи, те, що гарантії з одного боку, є системою норм, принципів та вимог, які забезпечують процес дотримання прав та законних інтересів людини, з іншого гарантії є засобом, що забезпечує перехід від передбачених конституцією можливостей до реальної дійсності. Ефективність гарантій залежить від рівня розвитку загально-правових принципів, стану економіки, рівня розвитку демократичних інститутів, реальності політичної системи суспільства, наявності системи досконалих законів у державі, ефективності механізмів реалізації законоположень, ступеня правової свідомості, правової культури населення, узгодженості інтересів населення та суспільства в цілому і наявності високоефективного органу конституційного контролю [2, с. 231].

В науці цивільного права прийнято класифікувати цивільно-правові гарантії за наступними критеріями:

- 1) за соціальним змістом;
- 2) за способом реалізації цивільно-правових засобів гарантування;
- 3) за належністю цивільних прав або обов'язків, які є об'єктом гарантування, суб'єкту цивільно-правових гарантій;
- 4) за підставою виникнення;
- 5) за функцією, яка визначається для об'єкта гарантування;
- 6) за джерелом цивільно-правових засобів гарантування;
- 7) за об'єктом гарантування;
- 8) відповідно до правової природи об'єкту гарантування [3, с. 34 – 35].

За способом реалізації цивільно-правових засобів гарантії можна розділити на три групи:

- 1) гарантії, що представляють собою виконання обов'язків;

- 2) гарантії, які є виконанням припису;
- 3) гарантії, що виражаються у використанні права.

Особливості цивільно-правових гарантій обумовлені тією сферою, в якій вони діють, тобто сферою реалізації цивільних прав та обов'язків.

Забезпечення релігійних прав передбачаються в ряді нормативних актів на чолі з Конституцією України. Відповідно до норм ЦК України основу цивільного законодавства України складає Конституція України.

В статті 35 Конституції України передбачено, що «кожен має право на свободу світогляду і віросповідання». Це право включає свободу сповідувати будь-яку релігію або не сповідувати ніякої, без перешкод повідправляти одноособово чи колективно релігійні культи і ритуальні обряди, вести релігійну діяльність [4]. Конституція України визначає два поняття свобода світогляду та свобода віросповідання.

В свою чергу Є. С. Данильченко зазначає, що ці два поняття визначаються лише в Конституції України, в інших нормативно-правових актах мова йде про свободу совісті [5]. Ряд вчених ототожнюють ці поняття.

Вчені релігієзнавці стверджують, що структурно поняття «свобода релігії» складається з двох основних елементів: свободи віросповідання і свободи церкви. Свобода віросповідання – свобода вибору особистістю релігійного світогляду, тобто її здатність до релігійного самовизначення й самореалізація у вибраній релігійній сфері.

Це поняття характеризує внутрішню здатність людини до вільного релігійного самовизначення і правові можливості для його реалізації. Свобода віросповідання передбачає рівність перед законом як віруючих, так і різних релігійних напрямів і рухів, до яких вони належать. Індивідуальна релігійна свобода, тобто свобода віросповідання, неодмінно потребує можливості колективного сповідання релігії, здійснення культових дій, ритуалів, іншими словами, можливості для віруючого індивіда добровільно й на правовій основі об'єднуватися з одновірцями в релігійні спільноти. Як вільне утворення громадян-одновірців релігійна організація має свою внутрішню структуру, статут, що регламентує внутріцерковне життя (культові дії, норми поведінки віруючих тощо) та позацерковну діяльність (відносини з державними, світськими організаціями, соціальна допомога тощо).

Свобода церкви. Багатогранна діяльність релігійної організації вимагає і відповідного правового статусу. А такий статус обов'язково передбачає вирішення проблеми свободи церкви.

Свобода церкви – ступінь автономності, незалежності внутрішнього устрою, структури управління певного релігійного об'єднання, його правовий статус і можливості виконання ним поставлених завдань.

Зміст поняття «свобода церкви» включає як свободу утворення, управління, функціонування релігійних організацій, так і свободу їхньої фінансово-господарської діяльності, відносин із державними або світськими організаціями чи структурними підрозділами інших конфесій [6].

Конституція України наділена вищою юридичною силою і може бути застосована безпосередньо до врегулювання цивільно-правових відносин, оскільки є нормативно-правовим актом прямої дії і може безпосередньо застосовуватися судами для захисту цивільних прав та інтересів, як передбачених, так і не передбачених у ЦК.

Акт цивільного законодавства, що не відповідає нормам Конституції, не дійсний. Конституція містить фундаментальні правові засади щодо юридичної рівності учасників цивільних відносин; економічного розмаїття суспільного життя; різноманітності майнового обороту; інші положення, що мають принципове значення для цивільно-правової сфери.

До системи національного законодавства у сфері здійснення релігійних прав та забезпечення свобод відносяться наступні правові акти: Цивільний кодекс України; Цивільний процесуальний кодекс України; Кримінальний кодекс України; Кримінально-процесуальний кодекс України; Закони України «Про свободу совісті та релігійні організації»; «Про альтернативну (невійськову) службу»; «Про освіту», «Про загальний військовий обов'язок і військову службу» та низка інших законів і підзаконних нормативних актів.

В ЦК України передбачено загальні умови відшкодування моральної та іншої шкоди, що завдана в результаті порушення релігійних прав [7].

ЦПК України в ст.5 регулює порядок захисту прав людини в суді, в тому числі і релігійних, містить норму у п. 3 ч. 1 ст. 51, за якою не підлягають допиту як свідки священнослужителі стосовно відомостей одержаних ними на сповіді віруючих [8].

Кримінальний кодекс України передбачає низку статей, які визначають санкції за порушення релігійних прав, а саме:

- порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або ставлення до релігії;
- пошкодження релігійних споруд чи культових будинків;
- незаконне утримування, осквернення або знищення релігійних святинь;

– перешкоджання здійсненню релігійного обряду;

– посягання на здоров'я людей під приводом проповідання релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів [9].

Новий КПК України в ст. 477 передбачає можливість кримінального провадження у формі приватного обвинувачення, яке може бути розпочате слідчим, прокурором лише на підставі заяви потерпілого щодо кримінальних правопорушень, передбачених внаслідок порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або релігійних переконань без обтяжуючих обставин; перешкоджання здійсненню релігійного обряду. Ст. 65 КПК України передбачає, що не можуть бути допитані як свідки: священнослужителі – про відомості, одержані ними на сповіді віруючих [10].

Закон України «Про свободу совісті та релігійні організації» передбачає, що кожному громадянину України гарантується право на свободу совісті. Це право включає свободу мати, приймати і змінювати релігію або переконання за своїм вибором і свободу одноособово чи разом з іншими сповідувати будь-яку релігію або не сповідувати ніякої, відправляти релігійні культу, відкрито виражати і вільно поширювати свої релігійні або атеїстичні переконання.

Закон України «Про свободу совісті та релігійні організації» є основним нормативним актом, який розкриває зміст релігійних прав і встановлює гарантії їх реалізації. Зокрема, в ст. 3 він зазначає, що ніхто не може встановлювати обов'язкових переконань і світогляду. Не допускається будь-яке примушування при визначенні громадянином свого ставлення до релігії, до сповідання або відмови від сповідання релігії, до участі або неучасті в богослужіннях, релігійних обрядах і церемоніях, навчання релігії. Але відразу мусимо зазначити, що ця стаття є декларативною, оскільки в законодавстві України не передбачено механізму захисту від таких дій як примус до участі або неучасті у богослужіннях, релігійних обрядах і церемоніях, до навчання релігії особливо, якщо мова йде про неповнолітніх осіб. Крім того в даній статті проголошується, що ніхто не має права вимагати від священнослужителів відомостей, одержаних ними при сповіді віруючих.

Ще одну з суттєвих гарантій реалізації релігійних прав містить ст. 4 Закону, яка проголошує рівноправність громадян незалежно від їх ставлення до релігії, і в якій зазначається, що в офіційних документах ставлення громадянина до релігії не вказується.

Крім того, Закон регулює взаємовідносини держави і церкви, порядок створення релігійних організацій та їх функціонування, тощо [11].

Окремої уваги заслуговує питання реєстрації та повідомлення державних органів про утворення релігійної громади, яке відповідно до ст. 8 Закону, не є обов'язковим, що є суттєвою помилкою. Саме лише повідомлення про створення релігійної громади не є втручанням у її внутрішні справи, а навпаки, є поштовхом для набуття статусу юридичної особи, у зв'язку з чим за нею будуть визнаватися такі права, яких вона без того не матиме.

В ст. 35 Конституції України міститься ще одна гарантія, а саме положення, про те, що у разі, якщо виконання військового обов'язку суперечить релігійним переконанням громадянина, виконання цього обов'язку має бути замінено альтернативною (невійськовою) службою. Детально використання права на альтернативну службу регулює Закон України «Про альтернативну (невійськову) службу». В ст. 2 передбачається право на альтернативну службу мають громадяни України, якщо виконання військового обов'язку суперечить їхнім релігійним переконанням і ці громадяни належать до діючих згідно з законодавством України релігійних організацій, віровчення яких не допускає користування зброєю [12].

Отже, проаналізувавши, на наш погляд, найважливіші законодавчі акти які регулюють правовідносини в сфері здійснення релігійних прав, ми прийшли до наступних висновків:

– для забезпечення належного використання понятійного апарату необхідно узгодити існуючі поняття вітчизняного законодавства з поняттями які використовуються в міжнародно-правових актах, це надасть можливість вирішити ряд проблемних питань;

– основні гарантії, які забезпечують право на свободу совісті та віросповідання закріпленні в Конституції України та деталізуються в Законі України «Про свободу совісті та релігійні організації».

ЛІТЕРАТУРА

1. Загальна декларація прав людини // Права людини основні міжнародно-правові документи : зб. док. / упор. Ю. К. Качуренко. — К. : Наук. думка, 1989. — 248 с.
2. Загальна теорія держави і права: (основні поняття, категорії, правові конструкції та наукові концепції) : навч. посіб. / О. В. Зайчук, Н. М. Оніщенко. — К. : Юрінком Інтер, 2008.
3. Туктаров Ю. Е. Види гражданско-правовых гарантий / Ю. Е. Туктаров // Журналроссийскогоправа. — 2000. — № 4. — С. 34 — 35.
4. Конституція України // ВВР. — 1996.— № 30. — Ст. 141.
5. Данильченко Є. С. Теоретичний аспект використання терміну «свобода світогляду» у конституційно-правовому регулюванні [Електронний ресурс] / Є. С. Данильченко. — Режим доступу : http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/DiP/2009_46/3-5.pdf
6. Пчелінцев А. В. Свобода совісті та віросповідання як правовий інститут [Електронний ресурс] / А. В. Пчелінцев. — Режим доступу : <http://crk-knteu.kiev.ua/66854>
7. Цивільний кодекс України // ВВР. — 2003. — №40 — 44. — Ст. 356.
8. Цивільний процесуальний кодекс України // ВВР. — 2004. —№ 40-41,42. — Ст. 492.
9. Кримінальний кодекс України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua>
10. Кримінально-процесуальний кодекс України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>
11. Про свободу совісті та релігійні організації : Закон України від 23.04.91р., №988-ХІІ // ВВР. — 1991. — № 25. — Ст. 283.
12. Про альтернативну (невійськову) службу : Закон України від 12.12.91р.№ 1976-ХІІ //ВВР. — 1992. —№ 15. — Ст. 188.

АНОТАЦІЯ

Кривенко Ю.В. Законодавчі гарантії здійснення релігійних прав та свобод. – Стаття.

В статті розглянуті окремі питання законодавчих гарантій здійснення релігійних прав та свобод. Ряд міжнародно-правових та вітчизняних нормативних актів передбачають певний перелік гарантій здійснення релігійних прав та свобод. Однак, основні гарантії, які забезпечують право на свободу совісті та віросповідання закріплені в Конституції України та деталізуються в Законі України «Про свободу совісті та релігійні організації».

Ключові слова: гарантії, цивільно-правові гарантії, свобода світогляду, свобода віросповідання.

АННОТАЦИЯ

Кривенко Ю.В. Законодательные гарантии осуществления религиозных прав та свобод. – Статья.

В статье рассмотрены отдельные вопросы законодательных гарантий осуществления религиозных прав и свобод. Ряд международно-правовых и отечественных нормативных актов предусматривают определенный перечень гарантий осуществления религиозных прав и свобод. Однако, основные гарантии, обеспечивающие право на свободу совести и вероисповедания закреплены в Конституции Украины и детализируются в Законе Украины «О свободесовести и религиозных организациях».

Ключевые слова: гарантии, гражданско-правовые гарантии, свобода мировоззрения, свобода вероисповедания.

SUMMARY

Krivenko Y.V. Legal guarantees of religious rights and freedoms. – Article.

The article consider some of the issues of legal guarantees of religious rights and freedoms. The number of international and domestic legal regulations provide a certain list of the guarantees of religious rights and freedoms. However, the basic safeguards ensuring the right to freedom of conscience and religion fixed in the Constitution of Ukraine and are detailed in the law of Ukraine «On Freedom of Conscience and Religious Organizations».

Keywords: security, civil guarantees freedom of thought, freedom of religion.

УДК 347.648(477)

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРАВОВИЙ СТАТУС ОПІКУНА МАЙНА ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Адаховська Надія Сергіївна

асистент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

При опіці майно, щодо якого встановлюють опіку, іноді називають посадовим майном. У зв'язку з цим, повноваження законних представників (опікунів) трактується як їх посадова компетенція, а майно підопічного, яке знаходиться в управлінні опікунів, як посадове майно [1, с. 9].

На сьогодні, нагальною є потреба у конкретизації правового статусу опікуна майна. Саме тому відповідна концепція зводить до того, що під правовим статусом опікуна майна слід розуміти певну сукупність прав і обов'язків, передбачених законодавством України, які необхідні і достатні для здійснення управління цим майном, а також охорона майнових прав власників і майнових інтересів осіб, які мають вимоги до власника в якості законного представника.

Протягом усього часу, законодавець приділяв увагу особі майбутнього опікуна, установлюючи певні вимоги до нього, не обминали це питання і науковці. Дослідження питання вимог до особи опікуна та піклувальника виконували російські вчені, зокрема, А. І. Пергамент, М. К. Любавський, В. І. Синайський, А. І. Загоровський. Поміж сучасних досліджень необхідно назвати російського науковця Л. Ю. Міхеєву, українських – Н. А. Д'ячкова, Д. С. Прутян.

Метою статті є комплексний теоретичний аналіз правового статусу опікуна майна, обґрунтування і внесення конкретних пропозицій щодо вдосконалення законодавства, яке регулює відносини щодо встановлення, здійснення та припинення опіки над майном.

Для досягнення поставленої мети є необхідним розв'язання таких завдань:

- висвітлення особливостей здійснення опіки над майном;
- розкриття характерних ознак правового статусу опікуна.

Допустимо вести мову про те, що правовий статус опікунів має потрійний характер відносин: відносини з підопічним; з органом опіки та піклування; з третіми особами.

Завданням інституту опіки та піклування є охорона особистих і майнових прав і інтересів

підопічних. Тому держава в особі органів опіки та піклування (які призначають опікунів та піклувальників) повинна стежити, щоб опікунами та піклувальниками призначались особи, які виконували б функцію, що на них покладається і при цьому набуваючи статус опікунів, як безпосередніх учасників опікунських правовідносин. Правовий статус опікунів ґрунтується на принципі посиленої охорони майнових прав осіб, які в силу тих чи інших причин не можуть самостійно здійснювати свої права та виконувати обов'язки.

Втім для досягнення цієї мети, а саме те, наскільки будуть захищені інтереси підопічних, значною мірою залежить від особи опікуна або піклувальника. Тому що, як підкреслює Н. М. Єршова, питання про особу опікуна чи піклувальника надзвичайно важливе саме тому, що від цього залежить доля підопічного та умови, в яких йому доведеться жити [2, с. 17 – 18].

Цивільний та Сімейний кодекси України, а також Правила опіки та піклування, затверджені 26-05-99 Наказом Державного комітету у справах сім'ї та молоді, Міністерства освіти України, Міністерства охорони здоров'я, Міністерства праці та соціальної політики України, містять досить чіткий перелік вимог до опікунів і піклувальників. Згідно із законодавством опікуном або піклувальником може бути лише фізична особа з повною цивільною дієздатністю (ч. 2. ст. 63 Цивільного кодексу України). Не може бути опікуном або піклувальником фізична особа:

- позбавлена батьківських прав, якщо ці права не поновлені;
- поведінка та інтереси якої суперечать інтересам фізичної особи, яка потребує опіки або піклування.

Відповідний перелік вимог дещо розширений в ст. 244 Сімейного кодексу, якою передбачено, що не може бути опікуном, піклувальником дитини особа, яка зловживає напоями, наркотичними засобами, а також у п. 3.2 Правил опіки та піклування, який встановлює, крім зазначених обмежень, що не можуть бути опікунами, піклувальниками особи, які:

- перебувають на обліку або лікуються в психоневрологічних і наркологічних закладах;
- раніше були опікунами чи піклувальниками та з їхньої вини опіку чи піклування було припинено;
- засуджені за скоєння тяжкого злочину.

Для забезпечення дитині належного виховання Сімейний кодекс передбачає, що орган опіки та піклування при призначенні опікуна або піклувальника повинен враховувати особисті якості особи, її здатність до виховання дитини, ставлення до неї, а також бажання самої дитини.

При цьому, наше законодавство не передбачає вимог до здоров'я опікуна (піклувальника), хоч особа, яка страждає на певні захворювання (наприклад, туберкульоз, онкологічні захворювання тощо), не зможе належним чином виконувати опікунські обов'язки.

Законодавець передбачив подібну вимогу до усиновлювача в п. 8 ст. 212 Сімейного кодексу України, установивши, що особи, які страждають на хвороби, перелік яких затверджено Міністерством охорони здоров'я України, не можуть бути усиновлювачами. Вважаємо, доцільним, поширити дію цього переліку і на осіб, що бажають бути опікунами або піклувальниками, законодавче закріпивши, таким чином, вимогу щодо стану їхнього здоров'я. Подібної позиції дотримується і В. Борисова [3, с. 218 – 219].

Все ж, як справедливо відзначає З. Ромовська, не завжди опікуном чи піклувальником стає гідна особа [4, с. 464]. Це пов'язано з тим, що в окремих випадках опікуном (піклувальником) бажає стати лише одна особа, яка і призначається опікуном чи піклувальником, виходячи з принципу пріоритетності сімейних форм улаштування дітей, позбавлених батьківського піклування. Інколи з об'єктивних причин виключається можливість одразу виявити неспроможність особи до належного виконання обов'язків опікуна й піклувальника. Тому орган опіки і піклування, вирішуючи питання про призначення опікуна або піклувальника, зобов'язаний приділяти максимальну увагу якомога детальнішому і повнішому вивченню всіх обставин справи, які пов'язані з особою опікуна.

Так, проаналізувавши вимоги чинного законодавства до особи опікуна та піклувальника, приймаючи до уваги історичний досвід становлення таких вимог, приходимо до висновку про те, що чинне законодавство України в цілому визначає необхідний перелік критеріїв, яким повинен відповідати майбутній опікун або піклувальник.

Для безпосереднього здійснення опіки або піклування судом (ст. 60 ЦК) або органами опіки та піклування призначається опікун чи піклувальник, про що виноситься відповідне рішення. Варто відмітити такий факт, що призначення конкретної

особи опікуном здійснюється на підставі адміністративного або судового акту. Але правознавці не наводять чітких критеріїв розмежування опіки над майном від опіки над фізичною особою.

Безсумнівною «гордістю» чинного законодавства про опіку та піклування є те, що норми, що встановлюють правове становище опікунів і піклувальників, практично повністю уніфіковані, за винятком норм СК України, що передбачають додаткові обов'язки цих осіб, пов'язані з вихованням своїх підопічних. Проаналізувавши сучасне законодавство України, ми звертаємо увагу на те, що вимоги до опікуна та піклувальника як суб'єкта правовідносин з опіки та піклування встановлено статтею 63 ЦК України, ст. 244 СК України, а також п. 3.1 Правил опіки та піклування. Їх права та обов'язки регламентовані в ст. 244 СК України і в ст. 63 ЦК України бачимо, що законодавець намагався встановити всі вимоги, яким повинен відповідати опікун та піклувальник. Однак в тих нормах, де регламентується правовий режим майна підопічного також чимало дозволів, розпорядчих норм і норм-заборон, що доповнюють характеристику їх правового становища. Окрім прав і обов'язків у характеристику правового статусу даних суб'єктів входить також їх юридична відповідальність за невиконання або неналежне виконання ними покладених на них обов'язків, а також за порушення прав і законних інтересів підопічних, яких вони добровільно зобов'язалися захищати. Коло зазначених правових норм дає нам досить чітке уявлення про правове становище цих осіб.

В цілому, ми підтримуємо позицію законодавця, який встановлює дві групи умов для призначення певної особи опікуном чи піклувальником, поділяючи їх при цьому на: позитивні умови – вимоги, яким повинна відповідати особа, яка бажає стати опікуном, та негативні – перешкоди для призначення її на цю посаду.

До позитивних умов призначення фізичної особи опікуном відносяться: 1) повна цивільна дієздатність цієї особи; 2) бажання особи прийняти на себе опікунські обов'язки; 3) особисті якості кандидата в опікуни; 4) здатність особи до виконання опікунських обов'язків тощо.

Перша умова, яка повинна бути виконана це – опікуном може бути лише повнолітня дієздатна особа, яка висловила бажання стати опікуном (ст. 63 ЦК України). Це значить, що особи, які набули повну цивільну дієздатність до досягнення повноліття (ст. 35 ЦК України), не призначаються опікунами та піклувальниками, що цілком виправдано, тому що для виконання цих досить складних і важких обов'язків необхідна висока ступінь соціальної і психологічної, а для догляду, наприклад, за май-

ном, за недієздатною особою, можливо, також фізичної зрілості і достатній життєвий досвід.

Чергова умова, на нашу думку, є цілком виправданою, через те, що примус до виконання опікунських обов'язків інтересам підопічного відповідати не може. Отже, фізична особа може бути призначена опікуном чи піклувальником лише за його згодою. У випадку небажання особи бути опікуном робить недоступною основну мету опіки – охорону його особистих та майнових прав. Відповідно на практиці подібна згода виявляється у відповідній заяві особи, яка бажає стати опікуном, до органу опіки та піклування. Тому державі в особі органів опіки та піклування в таких випадках залишається лише перевірка відповідності особи заявника вимогам закону.

Не менш важливою також є умова про призначення особи опікуном відповідно до ч. 4 ст. 63 ЦК, яка зважає на особисті якості цієї особи, стосунки між нею та підопічним, а також здатність до виконання опікунських обов'язків. Оскільки ця особа повинна не тільки відповідати вимогам, що закріплені у чинному законодавстві України (фізична особа, повна цивільна дієздатність тощо), а саме головне вона має бути людиною, яка має високі морально-етичні якості, тобто може стати свого роду взірцем для майбутнього підопічного. При цьому враховуються його моральні та інші якості, здатність до виконання обов'язків опікуна або піклувальника, відносини, що склалися у нього з майбутнім підопічним, а якщо це можливо, враховується також бажання підопічного. Бажання психічно хворого підопічного при призначенні опікуна зазвичай не враховується, оскільки він не може самостійно виразити свою юридично значиму волю.

Позаяк, на сьогоднішній день існує безліч таких випадків, коли особа виявляє бажання стати опікуном чи піклувальником, лише тільки заради досягнення якоїсь вигоди чи користі (наприклад, щоб заволодіти будинком, який належить дитині, що позбавлена батьківського піклування та потребує опіки чи піклування). Тому органи опіки та піклування вибагливо ставляться до фізичних осіб – майбутніх опікунів чи піклувальників, а також ретельно перевіряють і контролюють їх подальші стосунки з підопічним.

Ми звертаємо увагу на те, що опікунами та піклувальниками не можуть бути особи, які виявляють неприязнь до майбутньої підопічної особи, та ті, які самі потребують опіки та піклування.

Слід також зазначити, що у юридичній літературі висловлювалися справедливі пропозиції щодо удосконалення цих правових норм. Зокрема, Н. М. Єршова, виходячи з того, що, оскільки незалежно від того, хто призначений опікуном, турбота про підопічного практично лежить на членах сім'ї опі-

куна, пропонувала для створення необхідних умов підопічному при призначенні опікуна отримувати згоду повнолітніх членів сім'ї останнього, особливо його чоловіка (дружини) [2, с. 18]. Ця думка знайшла підтримку у багатьох правознавців, які акцентували, що заперечення подружжя опікуна на опіку може викликати колізій в сім'ї, особливо, якщо в сім'ю попадає важкий підліток, від чого порушуються сімейні взаємовідносини, і така сім'я нічого не виграє [5, с. 35].

На відміну від переліку умов щодо осіб, які можуть бути призначені опікуном (піклувальником), перелік заборон щодо осіб, які не можуть бути призначені опікунами (піклувальниками) недостатньо врегульовано і не досить визначено. Є. П. Лінік та Т. В. Омельчук зауважують, що також не можуть призначатися опікунами та піклувальниками особи, які порушать морально-етичні засади суспільства [6, с. 9].

Підопічним в якості опікунів або піклувальників не призначаються особи, які позбавлені судом батьківських прав і не відновлені в батьківських правах на момент розгляду в органах опіки та піклування кандидатури опікуна (піклувальника) (ст. 64 ЦК України). Ми переконані, що не можна відмовляти такій особі у призначенні її опікуном чи піклувальником навіть неповнолітнього, не кажучи вже про дорослого підопічного, тільки тому, що колись його позбавили батьківських прав. Що стосується неповнолітнього, то його опікуном чи піклувальником не призначаються також особи, обмежені в батьківських правах, знову-таки, якщо обмеження не скасовано до моменту розгляду питання про призначення його опікуном чи піклувальником. Що стосується можливості призначення такої особи опікуном чи піклувальником дорослого підопічного, то це питання вже обговорювалося в аспекті розгляду питання про правоперешкоджаючі юридичні факти, як і питання осіб, які були засуджені за злочини проти життя і здоров'я, волі, честі та гідності, статевої свободи та статевої недоторканності особи, проти громадської безпеки, громадського порядку та моральності, у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, а також за злочини, передбачені статтями 148, 150, 150-1, 164, 166, 167, 169, 181, 187, 324, 442 Кримінального кодексу України, або мають непогашену чи не зняту в установленому законом порядку судимість за вчинення інших злочинів [7].

Необхідно зауважити, що не призначаються опікунами та піклувальниками як неповнолітніх, так і дорослих громадян особи, які страждають хронічним алкоголізмом або наркоманією, так як безсумнівно зрозуміло, що вони не взмозі впоратися зі своїми обов'язками в силу самого характеру захворювання, не кажучи вже про те, що їх спільне пере-

бування з підопічними створює для останніх не тільки несприятливу, але й небезпечну обстановку. На нашу думку, є також висока ймовірність посягання на майно підопічного з метою отримання коштів для придбання спиртних напоїв або наркотиків.

На жаль, на сьогодні, як у діючому законодавстві так у законодавстві, що діяло раніше, поза увагою законодавця залишилися такі обставини, як можливість виконувати функції опікуна (піклувальника), а саме: стан здоров'я особи і наявність у неї відповідних матеріально-побутових умов для життя дитини, спроможність забезпечити останню житлом, якщо вона не має свого помешкання.

Фізична особа може бути призначена опікуном чи піклувальником лише за його згодою. При цьому враховуються його моральні та інші якості, здатність до виконання обов'язків опікуна або піклувальника, відносини, що склалися у нього з майбутнім підопічним, а якщо це можливо, враховується також бажання підопічного (ст. 63 ЦК України).

Як уже зазначалося, відмінності в правовому становищі опікуна та піклувальника полягають у тому, що опікун завжди є законним представником свого підопічного і має право виступати в цій якості на захист його прав і законних інтересів у будь-яких відносинах без спеціальних повноважень.

Перш за все, необхідно, звернути увагу, що правознавці сьогодення не наводять чітких критеріїв розмежування опіки над майном від опіки над фізичною особою. Отже, безсумнівно, що в даний час правове становище опікунів і піклувальників врегульовано набагато більш детально, що пояснюється необхідністю захисту прав і законних інтересів підопічних, особливо неповнолітніх дітей, що стало першорядним завданням держави і всього українського суспільства. Істотно підвищилися гарантії такого захисту. Нагляд за діяльністю опікунів і піклувальників з боку органів опіки та піклування став більш конкретним. У чинному законодавстві вирішено багато питань, що стосуються правового становища опікунів та піклувальників, які раніше не мали законодавчого вирішення. Однак держава явно передчасно переклала на плечі цих осіб, часто не володіючих достатніми знаннями і навичками у захисті прав та інтересів підопічних, всю тяжкість відповідальності за їх долю, залишивши собі тільки функції нагляду за їх діяльністю.

Вважаємо перспективними подальші дослідження та науковий аналіз норм цивільного законодавства України з метою удосконалення їх в рамках інституту опіки над майном.

ЛІТЕРАТУРА

1. Братусь С. Н. Субъекты гражданского права / С. Н. Братусь. — М. : Госюриздат, 1950. — 368 с.
2. Ершова М. Н. Опекa и попечительство / М. Н. Ершова. — М., 1971. — 80 с.
3. Сімейне право України : підруч. / Л. М. Баранова, В. І. Борисова, І. В. Жилінкова та ін. ; за заг. ред. В. І. Борисової та І. В. Жилінкової. — К. : Юрінком Інтер, 2004. — 264 с.
4. Ромовська З. В. Сімейний кодекс України : науково-практич. комент. / З. В. Ромовська. — К. : Ін Юре, 2003. — 532 с.
5. Право и защита семьи государством / Е. Г. Азарова, Ю. А. Королев, Е. В. Кулагина и др. — М. : Наука, 1987. — 464 с.
6. Лінік Е. П. Опіка та піклування / Е. П. Лінік, Т. В. Омельчук. — К. : Видавець Фурса С. Я., 2008. — 56 с.
7. Кримінальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 25-26. — Ст. 131.

АНОТАЦІЯ

Адаховська Н.С. До питання про правовий статус опікуна майна за цивільним законодавством України. – Стаття.

У даній статті розглядаються питання, пов'язані з вимогами цивільного законодавства до особи опікуна та піклувальника. Призначення опікуна та піклувальника органами опіки та піклування та здійснення нагляду за їх діяльністю.

Ключові слова: опікун, майно, органи опіки та піклування.

АННОТАЦИЯ

Адаховская Н.С. К вопросу о правовом статусе опекуна имущества по гражданскому законодательству Украины. – Статья.

В данной статье рассматриваются вопросы, связанные с требованиями гражданского законодательства к лицу опекуна и попечителя. Назначение опекуна и попечителя органами опеки и попечительства и надзора за их деятельностью.

Ключевые слова: опекун, имущество, органы опеки и попечительства.

SUMMARY

Adahovskaya N.S. On the question of the legal status of guardian of the property under civil legislation of Ukraine. – Article.

This article discusses issues related to the requirements of civil law to face the guardian and trustee. The appointment of a guardian and trustee of the guardianship authorities and their oversight.

Keywords: guardian, property, guardianship and custody.

УДК 347.426.6

ДО ПИТАННЯ ПРО ОСОБЛИВОСТІ ВІДШКОДУВАННЯ МАЙНОВОЇ ШКОДИ В ЗАЛЕЖНОСТІ ВІД ЗОВНІШНІХ ФАКТОРІВ

Гребенщікова Тетяна Аркадіївна

асистент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

Як свідчить судова практика розгляду цивільних справ за позовами про відшкодування шкоди, останнім належить чи не найбільша питома вага серед усіх цивільних справ, що розглядаються судами. Надзвичайно часто виникає проблема здійснення правового захисту порушених внаслідок завдання шкоди прав та інтересів потерпілого. Постає завдання ліквідації наслідків таких порушень, чим і займається інститут відшкодування шкоди.

На сучасному етапі розвитку світової спільноти проблема прав і свобод людини є однією з найактуальніших. У цьому напрямку прийнято низку міжнародних нормативно-правових актів, що визначають людину найвищою цінністю суспільства, а належне забезпечення її прав і свобод головним обов'язком демократичної держави.

Одними з перших дослідників інституту відшкодування шкоди були Б. С. Антимонов, О. О. Красавчиков та А. М. Белякова. Їхні праці є основним підґрунтям для науковців та практиків при вирішенні питань про відшкодування завданої шкоди.

Пізніше дослідження даного інституту проводили М. С. Малеїн, Л. Г. Могилянський О. Л. Жуковська. Серед досліджень, виконаних в Україні, на особливу увагу заслуговують праці Д. В. Бобрової та С. Н. Приступи.

У роботах згаданих авторів аналіз зобов'язань із відшкодування шкоди був основним предметом дослідження. Про даний вид зобов'язань йшлося також у працях Х. І. Шварца, К. К. Яїчкова, К. А. Флейшиц, Ю. С. Червоного, О. С. Іоффе, Г. П. Кафтановської, А. О. Собчака, В. Т. Смірнова, Ю. Х. Калмикова, Г. К. Матвєєва, В. В. Глянцева, С. Є. Донцова, К. Б. Ярошенка, П. Р. Ставицького, Є. О. Харитонова, М. Д. Єгорова, А. М. Савицької, О. С. Шевченко, А. І. Загорулька та ін.

Відповідно до ч. 5 ст. 55 Конституції України кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань. Одним із засобів реалізації цього конституційного права є самозахист, яким визнається застосування особою

засобів протидії, які не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства.

Зобов'язання з відшкодування шкоди є одним із видів позадоговірних зобов'язань у зв'язку з тим, що їх виникнення відбувається не на підставі договору, а є наслідком настання передбаченого законом факту порушення права «поза договором».

Оскільки у даному разі йдеться про відшкодування шкоди, яка завдана потерпілому внаслідок протиправної поведінки (дії або бездіяльності) відповідальної за цю шкоду особи, то зобов'язання, що виникають з зазначеної причини, інколи називають деліктними, а саму шкоду – деліктною. Із цього приводу російські вчені В. Т. Смирнов, А. О. Собчак звертають увагу на те, що сама назва зобов'язання із завдання шкоди бере свій початок і походить від латинського слова «delictum», яке застосовувалося ще римськими юристами і означало правопорушення. Саме римські юристи звернули увагу на дуже цікаву обставину: спочатку виникли не договірні зобов'язання, як це може здатися на перший погляд, а зобов'язання, пов'язані з правопорушеннями. Це пов'язано з тим, що в найдавніші часи державна влада взагалі не втручалася у відносини приватних осіб – реагувати на порушення інтересів мали самі потерпілі.

Поступово з'являються поняття помсти і відповідальності, що їх застосовують як окремі (приватні) особи, так і можновладці. Багато таких прикладів дає рання історія Риму. Достатньо звернутися до творів Тита Лівія, Плутарха, Корнелія Тацита, щоб уявити собі цю складну суміш «права і неправ»[1].

Однак такому стану речей противився римський розум, який взагалі не сприймав нераціональність, нелогічність, ускладненість відносин. Поступово сформувалися погляди, згідно з якими помста повинна бути замінена якимись діями, що спрямовані на усунення кривди.

Якщо межі здійснення особою свого цивільного права на самозахист від порушень і протиправних посягань або межі необхідної оборони будуть перевищені, то у такому випадку, як це випливає зі змісту ч. 1 ст. 1169 ЦК, питання стосовно відшкодування шкоди виникне, а його позитивне вирішен-

ня відбудеться за рахунок особи, яка оборонялася, але при цьому вийшла за межі дозволеного.[2] Такі дії стають неправомірними і причина обумовлена ними шкода складає підставу для виникнення обов'язку з її відшкодування на користь особи, від якої відповідач перед тим захищався. Постає питання, де пролягає межа, переступивши яку самозахист перетворюється у протиправну поведінку?

Пряма відповідь на поставлене питання в актах цивільного законодавства відсутня. Визначаючи самозахист як застосування особою засобів протидії, які не суперечать законові та моральним засадам суспільства, закон вимагає, щоб способи самозахисту відповідали змісту права, що порушене, а також характерові дій, якими це право порушене, і наслідкам, спричиненим цим порушенням. Однак способи самозахисту можуть обиратися самою особою.

Для визначення юридичних меж самозахисту цивільних прав важливо мати на увазі, які саме способи можуть бути обрані особою для його здійснення.

Слід погодитися з думкою російського вченого В. П. Грибанова, що такими способами можуть бути: а) превентивний; б) активно-оборонний.

Заходи превентивного характеру застосовуються, як правило, власником або володільцем майна для забезпечення його охорони.

Інколи, здійснюючи право на самозахист превентивними заходами, особа створює небезпеку завдання шкоди іншим особам, причому не обов'язково тим, що вчиняють протиправні посягання.

Що стосується активно-оборонних способів самозахисту цивільних прав, то найбільш яскравим прикладом одного із них є необхідна оборона, про яку згадує ч. 1 ст. 1169 ЦК.

Вперше категорія «необхідна оборона» була введена у цивільне законодавство у 1963 р., коли був прийнятий другий Цивільний кодекс України, який набрав чинності з 1 січня 1964 р. Однак визначення її поняття в актах цивільного законодавства завжди було відсутнє.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 36 КК необхідною обороною визнаються дії, вчинені з метою захисту охоронюваних законом прав та інтересів особи, яка захищається, або іншої особи, а також суспільних інтересів та інтересів держави від суспільно небезпечного посягання шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної і достатньої в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання, якщо при цьому не було допущено перевищення меж необхідної оборони.[3]

Таким чином, інститут необхідної оборони може бути охарактеризований як комплексний, що має як цивільно-правове, так і кримінально-

правове (приватно-правове і публічно-правове) значення.

Аналізуючи ч. 1 ст. 1169 ЦК та норми кримінального і адміністративного законодавства, можна виділити наступні ознаки необхідної оборони: а) необхідна оборона і пов'язана з безумовним правом особи на самозахист своїх цивільних прав та обов'язків; б) необхідна оборона здійснюється через зазіхання на особу чи майно, котрому заподіяно шкоди; в) необхідна оборона можлива лише у разі зазіхання людини, а не тварин, юридичних осіб та інших неживих предметів; г) зазіхання повинно бути реальним, а не удаваним; д) застосування необхідної оборони можливе як при захисті власного здоров'я, життя, майна, так і здоров'я, життя, майна інших осіб, зокрема, суспільства, держави; є) необхідна оборона може мати місце лише відносно неправомірних зазіхань.

Закон не встановлює меж, переступивши які оборона перестає бути необхідною. Уявляється, що перевищенням меж необхідної оборони можуть бути визнані такі дії особи, яка обороняється, що розпочалася як адекватна протидія протиправному посяганню з боку іншої особи і не була призупинена в момент припинення посягання або коли така протидія була ще більш небезпечною, ніж саме посягання.

Межі, за якими оборона стає перевищеною, завжди визначаються судом залежно від конкретних обставин і характеру посягань. Проте у всякому разі, коли межі необхідної оборони були перевищені і внаслідок цього завдана шкода особі, яка перед тим чинила посягання на особу, що змушена була захищатися, повинна відшкодуватися особою, діями якої межі необхідної оборони були перевищені.

У цьому зв'язку постає питання, у якому розмірі повинна бути відшкодована шкода у разі, коли мало місце перевищення меж необхідної оборони? При вирішенні цього питання необхідно враховувати, що поведінка потерпілого у даному разі була спровокована посяганням його як нападаючої особи. Поведінка нападаючого за своїм характером протиправна і за своєю зовнішньою подібністю може сприйматися як вияв відомого тільки нападаючому протиправного наміру. За таких обставин навряд чи можна говорити про можливість повного відшкодування шкоди, завданої при перевищенні меж необхідної оборони. Вина потерпілого у даному разі цілком очевидна, тому і відшкодування шкоди повинне бути співрозмірним із ступенем цієї вини.

Розглянемо відшкодування шкоди, завданої прийняттям закону про припинення права власності на певне майно.

Протягом тривалого часу одним із способів припинення права власності вважалася націоналізація, тобто примусове вилучення засобів виробництва, що перебувають у приватній власності, з наступною передачею їх у державну або іншу власність. Націоналізація проводилася на підставі прийнятих відповідних законодавчих актів (декретів), якими були націоналізовані, насамперед, земля, її надра, води, ліси, банки, промислові підприємства, транспорт та інші найважливіші об'єкти. Наслідком проведення націоналізації було припинення права попередніх власників на майно (капіталістів, поміщиків, царської сім'ї, церкви) без відшкодування його вартості. Сьогодні підхід до можливих випадків примусового вилучення майна фізичних та юридичних осіб в нашій державі корінним чином змінився. У ЦК та Законі України «Про власність» не передбачається безоплатного вилучення майна у фізичних та недержавних юридичних осіб у державну власність (крім конфіскації майна як санкції за правопорушення). Так, в ст. 41 Конституції України зазначається, що примусове відчуження об'єктів права приватної власності може бути застосоване лише як виняток з мотивів суспільної необхідності, на підставі і в порядку, встановлених законом, та за умови попереднього і повного відшкодування їх вартості, а в умовах воєнного чи надзвичайного стану – з наступним відшкодуванням їх вартості. Таким чином, встановлено конституційні гарантії неприпустимості безоплатного примусового вилучення об'єктів права приватної власності.

Правила ст. 1170 ЦК закріплюють обов'язок держави відшкодувати шкоду, завдану власникові майна у разі прийняття закону, що припиняє його право власності на нього.[2] Так, до підстав припинення права власності у разі прийняття закону цивільне законодавство відносить: викуп пам'яток історії та культури, викуп земельної ділянки у зв'язку із суспільною необхідністю, викуп нерухомого майна у зв'язку з викупом з метою суспільної необхідності земельної ділянки, на якій воно розміщене, реквізиція. Відшкодування шкоди, завданої у стані крайньої необхідності. Шкода, завдана особі у зв'язку із вчиненням дій, які спрямовані на усунення небезпеки, що загрожувала цивільним правам чи інтересам іншої фізичної або юридичної особи, якщо цю небезпеку за даних умов не можна було усунути іншими засобами (крайня необхідність), відшкодовується особою, яка її завдала.

Особа, яка відшкодувала шкоду, має право пред'явити зворотну вимогу до особи, в інтересах якої вона діяла.

ЦК містить визначення крайньої необхідності. З аналізу її змісту випливає наступне: а) шкода при крайній необхідності завдається для усунення не-

безпеки, що загрожувала іншій фізичній або юридичній особі. Тобто заподіювач шкоди здійснює дії не лише в своїх інтересах, а й в інтересах третіх осіб; б) особа у стані крайньої необхідності завдає шкоди з метою усунення реальної небезпеки, тобто небезпеки, яка існувала в момент виникнення крайньої необхідності; в) небезпека інтересам, що охороняються законом, може бути створена природними явищами, будь-якими діями чи бездіяльністю людей, технічними факторами, фізіологічним (біологічним) станом інших людей, поведінкою тварин; г) крайня необхідність відсутня, якщо шкода вже завдана; д) крайня необхідність має місце, якщо цю небезпеку за даних умов не можна було усунути іншими засобами.

На відміну від кримінального законодавства (ст. 39 КК), ст. 1171 ЦК не вимагає, щоб завдана шкода за розміром не перевищувала шкоду відвернену. Тобто для цивільно-правового регулювання важливо досягнення результату – усунення небезпеки.

Правила ч. 2 даної статті наділяють суд правом прийняття рішення щодо суб'єкта відшкодування. Так, суд має право, враховуючи обставини завдання шкоди: а) покласти обов'язок відшкодувати шкоду на третю особу (в інтересах якої діяла особа завдала шкоди у стані крайньої необхідності. Згода третьої особи не має значення); б) звільнити від відшкодування шкоди повністю як особу, яка її завдала, так і третю особу в інтересах якої діяв заподіювач шкоди; в) звільнити перерахованих вище осіб від відшкодування шкоди частково.

Покладення обов'язку відшкодувати шкоду на її заподіювача і особу, в інтересах якої він діяв, формує зобов'язання з дольовою множинністю на боці боржника. Воно підлягає виконанню згідно ст. 540 ЦК, проте з обумовленістю, що долі визначаються судом, тому можуть бути нерівними.

Завдання шкоди у стані крайньої необхідності слід відрізнити від завдання шкоди у стані необхідної оборони для досягнення мети цивільно-правового захисту, оскільки, незважаючи на правомірність даних дій, у першому випадку завдання шкоди породжує обов'язок по її відшкодуванню.

Так: а) при необхідній обороні завдана шкода не відшкодовується, якщо її межі не були перевищені; при крайній необхідності шкода, навпаки, підлягає відшкодуванню; б) при необхідній обороні небезпека завжди виходить від нападника-людини, а при крайній необхідності – від нападника-людини, від тварин, від природних явищ тощо; в) при необхідній обороні шкода завдається лише особі, яка здійснює суспільно-небезпечне посягання; при крайній необхідності шкода може бути завдана як заподіювачу шкоди, так і третім особам; г) у разі

перевищення межі необхідної оборони шкода відшкодовується безпосереднім її заподіювачем, а при крайній необхідності можливе покладення відшкодування шкоди на третю особу, в інтересах якої діяв заподіювач; д) при необхідній обороні шкода може бути завдана лише неправомірними діями потерпілого, а при крайній необхідності завдана шкода може бути результатом як дії, так і бездіяльності з боку потерпілого.

Ми розглянули особливості відшкодування майнової шкоди в залежності від зовнішніх факторів, у зв'язку з чим можуть виникати питання щодо відшкодування шкоди: а) завданої особою, у разі здійснення нею права на самозахист; б) завданої прийняттям закону про припинення права власності на певне майно; в) завданої у стані крайньої необхідності.

Шкода, завдана особою при здійсненні нею права на самозахист від протиправних посягань, у тому числі у стані необхідної оборони, якщо при цьому не були перевищені її межі, не відшкодовується. Слід відрізнити від необхідної оборони крайню необхідність. Шкода, завдана особі у зв'язку із вчиненням дій, що спрямовані на усунення небезпеки, що загрожувала цивільним правам чи інтересам іншої фізичної або юридичної особи, якщо ця небезпека за даних умов не можна було усунути

іншими засобами (крайня необхідність), відшкодовується особою, яка її завдала.[4]

Інститут відшкодування шкоди, з одного боку, призначений для того, щоб не допустити порушень охоронюваних законом особистих немайнових та майнових прав і інтересів фізичних або юридичних осіб, а, з іншого боку, – щоб забезпечити ліквідацію несприятливих немайнових або майнових наслідків, які можуть настати у сфері потерпілого внаслідок юридичних фактів завдання немайнової чи майнової шкоди, які породжують обов'язок боржника цю шкоду відшкодувати і право потерпілого вимагати від заподіювача шкоди виконання його обов'язку.

Відшкодування шкоди залежно від об'єкта правопорушення, суб'єкта відповідальності за шкоду, суб'єкта права на відшкодування шкоди здійснюється за рахунок держбюджету, фондів страхування, юридичних осіб, фізичних осіб. Зокрема, доречно нагадати, що на фізичну особу покладається відшкодування шкоди, завданої не лише нею особисто, а й малолітньою або неповнолітньою особою (шкоду відшкодовують її батьки, усиновлювачі, опікуни), недієздатною фізичною особою або фізичною особою, цивільна дієздатність якої обмежена (шкода відшкодовується опікуном, якщо така особа не перебувала під наглядом відповідного закладу).

ЛІТЕРАТУРА

1. Дождев Д. В. Римское частное право : учебн. для вузов / Д. В. Дождев ; под ред. В. С. Нерсисянц. — М. : Норма, Инфра-М, 1996. — 704 с.
2. Цивільний кодекс України : науково—практ. гоментар / [Є. О. Харитонов, Ю. Л. Бошицький, Р. О. Стефанчук та ін.] ; за заг. ред. Є. О. Харитонova, О. І. Харитонової, Н. Ю. Голубевої. — К. : Правова єдність, 2008. — 740 с.
3. Кримінальний кодекс України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua>
4. Харитонов Е. О. Гражданское право Украины / Е. О. Харитонов. — Х. : Одиссей, 2004. — 568 с.

АНОТАЦІЯ

Гребенщикова Т.А. До питання про особливості відшкодування майнової шкоди в залежності від зовнішніх факторів. – Стаття.

Стаття присвячена окремим питанням відшкодування майнової шкоди, визначається категорія «зовнішній фактор», а також шляхи подолання пробілів у законодавстві про відшкодування шкоди, що завдана в результаті самозахисту.

Ключові слова: зобов'язання, шкода, збитки, протиправна поведінка, об'єкт та суб'єкт цивільно-правових відносин.

АННОТАЦІЯ

Гребенщикова Т.А. К вопросу об особенностях возмещения имущественного ущерба в зависимости от внешних факторов. – Статья.

Статья посвящена отдельным вопросам возмещения имущественного ущерба, определяется категория «внешний фактор», а также пути преодоления пробелов в законодательстве о возмещении вреда причиненного в результате самозащиты.

Ключевые слова: обязательства, вред, убытки, противоправное поведение, объект и субъект гражданско-правовых отношений.

SUMMARY

Grebenschikova T.A. On the features of compensation for property damage, depending on external factors. – Article.

This article is devoted to individual questions compensation for property damage, defined category of «external factor» as well as ways to overcome gaps in the legislation for damages caused as a result of self-defense.

Keywords: liability, damage, loss, unlawful behavior, the object and the subject of civil relations.

УДК 347.754:656.7:351.746.1(477)

ДОГОВІР ОБСЛУГОВУВАННЯ АВІАЦІЙНОЇ ТЕХНІКИ В ДЕРЖАВНІЙ ПРИКОРДОННІЙ СЛУЖБІ УКРАЇНИ ЯК ДЕРЖАВНИЙ ДОГОВІР

Степанович Денис Геннадійович

аспірант кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

Правові відносини по обслуговуванню авіаційної техніки, трансформувалися в ознаки державного договору на виконання відповідних робіт для державних потреб.

Отже, державний договір обслуговування авіаційної техніки в Держприкордонслужбі на виконання робіт по обслуговуванню авіаційної техніки для державних потреб зазначає, що підрядчик зобов'язується виконати проектні та інші, пов'язані з обслуговуванням і ремонтом об'єктів невиробничого характеру (авіаційної техніки) роботи і передати їх державному замовнику, а державний замовник зобов'язується прийняти виконані роботи і сплатити або забезпечити їх оплату.

Мета правої розробки такого виду договору з подальшим включенням його до Цивільного кодексу полягає в чіткій визначеності правових відносин сторін, які пов'язані із задоволенням як загальних так і спеціальних потреб для держави, також встановлення для органів виконавчої влади у договірних відносинах особливого правового статусу (зокрема, під час участі авіаційних частин Державної прикордонної служби України у майнових відносинах).

Також, мета цієї статті полягає в оптимальному поєднанні спеціальних гарантій як для однієї, так і для іншої сторони договору.

Державний договір обслуговування авіаційної техніки може бути, побудований по моделі договору про надання послуг або договору технологічних робіт, а більш доцільніше розробити на моделі змішаного договору.

Особливою ознакою договору обслуговування авіаційної техніки, як державного договору є те, що для державних потреб в цілях підтримки необхідного рівня обороноздатності і безпеки Української цілісності, стає гостра необхідність прийняття законодавцем нормативно – правових актів, які направлені спеціально на регулювання такого виду договору.

Серед останніх за часом загальних правових актів може бути названа Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення

про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» від 17 жовтня 2008 року за № 921.

Так, відповідно до вказаної Постанови учасником торгів може бути тільки той, хто має виробничі потужності, устаткування і трудові ресурси для виконання специфічного виду робіт. Допускається участь в конкурсі іноземних підрядчиків, але тільки за умови, якщо виробництво відповідних робіт для державних потреб в Україні або відсутній, або економічно недоцільний. В авіаційній сфері може бути обмежене коло можливих учасників конкурсу і тим самим підрядчиків.

З огляду на викладене можна дійти висновку, що в Цивільному кодексі необхідно передбачити те, що в ролі державного замовника повинен виступати орган, який володіє необхідними інвестиційними ресурсами, або організація, наділена відповідними державними органами правом розпоряджатися такими ресурсами, як в даному випадку є Адміністрація Держприкордонслужби України, згідно абз. 3 п. 9 Положення про Адміністрацію Державної прикордонної служби України, затвердженого Указом Президента України від 4 серпня 2003 року за № 797 /2003 вказано, що розпорядником коштів є Адміністрація Державної прикордонної служби.

Також, в цивільному законі можна передбачити порядок матеріально-технічного забезпечення укладання такого виду договору, форми економічного стимулювання його виконання, відповідальність органів виконавчої влади, а також учасників державного договору за його порушення.

В даному випадку слід зазначити, що виступати в цивільному обороті буде все ж таки держава. Хоча в договорі стороною іменується їх орган, але він є лише представником. Це не викликає сумнівів, перш за все, у випадках, при яких відповідний орган взагалі не є юридичною особою, самостійним суб'єктом цивільного права. Прикладом можуть служити Уряд України і низка державних міністерств і відомств. І навіть тоді, коли укладає державний договір державний орган – юридична особа, він насправді виступає в зазначеному договорі від імені Української республіки, а ні від

свого імені. Тому їх стороною – покупцем товарів і послуг (відповідно суб'єктом відповідальності за порушення зобов'язань, зокрема по оплаті товару) насправді є безпосередньо публічна особа (в даному випадку Українська держава), а не той або інший орган влади.

У такому разі дана особа стає і формальною, і фактичною стороною договору і суб'єктом відповідальності за порушення його умов.

В Цивільний кодекс можна внести відповідні зміни, згідно з якими укладення державного договору є обов'язковим для виконавця, тобто маються на увазі спеціальні правила, що визначають порядок укладення договору з відповідною організацією і без організації конкурсу, йдеться про організації, які займають домінуюче положення на товарному ринку і є економічно доцільним, у 20 – денний термін з дня надання такої пропозиції і тільки при мотивованій відмові другої сторони представником держави повинні проводити відповідні конкурси. При цьому ухилення виконавця визначеного державою в подібному випадку породжує у державного представника право зажадати зобов'язати укласти вказаний договір в судовому порядку.

В основних положеннях про порядок укладення державних договорів, повинна бути передбачена необхідність включати в договори, серед іншого, посилання на технічне завдання, календарний план, щоб включити зміст, етапи і терміни виконання робіт (мається на увазі, що ті з робіт, які не вказані в календарному плані, можуть оформлятися додатковою угодою), порядок здачі і приймання робіт, їх вартість і порядок розрахунків, узгоджені сторонами розміри відповідальності за неусунення замовником виявлених дефектів, невчасне приймання робіт замовником, а також прострочення їх оплати.

Одне з можливих доповнень до договору є угода про розподіл заощаджених засобів і виниклих збитків між контрагентами. Обов'язковою умовою державного договору може служити видача авансу, який покликаний забезпечити своєчасне і безперервне фінансування робіт. Проміжні розрахунки повинні проводитися на рівні 95 % вартості виконаних робіт. При цьому, якщо підрядчик не виконує з своєї вини об'єми робіт, передбачені графіком їх виробництва, сума проміжного платежу, що пред'являється замовником, за фактично виконані роботи повинна бути зменшена на вартість невиконаних робіт.

Можна передбачити і ряд інших спеціальних правил про відповідальність сторін за порушення державного договору. При затримці авансу, а також оплати виконаних робіт і остаточного розрахунку з підрядчиком державний замовник відшкодовує другій стороні заподіяні збитки, включаючи

витрати, що виразилися в сплаті процентної ставки. А, якщо не будуть дотримані терміни введення в дію авіаційної техніки бюджетне фінансування припиняється, і підрядчик повинен за власні кошти закінчити роботу, якщо причина затримання не буде мотивовано доведена до замовника в рамках цивільного законодавства.

А, якщо державними органами в установленому порядку зменшуються засоби відповідного бюджету, виділені для фінансування робіт, на стороні покладається обов'язок в обов'язковому порядку погоджувати нові терміни виконання робіт, а при необхідності – й інші умови виконання договору.

В даному випадку за виконавцем не зберігається право вимагати відшкодування збитків, заподіяних зміною термінів виконання робіт, але при всіх інших випадках, окрім зменшення бюджетних коштів, державний договір може бути змінений тільки за згодою сторін.

В той же час, у всіх випадках, коли відповідні кошти, що призначалися для виконання умов державного договору, внаслідок рішення відповідних державних органів, які здатні впливати на юридичних осіб публічного права, не можуть бути використані або припинене подальше фінансування, на останнього теж не може бути покладений обов'язок відшкодувати виконавцю збитки в повному об'ємі.

В державному договорі необхідно обумовити право будь-якої сторони при встановленні в процесі виконання робіт неминучості отримання негативного результату або неможливості подальшого проведення робіт запропонувати контрагенту їх припинення. Після надходження такої пропозиції сторони зобов'язані спільно прийняти рішення про подальше продовження робіт, про зміну умов державного договору або про його розірвання.

Поряд з цим, слід підкреслити, що державний договір повинен містити в собі пункти завдяки яким покладається обов'язок на державного замовника, суворо дотримуватись вимог цільового використання виділених коштів.

Припинення державного контракту, здійснюється, перш за все, за угодою сторін, в порядку і за наслідками, передбаченими загальними нормами зобов'язального права. Зразкова форма державного договору передбачає включення в нього умови про термін, протягом якого повинна бути досягнута така угода.

Отже, договір обслуговування авіаційної техніки в Державній прикордонній службі України як державний договір являє собою єдність суб'єктивного і об'єктивного волевиявлення в цілях забезпечення державних потреб, передбачених у витратах відповідного бюджету.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної ради України від 28 червня 1996 року. — К., 1996.
2. Цивільний Кодекс України. — Х. Одісей, 2009. — 424 с.
3. Про затвердження Положення про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти : Постанова Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 2008 року. — № 921.
4. Брагінський М. І. Договірне право. Кн. 1. Загальні положення / М. І. Брагінський, В. В. Вітрянський. — М. : Статут, 1999.
5. Цивільне право України : академ. курс / за заг. ред. Я. М. Шевченко. — К. : Ін Юре, 2003. — Т. I. Загальна частина. — К. : Ін Юре, 2004. — 520 с.
6. Цивільне право України : ч. 1. — підруч. [для студентів юридичних спеціальностей вищих закладів освіти] / за заг. ред. Ч. Н. Азімова, С. Н. Приступи, В. М. Ігнатенка. — Харків : Право, 2000. — 368 с.
7. Денисов С. А. Некоторые общие вопросы о порядке заключения договоров / С. А. Денисов // Актуальные проблемы гражданского права. — М., 1998.

АНОТАЦІЯ

Степанович Д.Г. Договір обслуговування авіаційної техніки в Державній прикордонній службі України як державний договір. – Стаття.

Дана стаття присвячена дослідженню спеціального призначення відповідних відносин та правового регулювання даних правовідносин, які забезпечують досягнення відповідного результату на національному рівні.

Аналізуються права та обов'язки суб'єктів даних правовідносин. Досліджуються характерні ознаки правових основ відповідних відносин державних органів в цивільно-правовому обороті, покликаних задовольнити потреби Української держави в обороноздатності країни.

Актуальність теми дослідження даної статті підсилюється тими обставинами, що кількість публікацій з проблематики, яка стосується такого виду відносин, у вітчизняній правовій літературі є вкрай незначною, а більшість проблем у цій галузі взагалі залишилися поза увагою науковців.

Ключові слова: договір обслуговування авіаційної техніки в Державній прикордонній службі України, державний договір, виконання робіт, обслуговування, договір надання послуг, договір технологічних робіт, конкурс, ресурс, замовник, підрядчик, авіаційна частина.

АННОТАЦИЯ

Степанович Д.Г. Договор обслуживания авиационной техники в Государственной пограничной службе Украины как государственный договор. – Статья.

Данная статья посвящена исследованию специального назначения соответствующих отношений и правового регулирования данных правоотношений, которые обеспечивают достижение соответствующего результата на национальном уровне.

Анализируются права и обязанности субъектов данных правоотношений. Исследуются характерные признаки правовых основ соответствующих отношений государственных органов в гражданско-правовом обороте, призванных удовлетворить потребности украинского государства в обороноспособности страны.

Актуальность темы исследования данной статьи усиливается тем обстоятельством, что количество публикаций по проблематике, касающейся такого вида отношений, в отечественной правовой литературе крайне незначительной, а большинство проблем в этой области вообще остались без внимания ученых.

Ключевые слова: договор обслуживания авиационной техники в Государственной пограничной службе Украины, государственный договор, выполнение работ, обслуживание, договор оказания услуг, договор технологических работ, конкурс, ресурс, заказчик, подрядчик, авиационная часть.

SUMMARY

Stepanovich D.G. The maintenance agreement of the aviation techniques in the State Border Service of Ukraine as a state contract. – Article.

This article is devoted to the study of special purpose relevant relations and regulation data relationships that achieve results on the national level. Analyzes the rights and responsibilities of these relationships. We study the characteristics of the legal framework relevant government relations in civil – legal circulation, designed to meet the needs of the Ukrainian state in the country's defense. Background research this article amplifies the circumstances that the number of publications on issues relating to this type of relationship, in the domestic legal literature is extremely low, and most of the problems in this area generally left unattended researchers.

Keywords: aircraft maintenance contract with the State Border Service of Ukraine, the State Treaty, works, services, contract services, contract process works, competition, resources, customer, contractor, aircraft part.

ПИТАННЯ ТЕОРІЇ

УДК 347.27:347.214.1

ИПОТЕКА ДВИЖИМОГО ИМУЩЕСТВА КАК ОСОБЫЙ ВИД ЗАЛОГА

Кизлова Елена Сергеевна

доктор юридических наук, доцент, заведующая кафедрой гражданского и хозяйственного права и процесса Международного гуманитарного университета

Ипотека – это особый вид залога, где в качестве объекта выступает недвижимое имущество. Однако, существуют случаи, установленные законодательством Украины, при которых, ипотека возникает на объекты, которые за своими физическими естественными свойствами относятся к движимому имуществу, но нормы законодательства на них распространяется режим недвижимого имущества.

Ч. 1 ст. 181 Гражданского кодекса Украины (далее – ГК Украины) [1] определяет, что к недвижимым вещам принадлежат земельные участки, а также объекты, расположенные на земельном участке, перемещение которых представляется невозможным без их обесценивания и изменения назначения. В настоящее время эта норма не отвечает потребностям общества и, по нашему мнению не отвечала им даже на момент принятия ГК Украины.

В науке гражданского права делятся дискуссии относительно понятия категории «недвижимое имущество». Невзирая на то, что разделение имущества на движимое и недвижимое закреплено в гражданском законодательстве большинства стран мира, в отечественной гражданско-правовой доктрине нет единой мысли о понятии категории «недвижимость» и критериев отнесения к ней. Четкий законодательный критерий разделения имущества на движимое и недвижимое крайне необходим. Ведь при бессистемном отнесении различных видов имущества к категории «недвижимого» возникает вопрос об условности понятия данной категории. С практической точки зрения это недопустимо, поскольку законодательство устанавливает различные правовые режимы движимого и недвижимого имущества.

В юридической науке сложились три теории понятия «недвижимости». Первая, наиболее распространенная предлагает признавать недвижимость вещи, которые имеют крепкую связь с землей

(К. Победоносцев, Е. Васильковский, Ю. Гамбаров). Представители второй концепции (Г. Шершеневич, К. Малишев, И. Францессон) ссылаясь на судебную практику в свое время, предлагали при определении признаков недвижимости руководствоваться критерием «наличия юридической связи прав владельца строения с землей, на котором оно построено», считая, что не надо признавать недвижимостью сооружения, построенные на чужой земле и временные. Существовала и промежуточная мысль, согласно которой можно выделить и третью теорию. Ее представители – А. Вормс, В. Ельяшевич и А. Думашевский. По их мнению, сооружения, построенные на чужой земле в силу обязательственного права необходимо считать вещами движимыми, а строения, созданные в силу вещного права на эту землю, – недвижимыми вещами. Последняя теория может найти в современных правовых системах как сторонников, так и оппонентов, но, по нашему мнению очень трудно не считать недвижимостью здание, которое возведено на земле, взятой в долгосрочную аренду, например на 90 лет.

Некоторые юристы устанавливают, что выбранный законодателем критерий для разграничения движимого и недвижимого имущества – возможность перемещения имущества без его обесценивания и изменения его назначения – является недостаточным для определения сферы действия Закона Украины «Об ипотеке» от 5 июня 2003 г., № 898 – VI [4]. Поэтому, отмеченный критерий следует дополнить специальными законодательными положениями о том, что временные здания и сооружения к категории недвижимого имущества не принадлежат. Следует также решить вопрос о возможности отнесения к движимому имуществу коммуникаций, дорог, тротуаров, предполагая, что эти объекты охватываются законодательным определением понятия недвижимого имущества,

но их техническая инвентаризация на это время де-факто не осуществляется [5].

Некоторые вещи остаются вне влияния нормы ст. 181 ГК Украины. Например: срубы, курортные дома, вагончики для отдыха и т. п. А во-вторых, технологии перемещения недвижимости применялись в мире еще с 1455 г. когда Аристотель Фьораванти перенес колокольню церкви Санта-Мария Маджорне со всеми звонами больше чем на 10 м. В 1934 г. инженер Кирлан передвинул в Макеевке кирпичное двухэтажное здание почты весом 1300 т. Возможно, авторы ст. 181 ГК Украины по-другому понимают «невозможность перемещения без их обесценивания и изменения назначения», но в настоящее время необходимо констатировать возможность пересмотра положений, которые регулируют отмеченные отношения.

Некоторые юристы и экономисты пытаются понять природу недвижимости раскрыв физическое, экономическое и правовое содержание.

На определение юридического деления вещей на движимые и недвижимые обращал внимание Д. И. Мейер, который устанавливал, что «недвижимое имущество по нашему законодательству – земли, дома, заводы и т. д.; движимое – мореходные и речные суда, книги, карты, инструменты, скот, хлеб сжатый и молотый и так далее. Словом, разделение имущества на движимое и недвижимое, принятое законодателем, отвечает природе вещей: все имущество, которое по природе своей оказывается движимым и недвижимым, признается таким и законодательством [3].

Однако, отсутствует необходимость в том, чтобы юридическое разделение имущества на движимое и недвижимое совпадало с физической возможностью перемещения вещей в пространстве: в области права такое разделение имущества имеет то значение, что одни определения связываются с вещами недвижимыми, иные с вещами движимыми; но имущество, которое признается по закону недвижимым, недвижимо по своей природе или оно движимое – это все равно; и если, например, законодательство найдет необходимым какое-то определение, которое касается недвижимого имущества, распространить и на имущество движимое, то определение это будет применяться и к движимому имуществу, и наоборот [3].

Относительно движимого имущества, то ч. 2 ст. 181 ГК Украины относит к нему вещи, которые можно свободно перемещать в пространстве. На такие виды движимого имущества (по физическим свойствам) как воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты ГК Украины устанавливает правовой режим недвижимого имущества, но, в соответствии с п. 2 ст. 1

Закона Украины «О государственной регистрации вещных прав на недвижимое имущество и их ограничений» от 1 июля 2004 года № 1952 – IV на эти объекты не распространяется правовой режим государственной регистрации вещных прав на недвижимое имущество.

Таким образом, возникает юридическая коллизия – залог воздушных и морских судов, судов внутреннего плавания, космических объектов регулируется по правилам недвижимости (ипотеки), а процедура регистрации залога данного имущества (вещных прав на недвижимое имущество и их ограничений) происходит как движимых вещей.

В России термин «недвижимое и движимое имущество» впервые появился в законодательстве времен правления Петра I в Указе от 23 марта 1714 г. «О порядке наследования движимого и недвижимого имущества». Под недвижимым имуществом понимались земля, угодья, здания, заводы, фабрики, лавки. К недвижимому также относились полезные ископаемые, которые находятся в земле и разные строения, которые возносятся над землей, а также построенные под ней, например: шахты, мосты, дамбы.

Российское законодательство XIX – нач. XX вв., в Своде гражданских законов делило имущество на «всякого рода недвижимые, движимые, отдельные, нераздельные, благоприобретенные и родовые». Ст. 384 Свода ... относил к недвижимому имуществу земли, угодья, дома, заводы, фабрики, лавки, всякие строения и пустые дворовые места, а также железные дороги».

Гражданский кодекс Российской Федерации относит к недвижимому имуществу земельные участки, участки недр, выделенные водные объекты и все, что тесно связано с землей, т. е. объекты, перемещение которых без соразмерного ущерба их назначению невозможно, в том числе леса, многовековые насаждения, здания и строения. (ст. 103 ГК РФ) [2].

Юридическими особенностями разграничения движимого и недвижимого имущества, является законодательное закрепление и оформление прав на такие виды имущества. Природа прав на землю и другого недвижимого имущества, включая ипотеку, и другие виды прав, которые применяются для обеспечения погашения ссуды, в основе своей отличается от прав на движимое имущество, и, следовательно, метод поиска этих прав и оценки относительных приоритетов требует создания и ведения реестра недвижимого имущества, который будет отличаться от реестра движимого имущества. Суть обеспечения недвижимым и движимым имуществом много общего, из чего можно сделать вывод, что для них следует создать

и вести один реестр. Права собственности на недвижимое имущество фактически предоставляются путем регистрации, тогда как собственность на движимое имущество не регистрируется вообще.

18 ноября 2003 года Верховная Рада Украины приняла Закон Украины «Об обеспечении требований кредиторов и регистрации обременений» № 1255 – IV, призванный определить правовой режим регулирования обременений, возникновения обременения и реализации других прав юридических лиц относительно движимого имущества. Закон упразднил Государственный реестр залогов движимого имущества и внедрил ведение Государственного реестра обременений движимого имущества. В указанный реестр должны заноситься обременения движимого имущества.

В соответствии с Законом Украины «Об ипотеке» Кабинет Министров Украины разработал Временное положение о государственной регистрации ипотек. Кроме того, Верховной Радой Украины 1 июля 2004 года принят Закон Украины «О государственной регистрации вещных прав на недвижимое имущество и их ограничение» № 1952 – IV, который определяет принципы создания системы государственной регистрации вещных прав на земельные участки и другое недвижимое имущество, ограничение этих прав. Данным законом определено создание единой системы государственной регистрации вещных прав на земельные участки и другое недвижимое имущество, установление ограничений этих прав. Однако, со вступлением в силу отмеченного нормативно-правового акта указанную систему все еще трудно назвать единственной.

Статья 23 Закона Украины «О государственной регистрации вещных прав на недвижимое имущество и их ограничение» рассматривает залог (ипотеку) недвижимого имущества как ограничение вещных прав на недвижимое имущество и требует их регистрации в Государственном реестре прав на недвижимое имущество и их ограничений. Однако, ни указанная статья, ни закон в целом не определяют порядок и особенности регистрации ипотеки. В частности, не определен порядок внесения в Государственный реестр прав на недвижимое имущество и их ограничений сведений об ипотекодержателе и ипотекодателе, имущественном поручителе, описании предмета ипотеки, информации об основном обеспеченном обязательстве, сроке его полного выполнения, ссылки о выпуске залоговой или ее отсутствии. Не идет речь и о необходимости и порядке внесения сведений об изменении условий обременения недвижимого имущества ипотекой, отступление прав по ипотеч-

ному договору и передаче, аннулирование выдачи дубликата залоговой и выдачу новой залоговой.

12 апреля 2004 года был введен в действие Государственный реестр ипотек, единственная компьютерная база данных об обременении и изменении условий обременения недвижимого имущества ипотекой, отступление прав по ипотечному договору, передаче, аннулирование, выдачу дубликата залоговой и выдачу новой залоговой.

Следовательно, права, предоставленные на движимое имущество, можно выявить с помощью поиска за именем вероятного должника, а права на недвижимое имущество следует искать за земельным участком. Сочетание двух систем не принесет никаких преимуществ поскольку поиск в объединенной системе все равно надо будет производить по-разному для движимого и недвижимого имущества. Дублирования действий на практике избежать не удастся. Если заимодатель заинтересован в земельном участке, который находится в обеспечении, поиск должен осуществляться по месту нахождения земельного участка. Если заимодатель заинтересован в движимом имуществе, поиск следует производить за именем. Объединение двух реестров не изменяет систему и ничего не упрощает.

Закон Украины «Об ипотеке» в ст. 1 [4] устанавливает, что залог воздушных и морских судов, судов внутреннего плавания, космических объектов, имущественных прав на недвижимость, строительство которой не завершено, регулируется за правилами, определенными данным законом. То есть в случае, когда в качестве объекта залога выступают данные виды вещей, речь идет об ипотеке движимого имущества, или ипотеке особых объектов.

Ипотека отмеченных объектов регулируется Законом Украины «Об ипотеке» и специальными законодательными актами.

Наиболее древним известным договором, который представляет собой договор ссуды о залоге судна, был договор будмерии. Его заключал капитан судна в пользу кредитора для обеспечения его обязательств по договору ссуды. Он был известен еще греческому праву и встречался в римском праве. Предметом залога было только судно, это была «денежная ссуда под залог судна и груза, полученная через владельцев капитаном судна, в случае крайней необходимости в денежных средствах для завершения рейса». На смену будмерии пришли залог морских судов англосакского права и ипотека морских судов континентального права [6].

Основу современного законодательного регулирования залога морских судов в Украине со-

ставляют ГК Украины 2003 г., Закон Украины «О залоге» 1992 г. Кодексом торгового мореплавания (КТМ) Украины 1995 г., Закон Украины «Об ипотеке» 2003 г.

Ипотека морских судов непосредственно предусмотрена главой 9 КТМ Украины. Предметом ипотеки может быть любое судно или судно, которое строится, зарегистрировано в Государственном судовом реестре Украины или Судовой книге Украины. КТМ Украины в ст. 15 признает судно как самоходное или несамоходное плавучее сооружение, которое используется для признанной цели. В соответствии со ст. 366 КТМ Украины нотариальное удостоверение договора ипотеки морских торговых судов должно быть за местом регистрации судна в Государственном судовом реестре Украины или в Судовой книге Украины [6].

Специальные Кодексы закрепляют, прежде всего, понятие этих объектов. Воздушный кодекс Украины от 4 мая 1994 р. регламентирует в ст. 15, что воздушное судно – это летательный аппарат, который держится в атмосфере за счет его взаимодействия с воздухом, отличающегося от взаимодействия с воздухом, отбитым от земной поверхности, и способен маневрировать в трехмерном пространстве. Согласно ВК Украины воздушные суда разделяются на государственные, гражданские и экспериментальные. Гражданские воздушные суда подлежат обязательной регистрации и могут быть зарегистрированы только в одном государстве.

Гражданскому воздушному судну, занесенному в государственный реестр воздушных судов Украины, выдается регистрационное удостоверение, которое является фактом признания его национальной принадлежности.

Государственные воздушные суда подлежат регистрации в реестре государственных воздушных судов Украины. Правила регистрации государственных воздушных судов Украины устанавливает Министерство обороны Украины. Правила регистрации гражданских воздушных судов в Украине утверждены приказом Госавиаслужбы от 31.01.2006 г. № 67, используются ее специалистами, а также владельцами, арендаторами или пользователями для регистрации (перерегистрации) воздушных судов в государственном реестре гражданских воздушных судов Украины. Кроме того, Правила устанавливают, что запись о залоге воздушных судов должна быть сделана в Журнале учета залогов на воздушные суда (п.п. 2.10 Правил регистрации гражданских воздушных судов в Украине), ведение которого по-

ложено на Главную инспекцию из безопасности полетов гражданских воздушных судов.

Закон Украины «О космической деятельности» от 15.11.1996 г. закрепляет определение объектов космической деятельности. Ст.1 закона определяет, что объекты космической деятельности (космическая техника) – материальные предметы искусственного происхождения, которые проектируются, изготавливаются и эксплуатируются как в космическом пространстве (космический сегмент, космическая инфраструктура), так и на поверхности Земли (наземный сегмент, наземная инфраструктура) с целью исследования и использование космического пространства. Ст.ст. 12-13 Закона устанавливают правила относительно условий пользования объектами космической деятельности это сертификация и регистрация этих объектов. Любой объект космической деятельности в Украине подлежит сертификации на соответствие требованиям эксплуатационной пригодности, установленным действующими в Украине нормативными документами, из оформлением сертификата соответствия.

Необходимо отметить, что согласно ст. 2 Договора о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела (1967 р.), прямо предусмотрено, что космическое пространство, Луна, другие небесные тела не подлежат присвоению ни путем провозглашения на них суверенитета, ни путем использования или оккупации, ни какими-либо другими способами.

Кроме того, основным нормативным актом, в случае применения объектов космической деятельности является положение Постановления ВР Украины «О праве собственности на отдельные виды имущества» от 17 июня 1992р., которое устанавливает ограничение по кругу субъектов, которые могут иметь право собственности на отдельные виды имущества. Да, ракетно-космические комплексы, согласно п. 1 Перечня видов имущества, которое не может находиться в собственности граждан, общественных объединений, международных организаций и юридических лиц других государств на территории Украины является правом собственности государства Украина. То есть, возникает или коллизия норм гражданского законодательства или устанавливается ограничение относительно круга лиц, которые могут быть участниками ипотечных правоотношений, где в качестве предмета выступают объекты космической деятельности. Этот вопрос следует урегулировать нормами гражданского, космического права.

ЛИТЕРАТУРА

1. Гражданский кодекс Украины от 16 января 2003 г. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40-44. — Ст. 356.
2. Гражданский кодекс Российской Федерации : ч. 1 и 2. — офиц. Текст на 1.02.1999 / Министерство юстиции Российской Федерации. — М. : Норма-Инфра-М. — 1999. — 555 с.
3. Мейер Д. И. Русское гражданское право. Чтения Д. И. Мейера / Д. И. Мейер ; изд-е по записям слушателей под ред. А. И. Валуа. — СПб. : Типография Д. В. Чичинадзе, 1902. — 676 с.
4. Об ипотеке : Закон України від 5 червня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 9. — Ст. 313.
5. Чанишева А. Р. Ипотечні цивільні правовідносини : моногр. / А. Р. Чанишева. — О. : Фенікс, 2009.
6. Кізлова О. С. Ипотека морських суден як самостійний вид застави / О. С. Кізлова // Міжнародна науково-практична конференція молодих вчених «П'ять осінні юридичні читання» : тези доп. — Хмельницький. — 2006. — С. 153 — 155.

АНОТАЦІЯ

Кізлова О.С. Ипотека рухомого майна як особливий вид застави. – Стаття.

Дана стаття присвячена аналізу категорій «рухоме» та «нерухоме» майно у контексті дослідження інституту іпотеки. Розглядаються основні положення та поняття рухомого та нерухомого майна як предмета іпотеки.

Ключові слова: рухоме майно, нерухоме майно, іпотека, предмет іпотеки.

АННОТАЦИЯ

Кизлова Е.С. Ипотека движимого имущества как особый вид залога. – Статья.

Данная статья посвящена анализу понятий «движимое» и «недвижимое» имущество в контексте исследования института ипотеки. Рассматриваются основные положения и понятие движимого и недвижимого имущества как предмета ипотеки.

Ключевые слова: движимое имущество, недвижимое имущество, ипотека, предмет ипотеки.

SUMMARY

Kizlova E.S. Analysis of the concepts of «movable» and «immovable» property in the context of the institution of collateral. – Article.

This article analyzes the concepts of «movable» and «immovable» property in the context of the research institute of the collateral. An outline of the concept of real and personal property as collateral.

Keywords: real estate, immovable estate, mortgage collateral.

УДК 347.764:368.86:368.23

FORMING OF THE INSTITUTE OF SHIPOWNERS' LIABILITY INSURANCE

Adamova Olena

Candidate of Legal Sciences, as. Professor National university «Odessa Legal Academy»

Shipowners' Liability Insurance – Protection and Indemnity Insurance is one of the major forms of the shipowner's insurance [1, p. 84]. If Hull and Machinery Insurance, Loss of Hire and Cargo Insurance are widespread enough, the Shipowners' Liability Insurance is related to the necessity that grows constantly, in coverages of the risks, related to the changes that take place in a Marine Law and policy rules of payment of compensation in some countries. Similar changes especially brightly appear in industries of defence of environment and personal traumas. Except this, a great attention is payed to the volume, as a right a demand refund is used in different situations.

However, not to all appearances greater development of meaningfulness of this type of insurance, analysis of existent literature, through this question allows to come to the conclusion, that unlike other objects of marine insurance, shipowners' liability insurance in native sources is spared, in our understanding, insufficient attention. Researches of shipowners' liability insurance by such leading native scientists in the sphere of marine insurance, as G. Grishyn, S. Yefimov, L. Korchevskaya, V. Musin, K. Turbina, M. Tsarkova. Foreign specialists as Brown, Braekhus & Rein, Poland and Rooth and others were examined the contract of shipowners' liability insurance directly, but their researches were not translated into the Ukrainian or Russian language.

P&I insurance embraces different types of responsibility, both within the scope of the contract and beyond the bounds of it. The major spheres here are responsibility for the damage of load; responsibility for the personal traumas or social insurance of crew according to law or tariff agreement; responsibility for pollution of the environment, and also other types of responsibility, that arise up in connection to the insured ship's steering [2, p. 57 – 59].

Cognition of any phenomenon is impossible without research of features of its origin and circumstances that stipulated appearance of this phenomenon. Therefore within the framework of this article it seems expedient to appeal to the historical

aspect of origin and development of insurance of responsibility of shipowners.

Root of shipowners' liability insurance starts from the beginning of the XVIIIth century. In 1719 the British government accepted Act of Parliament that gave a franchise right to engage in marine insurance only to two insurance companies. In absence of competitive activity these insurance companies tried to take advantage of the got advantage and began to appoint too high bonuses for their services [3, p. 30 – 31].

At that time the basic type of marine insurance was Hull & Machinery Insurance. Shipowners of main marine ports of Britain – London, Liverpool, Newcastle, Bristol – decided to give up the inpayment of these high bonuses and, not looking on illegality of the actions, to unite in an association or in “Hull of clubs” with the aim of mutual coverage of the losses caused to their ships [3, p. 32 – 33].

In 1824 the government of Great Britain came to the conclusion, that an insurance “monopoly” does not operate practically, and the Parliamentary act was nullified. This decision allowed again to create a competition at the market of marine insurance. Insurance companies began to offer to the shipowners stable Hull & Machinery Insurance on the very advantageous commercial terms, that allowed to them beforehand to foresee annual charges on insurance.

With the increase of competition more shipowners went out the Protection & Indemnity clubs and applied for insurance services to the market of commercial insurance. The future of these “clubs” looked absolutely having no prospects, however, the chain of events that breathed in new life in some of these clubs took place.

English court's decision made a precedent in the case *De Vox vs Salvador* accepted into proceeding in 1836. The court had accused for the collision of two ships a shipowner, mister De Vox Guilt, who was not able to prove in court an insurance company's duty that insured Hull & Machinery Insurance of his ship, to recover the loss damaged to other ship. Other words, a court confirmed a fact, that the standard

policy of Hull & Machinery Insurance shuts out the insurance protecting of shipowner from the damages accused by a ship to the third persons. Decision of the British court, caused the animated discussion among shipowners, as they realized that such precedents would often take place in the future, not having here, as appeared, the reliable protective insurance [4, p. 30 – 34].

Shipowners afterwards organized meeting with the representatives of insurance companies, where a compromise agreement was attained: insurance companies extend the given insurance defence in case of ship collision by introduction of the special clause “responsibility for a collision” (RDC – “running down clause” or “collision liability clause”), but had limited the responsibility to 75%, leaving to 25% on responsibility of the risk on shipowners as original franchise. However, shipowners mentioned that the 25% responsibility of the ship collision is a very high for the “theory of authenticity” of collision, to leave her on an own risk. In the search of way out of situation that happened, shipowners decided to appeal to the clubs of mutual insurance with a request to organize insurance defence, the aim of that would be reimbursement of similar losses on collective basis, necessary to them on the own stake of responsibility on a collision. Clubs found out a willingness to insure to the 25% risk on mutual basis [3, p. 35 – 36].

With the increase of emigration to America and Australia courts began to make decision against shipowners fault in death of people, that found a reflection in accepted in 1846 by English parliament document that became afterwards known as the Fatal Accident Act or Lord Cambell’s Act [5, p. 23]. Some insurance companies began to engage in insurance of death and injury of people.

In 1847 was passed another act, that put onto shipowners the responsibility for damages accused to the piers, weirs and any other port property [6, p. 18].

In these terms of strengthening of requirements to the shipowners it was necessary to find an exit from a situation that was folded, and he was found. Shipowners came to the conclusion, that they will be able better to control similar risks, if will appeal to the clubs of mutual insurance of Hull & Machinery Insurance; and those, in turn, were ready to accept on insurance the risks related to exploitation of courts and defence of interests of shipowners of “protecting risks” – “risks of defence” [6, p. 19-20]. Accordingly the clubs of mutual insurance, that accepted these risks on insurance, got the name of Clubs of defence.

Character of Hull & Machinery Insurance clubs had changed. In 1855 the first club – “Ship’s of

Owners Mutual Protection Society” was regenerate from Society on Hull & Machinery Insurance of “Peter Tindall, Riley & Co”.. He gave to the shipowners insurance coverage of responsibility at a collision (to 1/4 responsibilities over 3/4, that is given on the policy of Hull & Machinery Insurance) and responsibility before passengers for death and severe injury. At first, as follows from the name of society, the basic idea of their services and of other clubs that have arisen up later was defence of interests of insured shipowners by means of skilled lawyers, but not compensation of losses, that shipowners could bear as a result of collision with other ships or as a result of death (severe injury) of passengers [5, p. 23 – 24].

Until 1870 these was no need in insurance of responsibility for a load that, as there was no practice of bringing regress claims to the shipowners of from the side of insurers of load. The English legislation gave complete freedom in entering into contracts to the interested persons. Shipowners, using such advantage, plugged in the agreements on the bills of lading certain warning, that released them from responsibility for death or damage of loads that is transported. If a shipper wanted, that his load was accepted to transportation, he was forced to agree to such terms of bill of lading.

This practice changed after death of freight ship of “Westernhope”. This case became an important turning point in history of insurance of P&I. Ship, directed for unloading in, in order to take an additional load in other port, deviated from a course and went by port of entry. After it ship has sunken in the district of Cape of Good Hope on the way to Capetown. The bills of lading on a load contained usual terms about release of shipowner from responsibility for death or damage of load that is transported. The owner of load has bought a claim against a shipowner and won a case. A court decided that, if a ship did not deviate from the course set by agreement without visible reasons, then a load should be delivered to the port of entry. Thus, a shipowner was confessed by accountable for loss of load, as, deviating from a course, he breached Contract of freight. Thus, he could not refer to the terms of bill of lading about the exception of responsibility for a load that is transported. A shipowner, paying indemnification to the owner of goods, appealed to the “Club of defence” with a request to pay to him an insurance compensation on this claim. However Club refused in insurance compensation, explaining such refuse that shipowner’s responsibility in relation to a shipper was not insured in Club [4, p. 40 – 41].

After a case with the ship of “Westernhope” the necessity in insurance coverage of the

shipowners' risks, related to death or damage of loads that is transported, became obvious. First club of compensation of "Steamship Owners Mutual Protection and Indemnity Association" was created in 1874 in city Newcastle [5, p. 22].

At first to the covered risks belonged only risks of shipowners' responsibility for maintenance of the loads accepted to transportation. Later to them responsibility was included also on fines, that was laid on a shipowner as a result of error or oversight of captain and members of crew by custom, emigrant, sanitary authorities according to part of general average charges that levy from a ship or load, when a gross average is caused by an error or negligence of ferryman. The "clubs of protection" and "clubs of indemnity" existed long time in parallel in the same cities, practically uniting the same shipowners. In the long run shipowners came to the conclusion, that the risks related to protection and indemnity, more expedient to insure after one policy, the anymore, that amount of risks that is insured broadened considerably. In 1886 году the clubmen of defence of "North of England Protection Association" and club "Steamship Owners Mutual Protection and Indemnity Association" made decision about joining up. The

first incorporated club of responsibility of shipowners (P&I Club) got the name "North of England Protection and Indemnity Association".

Most of P&I clubs, that exist now arose up at the beginning of XXth century. A growing requirement in ships appeared the consequence of distribution of trade operations and carrying passengers. It pulled at to the increase to the amount and capacity of clubs of mutual insurance. Further development of transportations of loads stipulated to convocation in 1924 of international conference in Brussels, the acceptance of international Convention about the bill of lading and the Hague rules that limited responsibility of shipowners [7, p. 3 – 5]. After bringing some changes and additions by so-called Hague Visby Rules 1968 and Hamburg rules 1978 [8, p. 91] these norms entered the legislation of these norms of many marine countries and are the leading documents that regulate the relations of marine insurance and insurance of shipowners' liability insurance.

Thus, passing the difficult way enough of becoming, insurance of shipowners' liability insurance found the independent place in the system of insurance relations.

LITERATURE

1. Основы морского страхования : учеб. пособие / пер. с норвеж. М. В. Кундиковой. — Спб. : Изд. дом «Сентябрь», 2002. — 300 с.
2. Гришин Г. В. Штурмовать далеко в море ... надо с полисом в руках / Г. В. Гришин. — М. : РЮИД, 2000. — 519 с.
3. Braekhus & Rein Handbook on P&I Insurance. — 3rd edition by Jeremy Kingsley. — Arendal : Gard, 1988. — 720 p.
4. The History and Development of Protecting and Indemnity Clubs. — London : Insurance Institute of London, 1979. — 712 p.
5. Poland S. & Rooth T. Gard Handbook on P&I Insurance. — Assuranceforeningene GARD, 1996. — 730 p.
6. Царькова М. Опыт деятельности Клубов взаимного страхования / М. Царькова // Страховое право. — 2000. — № 4. — С. 17 – 30.
7. Судоходство. Морское страхование. Морское право. (Заметки по основным вопросам) : в 2-х ч. — Ч. 1. — [Пер. с англ.]. — М. : СЭВ. Бюро координации фрахтования судов, 1969. — 270 с.
8. Ефимов С. Л. Экономика и страхование : Энциклопедический словарь / С. Л. Ефимов. — М. : Цериx-ПЭЛ, 1996. — 527 с.

АНОТАЦІЯ

Адамова О.С. Походження інституту страхування відповідальності судновласника. – Стаття.

В статті досліджується походження інституту страхування відповідальності судновласника та Клубів взаємного страхування. Аналізуються потреба та актуальність страхування відповідальності судновласників як гарантії спокою та економічної безпеки судновласників і вантажовласників, а також стабільності ринкових відносин.

Ключові слова: морське страхування, судновласник, вантаж, судно, ушкодження, ризик, клуб, відповідальність, поліс, страхове покриття.

АННОТАЦИЯ

Адамова Е.С. Происхождение института страхования ответственности судовладельца. – Статья.

В статье исследуется происхождение института страхования ответственности судовладельца и Клубов взаимного страхования. Анализируются необходимость и актуальность страхования ответственности судовладельцев как гарантии спокойствия и экономической безопасности судовладельцев и грузовладельцев, а также стабильности рыночных отношений.

Ключевые слова: морское страхование, судовладелец, груз, судно, повреждение, риск, клуб, ответственность, полис, страховое покрытие.

SUMMARY

Adamova O.S. Forming of the institute of Shipowners' Liability Insurance. – Article.

The origin of the institute of Shipowners' Liability Insurance and Protection and Indemnity clubs are investigated. A necessity and actuality of Shipowners' Liability Insurance are analysed as to the guarantee of calmness and economic security of the shipowner and owner of load and also stability of market relations.

Keywords: marine insurance, shipowner, load, ship, damage, risk, club, liability, policy, coverage

УДК 347.001.32(477)

МЕТОДОЛОГІЯ ДОСЛІДЖЕННЯ ДЖЕРЕЛ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Дрішлюк Андрій Ігорович

кандидат юридичних наук, доцент, суддя апеляційного суду Одеської області

Останнім часом в правовій системі України спостерігаються корінні зміни, в тому числі пов'язані зі зміною структури і ролі джерел цивільного права. Визнання доктрини приватного права, призвело до того, що, якщо раніше традиційними джерелами цивільного права вважалися закон, підзаконні нормативні акти, тобто все зводилося до джерел законодавства, то зараз цей перелік поповнився нормами природного права, нормами міжнародних договорів, нормами римського приватного права, звичаєм, договором. Разом з тим, визнання джерелами права «нових» джерел, не призвело ані до стабілізації цивільного обігу, ані до формування однорідної судової практики, яка пов'язана з розглядом цивільних справ.

Як зазначалось в літературі однієї з причин виділення джерела права у формально-юридичному значенні як сутнісного елементу будь-якої національної правової системи є те, що по джерелу права можна простежити, як розвивалася держава – переважно революційним або еволюційним шляхом, ступінь впливу римського права на розвиток внутрішнього права, ступінь проникнення (рецепції) традицій римського права в сферу внутрішнього законодавства, активність держави в регулюванні життєдіяльності суспільства, співвідношення публічних і приватних засад в житті суспільства, соціальних груп, розвиненість в конкретній державі інститутів цивільного суспільства і їх взаємодія з державою, розвиток у громадян звички дотримання і пошани норм чинного законодавства та ін. Таким чином, джерело права показує нам як статичну, так і динамічну сторони взаємодії всіх компонентів національної правової системи і при цьому може бути використане як для власне юридичних цілей, так і в соціологічному аспекті, тобто в аспекті аналізу взаємодії правової системи з іншими суспільними підсистемами [25, с. 35].

Відповідно потребує системного аналізу зміни в системі джерел цивільного права України з метою встановлення їх відповідності потребам цивільного обігу, судової практики, а також визначення подальших шляхів розвитку національної системи джерел цивільного права. Так само ана-

ліз структурних змін в системі джерел вітчизняного цивільного права України дозволить визначити їх вплив на правозастосовчий механізм та виявити основні тенденції розвитку останнього. Разом з тим, для вирішення порушених питань необхідним є визначення методологічних засад запланованого дослідження.

Метою статті є визначення методологічних підходів до дослідження системи джерел цивільного права України.

Результати дослідження джерел цивільного права не можуть існувати самі по собі, а напряму залежать від здобутків теорії держави та права. Еволюція розуміння права та його джерел відбувалась протягом багатьох століть. Проблема джерел права є пов'язаною з розумінням права як такого і не знайшла в науці свого остаточного вирішення. Більш того, зміна позиції в розумінні права, призводить до зміни систем джерел права, через що визначення системи джерел права стає не менш проблематичним ніж визначення самого феномену права [18].

Як справедливо зазначав А. А. Піонтковський, розробка в юридичній науці окремих наукових понять сприяє засвоєнню і розумінню діючого права і полегшує юристові процес застосування права [20, с. 76]. Визначаючи термінологічний аспект та включаючи до нього понятійний апарат доцільним є визначення співвідношення «джерело права» і «форма права» між собою, а також з такими правовими категоріями, як: «правова форма», «правовий регулятор». Крім того, як слушно зауважувала Н. М. Пархоменко, зміст джерел права можна зрозуміти тільки за умови розгляду їх у генезисі та розвитку, у конкретних історичних умовах та взаємозв'язках. Лише в такому разі джерела права як історичні явища виступають у систематизованому вигляді, у всій своїй повноті [18, с. 17].

Джерело (форма) права є не лише категорією науки теорії права, але і галузевою дефініцією. Як цивільно-правова дефініція вона має свою юридичну природу, під якою розуміється юридична характеристика правового явища, що виражає структуру, місце і роль цього явища серед інших

правових явищ відповідно до його соціальної природи. Згодом ці дефініції включаються в механізм нормативно-правового регулювання майнових і особистих немайнових стосунків в якості юридичного засобу відображення явищ, процесів і потреб розвитку [14, с. 56 – 60].

Слід погодитися зі справедливим зауваженням Д. А. Керімова, що вивчення форм права має надзвичайно важливе теоретичне і практичне значення не лише тому, що організовує і виражає зовні суть і зміст права, але так само і тому, що від їх особливостей залежать багато чинників правового життя... Різноманіття форм права припускає визначення їх загального поняття, на основі якого виявиться можливим розкрити особливості і призначення кожного з них [9, с. 113].

Проблему співвідношення змістовних і формальних характеристик джерел права, без перебільшення, можна вважати однією з найсуттєвіших методологічних проблем теоретичного правознавства, до того ж остаточно не вирішеною.

Ґрунтовність теоретичного дослідження джерел права залежить від багатьох чинників, серед яких визначальним є з'ясування істинних шляхів дослідження: наукових підходів, засобів, принципів і методів.

При розробці методологічних засад дослідження джерел цивільного права, насамперед, необхідно звернути увагу на об'єкт дослідження – право, зважаючи на специфіку суспільних відносин, які воно регулює. При цьому кожний прояв права, кожна форма його об'єктивації вимагає для свого дослідження специфічних підходів, методів, способів. Цей методологічний інструментарій може бути традиційним в одних випадках і новаційним в інших. За час існування науки, як певної сфери діяльності людини, було розроблено низку підходів та універсальних методів, за допомогою яких учені з'ясовують закономірності виникнення і розвитку правових явищ, взаємозв'язки між ними, прогнозують їх подальший розвиток [18, с. 10].

Відкидаючи методологію діалектичного матеріалізму, як основу марксистської ідеології, вчені здійснюють пошук нової методології, яка враховуватиме діалектику й динамізм соціального процесу як такого, що змінюється під впливом різних чинників.

Як зазначалось в літературі, все більше авторів вважають за доцільне використання діалектичного підходу в юридичній науці, у тому числі й теорії держави та права. Це сприяє отриманню більш повних знань, швидкому накопиченню теоретично та практично значущої інформації про соціальні процеси [18, с. 11].

Використання діалектичного методу дає можливість акцентувати увагу не тільки на виявленні особливостей і визначенні поняття джерел права, а й на зв'язку цього явища з іншими явищами, інститутами, процесами [9, с. 146]. Такі парні категорії діалектики, як форма і зміст, загальне й особливе, абстрактне й конкретне, кількість і якість, дають змогу всебічно дослідити джерела права та дійти обґрунтованих висновків. Окремого дослідження потребує співвідношення змісту й форми права, змісту й форми джерел права. Складовою змісту права є норми, а формою права – джерела права. Водночас одні й ті самі форми (наприклад закони) мають різний зміст, а форма іноді не відповідає змісту [18, с. 11].

Ми поділяємо наведену позицію Н. М. Пархоменко та вважаємо доцільним використовувати діалектику при дослідженні системи джерел цивільного права України.

Важливим є ціннісний підхід як своєрідний спосіб пізнання. Він тісно пов'язаний з науково-пізнавальним підходом, який має на меті відкриття законів функціонування об'єкта, підведення різних явищ під загальні поняття. Тому ціннісний підхід існує об'єктивно та ґрунтується на необхідності отримання двох типів інформації про об'єкт: наукової та ціннісної [22, с. 324 – 385]. Проблема об'єктивного оцінювання відповідного явища полягає у «прив'язці» дослідника до певної системи цінностей. Як такий еталон, зазвичай, використовують релігійні, моральні, національні, соціальні цінності [18, с. 15]. Поділяючи позицію Н. М. Пархоменко, вважаємо, що оцінку системи джерел цивільного права необхідно проводити з позицій таких загальнолюдських інтересів та потреб, які знайшли своє концентроване законодавче закріплення в загальних засадах цивільного законодавства України.

Як слушно зазначалось в літературі серед джерел цивільного права слід особливо виділити таке найважливіше в сучасних умовах джерело права, як природно-правові принципи (ідеї), закріплені в цивільному законодавстві. Саме цей вид джерел права повинен сьогодні визначати загальний напрям розвитку, характер, демократичний дух сучасного цивільного законодавства [28, с. 33]. Поділяючи таку позицію, слід відзначити що така ситуація є цілком логічною, оскільки зміни, що відбуваються в методології юридичної науки, насамперед стосуються істотного розширення застосування персонального (антропологічного) підходу та актуалізації використання практичного підходу.

Отже, стан методології правознавства визначається потребами, запитамі соціальної практики, які обумовлюють модифікацію об'єкта та предмета цієї науки. Вона залежить від інших наук про люди-

ну, державу, суспільство. Якщо право є творінням людським, то усвідомлення його сутності неможливо без розуміння природи людини у всіх її виявах, без розуміння потреб людини, її здібностей, прагнень [18, с. 11]. Отже, розуміння права повинно починатися з антропологічного моменту [19, с. 213 – 214].

При антропологічному підході людина стає центральним об'єктом загальнотеоретичного правознавства, а її природно-правові властивості та закономірності державно-юридичного забезпечення перетворюються на найважливішу складову предмета цієї науки. Відповідно до того, що однією з функцій джерел права є забезпечення безконфліктної життєдіяльності суб'єктів суспільних відносин, урегулювання відносин між людьми та їх об'єднаннями, захист інтересів, прав людини та громадянина, звернення науки до людини й цінностей, що з нею пов'язані, зумовлюють пряме закріплення у джерелах права пріоритету загальнолюдських цінностей над класовими, а також прийняття джерел права з огляду на необхідність дбати про забезпечення прав і свобод людини та гідних умов її життя [18, с. 14].

Антропологічний підхід становить методологічну основу для проведення наукових досліджень і розроблення сучасної вітчизняної правової доктрини, дозволяє позбавити науку від крайнощів догматизму й однобічного коментування норм законодавства [18, с. 15].

Висновки правової антропології становлять цінність для правотворчої діяльності, оскільки надають можливість скласти уявлення про людину, визначають її соціальну цінність, що сприятиме гармонізації правотворчої діяльності, а отже, гуманізації змісту джерел права.

Право – динамічне явище, що розвивається, внутрішні механізми якого залежать від духовної природи людини й соціокультурних умов, у яких вона перебуває, і які визначають появу та способи об'єктивізації норм права – джерел права, що розглядаються як певні інструменти, покликані вирішувати життєво важливі ситуації.

У результаті застосування підходу деформалізації якісні рамки права розмиваються, втрачають чіткість, зливаються з деякими суміжними соціальними феноменами: мораллю, правосвідомістю. Отже, відбувається новелізація праводержавознавчої методології на основі використання у пізнавальній діяльності здобутків таких наук, як герменевтика, соціопсихолінгвістика, синергетика, що дозволяє глибше збагнути функціональні, адаптаційні, творчі потенції державно-юридичних інструментів та механізми реалізації таких можливостей [23, с. 75 – 78].

Застосування феноменологічного підходу в дослідженні джерел права дає можливість уявити джерела права у вигляді певного правового феномена, який у поєднанні з моральними принципами та цінностями, правовою спадщиною, принципами гуманізму тощо зумовлює децентралізацію права, зближення природного й позитивного права, сприяє відкритості правових систем.

Герменевтичний підхід до вивчення джерел права дає можливість уявити їх у вигляді взаємодії суб'єктів суспільних відносин з приводу створення норм права, що зводиться до розумово-речової діяльності. Така суспільна взаємодія має структуру, яка, по суті, є структурою суспільних відносин, що, у свою чергу, мають вигляд суспільно-інформаційних процесів. Уся правотворча діяльність і її результати уявляються у вигляді структурної інформаційно-речової взаємодії [18, с. 15].

Таким чином, сучасній юридичній науці притаманна наявність не окремо взятого підходу до дослідження джерел права, а їх системи. Слід погодитися, що лише плюралізм наукових методологічних підходів дає змогу здійснити всебічне дослідження джерел права, їх різних вимірів [18, с. 16].

В літературі слушно вказувалося, що, якщо за радянських часів юридична теорія була орієнтована на побудову методології загальної теорії права, яка виростала з галузевих наук, то зараз пора розвивати приватноправову методологію теорії права. При цьому найближчим часом слід всіляко вітати зворотний... процес, тобто почати культивувати трансформацію загальнотеоретичних побудов в цивілістичні доктринальні конструкції [29, с. 3].

З джерелами права в доктринальному розумінні, як правило, стикається юридична (особливо судово) практика, яка також генерує ідеї та рішення щодо вдосконалення законодавства, формулює відповідні пропозиції для законодавця [13], тому до джерел формально не закріплених нами віднесено судову доктрину, яка, з нашої точки зору є частиною доктрини, аналіз якої буде здійснено в межах запланованого дослідження.

Серед різних рис і особливостей джерел права, які розглядаються у рамках національних правових систем у вигляді взаємозв'язаних між собою і взаємодіючих один з одним правових феноменів, особливо виділяються такі їх якісні особливості, як системний та ієрархічний характер [11, с. 95].

Система – це, передусім, філософське поняття. У філософії під системою розуміється цілісне явище, що складається з частин (елементів), взаємозв'язаних та взаємодіючих між собою. Система як цілісне явище неможлива без її елементів, так само як і окремі елементи системи

не можуть існувати окремо, незалежно від системи [11, с. 95].

У юридичній науці, в зв'язку з цим використовуються такі базові поняття як «система права» і «правова система», з якими нерозривно пов'язано поняття системи джерел права.

Система права, система джерел права, правові стосунки, правосвідомість, правова культура і інші правові явища входять в поняття правової системи. Спільність системи джерел права, їх місце і роль в цій системі служить одним з критеріїв об'єднання національних правових систем у більшій системі або правовій сім'ї (правові системи в широкому сенсі) [2].

Як відзначає М. М. Марченко, правова картина світу складається з існуючих і функціонуючих на сучасному етапі розвитку суспільства національних правових систем. Усі вони так чи інакше взаємозалежні, певною мірою впливають одна на одну [12, с. 244]. Наявність домінуючих подібних ознак у правових системах дозволяє класифікувати їх, об'єднавши у групи. Щодо критеріїв такої класифікації існують різні точки зору.

Р. Давід пропонує два критерії для класифікації: технічний (оцінка юридичної техніки, джерел права, юридичного словника правової системи) [4, с. 37] та ідеологічний (оцінка схожості філософських, політичних, економічних принципів, на яких базується та чи інша правова система) [4, с. 38]. Використання цих критеріїв дозволило Р. Давиду відокремити три основні групи правових сімей: романо-германську правову сім'ю, сім'ю загального права і сім'ю соціалістичного права. За межами основної класифікації залишилися ісламські, індуські, іудейські системи права, правові системи країн Далекого Сходу і країн Африки. Цю ж класифікацію дає Р. Давід і у своїй роботі 1992 року видання [5, с. 21]. А. Х. Саїдов пропонує враховувати три взаємопов'язані групи критеріїв – історія правових систем, система джерел права, структура правової системи (ведучі правові інститути і галузі права) [26, с. 125].

Дж. Мерримен і Д. Кларк в основу своєї класифікації поклали правові традиції, що дозволило їм виділити три основні правові сім'ї: цивільну, загальну і соціалістичну [35]. М. Лібесні пропонує як критерій класифікації правових систем використовувати категорії правової свідомості, традицій і звичаїв. Він виділяє дві групи основних правових систем: континентальне (цивільне) право і загальне право [34].

К. Цвайгерт і Х. Кьотц відзначають залежність класифікації правових сімей і критеріїв, що визначають приналежність до них окремих правових родин, від історичного розвитку і змін, що відбуваються

у світі. Ці автори пропонують враховувати також стиль правової сім'ї, який визначають стиль за допомогою таких факторів: 1) історичне походження та розвиток правової системи; 2) головуюча доктрина юридичної думки та її специфіка; 3) правові інститути, які виділяються своєю рідністю; 4) правові джерела та методи їх тлумачення; 5) ідеологічні фактори [32, с. 106 – 117].

При виділенні правових систем (сімей) особливою увагою звертається саме на ієрархію джерел права.

Е. П. Грігоніс пише, що за ознакою домінування одного або декількох джерел права виділяються різні правові системи країн світу. Так, в англосакській правовій системі домінуюче положення займає юридичний (судовий) прецедент, велику роль грають правові звичаї і менше значення відводиться нормативно-правовим актам. У романо-германській (континентальній) правовій системі, навпаки, провідне значення надається нормативно-правовим актам, невелику роль грають правові звичаї і практично не визнається в якості джерела права юридичний прецедент. У мусульманській правовій системі основними джерелами права є релігійні норми ісламу, велике значення має юридична доктрина, використовуються і правові звичаї [3, с. 121 – 122]. На думку Є. О. Харитонова, єдність і послідовність критеріїв дослідниками усе ж таки витримані не до кінця. Він пропонує як основний критерій для класифікації систем права використовувати «...тип цивілізації, елементом якої є приватне право (визначена система приватного права)» [30, с. 43].

При цьому слід зауважити, що цивілізаційний підхід, якщо його застосувати до джерел права дозволяє визнати природним розмаїття правових культур і державних інститутів як мозаїку світу, який розвивається, зберегти власну унікальність, використати досягнення різних цивілізацій, вести з ними культурний діалог, знаходити спільні правові рішення й організаційні засоби їх здійснення при взаємодії з іншими правовими системами і державами [16, с. 42]. Визначення джерел права та особливостей їх функціонування у країнах, що належать до різних правових сімей, у різні періоди розвитку світових цивілізацій значно збагачує дослідження, виводить його на вищий рівень узагальнення [18].

Застосовуючи критерій типу цивілізації відповідно до положень про локальні і світові цивілізації, Є. О. Харитонов пропонує виділяти локальні і загальні системи приватного права. Локальними є системи приватного права Європи: західноєвропейська і візантійська (східноєвропейська). Ці дві системи є дочірніми щодо материнської системи –

римського приватного права, що є елементом Античної цивілізації. Підстави такої класифікації вчені часто вбачають ще в розділі Римської імперії на Східну і Західну [31, с. 78]. Виділення двох локальних систем приватного права Європи дозволяє говорити про існування західноєвропейської і східноєвропейської традицій приватного права, що є дочірніми щодо системи римського приватного права. У західній традиції приватного права з урахуванням стилю і характеру рецепції римського права можуть бути виділені такі підсистеми приватного права як романська, німецька і англосаксонська. Системи цивільного права Російської імперії, СРСР, Російської федерації, сучасної України віднесені до східної традиції цивільного (приватного) права.

Як слушно зазначала Є. В. Салогубова, вивчення римського права дозволяє з одного боку сконцентрувати увагу на сутності права, а з іншої пробудити в кожному юристі дух творчості, без чого не може бути істинного права та правової науки [27, с. 1]. Римська цивілістика залишається неперевершеною школою не тільки для сучасного правотворення, наукового аналізу і узагальнень, але й практичного застосування цивільного законодавства [17, с. 19].

Римське приватне право стало базою, на якій віками формувалося юридичне мислення, тому його вивчають у багатьох країнах до цього часу, зокрема теорію цивільного права як правову систему, в якій основні юридичні інститути і поняття знайшли найбільш чисте від усяких випадкових та національних забарвлень вираження [17, с. 19]. Римське приватне право сьогодні – це невід’ємна методологічна база професійної юридичної освіти, основа розуміння основних галузей права і порівняльного правознавства, дидактичне поле для становлення юридичної мови і юридичного мислення. Вивчення римської юридичної термінології і тієї соціальної реальності, яку вона позначала в різні епохи, істотно розширює світогляд юриста і надає стереоскопічність погляду на правову форму, закладає базу для творчого ставлення до юридичних конструкцій в практичній роботі [6, с. 7].

З урахуванням наведеного та спираючись на цивілізаційний підхід вважаємо доцільним дослідити систему джерел приватного права в римському праві за різних часів та визначити як, та в якому обсязі, вони були рецепційовані сучасним цивільним правом України. При цьому, слід зауважити, що саме римське приватне право було побудовано під впливом двох факторів – судової практики та доктрини, дослідження яких як самостійних правотворюючих феноменів є необхідним і в сучасних умовах.

Під час впорядкування та аналізу емпіричної бази доцільно враховувати наступні методологічні міркування. Для частини сучасних досліджень характерним є те, що їхні автори, намагаючись охопити як можна більше джерел, та навести позиції всіх відомих дослідників здійснюють підготовку матеріалу за ознакою предмету дослідження, а точніше його частини.

Так, розглядаючи, наприклад поняття «судової практики», наводяться позиції дослідників різних часів, проте оцінка їх здобутків здійснюється без врахування принципу історизму, і предметом співставлення стають правові явища не тільки різних епох, але й принципово різних соціально-економічних формацій. Так, на нашу думку, здобутки радянської цивілістики не втрачають свого значення і зараз, проте при їх оцінці необхідним є врахування тих соціально-економічних умов в яких вони проводились та ідеологічної складової, без якої здійснення за радянських часів будь-якої наукової розвідки було б взагалі неможливим. Більш того, і це стосується не тільки радянського періоду в розвитку цивілістичної думки, оцінка результатів отриманих в результаті дослідження повинна обов’язково здійснюватися з позиції процесів, які домінували в суспільстві, ідеології, яка панувала в праві. Лише таким чином отримані результати будуть науково обґрунтовані та можуть бути в повному обсязі використані під час проведення сучасних досліджень. Відповідно доцільним є не тільки дослідження максимальної кількості доступної літератури щодо обраної проблематики, але й проведення їх вивчення та аналізу з врахуванням наведених міркувань. Тобто доцільно уникати критики, яка б була обґрунтована з позиції накопичених сьогодні наукових знань, та враховувати їх рівень розвитку в момент, коли працював дослідник.

Крім того, під час проведення досліджень джерел цивільного права доцільним є використання дедуктивного та індуктивного методу, а також дихотомії права, як об’єктивно існуючого явища.

Як зазначалось в літературі поділ права, єдиного за своєю природою, – явище історично об’єктивне і передбачає наявність технічних, економічних, політичних і етнічних умов, які створюють протиставлення сфери приватних інтересів сфері інтересів суспільних. Якщо індивідуалізму немає простору, всі відносини мають публічний характер. Якщо для індивідуалізму створюється коло його інтересів, відмінних від суспільства, всі відносини набувають приватного характеру. Історія людства характеризується зростаючим посиленням державного начала, яке дедалі більше висуває публічну сторону в суспільному житті. Паралельно з цим триває зрос-

тання приватних інтересів на ґрунті розвитку індивідуалізму [10, с. 12].

Вивчення співвідношення приватних і публічних засад дозволяє дійти висновку наскільки сучасне діюче цивільне право відображає інтереси та потреби суспільства, держави та конкретної особи, як воно втілює закономірності і тенденції суспільного розвитку в Україні на певному етапі.

Розглядаючи питання поєднання публічно-правових засад в регулюванні цивільних (приватних) відносин необхідно звернутися до традиційного розподілу права на приватне та публічне.

Проблемі публічних і приватних засад у праві були присвячені праці таких правознавців як Г. Ф. Шершеневича [34], І. А. Покровського [21], І. А. Ільїна [7], Б. Б. Черепакіна [33], П. І. Новгородцева [15] та ін., сучасних юристів – С. С. Алексєєва [1], Є. О. Харитонова [30], Р. Б. Сивого [24] та ін.

Разом з тим, питання джерел приватного права не було жодного разу предметом окремого цивілістичного дослідження часів незалежності. Виключенням стало дисертаційне дослідження І. Д. Ковтуна підготовленого з позиції теорії права [8].

Незважаючи на суттєвий вплив дихотомії права на структуру та зміст всього сучасного цивільного права України та незважаючи на плюралізм дослідницьких позицій з цього питання, в праві, і в цивільному праві зокрема, в практиці його застосування залишаються сильними позиції позитивізму та формального підходу, що має глибоку історичну підоснову. Розуміючи всі сильні та слабкі сторони цього підходу, до обґрунтування та остаточного формування власної концепції системи джерел цивільного права доцільним виходити з принципу наступності в праві, та здійснити поділ джерел цивільного права на формально закріплені та формально незакріплені. Останнє не впливає на авторську позицію щодо формального позитивізму як такого, проте дозволить систематизовано подати таким чином матеріал, щоб полегшити сприйняття окремих новаторських підходів до проблематики, а головне буде відповідати сучасній юридичній практиці, та судовій зокрема, яка, в свою чергу, повинна бути головним інструментом перевірки будь-якої висунутої нами теорії.

Крім того, не зважаючи на галузеве направлення цього дослідження, доцільно спиратися на здобутки сучасної теорії держави та права, але лише в тій частині, яка дозволить впорядкувати накопичені цивілістикою знання про цей соціальний феномен, та/або, щоб продемонструвати специфіку предмету дослідження в обраній сфері, та/або виробити шляхи подолання окремих проблем, в тому числі в сфері правозастосування, намагаючись створити власну концепцію джерел цивільно-

го права України, яка б відображала сучасні реалії юридичної практики.

Слід також зауважити, що понятійний апарат сучасного цивільного права спирається на здобутки інших галузей права, а не тільки теорії права. При цьому, з врахуванням поліаспектності права та специфіки його застосування звернення до інших результатів галузевих досліджень може здійснюватися лише по мірі необхідності, оскільки вважаємо, що накопиченого потенціалу цивілістики в більшості випадків буде достатньо для вирішення проблемних питань з обраної тематики. Наведені міркування вплинули на структуру та зміст запланованого автором дослідження, а в якості попереднього результату методологічного аспекту запланованого дослідження можна запропанувати наступні висновки та внести такі пропозиції:

1. Зміна ставлення до права й закону передбачає визначення нових методологічних підходів до дослідження права, його сутності та форм вияву. Як слушно зазначалось в літературі, цей процес буде ефективним лише в тому випадку, якщо він здійснюється з урахуванням специфіки права та його джерел і, відповідно, шляхів, методів та способів їх пізнання. Таким чином, актуальною залишається проблема комплексного дослідження джерел права як категорії юридичної науки та одного з елементів правової системи й механізму правового регулювання. Ефективність останнього напряму пов'язана з системою джерел права.

2. Результати дослідження джерел цивільного права не можуть існувати самі по собі, а напряму залежать від здобутків теорії держави та права. Проблема джерел права є тісно пов'язаною з розумінням права як такого і не знайшла в науці свого остаточного вирішення. Більш того, зміна позиції в розумінні права, призводить до зміни систем джерел права, через що визначення системи джерел права стає не менш проблематичним ніж визначення самого феномену права.

3. Тривалий час у теорії права існувало два методологічних підходи до дослідження природи права. Перший з них полягає у прихильності до проголошеного у ХХ столітті позитивістського отожднення права й закону, аналізі змісту права в повній залежності від державної волі, що зводить право до наказу держави. Такий підхід поширений досі й залишає поза увагою розгляд права як засобу втілення в життя справедливості, гуманності як необхідних складових демократичного розвитку суспільства, обмежує юридичну науку лише дослідженням догми права, перетворенням правознавства на законознавство. Наслідком такого праворозуміння є недооцінка соціальної природи джерел права.

Інший підхід полягає у зведенні права виключно до природних прав людини, які не має потреби закріплювати в законодавстві, запереченні або недооцінці впливу державної влади на правоутворення і правореалізацію. Недооцінка ролі держави у правовому регулюванні суспільних відносин врешті-решт призводить до порушень закону, правового нігілізму тощо.

3. Класичний нормативіський підхід не відповідає сучасній тенденції розширення кола джерел права, посиленню їх ролі, а також правозастосовчій та іншій юридичній практиці, яка фактично склалася.

4. Незважаючи на те, що судова практика, демонструє застарілість догматизованого підходу до проблеми джерел цивільного права України, в більшості випадків можна констатувати модернізацію позитивістського підходу, який пропонує найбільш логічну та зрозумілу для сприйняття та застосування систему джерел, в тому числі цивільного права.

5. Багатоманітність форм прояву права в соціальній практиці не дозволяє дійти єдиного висновку щодо його змісту. Діапазон поглядів коливається від позитивістських до метафізичних побудов, що обґрунтовують право як вияв космічних закономірностей або Божої сутності. Право виділяється як сукупність специфічних соціальних відносин, що склались у суспільстві, й опосередковані загальноприйнятими й зафіксованими в юридичних документах правилами; як особлива форма свідомості,

відповідно до якої основою суспільства є система цінностей, головною серед яких є справедливість, що трансформується у право; як сукупність юридичних норм, що об'єднують у собі матеріальні та ідеальні моменти існування тощо.

6. Певне розуміння права визначає зміст «зазначених» понять як сутність і зміст права, його роль (функції) і призначення, форми та джерела права, механізм правового регулювання, система права і правова система та ін.

9. Впродовж ХХ століття істотно збагатилися методи дослідження, у тому числі і у філософському плані. З'явилися такі нові загальногуманітарні напрямки як критика мови або синергетика. Проте вказані методи практично не використовуються в сучасній правовій науці. Задогматизоване юридичне мислення зумовлює формулювання такої ж нединамічної і консервативної правової доктрини.

10. Разом з тим, найбільш ефективним для дослідження системи джерел цивільного права України залишається діалектичний метод з системно-функціональним підходом до явища, яке досліджується. Крім того, перевірка побудованої системи джерел цивільного права повинна здійснюватися за допомогою моделювання, а перевірка окремих отриманих результатів повинна здійснюватися за правилом доведення від зворотнього. Окремо слід враховувати закон наступності в праві, а також цивілізаційний підхід для дослідження правової систем України.

ЛІТЕРАТУРА

1. Алексеев С. С. Частное право. Научно-публицистический очерк [Текст]: монография / С. С. Алексеев. — М.: Статут, 1999. — 160 с.
2. Белоус И. В. Источники российского семейного права [Текст]: дисс. ... канд. юр. наук : 12.00.03 / И. В. Белоус. — Ростов — на — Дону, 2004. — 195 с.
3. Григонис Э. П. Теория государства и права : учебное пособие / Э. П. Григонис. — СПб.: Питер, 2002. — 320 с.
4. Давид Р. Основные правовые системы современности: (Сравнительное право) : моногр. / Р. Давид. ; [Пер. с фр. М. А. Крутоголова и В. А. Туманова] ; предисл. В. Туманова. — М. : Прогресс, 1967. — 496 с.
5. Давид Р. Основные правовые системы современности : моногр. — [Перевод с французского] / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози ; пер.: В. А. Туманов. — М. : Междунар. отношения, 1996. — 400 с.
6. Дождев Д. В. Римское частное право : учебн. для вузов / Д. В. Дождев ; под ред. В. С. Нерсесянц. — М. : Норма, Инфра-М, 1996. — 704 с.
7. Ильин И. А. О сущности правосознания : моногр. / И. А. Ильин. подгот. текста и вступит. ст. И. Н. Смирнова. — Москва : Рарогъ, 1993. — 235 с.
8. Ковтун Д. В. Источники частного права [Текст] : дисс. ... канд. юр. наук : 12.00.01 / Д. В. Кавтун. Казань, 2007. — 206 с.
9. Керимов Д. А. Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права [Текст] : монография / Д. А. Керимов. — М. : Аванта+, 2000. — 560 с.
10. Мадіссон В. В. Основи філософії права : навч. посіб. / В. В. Мадіссон. Н-д. ін-т приват. права і підприємництва. — К. : Школа, 2004. — 144 с.
11. Марченко М. Н. Источники права : учебное пособие / М. Н. Марченко. — М. : ТК Велби, Проспект, 2005. — 760 с.
12. Марченко М. Н. Сравнительное правоведение. Общая часть : учебн. для юридических вузов / М. Н. Марченко. — М. : Зерцало, 2001. — 560 с.
13. Марчук В. М. Нариси з теорії права : навч. посіб. / В. М. Марчук, Л. В. Ніколаєва. — К. : Істина, 2004. — 304 с.
14. Москаленко И. В. Юридическая природа и соотношение гражданско-правовых дефиниций и норм / И. В. Москаленко // Современное право. — 2005. — № 5. — С. 56 — 60.
15. Новгородцев П. И. Введение в философию права. Кризис современного правосознания : моногр. / П. И. Новгородцев. — Серия «Мир культуры, истории и философии». — СПб.: Лань, Санкт-Петербургский университет МВД России, 2000. — 352 с.
16. Оборотов Ю. М. Філософія права і методологія юриспруденції / Ю. М. Оборотов // Пробл. філософії права. — 2004. — Т. 1. — С. 41 — 44.
17. Орач Е. М. Основи римського приватного Права [Текст] : навчальний посібник / Е. М. Орач, Б. Й. Тишик. — Львів : Ред.-вид. відділ Львів, ун-ту, 2000. — 238 с.

18. Пархоменко Н. М. Джерела права: проблеми теорії та методології : моногр. / Н. М. Пархоменко. — К. : Юридична думка, 2008. — 336 с.
19. Петрова Л. В. Фундаментальні проблеми методології права: філософсько-правовий дискурс : моногр. / Л. В. Петрова. — Х. : Право, 1998. — 416с.
20. Пионтковский А. А. Юридическая наука, ее природа и метод / А. А. Пионтковский // Советское государство и право. — 1965. — № 7. — С. 76 —80.
21. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права : моногр. / И. А. П.. — М. : Статут, 1998. — 353 с. — (Классика российской цивилистики).
22. Поляков А. В. Общая теория права : Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода : учебн. / А. В. Поляков. — СПб. : Издательский Дом Санкт-Петербургского государственного университета, 2004. — 864 с.
23. Рабінович П. М. Проблеми трансформації методології вітчизняного правознавства: досягнення, втрати, перспективи / П. М. Рабінович // Методологічні пробл. правової науки : матер. міжнар. наук. конф. (м. Харків, 13-14 грудня 2002 р.). — Х. : Право, 2003. — С. 75 — 78.
24. Сивий Р. Б. Приватне (цивільне) право в системі права України : моногр. / Р. Б. Сивий. — К. : КВІЦ, 2006. — 214 с.
25. Рожнов А. П. Правоприменительная практика как нетрадиционный источник российского права : дисс. ... канд. юр. наук : 12.00.03 / А. П. Рожнов. — Волгоград, 2003. — 252 с.
26. Саидов А. Х. Сравнительное правоведение (Основные правовые системы современности) : учебник / А. Х. Саидов ; под ред. В. А. Туманова. — Москва : Юрист, 2000. — 448 с.
27. Салогубова Е. В. Римский гражданский процесс : моногр. / Е. В. Салогубова. — М. : Юрид. лит., 1997. — 57 с.
28. Семякин М. Н. Источники российского гражданского права: проблемы теории и практики : моногр. / М. Н. Семякин. — М. : Юрлитинформ, 2010. — 352 с.
29. Степанов Д. И. Вопросы методологии цивилистической доктрины / Д. И. Степанов // Актуальные проблемы гражданского права : сб. статей / под ред. О. Ю. Шилохвоста. — М., 2003. — Вып. 6.
30. Харитонов Е. О. История частного (гражданского) права Европы : моногр. / Е. О. Харитонов. — Одеса : Бахва, 1998. — Кн. 1. — 344 с.
31. Харитонов Е. О. Рецепція римського приватного права: (Теоретичні та історико-правові аспекти) : моногр. / Е. О. Харитонов. — Одеса, 1997. — 287 с.
32. Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права в 2 т. : моногр. / К. Цвайгерт, Х. Кётц ; пер с нем. — М. : Международные отношения, 1998. — Том 2. — 512 с.
33. Черепяхин Б. Б. Труды по гражданскому праву : моногр. / Б. Б. Черепяхин. — М. : Статут, 2001. — 479 с. (Классика российской цивилистики).
34. Шершеневич Г. Ф. Курс гражданского права : учебн. / Г. Ф. Шершеневич. — Тула : Автограф, 2001. — 720 с.
35. Merryman J. Comparative Law: Western European and Latin American Systems / J. Merryman, D. Clark. — N.Y., 1978.
36. Liebesny H. Foreign Legal Systems: A Comparative analysis / H. Liebesny. — Wash, 1981.

АНОТАЦІЯ

Дришлюк А.І. Методологія дослідження джерел цивільного права України. – Стаття.

Стаття присвячена питанню формування методологічної бази для проведення дослідження системи джерел цивільного права України, визначенню основних напрямків їх дослідження, а також окремим аспектам змістовного характеру дослідження, яке виконується автором.

Ключові слова: джерело права, система джерел цивільного права України, методологія, методи дослідження, діалектика.

АННОТАЦИЯ

Дришлюк А.И. Методология исследования источников гражданского права Украины. – Статья.

Статья посвящена вопросу формирования методологической базы для проведения исследования системы источников гражданского права Украины, определению основных направлений их исследования, а также отдельным аспектам содержательного характера выполняемого автором исследования.

Ключевые слова: источник права, система источников гражданского права Украины, методология, методы исследования, диалектика.

Summary

Drishlyuk A.I. The Research Methodology sources of civil law in Ukraine. – Article.

The article is devoted to the question to forming of methodological base for realization of research of the system of sources of civil law of Ukraine, and to the decision of basic directions of their research, and also separate aspects of rich in content character.

Keywords: source of law, system of sources of civil law of Ukraine, methodology, methods of research, dialectician.

УДК 347.447.5

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА КАТЕГОРІЇ «ЮРИДИЧНА ГАРАНТІЯ»: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНИЙ АНАЛІЗ

Крисань Тетяна Євгенівна

кандидат юридичних наук, доцент, докторант кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

Правова категорія «юридична гарантія» є важливою та актуальною для науки цивільного права, за допомогою даної категорії пізнається сутність права, важливе питання щодо його реалізації. В теорії права ми зустрічаємо значну кількість напрацювань стосовно питань гарантій прав. Науковцями, запропоновані визначення гарантії, які є відправними для вивчення правових явищ та досліджуються в галузевих науках. Однак з розвитком юриспруденції та руйнівними тенденціями в нормативно-правовій базі, обумовленими процесами глобалізації та індивідуалізації суспільства, змінюється стале уявлення про основні категорії права.

Мета цієї статті – визначитися з базовими поняттями, які знаходяться в одній категоріальній площині та мають методологічне значення для вивчення юридичних гарантій цивільних прав.

До подібних категорій відносяться «гарантія», «правова гарантія», «юридична гарантія», «засоби», «способи», «умови», «правовий механізм забезпечення прав», «забезпечення», «гарантії здійснення цивільних прав і виконання обов'язків». Дані категорії є складовими структури юридичної гарантії, що вказують на її внутрішнє інформаційне визначення, розкривають її сутність.

Будучи включеним до широкої системи знань, юридичні гарантії у цивільному праві поряд із загальними рисами характерними для гарантій, характеризуються певними особливостями, що вказує на удосконалення та зміну даного правового явища.

В основі вивчення питання правової природи «юридичних гарантій цивільних прав» важливу роль відіграє національна юридична доктрина. Сучасні словники дають різні визначення такій дефініції, як доктрина. Так, доктрина може розглядатися як вчення, наукова та філософська теорія; як політична система; як керівні теоретичні або політичні принципи [1, с. 211; 2, с. 403].

Досліджуючи категорію «юридичні гарантії» слід проаналізувати етимологічне походження, різні погляди, вчення щодо визначення «гарантії», співвідношення та вплив досягнень закордонної цивілістики на вітчизняну теоретичну думку.

Поняття «гарантія» вельми розповсюджена категорія як в юриспруденції, так і в інших науках (соціології, політології, економіці та ін.). Особливістю використання даного поняття в юриспруденції заляжить від його багатозначності.

Етимологічне походження слова «гарантія» пов'язують з французьким словом «garantie» (від «garantir» – забезпечувати). При цьому, думка про французьке походження слова «гарантія» не безспірна. Так, Ж. Л. Бержель у своєму дослідженні вказав, що термін «гарантія» «запозичений з англійської мови, в якій він має безліч значень» [3, с. 27]. Між тим існують й інші підходи до визначення слова «гарантія».

Юридичні словники [4, с. 59; 5, с. 53; 6, с. 72; 7, с. 52] містять спеціальне правове значення цього поняття як: до цивільного права – «один із способів забезпечення (виконання) зобов'язання, що вживається у відносинах між організаціями». Новий тлумачний словник української мови містить такі значення слова «гарантія»: забезпечення, безпека, запорука [8, с. 572].

Термін «гарантія» також застосовується для позначення засобів, за допомогою яких здійснюється забезпечення [9, с. 21 – 25]. Зазначається, що поняття «гарантії» охоплює уся сукупність об'єктивних і суб'єктивних факторів, спрямованих на забезпечення й реалізацію прав, свобод громадян, на усунення можливих причин та перегляд їх неповного або неналежного здійснення і захист прав від порушень. Ці фактори різноманітні і за своєю природою та характером виступають як умови, засоби, способи, прийоми та методи забезпечення процесу реалізації прав і свобод учасників суспільних відносин [10, с. 26 – 30].

У спеціальній літературі слова «засоби» і «способи» іноді вважають синонімами [11, с. 145]. Однак, вони різні за змістом і обсягом. Так, С. Ожегов слову «засіб» надає наступного значення: прийом, спосіб дії; предмет, знаряддя для здійснення якої-небудь діяльності. Що ж стосується слова «спосіб», то воно має тільки одне значення: прийом, метод, порядок, спосіб дії [12, с. 167]. Таким чином, засіб – це і прийом, і предмет, а спосіб – лише прийом.

Отже, будь-який спосіб можна розглядати як засіб, але не будь-який засіб є способом. Наприклад, судовий порядок розгляду цивільних спорів є як засобом, так і способом, що забезпечують захист порушеного суб'єктивного права. Водночас санкцію, передбачену правовою нормою за порушення цивільного законодавства, ніяк не можна вважати способом, хоча засобом, що забезпечує здійснення цивільних прав, вона, без сумніву, є.

У літературі зустрічаємо позиції відповідно до якої гарантія є умовою. При цьому, поняття «умови» також має декілька змістовних значень: 1) обставини, від яких будь-що залежить, які що-небудь визначають; 2) сфера, у якій відбувається діяльність; 3) правила, встановлені у тій чи іншій сфері життя, діяльності; 4) статті, пункти договору, що передбачають певні дії його сторін [13, с. 130].

Враховуючи запропоновані визначення, слід зазначити, що в усіх цих значеннях умови можуть виступати як гарантії цивільних прав у праві. Так, захист майнових прав акціонерів (правова гарантія) є обставиною, від якої залежить реалізація корпоративних прав: вимоги до статутного капіталу акціонерного товариства (економічна гарантія) – умови, які надають можливість кредиторам захистити свої інтереси; недопустимість відмови від виконання зобов'язання в односторонньому порядку – є умовою, яка вказує на неминуче здійснення зобов'язання, і є гарантією для кредитора.

Деякі з умов можна розглядати і як засоби чи способи забезпечення певного процесу або явища. У цьому разі поняття «умови» перекривається поняттям «засоби» і «способи». Отже, у широкому розумінні поняття гарантії може охоплювати всю сукупність об'єктивних і суб'єктивних факторів, що спрямовані на справжню реалізацію цивільних прав, на усунення можливих причин та перешкод їх неповного або неналежного здійснення і захист прав від порушень. Хоча ці фактори різноманітні, але стосовно процесу реалізації цивільних прав фізичних осіб вони виступають як умови, засоби, способи, прийоми та методи.

Різні підходи до визначення «гарантії» обумовлені як правило сферою застосування даного поняття, практично у всіх галузях права ми зустрічаємо термін «гарантія» та для кожної галузі «гарантія» має свій зміст.

В теорії держави і права питання гарантії прав громадян та інших учасників правовідносин досліджені досить детально. Велика увага приділяється цьому питанню в загальнотеоретичних правових працях, а саме – у працях з міжнародного, конституційного, трудового права. Ці галузі права, окрім поняття гарантії, містять їх класифікацію, ознаки і види гарантії правового статусу особи.

Проте серед фахівців в сфері цивільного права увага сутності, класифікації гарантії цивільних прав учасників цивільних правовідносин приділяється, на наш погляд, недостатньо. Таке положення може бути пов'язане з приділенням дослідниками більшої уваги практичним проблемам реалізації норм цивільного права на шкоду теоретичним основам цивільно-правових норм, які нерідко розглядаються лише поверхнево. Між тим, проблема щодо гарантованості цивільних прав виникла з часу загострення полеміки навколо дуальності права – його об'єктивної та суб'єктивної сутності.

Гарантії відіграють значну роль у будь-якій галузі права, що регулює суб'єктивні права. Без гарантованості суб'єктивних прав складно говорити про повне, вільне і забезпечувальне користування такими правами. І вже, тим більше вторинними стають питання практичного користування суб'єкта своїми правами. Усе вищесказане може бути рівно застосовано як до цивільного права в цілому, так і до його окремих інститутів.

Поряд з цим, слід констатувати, про наявність поряд з юридичними (правовими) гарантіями – економічних, політичних, організаційно-правових гарантії. Однак дане дослідження пов'язане із загальнотеоретичним аналізом сутності саме юридичних гарантії, які будуть розглядатися безпосередньо в зв'язку із самим об'єктом гарантування (цивільними суб'єктивними правами фізичної особи).

У науковій правовій літературі питання про поняття і систему юридичних гарантії розглядається з різних точок зору. Так, В. М. Чхиквадзе під юридичними гарантіями розуміє розгорнуту систему інститутів і норм матеріального і процесуального права [14, с. 264 – 267]. На думку П. М. Рабіновича, під юридичними гарантіями слід розуміти норми права і засновану на них правозастосовчу діяльність, індивідуальні юридичні акти, в яких ця діяльність фіксується [15, с. 237].

Л. Д. Воєводін відмічає, що гарантії – це той надійний міст, який забезпечує необхідний в засадах правового статусу особи перехід від загального до окремого, від прокламованої в законі можливості до дійсності. Для формування юридичного і фактичного положення конкретної особи потрібні сприятливі умови та ефективні засоби, а це і є гарантії. Він пропонує під гарантіями розуміти умови і засоби, що забезпечують фактичну реалізацію і усебічну охорону прав і свобод усіх і кожного.

Крім того, під «умовами» розуміється створення сприятливої обстановки для користування основними правами і свободами і виконання зобов'язань, а під «засобами» – інструмент органів державної влади, органів місцевого самоврядування, громадських об'єднань, самих громадян у боротьбі за належне здійснення основних прав і

свобод, а під юридичними гарантіями – ті правові засоби і способи, за допомогою яких в суспільстві забезпечується громадянам реалізація їх прав і свобод [16, с. 221 – 229].

С. С. Алексєєв звертає увагу на використання в текстах закону трьох видів термінів: а) загально-вживаних; б) спеціально-технічних; в) спеціально-юридичних, тобто що мають особливий юридичний зміст [17, с. 107]. Попри те, що термін «гарантія» дуже часто вживається у буденному житті, слід все ж визнати властивий цьому терміну особливий юридичний сенс. Хоча нерідкі випадки, коли термін «гарантія (гарантувати)» застосовується в законодавстві і в договорах не в цьому його значенні або взагалі не несе ніякого правового навантаження і залишається лише красивою назвою, що породжує марні очікування [18, с. 32].

У свою чергу, англійські правознавці розрізняють поняття «security» і «guarantee» – «забезпечення» і «гарантія», при цьому забезпечення – це титул відносно власності боржника, що надає кредиторіві право отримати задоволення з вартості відповідної власності, при невиконанні боржником свого зобов'язання.

І. Л. Бородин [19, с. 53] та інші, відстоюють позицію ототожнення термінів «забезпечення» та «гарантії», спираючись на етимологію понять, так як «гарантія» означає за поруку, умову, що забезпечує що-небудь.

Т. М. Заворотченко, [20, с. 13] вказує на відмежування даних категорій, визначаючи, що поняття «правовий механізм забезпечення прав» є більш широким поняттям, де однією із складових є гарантії.

О. Ф. Скакун під «гарантією» розглядає систему соціально-економічних, моральних, політичних, юридичних умов, засобів та способів, які забезпечують їх фактичну реалізацію, охорону та надійний захист [21, с. 125].

Розкриваючи суть юридичних гарантій, С. Н. Братусь звертає увагу на те, що «юридичні гарантії знаходяться як в самих правових нормах, що мають на меті регулювання шляхом встановлення прав і обов'язків суспільних правовідносин, так і в тих нормах, у рамках яких здійснюється юрисдикція при порушенні цих обов'язків і тим самим забезпечується за допомогою державного примусу реалізація матеріального суб'єктивного права і виконання порушеного або нового обов'язку» [22, с. 91].

Під цивільно-правовою гарантією Ю. Є. Туктарков, розуміє ініціативну поведінку, яка залежить від розсуду майново-самостійних, рівних учасників цивільного обігу, яка має місце, прямо або опосередковано з приводу матеріальних благ, та є реалізацією цивільних прав і обов'язків (засоби цивільний-правового гарантування),

створює реальність цивільних прав і обов'язків (об'єкту цивільний-правового гарантування) [23, с. 112 – 117].

Деякі автори висловлюють думку, що до числа юридичних гарантій слід включити закріплені нормами права засоби нагляду і контролю для виявлення випадків правопорушень; заходи правового захисту; заходи юридичної відповідальності; застережні заходи та інші правоохоронні заходи; процесуальні форми охорони прав; заходи профілактики і попередження правопорушень.

На думку О. В. Савенкова, Ю. Е. Туктаркова визначення поняття лише через «забезпечення» порушує закон тотожності. «Забезпечення» і «гарантування» співвідносяться як рід і вид: вони наділені спільним ознаками – мають дієву природу і характеризують форму залежності, і саме таку, через яку одне явище впливає на інше. Але, якщо забезпечення охоплює весь спектр позитивного впливу, то гарантії – лише те, що необхідно, тобто за відсутності того, що гарантується, останнє не виникає, не здійснюється, стає нереальним. При цьому, забезпечення здійснюється шляхом створення забезпечувальних умов, тоді як гарантування – створенням гарантій. Таким чином, «гарантія» і «забезпечення» не мають загальної ознаки, що дозволяє визначити одне через інше [24, с. 83 – 91].

Отже, розглядаючи ці дві правові категорії, слід врахувати, що гарантія – це вид забезпечувальних умов, а остання – це те, від чого залежить обумовлене. Ознака «забезпечення» характеризує призначення, спрямованість – зробити забезпеченим. «Умову» артикулює зв'язок: «гарантія – що гарантується», більш того, характер зв'язку – необхідність одного для іншого. Додаткова ознака «успіх чого-небудь» ще більш уточнює зміст відображаючи позитивну спрямованість цього зв'язку.

Не можна сутність гарантування з'ясувати через категорію забезпеченості. Незважаючи на спільні ознаки даних категорій, слід враховувати спрямування гарантій. Так, гарантування можливе в разі реальності того, що гарантується. При наявності договору купівлі продажу існує гарантія, навіть, якщо вона не буде визначена в договорі, гарантія існує в силу закону, але дієвою вона буде лише в разі реального виконання умов договору, як з боку продавця так і з боку покупця.

Досліджуючи правову категорію «юридична гарантія», поряд із загальним вченням про гарантії та їх характерні особливості, зроблено висновок, що цивільно-правові гарантії не є якісно новим утворенням в системі права, але, враховуючи проблеми, які існують навколо дуальності права – його об'єктивної та суб'єктивної сутності – цивільно-правові гарантії, повинні розглядатися як правові умови.

ЛІТЕРАТУРА

1. Современный словарь иностранных слов. — 2-е изд., стереотип. — М. : Рус. яз., 1999.
2. Большая Советская Энциклопедия: В. 30 т. / Гл. ред. А.М. Прохоров. — 3-е изд. — М. : Советская Энциклопедия, 1969-1978. Т. 8: ДЕБИТОР-ЕВКАЛИПТ. — 1972. — 592 с.
3. Бирюкова Л.А. Банковские гарантии: теория и практика / Л. Бирюкова. — М. : Спарк, 2004. — 159 с.
4. Юридический энциклопедический словарь. / Ред. кол. : А.Я. Сухарев (гл. ред.) и др. — М. : Сов. энциклопедия, 1984. — 415 с.
5. Энциклопедический юридический словарь. В. Н. Додонов [и др.]; ред. В. Е. Крутских. — М. : Инфра-М, 1998. — 368 с.
6. Юридический энциклопедический словарь : Ред. А.Я. Сухарев. — 2-е изд. — М. : Сов. энциклопедия, 1987. — 528с.
7. Тихомиров М.Ю. Юридическая энциклопедия / М.Ю. Тихомиров. — Издание третье, доп. и перераб. — М. : Юринформцентр, 1995. — 365 с.
8. Новий тлумачний словник української мови. В 4 т. Т.1. А-Є : уклад.: В.В. Яременко О.М. Сліпущко. — К. : Аконіт. 2000. (Нові словники)
9. Мицкевич А.В. О гарантиях прав и свобод советских граждан в общенародном социалистическом государстве / А.В. Мицкевич // Сов. гос. и право. — 1963. — № 8. — С. 21-25.
10. Витрук Н.В. О юридических средствах обеспечения реализации и охраны советских граждан / Н.В. Витрук // Правоведение. — 1964. — № 4. — С. 26-30.
11. Советское государственное право / Под ред. А.И. Лепешкина. — М., 1971. — 468 с.
12. Ожегов С.И. Словарь русского языка / С.И. Ожегов. — М., 1953. — 840 с.
13. Пересулько В.С. Юридичні гарантії при укладенні трудового договору : дис. канд. юрид. наук / В.С. Пересулько. — Харків, 2000. — 185 с.
14. Чхиквадзе В.М. Социалистический гуманизм и права человека / В. Чхиквадзе. — М. : Наука, 1978. — 303 с.
15. Рабинович П.М. Упрочение законности — закономерность социализма / П. Рабинович. — Л. : Вища школа, 1975. — 260 с.
16. Воеводин Л.Д. Юридический статус личности в России / Л. Воеводин : учебн. пособ. — М. : НОРМА, 1997. — 304 с.
17. Алексеев С.С. Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования / С.С. Алексеев. — М. : Статут, 1999.
18. Садиков О. Н. Гарантийные обязательства в гражданском праве / О. Садиков // Хозяйство и право. — 2004. — № 9. — С. 32-39.
19. Заворотченко Т.М. Конституційно-правові гарантії прав і свобод людини і громадянина в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право» / Тетяна Миколаївна Заворотченко. — К., 2002. — 19 с.
20. Скакун О.Ф. Теория государства и права / О. Скакун. — Харьков : Консум; Ун — т внутр. дел, 2000. — 704 с.
21. Нам К. Сущность гарантийных обязательств в договоре купли-продажи / К. Нам // Хозяйство и право. — 1997. — № 9. — С. 38-42.
22. Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность. (Очерк теории) / С.Н. Кудрявцев, В.Н. Кудрявцев. — М., 1978. — 354 с.
23. Туктаров Ю.Е. Понятие и особенности гражданско — правовых гарантий / Ю.Е. Туктаров // Журнал российского права. — 1999. — № 10. — С. 112-117.
24. Савенкова О.В. Понятие и особенности гражданско-правовых гарантий / О.В. Савенкова, Ю.Е. Туктаров // Известия вузов (Серия «Правоведение»). — 1999. — № 3. — С. 83-91.

АНОТАЦІЯ

Крисань Т.Є. Теоретико-правова характеристика категорії «юридична гарантія»: загальнотеоретичний аналіз. — Стаття.

У статті досліджується правова категорія «юридична гарантія», поряд із загальним вченням про гарантії та їх характерні особливості. Зроблено висновок, що цивільно-правові гарантії не є якісно новим утворенням в системі права, але враховуючи проблеми, які існують навколо дуальності права — його об'єктивної та суб'єктивної сутності — цивільно-правові гарантії, повинні розглядатися як правові умови.

Ключові слова: категорія «юридична гарантія», цивільно-правові гарантії, загальнотеоретичний аналіз.

АННОТАЦИЯ

Крисань Т.Е. Теоретико-правовая характеристика категории «юридическая гарантия»: общетеоретический анализ. — Статья.

В статье исследуется правовая категория «юридическая гарантия», наряду с общим учением о гарантиях и их характерные особенности. Сделан вывод, что гражданско-правовые гарантии не является качественно новым образованием в системе права, но учитывая проблемы, которые существуют вокруг дуальности права — его объективной и субъективной сущности — гражданско-правовые гарантии, должны рассматриваться как правовые условия.

Ключевые слова: категория «юридическая гарантия», гражданско-правовые гарантии, общетеоретический анализ.

SUMMARY

Krysan T.E. Theoretical and legal description of the category of «legal guarantee»: general analysis. — Article.

The article examines the legal category of «legal guarantee», along with the general doctrine of guarantees and their characteristics. It is concluded that civil Warrant is qualitatively new formation in the law, but given the problems that exist around the duality of law — its objective and subjective nature — Civil guarantees should be considered as legal terms.

Keywords: category «legal guarantee» civil guarantees, general analysis.

УДК 347.157

ВІК ЯК УМОВА ПРАВОСУБ'ЄКТНОСТІ ОСОБИ

Форманюк Василь Іванович

кандидат юридичних наук, доцент, декан факультету Адвокатури Національного університету «Одеська юридична академія»

Незважаючи на існування досить солідних теоретичних розробок правова природа інституту «правосуб'єктність» залишається спірною, тому дотепер загальних доктринальних підходів у тлумаченні його змісту та умов так і не знайдено. Актуальність теми дослідження обґрунтовується відповідною необхідністю ґрунтовного дослідження віку як умови правосуб'єктності.

Мета дослідження являє собою повний та об'єктивний аналіз категорії «вік».

Об'єктом дослідження є сукупність суспільних відносин, які складаються в цивільному праві щодо категорії «вік».

Предметом дослідження виступають правові норми цивільного права, які регулюють правовий статус суб'єкта.

Теоретичною основою дослідження є наукові дослідження таких провідних вчених як В. А. Белова, В. В. Кулапова, Т. В. Разумовської, А. Є. Чорноморця, Є. О. Харитоновна.

Для цілей визнання особи повноцінним учасником правового життя зовсім не потрібно конструювання якихось спеціальних критеріїв, які б носили виключно юридичний характер, належали б тільки до сфери правової реальності. В даному випадку право, як вже зазначалося, прагне використовувати соціально значущі якості людини, які визначають його фактичне місце в суспільстві; природно, що ці якості мають юридичне значення як умови правосуб'єктності, якщо вони набувають відповідну правову форму.

В юридичній літературі запропоновано використовувати поняття «правова особистість», причому «для того, щоб розглядати особистість як правову, вона повинна володіти рядом специфічних властивостей і якостей. Серед них можна виділити наступні: по-перше, усвідомленість людиною своїх особистих, соціально-групових і загальних інтересів, що стає стимулом його соціально-корисної поведінки, по-друге, усвідомленість людиною його обов'язків перед іншими людьми, соціальними групами і суспільством в цілому; по-третє, соціальна і правова активність особистості, що виражається в її позитивній поведінці» [1, с. 17].

Таким чином, основними соціальними якістьми людини, що перетворюють його в «правову особистість» (тобто, інакше кажучи, в правосуб'єктність індивіда) є: здатність адекватно сприймати і оцінювати навколишню реальність, самостійно приймати рішення і здійснювати їх на практиці. Звернемо особливу увагу на те, що в даному випадку не грає ролі спрямованість поведінки, соціально корисний чи, навпаки, небезпечний характер особистості. Для характеристики правосуб'єктності індивіда це не має значення.

Найбільш значний вплив на формування індивідуального правового статусу та правосуб'єктності робить вік людини. Від нього залежить не тільки обсяг основних прав і обов'язків, а й суб'єктивні права і юридичні обов'язки в різних галузях українського права. Цей фактор можна умовно відносити до числа «природних», оскільки: 1) вік не залежить від волі і бажання як самої людини, так і інших осіб; 2) відмінності в соціальному становищі людей в залежності від віку є закономірними і визнаються повсюдно, в будь-яких історичних епохах і в будь-яких культурах – змінюються лише конкретні межі та форми такої диференціації.

Дійсно, людина набуває навички соціальної поведінки не відразу, а протягом досить тривалого проміжку часу. Вона «лише з певного віку здатна досить добре розуміти сенс усіх скоєних ним дій, передбачати їх соціальні наслідки, а тому і нести за них відповідальність» [2, с. 89].

Завдання права – встановити той хронологічний момент, коли обсяг цих навичок досягає рівня, достатнього для «допуску» конкретної людини до участі в правовому житті суспільства. Як правило, ця проблема вирішується шляхом поетапного, розширення правосуб'єктності у міру зрілості.

Новонароджена або грудна дитина ще не володіє такими необхідними з правової точки зору здібностями, як уміння усвідомлювати зміст своїх дій і їх потенційні наслідки; її можливість керувати своєю поведінкою вкрай ослаблена. Надалі ці здібності поступово розвиваються, однак протягом якогось часу дитина ще не може приймати самостійних рішень, її психіка недостатньо стійка, вона

знаходиться в найтіснішому залежності від волі близьких людей.

Як вірно зазначає дослідник цієї проблеми В. В. Кулапов, головна складність полягає у визначенні тих критеріїв, які дозволяли б встановлювати досягнення мінімуму інтелектуальних і вольових здібностей, притаманних соціально зрілій людині. Адже абсолютно очевидно, що цей мінімум не може з'являтися у всіх в один і той же, суворо фіксований момент життя. Тому право, прагнучи до визначеності, замість того, щоб вирішувати це питання кожен раз в індивідуальному порядку, встановлює для всіх певний стандарт, хоча і допускає можливість відхилень від нього. Фактично, на думку В. В. Кулапова, встановлення єдиного віку настання повної правосуб'єктності являє собою не що інше, як юридичну фікцію [3].

При цьому, нагадаємо, громадянин України має конституційні права і свободи з моменту народження. Однак реалізація і конкретизація прав і обов'язків і, як наслідок, придбання спеціальних правових статусів і розвиток індивідуального правового статусу пов'язане з досягненням певного віку. Безумовно, що з моменту народження реалізуються такі конституційні права, як право на життя, право на охорону здоров'я, право на житло, право на спадкування.

Наука цивільного права особливо вивчає вплив віку на правосуб'єктність. Цивільна правосуб'єктність неповнолітніх, як загальна категорія конкретизується в деяких нормативних правових актах.

Наприклад, при розірванні шлюбу між батьками малолітнього, місце проживання дитини визначається місцем проживання того з батьків, з ким залишається проживати дитина. Але, якщо між батьками не досягнута згода з цього приводу, проживання дитини з одним із батьків не тягне за собою автоматично втрату його права на житлову площу другого батька, якщо він вже придбав це право.

Дієздатність, тобто здатність своїми діями набувати і здійснювати цивільні права, створювати для себе обов'язки і виконувати їх, виникає у громадянина після досягнення 18 років. У ряді випадків повна дієздатність може наставати і до досягнення 18 років. Наприклад, ЦК України міститься норма, згідно з якою в разі, коли законом дозволяється одружуватися до досягнення 18 років, шлюб неповнолітній набуває дієздатності в повному обсязі з часу вступу в шлюб. Якщо ж шлюб розірвано, дієздатність зберігається подружжям, що розірвали шлюб, які не досягли повноліття.

Громадянин може бути наділений повною дієздатністю до настання повноліття. Така норма

виникла в зв'язку з широким розвитком підприємницької діяльності, в тому числі і серед осіб, які не досягли 18 років, і була пов'язана не тільки з інтересами самих неповнолітніх, але і з турботою про стійкість цивільного обороту, що припускає створення певних гарантій для кредиторів.

Неповнолітній, який досяг 16 років, може бути оголошений дієздатним, якщо він працює за трудовим договором або за згодою батьків (усиновителів, опікунів) займається підприємницькою діяльністю.

Особи, які вступили в шлюб і стали дієздатними, або оголошені дієздатними в порядку емансипації, мають такі ж права і такі ж обов'язки, що і особи, які досягли 18 років: вони самостійно укладають будь-які угоди, відповідають за договірними зобов'язаннями, за зобов'язаннями виникають внаслідок заподіяння шкоди. Якщо над такими неповнолітніми було встановлено піклування, воно припиняється.

Цивільним Кодексом України встановлюється різний обсяг дієздатності громадян, які не досягли 18 років (якщо вони до цього віку не придбали дієздатність в повному обсязі). Неповнолітні розділені на дві групи. Малолітніми вважалися особи у віці до 14 років – це перша група, відповідно до другої групи входять неповнолітні у віці від 14 до 18 років. У межах першої вікової групи виділено неповнолітні у віці від 6 до 14 років та коло угод, які вони можуть здійснювати у цьому віці. Такий віковий поділ, здавалося б, дозволяє зробити висновок, що неповнолітні у віці до 6 років повністю недієздатні.

Однак такий висновок не є безперечним. По-перше, не можна забувати про значну за обсягом і значенням сферу суспільного життя, яка лежить за межами цивільно-правових відносин і не регламентується цивільним законодавством. Втім, у цій великій сфері поняття «дієздатність» далеко не завжди і не скрізь взагалі є застосовним.

По-друге, навіть у цивільних правовідносинах абсолютна недієздатність малолітніх зовсім не очевидна. Так, В. А. Белов, детально досліджуючи це питання, вказує кілька видів угод, фактично вчинених малолітніми дітьми до 6 років, а саме: купівля продуктів в підприємствах роздрібної торгівлі; міна; отримання і дарування подарунків, вартість яких, до речі, не завжди дозволяє віднести угоду до категорії дрібних побутових; отримання та передача іграшок у безоплатне користування; безоплатне зберігання іграшок; участь в іграх і парі. Як вірно зазначає з цього приводу автор, позовів про застосування наслідків недійсності зазначених угод ніхто ніколи не пред'являє, отже, такі угоди повсюдно визнаються дійсними.

Це дозволяє В. А. Белову зробити цілком природний висновок, що поряд з нормами ЦК склалося і інше правило, має характер юридичного звичаю і, більш того, фактично скасовує норму в тій її частині, яка повністю виключає можливість самостійного вчинення дітьми, які не досягли віку шести років, яких би то не було угод [4, с. 54].

Схожим чином міркує А. Є. Чорноморець, який вважає відсутність дієздатності у неповнолітніх до 6 років порушенням принципу свободи в цивільному праві, пропонуючи дозволити їм вчинення деяких видів угод, а також розширити обсяг дієздатності неповнолітніх підлітків з 10 до 14 років. «Таким чином, вважає він, була б створена своєрідна перехідна зона підвищення рівня самостійності, а отже, і більш повної реалізації принципу свободи, появи суб'єктивних прав у багатьох громадян, обмежених сьогодні в своїй дієздатності ...» [5, с. 9].

Неповнолітнім у віці від 6 до 14 років надано право самостійно вчиняти, крім дрібних побутових угод, угоди направлені на безоплатне отримання вигоди (якщо вони не вимагають нотаріального посвідчення), а також угоди по розпорядженню коштами, які надані їм їхніми законними представниками, або треті особи з відома законного представника для певної мети, або для вільного розпорядження.

Батьки, усиновителі або опікуни відповідають за неналежне виховання, в тому числі і за неналежний нагляд за малолітніми. Відповідні установи несуть відповідальність за шкоду, яку дитина заподіяла в той час, коли перебував під наглядом цієї установи.

Обсяг дієздатності неповнолітніх віком від 14 до 18 років (за винятком тих, які придбали повну дієздатність до настання повноліття), обмежений у меншій мірі, ніж обсяг дієздатності малолітніх. Неповнолітні цієї групи мають право самі здійснювати операції, отримавши на це згоду своїх законних представників (батьків, усиновителів або піклувальників).

ЦК України встановлено коло угод, які неповнолітні у віці від 14 до 18 років вправі здійснювати самостійно: це все ті угоди, які дозволено здійснювати малолітнім у віці від 6 до 14 років, крім того, неповнолітні можуть самостійно розпоряджатися своїм заробітком, стипендією / іншими доходами, здійснювати авторські права (отримати патент, укласти договір на видання свого твору і т. д.), вносити вклади в кредитні установи і розпоряджатися ними.

За наявності достатніх підстав, неповнолітній у віці від 14 до 18 років може бути обмежений чи позбавлений права самостійно розпоряджатися своїм заробітком, стипендією або іншими доходами і має право робити це лише за згодою своїх законних представників. Необхідність такого обмеження може бути викликана різними причинами: нерозумна трата коштів, марнотратство, захоплення азартними іграми і т. п. Це може зробити суд за клопотанням батьків, усиновителів або піклувальників, або органів опіки та піклування.

Враховуючи неповну правосуб'єктність неповнолітніх громадян, навіть у першому наближенні очевидна необхідність гарантованого захисту їхніх прав у процесі участі в кожній з перерахованих груп суспільних відносин.

Слід зауважити, що, особливо в ранньому віці, захист прав і законних інтересів дітей покладено на батьків або осіб, які їх замінюють. Однак на сьогоднішній день в суспільстві склалася ситуація, коли батьки не завжди можуть, в силу об'єктивних причин, а в ряді випадків не бажають захищати права неповнолітньої, а часто і виконувати батьківські обов'язки.

Нерідкі випадки, коли особи, які досягли 16 років і які працюють в комерційних структурах, отримують значно більш високі доходи, ніж їхні батьки. Подібна діяльність нерідко пов'язана з укладенням угод, які навряд чи можна віднести до «дрібних побутових». Значить, потрібна письмова згода законних представників неповнолітнього, що технічно ускладнено або зовсім неможливо. Інакше кажучи, нормальні умови ринкового обороту можуть бути порушені.

Таким чином, зміст правосуб'єктності конкретної особи залежить як від об'єктивних факторів (соціально-економічний і політичний розвиток суспільства, інтереси соціальних груп), так і від його власних властивостей.

При цьому, при визначенні правосуб'єктності особи повинні враховуватися лише ті його властивості, які мають дійсно значення з точки зору її здатності до прийняття самостійних і усвідомлених рішень у сфері права, що не завдають шкоди їй самій і оточуючим особам. Тому базовою умовою, що визначає зміст правосуб'єктності людини, є його вік як основний показник соціальної зрілості та відповідальності. Інші індивідуальні особливості людини (здоров'я, спосіб життя, рід занять, вчинення злочину та ін.) впливають на її правосуб'єктність менш серйозно.

ЛИТЕРАТУРА

1. Разумовская Т. В. Правовая личность в условиях современного государства (теоретико-правовой аспект) : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук / Т. В. Разумовская. — Волгоград, 2004. — 24 с.
2. Харитонов Е. О. Гражданское право Украины / Е. О. Харитонов. — Х. : Одиссей, 2004. — 568 с.
3. Кулапов В. В. Правосубъектность ребенка в Российской Федерации / В. В. Кулапов // Вопросы теории государства и права. — 2003. — Вып. 4 (13). — С. 149 — 155.
4. Белов В. А. Занимательная цивилистика: Вопросы гражданской правосубъектности и абсолютных субъективных гражданских прав / В. А. Белов // Законодательство. — 2003. — № 6. — С. 54 — 59.
5. Черноморец А. Е. Свобода как гражданско-правовая категория / А. Е. Черноморец // Юрист. — 2003. — № 11. — С. 9 — 14.

АНОТАЦІЯ

Форманюк В.І. Вік як умова правосуб'єктності особи. – Стаття.

Стаття присвячена питанням змісту категорії правосуб'єктність в цивільному праві. Автор обґрунтовує своє бачення категорії «вік». У статті на основі комплексного дослідження наукової літератури автором визначається базова умова, що визначає зміст правосуб'єктності .

Ключові слова: категорія правосуб'єктність, правоздатність, дієздатність, категорія «вік».

АННОТАЦИЯ

Форманюк В.И. Возраст как условие правосубъектности лица. – Статья.

Статья посвящена вопросам содержания категории правосубъектность в гражданском праве. Автор обосновывает свое видение категории «возраст». В статье на основе комплексного исследования научной литературы автором определяется базовое условие, которое определяет содержание правосубъектности.

Ключевые слова: категория правосубъектность, правоспособность, дееспособность, категория «возраст».

SUMMARY

Formanyuk V.I. The age as a condition of legal entity. – Article.

Article is devoted to the category personality in civil law. The author justifies his vision category of «age». The article is based on a comprehensive study of the scientific literature by the author defined the basic condition that determines the content of the law.

Keywords: category «personality», efficiency category, capacity, category «age».

TRANSFER CONTRACTS IN PROFESSIONAL SPORTS: PROBLEMATIC ISSUES OF LEGAL REGULATION

Sukha Ilyia

graduate of Civil Law department National university «Odessa Legal Academy»

Over the past few years there is a discussion about the place of sports law in the legal system as a branch of law and scientific discipline. Without going into deep analysis of this controversy, it should be noted that the sports law right now is a large array of regulations that govern special on the structure, content and essence of public relations. Such relations are formed in connection with the preparation, organization and conduct of the competition, and their subjects are athletes, coaches, sports judges, organizers of sports and training activities, etc. Among the entire array of these relations especially singles out the relationship between athletes and sports organizations, and the most “painful” practical problem is the transition of athletes from one sports club to another, which is mediated by the existence of transfer system.

The legislation of Ukraine does not contain the terms “athlete transition” and “Transfer Agreement” (transfer contract). In the Law of Ukraine “On Physical Culture and Sport” (hereinafter – the Law), a single core piece of legislation in the field of sports, article 23.3 was dedicated to the transitions of athletes from one club to another (sports transfers), but in the new edition of the Law by the 17th of November 2009 this provision was removed and now none of the 54 articles of the Law is dedicated to the question of transfers. Specific provisions on movement of athletes are in local regulations, adopted by the professional leagues and national federations of sports, particularly in the special regulations of the Football Federation of Ukraine On the Status and Transfer of players taken by the Executive Committee FFU in July 19, 2010 [2]. Act enshrined the status of sports federations as public organizations of sports orientation (Article 20), and today, in the situation of absence of proper legal regulation, legal acts of such organizations are the main sources of law for the regulation of relations in the field of sports activities. Practically, this leads to a situation where normal rules of sports federations, often remaining at the level of customary law, regulate a number of important issues, including those related to contractual relations between players and sports

clubs, and thus significantly limiting the rights and interests of more weakness in sporting relations which are most often just athletes.

Thereupon, the purpose of the research is to study the legal nature of transfer relations, the essence of transfer agreement and to offer the solution of problems of legal regulation of relations on transitions of athletes from one sport club to another.

Questions of history, organization of transfer system were the subject of research of scholars such as S.V. Alekseev [1], V.P. Vaskevich, T. Korshunova [7], M. Tkalych [9] and others. Research on the transition of athletes was paid attention to by scientists not only in the field of law, but also practical lawyers, including D.V. Gorlova [6], V. Zaitsev, J.W. Supryaha [8] and others.

Transfer system originated in the late XIX century, when England began to emerge laws on transitions of players. More than centenary history of its existence it has undergone many changes in the direction of liberalization, that does not prevent it, and then based on the principles of substantial restrictions on the right of an athlete to choose and change the club, representing a complex system of hiring professional athletes, which limits their choice of teams they would like to perform, and determine the order of the transition from one team to another. This is because the existence of the transfer system is to organize such a distribution of athletes that would provide strong competition, achieving significant results, maintenance spectacular sporting events and as a result, getting high profits [1, 396]. Listed objectives are quite acceptable for consumers of professional sport, because, by definition of article 38 of Law, “professional sports is a commercial activity in the sport associated with the preparation and conduct of spectacular sporting events at a high organizational level in order to make a profit”.

Features of functioning transfer system are reflected primarily in that: 1) there is a fact of payment from one club to another certain amount of money (usually quite large), and 2) the basis of this payment is a contract between the club, which the

athlete leaves, and the club, part of which he passes, and 3) these relationships are called “contract of sale”, “contracts of exchange (barter)”, “lease (leasing)” and others. It should be noted that the first and third of the above conditions is not a subject of the research. Actually, it is not possible to check the fact of payment, so it presumes. As for the use of names of agreements which defines the transition of athletes, so they are not conscious attempt of legal qualification the acts that take place. Therefore, the greatest scientific interest is the study of the legal basis for the implementation of transfer payments – the contract between sports clubs (transfer contract). We propose to consider the question on the example of regulation of the transition of professional athletes in football, because, firstly, it is the football transfer system is the most common and the most advanced and demonstrates all its essential features, and secondly, organizations of this kind of sports accepted the largest number of regulations dealing on governing of transfer relationships on both international and national levels.

Regulation of the FFU On the Status and Transfer of players [2] defines the transfer contract as a form of agreement between the clubs about transfers, ie transition of player from one club to another. Thus, as mentioned, the rules do not offer extended definition of the transfer agreement, but regulates in detail the procedure requirements for the transition process of professional athletes from one club to another, which are as follows.

1. Preconditions of the right to transfer football player. First of all, footballer must be registered with the association. Registration gives him the right to perform at the club as a professional or an amateur, and, accordingly, the right to move to another club. For a professional footballer registration shall consist of the signing to associations the term of the contract with a club player for a specified period and issuing “the passport of football player.” That is the first condition for player to have a right for transfer is to conclude a contract with the relevant club (sports contract, contract for athletic activity), the second one is the presence of registration with the association, and in cases of international transfers is also the International Transfer Certificate, which is issued free of charge without any conditions or time limits.

2. Requirements for the right to transfer. Footballer has the right to transfer to another club in the following cases: (1) the expiration of the contract; (2) formalize an agreement between the club and the player on the early termination of the contract; (3) early termination of the contract in violation by the club labor legislation of Ukraine, as well as

failure of contractual obligations by the club or the player. If the term of the contract with the player is not over, transfer is possible in case of the consent of all interested parties (footballer, former club and new club). Regulation does not require the conclusion of transfer contract in all these cases, but only when the validity of player’s contract with the club is not over and he wants to move to another club, and when the transition of player is “on loan”.

3. Compensation payments for the transfer of player. Transfer contract must contain a clause of compensation and assistance for the training of athletes. Such compensation should be paid to the club (clubs) who train or prepare a player to take part in competitions each footballer’s professional transfer between clubs (during or after the expiration of his contract) to the end of the season, in which he reaches 23 years. In the follow transfers of athletes the right to compensation belongs only to his former club, and it is charged and paid for the actual period of training a professional footballer at this club.

4. Liability for violation of conditions of transfer. Transfer, conducted in compliance with regulatory standards and contract with a new club entitles footballer participate in competitions for the new club. If any conversion to athletes as well as sports clubs who have signed contracts with them, relevant professional league or federation may apply sanctions, such as disqualification of the athlete and the prohibition for the club to allow the athlete to participate in competitions.

Analyzing these rules and regulations, it is clear that the current regulatory model of transfer system significantly limits the right of an athlete to transfer to another sports club. Taking into account the need for restrictions on transitions of athletes from one club to another in order to achieve the goals and objectives of professional sports, the commercial nature of professional sport activities aimed at obtaining high income and the high level of competition, we must recognize the existing system of transfer of athletes imperfect and contradictory . And in this regard recognition the relationships that develop between an athlete and sports organizations as labor relations, and the contract between the athlete and the club as an employment contract creates the greatest difficulties [7, 59-60]. Article 38 of the Law stipulates that the athlete gets the status of professional athlete after signing the contract with the relevant actors of physical culture and sports about his participation in the competitions among professional athletes, but at the same time the Law doesn’t consist any definition of this contract or conditions or requirements to its conclusion. Regulation of the FFU defines a contract as a form of labor agreement between professional

football club and its employees with all applications, amendments, concluded in accordance with the laws of Ukraine and Regulation. Thus, it is clear that the rules of local regulation by setting forth requirements for the transfer of professional athletes, directly restricts his right as an employee under labor law to freely use their skills and to contract (to conclude an employment contract) with any club as employer. This restriction is a violation of the constitutional rights of the individual to choose employment and occupation [8, 163]. The solution of the problem that has arisen, is seen in the recognition of a contract between professional athletes and sports clubs and transfer contract varieties of civil contracts. Then assume that equal partners – professional athlete and sports club – within the rules that exist in a particular sport, have the right to assume the obligations that restrict certain rights and freedoms of the parties [9.72]. Of course, the contract between the athlete and the club may include conditions such as guarantees and rights granted to employees under labor agreements and legislation, and then it should be recognized as a mixed agreement, and transfer contract in any case should be a civil contract.

In the earlier edition of the Law of Ukraine “On Physical Culture and Sports” article 23.03 offered professional sports leagues and sports federations to determine the principles of athletes transition: the transition of professional athlete to another club shall be in accordance with the conditions approved by a professional sports league (union, associations, etc.) and the National Sports Federation with the official approval of the central executive body of physical culture and sports. In the current edition of the Law this provision is absent that does not change the current practice where the parties act in this way, often ignoring the legislation. In our view, the rules of the transitions of athletes should be standardized and secured in a common legal act, and better in the Law On professional sports. Upholding the transfer rules will deliver national sports a large number of conflicts that now arise between sports clubs and athletes [9, p. 74].

Turning to the analysis of transfer contracts concluded in practice, should note that they are quite exceptional in their content. For example, the contents of transfer agreement according to the Standard Form of transfer contract of the transition of player on “lease” [5] are the following conditions: 1. The duty of the football club, which has initially concluded a valid employment contract with the player (former club), in agreement with the player suspend specified employment contract and move footballer for temporary employment for a specified period to the football club that accepts player (new

club). 2. The obligation of the new club to accept footballer for temporary work and conclude fixed-term employment contract with him. 3. The duty of the player during transfer contract do not conclude any employment contracts with other football clubs without the consent of the former club. 4. The obligation of the new club to make Transfer Fees for transition of player in favor of the former Club in a certain amount. Also, as a rule, in the transfer contract it is provided that the rights and obligations of the parties which are not settled, and liabilities of the parties shall be determined by regulations and other regulatory documents of the relevant associations or federations of sport. Transfer contract of transition of player differs from the transfer contract of transition of player on “lease” with the fact that former club must not suspend the employment contract with the player, but terminate this agreement and release player at a certain time [4]. Thus, in any case transfer contract with similar terms is inconsistent with the current labor legislation, and this limits the rights of the athlete as an employee, as well as it is contrary to the objective of transfer system, the objectives of professional sports as a business and own goal of transfer contract – to provide a compensation to former sports club from a new sports club for training athletes and making profit.

Regulation of the Russian Football Union On Status and Transitions (transfer) of football players determines transfer contract as a bilateral agreement concluded between professional football clubs and defines the procedure, terms and conditions of transition (transfer) of a professional footballer [3].

We believe this definition does not disclose the nature of relations that actually occur between sports clubs on transfer player, and for this reason, taking into account listed above, we suggest the following definition: transfer contract is a bilateral agreement under which one party (the former football club) provides the transition of an athlete to the new football club, and the other party (the new football club) pays for that amount of money (compensation payments) specified in the contract. The conclusion of such agreements is possible on the basis of the principle of freedom of contract, enshrined in Article 6 of the Civil Code of Ukraine, according to which the parties may conclude a contract which is not provided by the acts of civil law to regulate their relationship, which are not regulated in the legal acts, in such contract, and retreat from provisions of the Act and regulate their relations in their sole discretion. In accordance with Article 627 of the Civil Code the parties are free to contract, contractor selection and determining the content of the contract, and Article 628 of the Civil Code also provides the possibility of concluding

mixed contracts consisting of elements of various contracts. In this case it should be applied to the parties the provisions of civil law on contracts which elements are in mixed agreement. In connection with this transfer contract should be attributed to unnamed contracts because it regulates the relations that are not regulated by any known to civil law types of contracts. It is necessary to apply rules of the similar type of contract, and in its absence to apply the general rules that govern civil contracts, namely the articles posted in Chapter II of the fifth book of the Civil Code of Ukraine. Article 8 of the Civil Code of Ukraine stipulates: "If civil relations are not regulated by this Code and other acts of civil law or contract, they are governed by the legal provisions of the Code and other acts of civil law that governs related civil relations (analogy of law)."

In addition, it should be noted that the main feature of transfer agreements is that they regulate civil relations between clubs over transfer of athletes, and at the same time it has an impact on relationship that develop between the player and the respective clubs, and according to the rules of football organizations these relationships are governed by

the conclusion of fixed-term contracts. This situation is dangerous for sporting clubs as well as for athletes because, as we noted above, the existing system of concluding employment contracts and transfer contracts is contrary to the current legislation. Thus deprive the parties a defense in case of violation of their rights and legal interests, since according to Article 203 of the Civil Code such contracts may be invalidated [8, p. 163].

Thereby, we consider it necessary to recognize the relationship between professional athletes and sports clubs as civil relations about participating in competitions and organizing sports activities, and about the transition of athletes from one sports club to another. It should also be noted that the proposed recommendations made by the example of transfer contract in football, can also be applied to the transfer of contracts in other sports. For this reason, in order to have single understanding of transfer relationships and the prevention of offences in this area it is necessary to limit the scope of transfer contracts and settle their essential terms in the legislation, particularly in the special Law "On professional sports."

LITERATURE

1. Алексеев С. В. Олимпийское право. Правовые основы олимпийского движения : учебник для студентов вузов, обучающихся по направлениям «Юриспруденция» и «Физическая культура и спорт» / С. В. Алексеев ; под. ред. П. В. Крашенинникова. — М. : ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2010. — 687 с.
2. Регламент Федерації футболу України зі статусу і трансферу футболістів [Electronic source] : Прийнятий Виконавчий Комітетом ФФУ 19 липня 2010 року / Офіційний сайт Федерації футболу України. — Access mode : http://www.fiu.org.ua/ukr/fiu/ndocs/fiu_regulation/
3. Регламент Российского футбольного союза о статусе и переходах (трансферу) футболистов : постановление Исполкома Общероссийской общественной организации «Российский футбольный союз» № 141/4 от 5 марта 2011 года [Electronic source]. — Access mode : <http://www.rfs.ru/rfs/documents/strategies/>
4. Типовая форма Трансферного контракта о переходе футболиста: Приложение № 5 к Регламенту РФС о статусе и переходах (трансферу) футболистов.
5. Типовая форма Трансферного контракта о переходе футболиста на условиях «аренды»: Приложение № 6 к Регламенту РФС о статусе и переходах (трансферу) футболистов.
6. Горлова Д. В. История трансферной системы [Electronic source] / Д. В. Горлова // Спортивный журнал Спортбзор. — — Access mode : http://www.sportobzor.ru/content/articles/index.php?ELEMENT_ID=2178.
7. Коршунова Т. Ю. Развитие законодательства о труде профессиональных спортсменов / Т. Юр. Коршунова // Трудовое право. — 2006. — № 5. — С. 56 — 65.
8. Супряга Ж. В. Некоторые вопросы правового регулирования трансферных контрактов / Ж. В. Супряга // Пятая международная научно-практическая конференция «Спортивное право: перспективы развития» : матер. конф. / под общ. ред. К. Н. Гусова, А. А. Соловьева ; сост. Д. И. Рогачев, О. А. Шевченко. — М., 2011. — 191 с. — С. 162 — 164.
9. Ткалич М. О. Проблемні аспекти договорів про переходи спортсменів (трансферних контрактів) за законодавством України / М. О. Ткалич // Митна справа. — 2007. — № 4 (52). — С. 72 — 75.

АНОТАЦІЯ

Сухо Ю.С. Трансферні контракти в професійному спорті: проблемні питання правового регулювання. – Стаття.

Стаття присвячена розгляду питань організації трансферної системи в професійному спорті. Автором досліджено джерела регулювання трансферних відносин в Україні, зокрема, положення законодавчих та локальних нормативних актів, виявлено їх прогалини і недоліки в правовому регулюванні відносин з переходу спортсменів та запропоновано шляхи їх подолання. Основну увагу приділено розгляду сутності та умов договору про перехід спортсмена з одного спортивного клубу до іншого, виявлена недосконалість існуючої практики укладення таких договорів та запропоновані власні бачення вирішення зазначеної проблеми.

Ключові слова: трансферний контракт, трансферна система, спортивне право, професійний спорт, цивільно-правовий договір.

АННОТАЦІЯ

Сухая Ю. С. Трансферные контракты в профессиональном спорте: проблемные вопросы правового регулирования. – Статья.

Статья посвящена рассмотрению вопросов организации трансферной системы в профессиональном спорте. Автором исследованы источники регулирования трансферных отношений в Украине, в частности, положения законодательных и локальных нормативных актов, выявлены их пробелы в правовом регулировании отношений по переходам спортсменов и предложены пути их разрешения.

Основное внимание уделено исследованию сущности и условий договора о переходе спортсмена с одного спортивного клуба в другой (трансферного контракта), выявлено несовершенство существующей практики заключения таких договоров и предложено авторское видение разрешения указанной проблемы.

Ключевые слова: трансферный контракт, трансферная система, спортивное право, профессиональный спорт, гражданско-правовой договор.

SUMMARY

Sukha Yu. S. Transfer contracts in professional sports: problematic issues of legal regulation. – Article.

The article deals with the issues of organization of the transfer system in professional sports. The author has investigated the sources of regulation of transfer relations in Ukraine, in particular, the provisions of laws and local regulations, and identified gaps in legal regulation of relations in the transitions of athletes and suggested ways to solve them.

The main attention was paid to the nature and conditions of the contract for the movements of athletes from one sports club to another (transfer contract), revealed the imperfection of the existing practice of concluding such agreements and asked permission of the author's vision of the problem.

Keywords: a transfer contract, transfer system, sports law, professional sports, a civil contract.

ПРАКТИЧНА ЦИВІЛІСТИКА

УДК: 347.426.6

SUBSIDIARY APPLICATION OF DAMAGES COMPENSATION OBLIGATIONS

Kivalova Tetyana

Doctor of Law, Professor of Civil Law Department National University «Odessa Law Academy»

The obligations of damages compensation take a special place in the system of civil obligations, being an universal instrument of protection for damage caused to rights of civil legal relations participants. In an order to ascertain the mechanism of their application, let us consider the possibilities of their use in regard to the property relationships on purpose to define a place and value of compensation of damages caused to the owner in the general system of the property rights protection by means of civil legislation.

The choice of such subject for investigation is caused by the importance of providing of the property rights protection, due to what this aspect of application for norms of institute of damages compensation has already been attracted researchers' attention repeatedly [1, 2, 3, 4]. But a significant number of questions still remains unsearchable, what is especially noticeable in the context of updating of domestic civil legislation.

Based on the foregoing we can conclude that the issues of a scientific analysis of the legal regulation of damages compensation are important in theoretical and practical perspectives, what leads to the expediency of consideration of the relevant problem.

Proceeding to consideration of questions relating to the issues outlined above, we act on the premise that the concept of the civil law protection of property rights covers all the set of means provided by civil legislation which are used in connection with violations committed against these rights and are aimed at reinstatement or protecting of owners' property interests [5, p. 240; 6], though it is mostly understood as so-called suits in rem and exactly they are analyzed in detail [7, pp. 652 – 728; 8, pp. 49 – 96; 9; 10; 11, pp. 67 – 75; 12, pp. 364 – 375]. Sometimes the question is put wider and then the matter is about “the responsibility for violation of property rights” [13, p. 160] or about “the protection of property rights” [14, pp. 172 – 203].

At that, within the limits of the mentioned totality a few groups of methods of the property rights protection are distinguished. However, there is no unity among the scientists in the positions concerning the grounds and details of classification for the marked methods of protection. Thus, some authors distinguish only two types of methods of the property rights protection: proprietary and obligatory methods [15, p. 527]. Others name proprietary and obligatory methods and other methods of protection [16, pp. 171 – 173]. Certain lawyers distinguish the yet more types of the property rights protection: 1) basic proprietary methods; 2) subsidiary proprietary methods; 3) special methods; 4) obligatory methods [17, p. 3]. Some scientists, not specially classifying methods of the property rights protection, at the same time, state the fixation by the Civil Code of Ukraine a separate method of the property protection – a preventive one (part 2 Art. 386 of CC) [18, p. 130].

However, a lack of common approach and unified criteria does not allow to lay down a common idea about the system of protection in this area, what is undesirable from the standpoint of practice, where the exact definition of applicable norms depends on a clear definition of features and typology of those or other relationships, the possibility of the subsidiary application of the rules, the possibility of law analogy etc.

Taking into account the comments above, we will try, foremost, to define expediency and possibility of division of methods of the property rights protection into types using certain criteria.

In our opinion, from the point of practice view, the initial division of the methods of the property rights protection should be the distinction of special (specific) and general universal (auxiliary, subsidiary) methods of protection.

Among the first ones are the methods of property protection, the primary objective of which is the protection of property relations, ensuring the

existence, preservation of property rights as such. A special chapter in the third book of the Civil Code of Ukraine “Ownership and other property rights” – the Chapter 29 “Property Rights Protection” – is dedicated to them.

In turn, the analysis of concepts and provisions of the Civil Code of Ukraine in the field of the property rights protection affords ground for the conclusion that from the legislators’ standpoint the proprietary means of property protection are recognized as crucial ones, to which in the third book of the Civil Code of Ukraine “Ownership and other property rights”, mainly, the special chapter 29 – “Protection of property rights” is devoted (articles 387 – 392 are devoted to them completely and article 386 is devoted to them in part, i. e. practically seven out of nine items).

However, not only traditional lawsuits in rem are enumerated in this chapter – about the return of property from illegal possession, about removing obstacles in the property rights realization, – but it is also mentioned that there are other ways to protect property rights, what gives reasons for their separation.

Thus, according to the concept of the Civil Code in this area as the result of the special (specific) methods of the property rights protection division there must be the distinction of: (1) proprietary special methods of property rights protection (a claim for the prohibition from actions which violate the property rights – part 2, Art. 386; a replevin (a claim for vindication) – Art. 387-390; a claim for the removal of obstacles in realization of right to use and dispose of property – Art. 391; a claim for recognition of property rights – Art. 392), and (2) other special methods of the property rights protection (recognition of invalid legal act that violates the right of property – Art. 393; compensation of damages caused to owners of land, house, other buildings due to the decline of their value – Art. 394).

The characteristic requirements for claims submitted in implementing the mentioned special methods of protection, are the proof by plaintiff of the existence of his ownership on certain property, and the fact of committing by others (not authorized by him) persons actions which violate the right of property in general or separate owner’s authorities.

It should be noted that there is a specific civil legal method of the property rights protection, which is provided not by the regulations of Chapter 29 of the Civil Code of Ukraine – “The protection of property rights”, but is mentioned in Chapter 82 of the Civil Code – “Compensations of harm”. This is the regulations of Art. 1170 of the Ukrainian Civil Code, according to which in case of passing the law

that terminates the ownership on certain property, the harm, caused to the owner of such property, is compensated by the state in full.

The terms of filing of a claim in this case are the following: (1) the existence of the plaintiff title to certain property in respect of which a bill that terminates ownership was passed; (2) passing a law that terminates ownership; (3) causing to the owner of such property damage as a result of passing a law that terminates the right of ownership.

The plaintiff is the owner, whose rights are violated with the laws that terminates the right of ownership, and the defendant is the state.

The content of the claim is a request of the owner for the full compensation of damage caused to him by adoption of the law that terminates the right of ownership.

The general methods of protection, in our opinion, should include the universal legal methods of the civil rights protection, and also methods aimed at protecting other subjective civil rights and which provide at the same time the protection of owner’s rights.

In turn, they can be divided into general, contractual and non-contractual methods.

The general methods of the property rights protection include the recognition of the deal as invalid, the termination or the amendment of the legal relationship, the recognition as invalid of an act of the state body, government body of the Autonomous Republic of Crimea, or of the local self-government body, or their official and public officers (part 2 Art. 16 of the Civil Code of Ukraine), the compensation of harm (Art. 22 of CC), the compensation for the moral damage (Art. 23 of the CC).

Among the contractual methods of the property rights protection there should be named claims due to non-discharge or an improper discharge of the obligations (claim for the transfer of goods acquired under sales contract, or order-made goods, if the right of ownership arose before the transfer of goods; claim for the return of goods provided for use under contract; claim for the compensation of damage caused to the owner by non-discharge or an improper discharge of the obligations).

The non-contractual methods of the property rights protection are claims based on non-contractual obligations (due to representation of a thing on competition – Art. 1157 of the CC of Ukraine; due to non-transfer of assets derived therefore from fulfillment of actions in valuable interests of other person without its power of attorney – Art. 1159 of the CC of Ukraine; due to creation of threat to property – Chapter 81 of the CC of Ukraine; due to harm-doing – Chapter 82 of the CC of Ukraine;

claims for the return the groundlessly acquired or saved property Chapter 83 of the CC of Ukraine etc.).

Detailed consideration of the above-mentioned methods of the property rights protection is not our task. The proposed above classification was to primarily pay attention to the special importance of the damages compensation obligations among the other (real and obligatory, contractual and non-contractual) means of the property rights protection.

This importance is that the damages under Chapter 82 of the CC of Ukraine is not only one of the universal means of the property rights protection, but is also a powerful subsidiary method.

In particular, the use of such a special method of the property rights protection as the recognition as invalid of a legal act, that violates of the property rights, according to Part 2 Art. 393 of the CC of Ukraine may be accompanied by the restoration of the situation that existed before the adoption of this act. If it is impossible to restore the previous position the owner has a right for the compensation of property and moral harm. However, this norm does not specify the certain principles and terms on which such compensation should be conducted. So does not assign the principles, conditions and amount of damages caused to the owner Art. 394 of the CC of Ukraine, which is restricted by the pointing out that the owner of land, houses and other buildings shall be entitled to compensation due to decrease in value of these objects as a result of activity that led to the reduction of environmental and noise proofness of area, natural characteristics of land degradation [18, pp. 189-193].

Appeal to the Art. 22 and Art. 23 of the CC of Ukraine, which contain rules on compensation of losses and other ways of the property damage compensation as well as compensation for moral damage, does not let to achieve the desired effect, because that rules contain only general provisions for such compensation.

Premises also apply to cases of reimbursement of the losses, inflicted by the property rights violations, not involved in the deprivation of the possession. It also was suggested in literature that such losses can be recovered by the satisfaction of a negatory claim [16, p. 261], however, as experience indicates, it is not always possible to achieve.

In this connection it is expedient to appeal to the norms of Chapter 82 of the Civil Code of Ukraine, which regulate the non-contractual relations arising due to harm-doing.

It should be noted that the provisions of Chapter 82 of the CC of Ukraine have, though, dual nature, being in its essence and purpose both norms of direct application and of the subsidiary application.

Under the “direct application” we mean application of the specially set norms of legislation to those or other relations in cases directly prescribed by law. The subsidiary application of norms embraces a situation, when a law enforcement body uses the concrete requirements of the related legal institute or a related (coherent) branch of law [20, pp. 111 – 112]. Meanwhile the norms of the other branch of law are used usually only in those cases, when for the formulation of legislation economy legislator avoids duplication of identical or similar norms in different branches of law [21, pp.17, 746, 747]. The obligations of damages compensation are an exception from a general rule, as they are used in all cases of harm-doing, regardless of branch kind of relationships to the participants of which harm was inflicted. But they can be applied only in the absence of the special branch norms which regulate the responsibility at the branch level. The dynamics of the application of civil law norms on liability for damage in other relationships is clearly seen in the field of the existed in due time collective farm legislation [22, pp.14; 20, p. 132].

So, on the one hand, Chapter 82 of the CC rules are used to civil relations arising under the circumstances provided by the regulations of this chapter (in certain cases of harm-doing as a result of wrongful and, sometimes, lawful actions).

On the other hand, Chapter 82 of the CC rules can be applied subsidiarily to the civil relations arising from reasons not directly provided in the mentioned chapter.

And, in some cases secondary application of this chapter regulations occurs due to the direct order of the law (for example, Art. 1165 of the CC of Ukraine stipulates that “the damage caused due to no removal of threat to life, health, property of natural persons or to property of legal entities shall be reimbursed in accordance with this Code”, i. e. under the CC regulations about the damages compensation – Chapter 82 of the CC of Ukraine), while in others – such secondary application is based on consideration of the essence of the appropriate relationship and a lack of the legal regulation [23, p. 271].

Concerning the special methods of the property rights protection, the Chapter 82 of the CC of Ukraine regulations are applied to them exactly from the last reasons – in consideration of the nature of the ownership violation and a lack of their regulation in the third book of the Civil Code in an order to avoid duplication of the rules on damages.

Thus, as stated above, owner’s rights may be protected by filing a claim for compensation of damages caused by anientisement or destruction

of property [24, pp. 542 – 543]. Such method of protection subject to the Chapter 82 of the Civil Code of Ukraine regulations, titled as “Compensation of damages”, is subsidiary in nature, because it can be used in cases when the application of other legal methods (special proprietary, contractual etc.) is impossible due to the fact that a special norm of legislation is absent, the thing is destroyed or no longer exists, there is no contract between the participants of a dispute and so on.

General grounds of responsibility for the damages are established by Art. 1166 of the Civil Code of Ukraine, which provides that property harm caused by unlawful decisions, actions or inactivity to personal non-property rights of citizens or legal entities, as well as damage caused to property of citizens or legal entities shall be reimbursed in full by the person who inflicted it.

Damage caused to the owner by anientisement or destruction of property should be reimbursed on the principles set by the norms of Chapter 82 of the Ukrainian Civil Code: (1) damage to property must be reimbursed in full by the person who caused this damage or a person indicated in the law; (2) regardless of sphere of its infliction the fact of damage to a person or property is recognized illegitimate, if the person who caused the damage does not prove that he acted lawfully; (3) components of civil infraction, that serves as the basis of tort obligation, are fixed in Art. 1166 of the CC of Ukraine. They include such terms as harm, unlawful behavior, causal connection between unlawful behavior and damages, guilt of tortfeasor [25, p. 621].

Consequently, the terms for filing of a claim in this case are: (1) the plaintiff’s rights on the thing; (2) the fact of destruction, damage or deterioration of the thing (property damage); (3) absence of an agreement between the proprietor and the person who destroyed or damaged the property on transmission of thing into the disposal of the last on his mind. The plaintiff is a owner, whose rights are violated by destruction, damage or deterioration of things. The respondent is a person whose behavior thereof caused the destruction, damage or

deterioration of the things, or the person indicated in the law (parents, guardians, schools etc., the State, the Autonomous Republic of Crimea, self-government institutions). The content of the claim is a demand of the owner for the compensation of property and moral damage caused by the destruction, damage or deterioration of things.

Methods of compensation for damages caused by the destruction, damage or deterioration of the things are defined in Art. 1192 of the CC of Ukraine. According to this norm the court at aggrieved person’s option can oblige the person who caused damage to property, to compensate it in nature (to pass a thing of the same sort and the same quality, to repair a damaged thing etc.) or compensate caused damages in full. The measure of damages, in turn, is determined according to the real value of the lost property at the time of trial or performance of work necessary for the restoring of the damaged things [26].

Summarizing the foregoing, we can conclude that the rules of the Chapter 82 of the Civil Code of Ukraine, devoted to the regulation of the property damage compensation relations, in their nature are the universal methods of the property rights protection (except the Art. 1170 of the CC), used in case of destruction, damage or deterioration of things. In addition, the rules of the mentioned Chapter are applied subsidiarily in the cases of the use of the special methods of protection under the rules of the Chapter 29 of the Civil Code of Ukraine. The compensation of harm to the owner is performed on the general principles of the damages compensation obligations.

It should be noted that based on the analogical principles the Chapter 82 of the Civil Code of Ukraine may be used also for the intellectual property protection [27, pp. 301-305; 28, pp. 72-73; 29; 30; 31, pp. 311-333], (although sometimes the matter is about a more wide concept of its “guard” [32], which cover the concept of legal protection, but leave outside the methods of a proper civil legal protection [33]), the category of which has a genetic affinity with the right of ownership [34].

LITERATURE

1. Донцов С. Е. Гражданско-правовые внедоговорные способы защиты социалистической собственности / С. Е. Донцов. — М. : Юрид. лит., — 1980. — 144 с.
2. Болокан І. Засоби захисту права власності підприємців у недоговірних зобов'язання / І. Болокан // Підприємництво, господарство і право. — 2006.— № 12. — С. 151 — 154.
3. Болокан І. В. Зобов'язально-правові та спеціальні засоби захисту права власності в підприємницькій діяльності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / І. В. Болокан. — К., 2008. — 20 с.
4. Автаева Н. Е. Гражданско—правовая защита социалистической собственности / Н. Е. Автаева, Н. П. Волошин. — М. : Юрид. лит., 1974.
5. Цивільний кодекс України : науково—практ. коментар / [Є. О. Харитоновна, Ю. Л. Бошицький, Р. О. Стефанчук та ін.] ; за заг. ред. Є. О. Харитоновна, О. І. Харитоновної, Н. Ю. Голубевої. — К. : Правова єдність, 2008. — 740 с.

6. Дзера І. О. До питання про поняття та класифікацію цивільно—правових засобів захисту права власності / І. О. Дзера // Науковий вісник Чернівецького університету : збірник наукових праць. Правознавство. — Чернівці : ЧДУ. — 1999. — Вип. 70. — С. 36 — 40.
7. Право собственности: Актуальные проблемы / отв. ред. В. Н. Литовкин, Е. А. Суханов, В. В. Чубаров.— М. : Статут, 2008.
8. Дзера І. О. Цивільно—правові засоби захисту права власності в Україні / І. О. Дзера. — К. : Юрінком Інтер, 2001. — 256 с.
9. Дзера І. О. Виправний позов у цивільному праві / І. О. Дзера // Науковий вісник Чернівецького університету : збірник наукових праць. Правознавство. — Чернівці : ЧДУ. — 2000. — Вип. 82. — С. 31 — 37.
10. Моргунов С. В. Виндикация в гражданском праве. Теория. Проблемы. Практика / С. В. Моргунов. — М. : Статут, 2006. — 301 с.
11. Егоров Н. Д. Гражданско-правовое регулирование экономических отношений : учеб. пособие. — Л. : Издательство Ленинградского университета, 1986.
12. Маттеи У. Основные положения права собственности/ У. Маттеи, Е. А. Суханов. — М. : Юрист, 1999.
13. Право власності в Україні / за ред. Я. М. Шевченко. — К. : Бліц-Інформ, 1996.
14. Право собственности в СССР / под ред. Ю. К. Толстого, В. Ф. Яковлева. — М. : Юрид. лит., 1989. — 288 с.
15. Цивільне право України: підруч. у 2-х кн. / [О. В. Дзера, Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.] ; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — К. : Юрінком Інтер. — Кн. 1. — 2002. — 720 с.
16. Васильченко В. В. Коментар та постатейні матеріали до законодавства України про власність / В. В. Васильченко, О. О. Михайленко. — Х. : Одиссей, 2007. — 800 с.
17. Дзера І. О. Цивільно—правові засоби захисту права власності в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / І. О. Дзера. — К., 2001. — 21 с.
18. Жилінкова І. Превентивний спосіб захисту права власності / І. Жилінкова // Вісник Академії правових наук України. — 2005. — № 3 (42). — С. 130 — 136.
19. Дзера О. В. Розвиток права власності громадян в Україні : моногр./ О. В. Дзера — К. : Вентурі, 1996. — 272 с.
20. Боннер А. Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе / А. Т. Боннер. — М. : Юрид. лит., 1980. — 160 с.
21. Бару М. О. О субсидиарном применении норм гражданского права к трудовым правоотношениям / М. О. Бару // Советская юстиция. — 1963. — № 14. — С. 17.
22. Петров В. Колхозное законодательство в судебной практике/ В. Петров // Советская юстиция. — 1972. — № 13. — С. 14.
23. Ківалова Т. С. Зобов'язання відшкодування шкоди у цивільному законодавстві України (теоретичні аспекти) : моногр./ Т. С. Ківалова. — Одеса : Юридична література, 2008. — 360 с.
24. Право власності в Україні : навч. посіб. / [О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова, О. А. Підпригора та ін.] ; за заг. ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — К. : Юрінком Інтер, 2000. — 816 с.
25. Відшкодування шкоди, завданої правам власника // Цивільне право України: підручник в 2-х т. / [Є. О. Харитонов, О. В. Дзера, В. В. Дудченко та ін.] ; за ред. Є. О. Харитонова, Н. Ю. Голубевої. — Х. : Одиссей. — Т. 1. — 2008. — С. 621 — 622.
26. Ківалова Т. С. Відшкодування шкоди у системі способів захисту прав власника/ Т. С. Ківалова // Вісник прокуратури. — 2008. — № 4. — С. 97 — 103.
27. Право інтелектуальної власності : Академічний курс : підруч. / [О. П. Орлюк, І. О. Андрощук, О. Б. Бутнік-Сіверський та ін.] ; за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. — К. : Ін Юре, 2007.
28. Бошицький Ю. Л. Право інтелектуальної власності : навчальний посібник / Ю. Л. Бошицький. — К. : Логос, 2007.
29. Шишка Р. Б. Охорона права інтелектуальної власності: авторсько—правовий аспект / Р. Б. Шишка. — Харків : Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2002. — 368 с.
30. Ківалова Т. С. Відшкодування шкоди, завданої порушенням права інтелектуальної власності / Т. С. Ківалова // Проблеми права інтелектуальної власності : круглий стіл, 14 березня 2008 р. : тези доп. — Одеса, 2008. — С. 10 — 13.
31. Мельник О. М. Проблема охорони прав суб'єктів інтелектуальної власності в Україні / О. М. Мельник. — Харків : Видавництво Національного університету внутрішніх справ, 2002.
32. Чечі Д. Охорона інтелектуальної власності в Угорському праві : моногр. / Д. Чечі ; за заг. ред. і в пер. Ю. Л. Бошицького. — К. : Логос, 2006. — 184 с.
33. Антонюк О. І. Деякі загальнотеоретичні питання визначення поняття правового захисту у цивільному праві / О. І. Антонюк // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності : збірник наукових праць. — Донецьк : Донецький інститут внутрішніх справ. — 2002. — № 2. — С. 309 — 319.
34. Харитонова О. І. Право власності і право інтелектуальної власності: проблема співвідношення / О. І. Харитонова // Проблеми права інтелектуальної власності : тези доп., круглий стіл, 14 березня 2008 р.— Одеса, 2008. — С. 5 — 6.

АНОТАЦІЯ

Ківалова Т.С. Субсидіарне застосування зобов'язань відшкодування шкоди. — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню механізму застосування зобов'язань відшкодування шкоди. Розглянуто можливості їх використання стосовно відносин власності з метою встановлення місця і значення відшкодування шкоди, завданої власнику, у загальній системі захисту права власності засобами цивільного законодавства. Визначено договірні та недоговірні способи захисту права власності. Зазначено, що відшкодування шкоди є не лише одним з універсальних способів захисту права власності, але й виступає як потужний субсидіарний засіб.

Ключові слова: відшкодування шкоди, власність, захист права власності, договірні способи захисту, недоговірні способи захисту, універсальний спосіб, субсидіарний засіб, майновий інтерес, позов, майнова шкода.

АННОТАЦИЯ

Кивалова Т.С. Субсидиарное применение обязательств возмещения вреда. — Статья.

Статья посвящена исследованию механизма применения обязательств по возмещению вреда. Рассмотрены возможности их использования относительно отношений собственности с целью установления места и значения возмещения вреда, нанесенного собственнику, в общей системе защиты права собственности средствами гражданского законодательства. Определены договорные и недоговорные способы защиты права собственности

ти. Отмечено, что возмещение вреда является не только одним из универсальных способов защиты права собственности, но и выступает как мощное субсидиарное средство.

Ключевые слова: возмещение вреда, собственность, защита права собственности, договорные способы защиты, недоговорные способы защиты, универсальный способ, субсидиарный способ, имущественный интерес, иск, имущественный вред.

SUMMARY

Kivalova T.S. Subsidiary application of damages compensation obligations. – Article.

The article investigates the mechanism of obligations application of damages compensation. The possibilities of their use regarding the property relations to define the place and meaning of damage compensation caused to owner, in general system of property rights protection by means of civil legislation are examined. The contractual and non-contractual methods of property rights protection are defined. It is noted that damages compensation is not only one of universal methods of property rights protection, but also a powerful subsidiary means.

Keywords: damages compensation, property, protection of property rights, contractual methods of protection, non-contractual methods of protection, universal method, subsidiary method, property interest, claim, property damage.

У цивільних правовідносинах існує два види обов'язку – активний та пасивний. Так, активну роль відіграє, як правило, боржник. Він має виконати певні юридичні або фактичні дії для досягнення конкретного результату на користь або в інтересах кредитора. Пасивна роль полягає в утриманні від активних дій для виконання свого обов'язку.

Отже, ЦК України передбачає наступні *обов'язки праволодільця*:

- зобов'язання передати користувачеві технічну та комерційну документацію, необхідні ліцензії і надати іншу інформацію, необхідну для здійснення прав, наданих йому за договором комерційної концесії, а також проінформувати користувача та його працівників з питань, пов'язаних із здійсненням цих прав;

- зобов'язання, якщо інше не встановлено договором комерційної концесії, здійснити державну реєстрацію договору (реєстрація здійснюється праволодільцем тоді, коли його місцем знаходження є Україна. Якщо він знаходиться за межами України – реєстрацію здійснює сам користувач);

- надавати користувачеві постійне технічне та консультативне сприяння, включаючи сприяння у навчанні та підвищенні кваліфікації працівників;

- контролювати якість товарів (робіт, послуг), що виробляються (виконуються, надаються) користувачем на підставі договору комерційної концесії.

Статтею 1122 ЦК України передбачені, також, особливі умови, які фактично є обмеженням прав праволодільця, зокрема, обов'язок не надавати іншим особам аналогічні комплекси прав для їх використання на закріпленій за користувачем території або утримуватися від власної аналогічної діяльності на цій території.

Обов'язки користувача:

- використання торговельної марки та інших позначень праволодільця визначеним у договорі способом;

- забезпечення відповідності якості товарів (робіт, послуг), що виробляються (виконуються, надаються) відповідно до договору комерційної концесії, якості аналогічних товарів (робіт, послуг), що виробляються (виконуються, надаються) праволодільцем;

- дотримання інструкцій та вказівок праволодільця, спрямованих на забезпечення відповідності характеру, способів та умов використання комплексу наданих прав використанню цих прав праволодільцем; щодо надання покупцям (замовникам) додаткових послуг, на які вони могли б розраховувати, купуючи (замовляючи) товари (роботи, послуги) безпосередньо у праволодільця;

- інформування покупців (замовників) найбільш очевидним для них способом про викорис-

тання ним торговельної марки та інших позначень праволодільця за договором комерційної концесії;

- нерозголошення секретів виробництва праволодільця, іншої одержаної від нього конфіденційної інформації.

Крім цього, стаття 1122 ЦК України передбачає певні обмеження для користувача, які теж є його юридичним обов'язком:

- не конкурувати з праволодільцем на території, на яку поширюється чинність договору, щодо підприємницької діяльності, яку здійснює користувач з використанням наданих праволодільцем прав;

- не одержувати аналогічні права від конкурентів (потенційних конкурентів) праволодільця;

- погоджувати з праволодільцем місце розташування приміщень для продажу товарів (виконання робіт, надання послуг), передбачених договором, а також їх внутрішнє і зовнішнє оформлення.

З наведених обов'язків сторін видно, що у користувача їх набагато більше ніж у праволодільця. А значить, що у праволодільця з'являється і більше прав. Це зрозуміло, адже праволодільець займає особливе місце: він є первинним користувачем своїх прав і він як праволодільець сам установлює ті умови, які для нього є більш прийнятними. Хоч цей договір і не є, на перший погляд, договором приєднання, але, якщо у праволодільця є декілька користувачів, то він готує зразок договору з визначеними наперед умовами.

Права сторін за договором комерційної концесії. Якщо Цивільний кодекс чітко прописує обов'язки сторін за договором, то права сторін можна читати лише поміж рядками, або, витягуючи їх з інших статей глави 76. Звичайно, опоненти скажуть, що обов'язки однієї із сторін породжують права іншої сторони. І вони будуть у деякій мірі праві, але розпливчатість і нечіткість норм, які визначають права сторін, породжують конфлікти між ними при тлумаченні договору.

Коли мова йде про права сторін, то необхідно знати, що, суб'єктивне цивільне право є поєднанням трьох правомочностей: а) правомочність на власні дії. Суб'єкт має право здійснювати самостійно фактичні та юридичні дії; б) правомочність вимагати від зобов'язаного суб'єкта виконання ним певних обов'язків та в) правомочність на захист, яка полягає у можливості використання механізму державного примусу у випадках порушення суб'єктивного права.

Правомочність вимагати від зобов'язаного суб'єкта виконання ним певних обов'язків визначена ЦК України, а ось правомочність на власні дії є дещо невизначеною. З аналізу статей, які регу-

люють комерційну концесію, можна визначити наступні *права правоволодільця*:

- право надавати користування комплексом належних йому прав будь-якій особі, що займається підприємницькою діяльністю, з метою виготовлення та (або) продажу певного виду товару та (або) надання послуг;

- право надавати іншим особам користування комплексом належних цій стороні прав з метою виготовлення та (або) продажу певного виду товару та (або) надання послуг (не порушуючи при цьому прав уже існуючого користувача);

- право контролювати діяльність користувача чи субкористувача. Під час дії договору правоволодільець, який заінтересований у якісному виконанні договору (роботи, послуги) контролює роботу користувача, чи субкористувача. Він має право виставляти претензії користувачеві, перевіряти його продукцію, перевіряти чи користується користувач торговою маркою, фірмовим найменуванням тощо;

- право передбачити у договорі заборону субконцесії, наприклад, мотивуючи це збереженням комерційної таємниці, побоюванням втрати ділової репутації чи іншими причинами, або взагалі не коментувати свою відмову. Необхідно звернути увагу на шкоду, яка може бути заподіяна правоволодільцю вторинними користувачами. У такому випадку користувач несе субсидіарну відповідальність за шкоду, якщо інше не передбачено договором комерційної концесії;

- право на відчуження своїх виключних прав на об'єкт інтелектуальної власності;

- право на зміну торговельної марки чи іншого позначення (ст. 1128 ЦК України);

- право відмовитися від укладання договору комерційної концесії на новий строк, мотивуючи при цьому свою відмову;

- право вимоги щодо розірвання, зміни або припинення договору у передбачених законом випадках.

Права користувача:

- право користування комплексом належних правоволодільцю прав;

- право надавати іншим особам використання наданого йому комплексу виключних прав або частини цього комплексу на умовах субконцесії. Статтею 1029 ЦК України передбачена комерційна субконцесія тобто субфранчайзинг. У договорі комерційної концесії може бути визначено право користувача дозволяти іншим особам використання наданого комплексу виключних прав або частини цього комплексу на умовах субконцесії, узгоджених ним з правоволодільцем, чи визначених самим договором комерційної концесії. Договір

комерційної субконцесії не може бути укладений на строк більший за договір комерційної концесії. Особливою умовою договору може бути встановлена кількість укладених користувачем комерційних субконцесій, адже правоволодільець у цьому, як правило, заінтересований;

- право продавати товари (виконувати роботи, надавати послуги) виключно певній категорії покупців (замовників) або виключно покупцям (замовникам), які мають місцезнаходження (місце проживання) на території, визначеній у договорі. Умова договору, відповідно до якої правоволодільець має право визначати ціну товару (робіт, послуг), передбаченого договором, або встановлювати верхню чи нижню межу цієї ціни, є нікчемною (ст. 1122 ЦК України);

- право на укладання договору на новий строк на тих же умовах, якщо користувач належним чином виконував свої обов'язки;

- право відмовитися від укладання договору комерційної концесії на новий строк;

- право вимагати зменшення плати правоволодільцю у разі зміни ним торгової марки чи іншого позначення тощо.

Крім цих прав сторін, ст. 1126 ЦК України передбачає, що будь-яка сторона має право у будь-який час, без згоди іншої сторони відмовитися від договору, повідомивши про це другу сторону не менш як за шість місяців, якщо договором не встановлено більш тривалий строк.

Звичайно, що Цивільний кодекс не може визначати повний перелік прав та обов'язків сторін за будь-яким договором. Сторони у договорі їх самостійно деталізують. Але для того, щоб при укладанні договору комерційної концесії не мали місце зловживання своїми правами, у першу чергу, правоволодільцем – необхідно прийняти закон про франчайзинг, у крайньому випадку про комерційну концесію. Це повинен бути закон, який би детально регулював відносини між правоволодільцем та користувачем.

До речі, Республіка Казахстан у 1998 році прийняла Закон «Про комплексну підприємницьку діяльність (франчайзинг)», який більш детально регулює франчайзингові відносини. В Україні теж була спроба у листопаді 2001 року прийняти Закон «Про франчайзинг», але він був досить сирым, не пройшов Верховну Раду і був знятий з порядку денного. Можливо, що законодавець ще повернеться до цієї проблеми і прийме його.

Виходячи з вищевикладеного, можна зробити наступні висновки. Комерційна концесія (франчайзинг) є ефективним способом розгортання підприємницької діяльності та важливим елементом маркетингу інновації. Саме своїми перевагами,

які він розкриває для своїх учасників, франчайзинг гармонійно вписується у процес маркетингу інновації (зокрема, брендової), дозволяючи більш гнучко та ефективно впровадити її на ринок та одержати відповідні прибутки [22, с. 33]. Але у Цивільному кодексі України поряд з обов'язками сторін повинні більш конкретно бути визначені права право-

володільця та користувача. Це дасть змогу сторонам користуватися ними при укладанні конкретних договорів комерційної концесії. Окрім цього, для більш детального врегулювання франчайзингових відносин, необхідно прийняти закон про комерційну концесію (франчайзинг), у якому визначити не тільки обов'язки сторін, але і їх права.

ЛІТЕРАТУРА

1. Франчайзинг в Україні [Електронний ресурс] / Сайт Ассоциации франчайзингу. — Режим доступу : <http://franslising.org.ua/index.php?pageid=12>.
2. Договір комерційної концесії та договір франчайзингу. Співвідношення понять та правова природа // Часопис Київського університету права. — 2003. — № 3. — С. 199 — 203.
3. Гражданский кодекс Российской Федерации от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ.
4. Гражданский кодекс Республики Беларусь от 7 декабря 1998 г. № 218-3.
5. Гражданский кодекс Республики Казахстан от 27 декабря 1994 г. № 409-І.
6. Степанова Т. О. Формування правових засад франчайзинга в Україні / Т. О. Степанова, О. С. Квілінський // Економіка та право. — 2009. — № 3. — С. 23 — 28.
7. Сидоров Я. Франчайзинг — нова договірна форма здійснення бізнесової діяльності в Україні / Я. Сидоров // Предпринимательство, хозяйство и право. — 2003. — № 1. — С. 34 — 37.
8. Ляшенко В. Про необхідність створення правової бази розвитку франчайзингу в Україні / В. Ляшенко, В. Хахулін, П. Боярчук // Предпринимательство, хозяйство и право. — 2000. — № 4. — С. 22 — 27.
9. Лопушанський Т. В. Правовий та економічний аспект розвитку франчайзингу у країнах ЄС та в Україні / Т. В. Лопушанський // Зовнішня торгівля : право та економіка. — 2007. — № 4. — С. 56 — 61.
10. Іолкін Я. Деякі аспекти правового регулювання договору франшизи / Я. Іолкін // Предпринимательство, хозяйство и право. — 2000. — № 4. — С. 27 — 40.
11. Килимник І. І. Особливості правового регулювання договору комерційної концесії (франчайзингу) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / І. І. Килимник. — Х., 2003. — 183 с.
12. Цірат Г. В. Договори франчайзингу : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Г. В. Цірат. — К., 2003. — 191 с.
13. Шишка Р. Б. Договір франчайзинга / Р. Б. Шишка // Бизнес-информ. — 1996. — № 5. — С. 7 — 9.
14. Качканов В. П. Франчайзинг как форма связи крупного и малого бизнеса в сфере торговли : дис. ... канд. экон. наук : 08.00.01 / В. П. Качканов. — М., 2006. — 152 с.
15. Суворов Д. О. Обеспечение устойчивого развития предприятий малого бизнеса на основе франчайзинга : дис. ... канд. экон. наук : 08.00.05 / Д. О. Суворов. — СПб., 2006. — 163 с.
16. Колесников В. Построение франчайзингового бизнеса. Курс для правообладателей и пользователей франшиз / В. Колесников. — СПб. : ПИТЕР, 2008. — 288 с.
17. Стивен Спинелли мл. Франчайзинг — путь к богатству / Стивен Спинелли мл., Роберт М. Розенберг, Сью Берли. — СПб., 2007. — 382 с.
18. Дельтей Ж. Франчайзинг / Ж. Дельтей — СПб. : НЕВА, 2003. — 128 с.
19. Мюррей Ян. Франчайзинг / Мюррей Ян. — СПб. : ПИТЕР, 2004. — 144 с.
20. Цивільний кодекс України : чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 12 трав. 2011 р. : (ОФІЦ. ТЕКСТ). — К. : ПАЛІВОДА А.В., 2011. — 380 с.
21. Крестовська Н. М. Теорія держави і права : елемент. курс / Н. М. Крестовська, Л. Г. Матвеева. — Х. : Одиссей, 2007. — 432 с.
22. Махнуша С. М. Франчайзингова форма використання бренда: погляд з позицій маркетингу інновацій / С. М. Махнуша // Маркетинг і менеджмент інновацій. — 2010. — № 2. — С. 26 — 33.

АНОТАЦІЯ

Резніченко С.В. Права та обов'язки сторін за договором комерційної концесії (франчайзингу). — Стаття.

У статті розглядається проблема визначення поняття комерційної концесії (франчайзингу), уточнюються права та обов'язки сторін за договором, а також проблеми, що пов'язані з їх визначенням.

Ключові слова: франчайзинг, комерційна концесія, права та обов'язки сторін за договором.

АННОТАЦИЯ

Резниченко С.В. Права и обязанности сторон по договору коммерческой концессии (франчайзинга). —

Статья.

В статье рассматривается проблема определения понятия коммерческой концессии (франчайзинга), уточняются права и обязанности сторон по договору, а также проблемы, связанные с их определением.

Ключевые слова: франчайзинг, коммерческая концессия, права и обязанности сторон по договору.

SUMMARY

Reznichenko S.V. The rights and obligations of the parties under the contract of commercial concession (franchising). — Article.

The problem of the definition of commercial concession (franchising). Clarifies the rights and obligations of the parties for the contract, as well as problems related to their definition.

Keywords: franchising, commercial concession, the rights and obligations of the parties for the contract.

УДК 347.627.2(477)

ДЕЯКІ ПИТАННЯ РОЗІРВАННЯ ШЛЮБУ В СУДОВОМУ ПОРЯДКУ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Сафончик Оксана Іванівна

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

Ефективне правове регулювання шлюбно-сімейних відносин в Україні має надзвичайно важливе значення для відновлення і подальшого розвитку української держави. Питання регулювання шлюбно-сімейних відносин у процесі розвитку і становлення нашої держави в економічному, соціально-культурному та у морально-етичному плані, є найбільш актуальними, оскільки останні є основою становлення і розвитку суспільства в цілому. Сім'я як соціальне утворення виступала найважливішим елементом розвитку в усіх цивілізаціях. Ідеологія пріоритету сім'ї, її неминуча цінність для людини і суспільства закріплена у багатьох нормативно-правових актах, одним з головних положень яких є зміцнення і захист сім'ї з боку суспільства, розробка національної сімейної політики [1, с. 1].

Держава і суспільство не можуть не вбачати в припиненні шлюбу, особливо в розлученні, свідчення неблагополуччя у сфері шлюбно-сімейних відносин. Держава зацікавлена у збереженні й зміцненні сім'ї, що відображено у ч. 3 ст. 51 Конституції України [2], яка встановлює, що захист сім'ї є конституційним обов'язком держави.

Проблеми розірвання шлюбу в судовому порядку досліджувало багато вчених-юристів, таких як: М. В. Антокольська, О. В. Дзера, І. В. Жилінкова, Л. М. Зілковська, А. М. Нечаєва, З. В. Ромовська, Є. О. Харитонов, О. О. Ульяненко, С. Я. Фурса, Ю. С. Червоний та ін., що знайшло своє відображення в наукових працях, які застосовувалися при дослідженні зазначених проблем розірвання шлюбу. Значення належного регулювання розірвання шлюбу подружжям, яке має дітей, сьогодні різко підвищується прийняттям СК України [3], у зв'язку з чим, інститут припинення шлюбу шляхом його розірвання зазнав істотних змін, поповнився багатьма новелами, які потребують детального вивчення та глибоких досліджень.

Розірвання шлюбу є одним з видів припинення шлюбу, передбачених ст. 104 СК України [4]. Сімейне законодавство України передбачає, що розірвання шлюбу в судовому порядку можливе за взаємною згодою та за позовом одного з по-

дружжя (ст. 109 та ст. 112 СК). У зв'язку з цим, ст. 105 СК передбачає можливість припинення шлюбу внаслідок його розірвання за спільною заявою подружжя на підставі рішення суду, відповідно до ст. 109 СК України. При цьому розірвання шлюбу подружжям, яке має дітей, провадиться виключно в судовому порядку, не зважаючи навіть на наявність взаємної згоди на розлучення.

При розірванні шлюбу за взаємною згодою подружжя, яке має спільних дітей, роль суду в принципі така сама, як і роль органів РАЦС, оскільки він не має права з'ясовувати причини розлучення, вживати заходи до примирення подружжя або будь-яким способом вторгтися в їхнє особисте життя, тобто, суд не має права відмовляти в розірванні шлюбу, якщо обидва подружжя заявляють про це. Разом з тим, суд може відмовити у розірванні шлюбу, якщо буде встановлено фіктивність такого розірвання шлюбу тощо.

При розірванні шлюбу подружжя мають дотримуватися також вимог ст. 110 СК, де встановлено імперативне правило про неможливість чоловіка і дружини розірвати шлюб протягом вагітності дружини та впродовж року після народження дитини. Слід зазначити, що зазначене правило викликає безліч дискусій щодо необхідності позбавлення жінки у цей період права розірвати шлюб. Раніше чинний КпШС тимчасово обмежував право на розірвання шлюбу у цей період лише чоловіка, тоді як жінка таке право мала. За новою редакцією СК розірвання шлюбу в такий період можливе лише як виняток у разі, якщо один з подружжя вчинив протиправну поведінку, яка містить ознаки злочину, щодо другого з подружжя або дитини. Однак, не лише вказані дві обставини можуть вплинути на бажання жінки перебувати у шлюбі, у зв'язку з чим положення, яке передбачалось КпШС України, було більш правильним. Зазначена позиція заслуговує на увагу, оскільки це суперечить праву на вільне перебування у шлюбних відносинах і на свободу розлучення, встановленого законом.

Закон надає право подружжю, яке має дітей, право подати до суду заяву про розірвання шлюбу разом із письмовим договором про те, з ким із них

житимуть діти, яку участь у забезпеченні умов їхнього життя братиме той з батьків, хто буде проживати окремо, а також про умови здійснення ним права на особисте виховання дітей, що є безумовно, прогресивним введенням в сімейне законодавство України. Оскільки зазначений договір надається до суду разом із заявою подружжя щодо розірвання шлюбу, він укладається у простій письмовій формі підлягає затвердженню судом у випадку, якщо його умови порушують особисті та майнові права як подружжя, так і їх дітей.

Зазначене положення ні в СК України, ні ЦПК [5] не містить вказівки на дії суду у разі, якщо подружжя у спільній заяві такого договору не нададуть. Однак враховуючи, що наявність такого договору між подружжям є обов'язковою та невід'ємною частиною заяви та є її додатком, можна дійти висновку, що відсутність цього договору не є підставою для відмови у прийнятті такою заявою, але буде розцінюватися як її недолік, у зв'язку з чим суддя має надати строк для усунення такого недоліку, про що постановити відповідну ухвалу відповідно до вимог ЦПК України [6].

У зв'язку з цим, слід погодитися з думкою С. Я. Фурси [7, с. 372], відповідно до якої заява за ухвалою суду має повертатися заявникам та вважатиметься неподаною згідно ст. 121 ЦПК України, якщо такий недолік не буде усунуто.

Слід зазначити, що вимога обох з подружжя про розірвання шлюбу порушується позовною заявою, оскільки таке тлумачення деякими авторами [8, с. 182] є вузьким, адже розірвання шлюбу можливе як за спільною заявою подружжя (ст. 109 СК України) відповідно до ст. 234 ЦПК України, так і за позовною заявою одного з них. В першому випадку вимоги про розірвання шлюбу розглядається в порядку окремого провадження шляхом пред'явлення заяви, де подружжя є заявниками [9, с. 19 – 41], в другому випадку – в порядку позовного провадження. Як заінтересовані особи по справі можуть брати участь дитина у віці 14 років, органи опіки та піклування за місцем проживання дитини.

Водночас ч. 2 ст. 109 СК України передбачає ще один договір подружжя, який подається суду при розірванні шлюбу за спільною заявою подружжя – це договір щодо визначення розміру аліментів на дитину, який має бути нотаріально посвідчений, у разі невиконання якого аліменти можуть стягуватися на підставі виконавчого напису нотаріусу. При аналізі зазначеного договору певні складності виникають при визначенні його правової природи, що підтверджується наступним: 1) закріплення в окремих частинах коментованої статті двох схожих договорів про порядок виховання дитини є одним

із чинників постановлення питання щодо співвідношення цих договорів. Частина 1 ст. 109 СК, яка носить диспозитивний характер, надає подружжю право надати до суду письмовий договір про порядок виховання дитини, водночас імперативне правило ч. 2 встановлює, що «договір між подружжям про розмір аліментів на дитину має бути нотаріально посвідчений», внаслідок чого чітко не вбачається, чи імперативна норма ч. 2 стосується лише форми договору про аліменти (нотаріальна), чи самого факту укладення такого договору; 2) відсутність чіткого змісту договору про аліменти, оскільки згідно ч. 2 коментованої статті йдеться лише про розмір аліментів (при цьому, про порядок та строки сплати не зазначено). Водночас ст. 189 СК передбачає можливість укладення батьками договору про сплату аліментів на дитину, визначивши в ньому розмір та строки виплати, що вносить неясність стосовно співвідношення зазначених норм СК, тобто, чи договір (ч. 2 ст. 109 СК) має місце лише при розірванні шлюбу за спільною заявою подружжя, яке має дітей, а ст. 189 СК розрахована на інші ситуації (наприклад, якщо розмір аліментів встановлюється без розірвання шлюбу, або у випадку перебування батьків у зареєстрованому шлюбі тощо), чи ст. 189 СК розповсюджується на всі випадки, оскільки стосується аліментних обов'язків батьків щодо своїх дітей. Неоднозначність такої ситуації ускладнюється ч. 2 ст. 93 СК, відповідно до якої подружжя має право у шлюбному договорі визначити свої майнові права та обов'язки як батьків, оскільки чинним законодавством України не встановлена заборона щодо укладення шлюбного договору і сплати аліментів на випадок розірвання шлюбу. Уявляється, що в даному випадку при розірванні шлюбу між подружжям, яке має дітей, укладання нотаріально засвідченого договору про розмір аліментів є обов'язковим.

Судовий порядок розірвання шлюбу здійснюється з урахуванням вимог цивільного процесуального законодавства про позовне провадження, де досить докладно визначені права та обов'язки сторін, що беруть участь у справі. Суд повинен забезпечити не тільки державно-правове регулювання відносин, пов'язаних з припиненням шлюбу, але й у разі потреби захистити інтереси кожного з подружжя і їхніх дітей. За даних обставин шлюб розривається в суді лише тоді, коли цього потребують інтереси неповнолітніх дітей. Однак мова не йде про те, що виходячи з інтересів дітей, суд повинен прагнути зберегти сім'ю за будь-яку ціну, оскільки справа про розірвання шлюбу при взаємній згоді подружжя беззаперечна, і завдання суду в таких випадках інше – встановити, чи відповідає заява про розірвання шлюбу дійсній волі подружжя, і чи

не суперечить письмова домовленість подружжя щодо дітей їх правам та інтересам. Якщо буде встановлено, що письмова домовленість сторін відповідає інтересам дітей, і немає підстав вважати, що вона порушує інтереси дітей, суд затверджує погодження своїм рішенням.

Позовна заява про розірвання шлюбу повинна розглядатися у позовному провадженні та відповідати вимогам, які пред'являються до змісту та форми позовної заяви (статті 119 – 121 ЦПК України). Такий позов може бути пред'явлено у випадках, коли один із подружжя заперечує проти розірвання шлюбу, коли є спірним питання щодо визначення місця проживання дитини тощо.

Закон встановлює строк для постановлення судом рішення про розірвання шлюбу – один мі-

сяць, протягом якого дружина та чоловік можуть переглянути свої взаємини, досягти примирення і відкликати заяву про розірвання шлюбу. У разі спливу встановленого строку заява від подружжя про припинення справи не надійшла, і сторони в судове засідання не з'явилися, суд має право залишити справу без розгляду згідно ст. 207 ЦПК України [10].

Після набрання рішенням законної сили особи повинні оформити розірвання шлюбу в органах РАЦС, що здійснюється шляхом реєстрації, а за заявою колишнього чоловіка або дружини видається свідоцтво про розірвання шлюбу та ставиться відмітка у паспорті. Шлюб, розірваний судом, вважається припиненим у день набрання чинності рішенням суду про розірвання шлюбу.

ЛІТЕРАТУРА

1. Сафончик О. І. Правове регулювання припинення шлюбу в Україні : автореф. дис. ... канд.юрид.наук : 12.00.03 / О. І. Сафончик. — Одеса, 2004. — 20 с.
2. Конституція України : Закон України від. 28.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30.
3. Сімейних кодекс України : Закон України від 10.01.2002 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 21 — 22.
4. Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України / за ред. Є. О. Харитоновна. — Х. : Одиссей. — 2006.
5. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18.03.2004 р. — К. : Парламентське видавництво. — 2004.
6. Науково-практичний коментар Цивільно-процесуального кодексу України у двох томах / за ред. С. Я. Фурси. — К., 2006.
7. Сімейне право: Нотаріат. Адвокатура. Суд / за ред. С. Я. Фурси. — К., 2005. — Книга 1.
8. Науково-практичний коментар до Сімейного кодексу України / за ред. Ю. С. Червоного. — К. : Істина, 2003.
9. Фурса С. Я. Окреме провадження у цивільному процесі України : навч. посіб. / С. Я. Фурса. — К., 1999.
10. Науково-практичний коментар Цивільно-процесуального кодексу України у двох томах / за ред. С.Я. Фурси. — К., 2006.

АНОТАЦІЯ

Сафончик О.І. Деякі питання розірвання шлюбу в судовому порядку за законодавством України. – Стаття.

Розірвання шлюбу є одним з видів припинення шлюбу, передбачених Сімейним кодексом України. Сімейне законодавство України передбачає, що розірвання шлюбу в судовому порядку можливе як за взаємною згодою подружжя, так і за позовом одного з них. При цьому розірвання шлюбу подружжям, яке має дітей, провадиться виключно в судовому порядку, не зважаючи навіть на наявність взаємної згоди на розлучення. Подружжя, яке має дітей, має право подати до суду заяву про розірвання шлюбу разом із письмовим договором про те, з ким із них будуть проживати діти, яку участь у забезпеченні умов їхнього життя братиме той з батьків, хто буде проживати окремо, а також про умови здійснення ним права на особисте виховання дітей. Шлюб, розірваний судом, вважається припиненим у день набрання чинності рішенням суду про розірвання шлюбу.

Ключові слова: шлюбно-сімейні правовідносини, шлюб, припинення шлюбу, розлучення.

АННОТАЦИЯ

Сафончик О.И. Отдельные вопросы расторжения брака в судебном порядке по законодательству Украины. – Статья.

Расторжение брака является одним из видов прекращения брака, предусмотренных Семейным кодексом Украины. Семейное законодательство Украины предусматривает, что расторжение брака в судебном порядке возможно как по взаимному согласию супругов, так и по иску одного из них. При этом расторжение брака супругами, имеющими детей, производится исключительно в судебном порядке, несмотря даже на наличие взаимного согласия на развод. Супруги, имеющие детей, имеют право подать в суд заявление о расторжении брака вместе с письменным договором о том, с кем из них будут проживать дети, какое участие в обеспечении условий их жизни будет принимать тот из родителей, кто будет проживать отдельно, а также об условиях осуществления ними права на личное воспитание детей. Брак, расторгнутый судом, считается прекращенным в день вступления решения суда о расторжении брака в законную силу.

Ключевые слова: брачно-семейные правоотношения, брак, прекращение брака, развод.

SUMMARY

Safonchuk O.I. Some aspects of divorce in court under the laws of Ukraine. – Article.

The dissolution of marriage is a type of termination of marriage revised Family Code of Ukraine. Family law stipulates a divorce through the courts may, by mutual consent of spouses and at the suit of one of them. In this case, divorce of spouses, with children, is produced exclusively in the courts, despite the existence of mutual consent to divorce. Spouses with children have the right to apply to the court for divorce, along with a written contract that with any of them children will be living and what part in ensuring their living conditions will take one of the parents who will live separately, as well as conditions of their right to a private child-rearing. A marriage, dissolved by the court, shall be deemed terminated on the date the court decision for divorce in force.

Keywords: marriage and family relationship, marriage, dissolution of marriage, divorce.

УДК 347.759:351.713(477)

СТОРОНИ ДОГОВОРУ ЗБЕРІГАННЯ, ЯКИЙ УКЛАДАЄТЬСЯ У ДЕРЖАВНІЙ МИТНІЙ СПРАВІ

Серих Олена Василівна

кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного та господарського права і процесу Міжнародного гуманітарного університету

В умовах функціонування економіки України на ринкових засадах, активного продовження радикальних економічних реформ, розвитку підприємницької діяльності підвищується роль цивільно-правового договору як одного з найефективніших правових механізмів опосередкування суспільних відносин у сфері товарообігу. Все це сприяє розвитку договірних відносин, виникненню нових видів договорів, а давно відомі договори, до яких належить і договір зберігання, набувають нового змісту, значення та функцій, проникають у публічні сфери суспільного життя, у тому числі у сферу реалізації державної митної політики. Договір зберігання є одним із поширених договорів, які укладаються у сфері державної митної справи і використовуються при розміщенні товарів на митних складах, складах тимчасового зберігання і складах митних органів.

У новому Митному кодексу України від 13 березня 2012 року [1] (далі – МКУ), який набув чинності 1 червня 2012 року містяться норми щодо договірному регулювання відносин, пов'язаних із зберіганням, які потребують глибокого наукового аналізу і ретельного дослідження з метою виявлення їх особливостей і розробки певних рекомендацій для застосування цих норм на практиці. Тому дослідження окремих елементів договору зберігання, що укладається у державній митній справі є актуальним і своєчасним у контексті реформування митної служби України.

Про комплексний характер галузі митного права і використання різних методів правового регулювання у сфері митної справи писали такі вчені як Б. М. Габричидзе, Є. В. Додін, Ю. М. Дьомін, С. Ю. Дьоміна, Н. М. Железняк, С. В. Ківалов, С. В. Халіпов, В. В. Ченцов та інші.

Окремим видам цивільно-правових договорів присвячували свої праці Є. В. Вакулович, В. А. Васильєва, Н. С. Демченко, А. І. Дрішлюк, О. С. Кізлова, Н. С. Кузнєцова, А. М. Статівка, Є. Д. Стрельцова, Я. О. Чапичадзе, В. П. Янишен та інші вчені. Е. М. Грамацький присвятив договору зберігання дисертаційне дослідження на тему «Договір зберігання у цивільному праві». Цивільно-

правові договори в митній справі України досліджувала І. В. Міщенко [2], але питанням сторін за договором зберігання, що укладається у митній справі приділено недостатньо уваги. Все вищенаведене і обумовлює наукову увагу до виявлення особливостей суб'єктного складу митно-договірному зберігання, законодавчих вимог, що висувуються до сторін договору зберігання, що укладається у державній митній справі.

Метою цієї статті є дослідження та виявлення особливостей сторін договору зберігання, що укладається у сфері державної митної справи.

Зберігальні відносини є неоднорідними за своєю правовою природою і регулюються як різними галузями законодавства, так і права. Однак, незважаючи на це, переважна їх частина є цивільно-правовими. Відповідно норми, що регулюють зберігальні відносини, утворюють комплексний (змішаний) інститут права власності, що має переважно цивільно-правову природу.

Як визначив Е. М. Грамацький у своєму дисертаційному дослідженні, цивільно-правовий інститут зберігання – це сукупність правових норм ЦК України, інших актів законодавства, що регулюють відносини, в яких одна особа приймає на себе як основний обов'язок на підставі договору, адміністративного акту чи іншої правової підстави забезпечити схоронність майна інших осіб від втрати, пошкодження, псування, тобто забезпечити фізичну і певну юридичну схоронність такого майна [3].

Загальні положення щодо форми, строку договору зберігання, порядку укладення і виконання договору, права та обов'язки сторін тощо містяться у главі 66 «Зберігання» (параграф 1 «Загальні положення про зберігання», параграф 2 «Зберігання на товарному складі») розділу III книги 5 «Зобов'язальне право» Цивільного кодексу України (далі – ЦКУ) [4]. Особливості договірному зберігання товарів у сфері державної митної справи визначаються МКУ (глава 20 «Митний склад» розділу V, глава 29 «Тимчасове зберігання» розділу VI, розділ VII «Зберігання товарів, транспортних засобів комерційного призначення на складах митних органів та розпорядження ними», розділ XV «Здійснення

митними органами контролю за окремими видами діяльності підприємств»), Порядком надання складським об'єктам статусу «митний склад» та позбавлення такого статусу [5], Положенням про склади тимчасового зберігання [6], Порядком роботи складу митного органу [7].

Відповідно до ст. 936 ЦКУ за договором зберігання одна сторона (зберігач) зобов'язується зберігати річ, яка передана їй другою стороною (поклажодавцем), і повернути її поклажодавцеві у схоронності. Тобто сторонами договору зберігання є зберігач і поклажодавець.

За загальними положеннями ЦКУ як зберігачем, так і поклажодавцем можуть бути як фізичні, так і юридичні особи незалежно від наявності у них статусу суб'єкта підприємницької діяльності. Обов'язкова наявність такого статусу обумовлюється природою власне зберігання, якщо діяльність зі зберігання має ознаки підприємницької діяльності, відповідно, необхідним є і статус суб'єкта підприємницької діяльності у зберігача; якщо зберігання здійснюється у зв'язку з підприємницькою діяльністю поклажодавця, це обумовлює наявність статусу суб'єкта підприємницької діяльності і у нього [8].

Серед договірних зобов'язань щодо забезпечення цілісності та схоронності речей цивільне законодавство окремо виділяє такий вид зберігання як зберігання на товарному складі. За договором складського зберігання, який при цьому укладається, одна сторона – товарний склад – зобов'язується за плату зберігати товар, переданий їй іншою стороною – поклажодавцем, і повернути цей товар у схоронності (ч. 1 ст. 957 ЦКУ).

Відповідно до ст. 956 ЦКУ товарним складом є організація, яка зберігає товар та надає послуги, пов'язані зі зберіганням, на засадах підприємницької діяльності.

Товарними складами є, зокрема, митні склади, склади тимчасового зберігання. Крім цього, слід зазначити, що товари можуть передаватися митному органу для зберігання на складах митних органів, однак цей вид зберігання в більшості випадків носить обов'язковий характер стосовно певних категорій товарів, транспортних засобів, перелік яких визначається ч. 1 ст. 238 МКУ. При цьому слід мати на увазі, що крім товарів, зазначених у частині першій цієї статті, на складах митних органів можуть зберігатися й інші товари на добровільних засадах.

Згідно зі ст. 424 МКУ митний склад – це відповідним чином облаштовані складське приміщення, резервуар, холодильна чи морозильна камера, критий чи відкритий майданчик, призначені для зберігання товарів під митним контролем. Митний склад є зоною митного контролю.

Як митний склад може вважатися один або декілька складських об'єктів за умови їх розташування за однією адресою або в межах нерозривної огороженої по периметру території (п. 2.1 Порядку надання складським об'єктам статусу «митний склад» та позбавлення такого статусу).

Митний склад може бути закритого або відкритого типу.

Митний склад закритого типу призначається виключно для зберігання під митним контролем товарів, що переміщуються через митний кордон України згідно із зовнішньоекономічними договорами (контрактами), що укладаються утримувачем цього складу або учасниками об'єднання підприємств, учасником якого є утримувач складу.

Митний склад відкритого типу призначається для зберігання під митним контролем товарів, що переміщуються через митний кордон України згідно із зовнішньоекономічними договорами (контрактами), укладеними як утримувачем цього складу, так і будь-якими іншими особами.

Погодимось з думкою І. В. Міщенко, яка, посилячись на митне законодавство Європейського Союзу, пропонує такі склади поділяти на приватні та загальні (публічні) відповідно, що, за її словами, «більше відповідає цілям цих складів і точніше відображає їх призначення» [2].

Відповідно до ст. 201 МКУ товари з моменту пред'явлення їх митному органу до приміщення їх у відповідний митний режим можуть перебувати на тимчасовому зберіганні під митним контролем. Тимчасове зберігання товарів під митним контролем здійснюється на складах тимчасового зберігання.

Стаття 437 МКУ встановлює, що склад тимчасового зберігання – це відповідним чином облаштовані приміщення та/або криті чи відкриті майданчики, резервуари, холодильні чи морозильні камери, призначені для тимчасового зберігання товарів під митним контролем до приміщення їх у митний режим.

У межах складу тимчасового зберігання та прилеглої до нього території створюється зона митного контролю.

Склад тимчасового зберігання також може бути закритого (призначається виключно для зберігання утримувачем складу товарів, що належать йому) та відкритого типу (призначається для зберігання товарів, що належать будь-яким особам).

Договірні відносини при зберіганні товарів виникають тільки при використанні відповідних складів відкритого типу, де можуть зберігатися товари, що належать будь-яким особам, що підтверджується відповідними нормами МКУ. Так, відповідно до ст. 425 МКУ взаємовідносини утримувача митного

складу відкритого типу з особами, які розміщують товари на цьому складі, визначаються відповідним договором. Статтею 438 МКУ встановлено, що взаємовідносини утримувача складу тимчасового зберігання відкритого типу з особами, які розміщують товари на цьому складі, визначаються відповідним договором, крім випадків, передбачених цим Кодексом.

Однією із сторін договору зберігання, – *зберігачем*, яким є утримувач митного складу чи складу тимчасового зберігання, може бути суб'єкт господарювання. У деяких випадках (наприклад, у разі використання складу митного органу для тимчасового зберігання) зберігачем може бути митний орган.

Утримувач митного складу (далі – утримувач МС) – це суб'єкт господарювання, у власності чи користуванні якого перебуває такий склад. Утримувачем МС може бути виключно резидент. Отже, нерезидент не може бути утримувачем митного складу, і, відповідно, виступати зберігачем в даному договорі зберігання.

Крім того, утримувачем МС відкритого типу може бути суб'єкт господарювання, що має ліцензію на здійснення митної брокерської діяльності. Ліцензія на здійснення митної брокерської діяльності видається у порядку та на умовах, визначених Законом України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності».

Утримувачем складу тимчасового зберігання (далі – утримувач СТЗ) є суб'єкт господарювання, у власності, користуванні якого перебувають складські об'єкти складу тимчасового зберігання.

Митні органи здійснюють контроль за діяльністю підприємств з відкриття та експлуатації митних складів і складів тимчасового зберігання, що регулюється відповідно главою 61 «Відкриття та експлуатація митного складу», главою 63 «Відкриття та експлуатація складу тимчасового зберігання» розділу XV МКУ.

За нормами МКУ утримувачі МС і СТЗ повинні отримати відповідні дозволи. Так, відповідно до ст. 405 МКУ, на провадження діяльності з відкриття та експлуатації митного складу і складу тимчасового зберігання надаються дозволи. Підприємства, які отримали такі дозволи, включаються до відповідних реєстрів, які ведуться центральним органом виконавчої влади, що забезпечує реалізацію державної політики у сфері державної митної справи (далі – Держмитслужба України). Таким підприємствам видаються витяги із зазначених реєстрів. Набуття

права на провадження діяльності з відкриття та експлуатації митного складу і складу тимчасового зберігання без отримання відповідного дозволу не допускається, за винятком випадків, передбачених главою 2 МКУ.

Так, відповідно до Порядку надання складським об'єктам статусу «митний склад» та позбавлення такого статусу надання складському об'єкту статусу «митний склад» здійснюється шляхом внесення інформації про суб'єкта господарювання до Реєстру митних складів (далі – Реєстр МС). Позбавлення такого статусу здійснюється шляхом виключення складського об'єкта з Реєстру МС.

Дозволи на провадження цих видів діяльності надаються митницями, в зонах діяльності яких розташовані відповідні території, приміщення, резервуари, холодильні чи морозильні камери, криті чи відкриті майданчики, які можуть використовуватися при провадженні цих видів діяльності, в порядку, визначеному МКУ, з обов'язковим подальшим повідомленням Держмитслужби України.

Припинення діяльності митниці або зміна зони її діяльності не є перешкодою для продовження функціонування МС. У цьому разі Держмитслужбою України вносяться зміни до Реєстру МС щодо зміни митниці, яка здійснює контроль за діяльністю МС.

Дозволи можуть бути анульовані або їх дія може зупинитися на строк до 30 днів митницею у випадках та у порядку, що встановлені ст. 412 МКУ. Анулювання Дозволу оформлюється наказом митниці, в якому мають бути викладені підстави для такого анулювання.

Щодо іншої сторони договору зберігання у митній справі, то *поклажодавцем* виступає фізична або юридична особа – власник чи володілець товарів, транспортних засобів. Зазначимо, що особливих вимог до поклажодавця митними правовими актами не встановлено.

Отже, підсумовуючи викладене, можна дійти висновку, що митним законодавством встановлюються вимоги щодо однієї із сторін договору зберігання – утримувача МС і СТЗ. Утримувачами МС і СТЗ можуть бути будь-які суб'єкти господарювання, у власності, користуванні якого перебувають відповідним чином облаштовані складські приміщення та які отримали дозвіл на провадження діяльності з відкриття та експлуатації митного складу або складу тимчасового зберігання. Для забезпечення декларування товарів на митному складі відкритого типу утримувач МС відкритого типу повинен отримати ліцензію на здійснення митної брокерської діяльності.

ЛІТЕРАТУРА

1. Митний кодекс України від 13 березня 2012 р. // Офіційний вісник України. — 2012. — № 32. — Ст. 1175.
2. Міщенко І. В. Цивільно-правові договори в митній справі України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / І. В. Міщенко. — Одеса, 2008. — 194 с.
3. Грамацький Е. М. Договір зберігання у цивільному праві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Е. М. Грамацький. — К., 2004. — 20 с.
4. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40-44. — Ст. 356.
5. Порядок надання складським об'єктам статусу «митний склад» та позбавлення такого статусу : Наказ Міністерства фінансів України від 16.07.2012 р. № 835 // Офіційний вісник України. — 2012. — № 61. — Ст. 2491.
6. Положення про склади тимчасового зберігання : Наказ Міністерства фінансів України від 28.05.2012 р. № 613 // Офіційний вісник України. — 2012. — № 62. — С. 225.
7. Порядок роботи складу митного органу : Наказ Міністерства фінансів України від 30.05.2012 р. № 627 // Офіційний вісник України від 13.08.2012 р. — 2012. — № 59. — Ст. 2380.
8. Цивільне право України : підруч. для вузів / Є. О. Харитонов, О. В. Старцев. — [2-ге вид., перероб. і доп.]. — К. : Істина, 2007. — 816 с.

АНОТАЦІЯ

Серих О.В. Сторони договору зберігання, який укладається у державній митній справі. – Стаття.

У статті досліджуються сторони договору зберігання, який укладається у сфері державної митної справи. Виявляються особливості суб'єктного складу договору зберігання у митній справі України. Розглядаються законодавчі вимоги, що пред'являються до сторін за даним договором.

Ключові слова: договір зберігання, державна митна справа, зберігач, поклажодавець, утримувач, митний склад, митний орган, склад тимчасового зберігання.

АННОТАЦИЯ

Серых Е.В. Стороны договора хранения, который заключается в государственном таможенном деле. – Статья.

В статье исследуются стороны договора хранения, который заключается в сфере государственного таможенного дела. Выявляются особенности субъектного состава договора хранения в таможенном деле Украины. Рассматриваются законодательные требования, которые предъявляются к сторонам по данному договору.

Ключевые слова: договор хранения, государственное таможенное дело, хранитель, поклажедатель, владелец, таможенный склад, склад таможенного органа, склад временного хранения.

SUMMARY

Serykh E.V. Party to a contract of storage, which consists in a state custom affair. – Article.

The party to a contract of storage, which consists in the field of state custom affair, are probed in Article. The features of subject composition of contract of storage on custom business of Ukraine come to light. Legislative requirements which are produced to the parties by this contract are examined.

Keywords: contract of storage, state custom affair, bailee, bailor, proprietor, custom storage, storage of custom institutions, storage of temporal storage.

УДК 347.764:368.19:73/76

ВИКОНАННЯ ТА ЗМІНА ДОГОВОРУ СТРАХУВАННЯ ТВОРІВ МИСТЕЦТВА

Токарева Віра Олександрівна

кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

Настання страхового випадку є юридичним фактом, який активує комплекс прав та обов'язків у страхувальника та страховика, пов'язаних із виконанням договору страхування, а саме обов'язком страхувальника повідомити страховика про настання страхового випадку у встановлений договором строк та обов'язком страховика вжити заходів щодо оформлення всіх необхідних документів для своєчасного здійснення страхової виплати страхувальникові.

Порядок і умови здійснення страхових виплат та страхового відшкодування визначається ст. 25 Закону України «Про страхування» та ст. 990 ЦК України, якими передбачено, що здійснення страхових виплат і виплата страхового відшкодування проводиться страховиком згідно з договором страхування на підставі заяви страхувальника (його правонаступника або третіх осіб, визначених умовами страхування) і страхового акта (аварійного сертифіката), який складається страховиком або уповноваженою ним особою (аварійним комісаром) у формі, що визначається страховиком.

З'ясування причин настання страхового випадку має визначальне значення, зокрема для визнання події як страхової чи не страхової. В залежності від них страховик приймає рішення щодо виплати чи відмови у виплаті страхового відшкодування. Страховик не може відмовити страхувальнику в проведенні розслідування і повинен ознайомити аварійного комісара з усіма обставинами страхового випадку, надати всі необхідні матеріальні докази та документи.

Аварійними комісарами визнаються особи, які займаються визначенням причин настання страхового випадку та розміру збитків, кваліфікаційні вимоги до яких встановлюються актами чинного законодавства України. Діяльність аварійних комісарів регламентується «Типовим положенням Про організацію діяльності аварійних комісарів» яке затверджене Постановою Кабінету Міністрів України від 05.01.1998 № 8.

Пунктом 11 даної постанови Кабінету Міністрів України передбачено, що підставою для з'ясування аварійним комісаром обставин і причин настання

страхового випадку та визначення розміру збитків є заява страховика (страхувальника). Наразі відносини між страховиком (страхувальником), з одного боку, та аварійним комісаром – з другого, оформлюються, як свідчить практика страхування, шляхом укладання договору. В цьому договорі визначаються права та обов'язки сторін, порядок оплати послуг аварійного комісара тощо.

У разі необхідності страховик може робити запити на інформацію, пов'язану зі страховим випадком, до правоохоронних органів, банків, медичних закладів та інших підприємств, установ та організацій, що володіють даними про обставини страхового випадку. Підприємства, установи та організації зобов'язані надсилати відповідь страховикам на запит про відомості, пов'язані із страховим випадком, у тому числі й дані, що є комерційною таємницею. При цьому страховик несе відповідальність за їх розголошення у будь-якій формі, за винятком випадків, передбачених законодавством України (ст. 25 Закону України «Про страхування»).

Розслідування страхового випадку завершується складанням страхового акта (аварійного сертифікату), який складається страховиком або уповноваженою ним особою (аварійним комісаром) у формі, що визначається страховиком (ч. 1 ст. 25 Закону України «Про страхування», ст. 990 ЦК України). У цьому акті фіксуються зовнішні наслідки страхового випадку. Він дозволяє визначити розмір заподіяної шкоди, можливі причини настання страхового випадку, а експертне дослідження має з'ясувати фактичні причини його настання і встановити кінцевий розмір збитків. Як правило, експертиза проводиться страховими організаціями з метою уточнення висновків аварійного комісара про факт настання страхового випадку, причини та розмір шкоди.

Однак не будь-які збитки страхувальника будуть підлягати відшкодуванню, а лише ті, що виникли в наслідок події – першопричини, яка зафіксована у договорі в якості страхового ризику, на випадок якого проводиться страхування [1, с. 59].

Страхове відшкодування за договором страхування творів мистецтва не може перевищувати розміру страхової суми.

Відповідно до ст. 991 ЦК України закріплені підстави для відмови страховика від здійснення страхової виплати. До переліку таких підстав, перш за все, включено вказівку на навмисні дії страхувальника або вигодонабувача, якщо вони були спрямовані на настання страхового випадку. Слід зазначити ряд суттєвих ознак даної норми. По-перше, відмова у виплаті – це право страховика (це стосується всіх підстав, наведених у ст. 991 ЦК України), а не його обов'язок за законом. Тому перестраховик не може просто вимагати від українського перестраховальника, щоб той скористався своїм правом. Однак можлива ситуація – включення у перестраховий договір обов'язку страховика відмовити у страховій виплаті у разі навмисних дій страхувальника або вигодонабувача, що спрямовані на настання страхового випадку. Таке становище слід кваліфікувати як відмова страховика від свого права обирати варіант рішення, а п. 3 ст. 12 ЦК України встановлює, що особа може відмовитися від свого майнового права. Таким чином, формально страховик має право відмовитися від свого права вибору рішення, але є серйозні підстави побоюватися того, що українські суди, куди будуть звертатися страхувальники і вигодонабувачі, які не отримали страхових виплат, проігнорують формальний шлях і будуть приймати рішення не на користь перестраховиків, особливо зарубіжних, а на користь своїх громадян і юридичних осіб [2, с. 21].

По-друге, закріплене в ст. 991 ЦК України правило поширюється на всі види договорів страхування. По-третє, правило містить низку винятків: так, страховик не звільняється від обов'язку по страховій виплаті, якщо страховий випадок стався внаслідок навмисних дій страхувальника або вигодонабувача, уповноважених на такі дії, а саме: коли це пов'язано з виконанням ними цивільного або службового обов'язку, пов'язаних з необхідною обороною (без перевищення її меж), або щодо захисту майна, життя, здоров'я, честі, гідності і ділової репутації.

Стосовно визначення підстав відмови від здійснення страхової виплати передбачених в українському законодавстві, хотілося б зазначити, що С. В. Дедіков вважає, що це є свідченням досить глибокого правового регулювання даного питання [2, с. 21]. І так повинно бути в тому разі, коли йдеться про можливість обмеження прав страхувальників.

Другою підставою для відмови у здійсненні страхової виплати відповідно до ст. 991 ЦК України (ст. 36 Закону України «Про страхування») є вчи-

нення страхувальником або особою, на користь якої укладено договір, умисного злочину, що спричинило страховий випадок. Таке правило спрямоване на запобігання страхових шахрайств.

Якщо страхувальник представив страховику завідомо неправдиві відомості про об'єкт страхування, страховик не повинен ставити питання про визнання договору страхування недійсним, а може відразу відмовити у страховій виплаті (підп. 3 п. 2 ст. 991 ЦК України). З точки зору захисту інтересів страховика це більш простий і ефективний варіант дій. Водночас такий спосіб вирішення відповідних питань здатний привести до великого числа необґрунтованих відмов у виплаті на розсуд співробітників страхової організації, в той час як страховик не зумів би на підставі наявних у нього доказів переконати суд у необхідності визнання договору страхування недійсним. З позицій довготривалих тенденцій розвитку страхового права, російський варіант видається більш сучасним.

Як вже зазначалося підп. 3 п. 1 ст. 991 ЦК України встановлює право страховика відмовити у страховій виплаті, якщо страхувальник представив страховику завідомо неправдиві відомості про факт настання страхового випадку. Щоправда, закріплення в законодавстві даної підстави для відмови від здійснення страхової виплати, на мою думку, не потребує, оскільки при встановленні факту відсутності страхового випадку страховик і так може відмовити в задоволенні вимоги страхувальника через його необґрунтованість.

Такі ж наслідки настають і тоді, коли страхувальник без поважних причин несвоєчасно повідомив страховикові про настання страхового випадку або створював перешкоди страховикові у визначенні обставин, характеру та розміру збитків (п. 5 ст. 991 ЦК України). Законодавством надано страховику додаткові можливості щодо захисту своїх інтересів. Разом з тим, слід зазначити, що поняття «створювати перешкоди» має дуже невизначений характер. В даному випадку учасникам страхових правовідносин слід в договорах чітко розкривати це поняття шляхом зазначення конкретних неприпустимих дій або бездіяльності страхувальника в частині перешкоджання страховикові у визначенні обставин, характеру та розміру збитків [2, с. 15]. Законодавством можуть передбачатися й інші підстави для відмови страховика від страхової виплати.

Рішення страховика про відмову у здійсненні страхової виплати страхувальнику має бути надано у письмовій формі. Так, письмова відмова надасть можливість страхувальнику у подальшому посилатись на причини відмови страховика у виплаті від-

шкодування, у разі оскарження рішення в судовому порядку.

Передбачений обов'язок страховика сплачувати витрати страхувальника щодо запобігання або зменшення збитків від страхової події лише у випадку, якщо це передбачено договором (підп. 4 п. 1 ст. 988 ЦК України).

Виконання зобов'язання страховиком, за загальним правилом, здійснюється у повному обсязі і одноразово [3, с. 98]. Водночас усунення наслідків настання страхового випадку – реставрація, відновлення твору мистецтва – потребує значного часу та фінансвих витрат. Отже, виконання договору страхування творів мистецтва має бути здійснене реально і належним чином.

Спосіб виконання зобов'язання безпосередньо залежний від предмета виконання. Порядок виконання має відповідати угоді сторін, а за її відсутністю – закону або сутності зобов'язання [4, с. 281]. Виконання іншої дії, крім обумовленої законом та договором, створює відношення невиконання і не позбавляє кредитора права вимоги.

У відносинах між страховиком і страхувальником можуть виникати суперечності щодо дій при настанні страхових випадків та при сплаті страхового відшкодування. Для вирішення таких суперечностей в деяких країнах Європейського Союзу створюються спеціальні організації для вирішення суперечностей між страховиками та страхувальниками.

В Україні також обговорюється питання серед представників страхових компаній щодо створення спеціальної організації – омбудсмана, який розглядатиме суперечності між страховими компаніями і клієнтами, а його рішення матиме рекомендаційний характер. Однак зазначається, що створення в Україні такої організації є передчасним [5, с. 96].

Після укладення договору страхування творів мистецтва та під час його виконання може виникнути потреба у його зміні чи розірванні. Зобов'язання зі страхування творів мистецтва змінюється чи припиняється за загальним правилом в силу різних юридичних фактів: дій чи подій. Таку сукупність юридичних фактів можна поділити на дві категорії: ті, що змінюють сутність зобов'язання в договорі, і ті, що стосуються зовнішньої сторони договору. В. К. Райхер пропонував інший поділ у страхуванні: це можуть бути зміни фактичного і юридичного характеру [5, с. 30].

За загальним правилом, для забезпечення стабільності майнового обороту та впевненості суб'єктів у непорушності взятих зобов'язань, зміна або розірвання договору допускається лише за згодою сторін, якщо інше не встановлено договором або законом [3, с. 98]. Відповідно до презумп-

ції встановленої ст. 525 ЦК України, передбачена заборона односторонньої відмови від виконання зобов'язання чи односторонньої зміни умов договору, за винятком випадків, передбачених законодавством. Зміна умов договору страхування творів мистецтва означає, що сторони здійснюють свої права та обов'язки згідно із зміненими умовами договору щодо предмету, місця, строків виконання тощо. Отже, можуть бути змінені тільки умови договору, а не його модель, і тільки за згодою двох сторін – страховика і страхувальника. Зміна не може бути зроблена в усній формі, сторони переукладають договір страхування із врахуванням погоджених змін [3, с. 99].

Викладене стосувалося внутрішніх змін у рамках первинного договірної правовідношення. Проте мають місце випадки, коли необхідно змінити зовнішню модель договору страхування, тобто первинний договір майнового страхування залишається незмінним, а відбувається зміна лише сторін зобов'язання. Якщо змінився суб'єкт правовідношення, то виникає питання: припинилося попереднє правовідношення чи воно лише змінилося і продовжує існувати у зміненому вигляді? О. Іоффе зазначав, що при зміні суб'єктів зберігається той самий вид зобов'язання, але між іншими особами, а при заміні одного зобов'язання іншим між тими самими суб'єктами попередній вид зобов'язальних зв'язків зникає, а новий з'являється [6, с. 184]. Таким чином, при вибутті попереднього учасника із зобов'язання його права та обов'язки у повному обсязі переходять до суб'єкта, який його замінює.

Якщо страхувальником є юридична особа, відповідно до ст. 995 ЦК України та ст. 23 Закону України «Про страхування» у разі, якщо припиняється юридична особа реорганізацією (ст. 106 – 109 ЦК України), то права та обов'язки такої юридичної особи переходять до правонаступників.

Особливості переходу прав та обов'язків з приводу договору страхування страхувальника – юридичної особи, полягають у тому, що права та обов'язки за договором страхування творів мистецтва переходять до того правонаступника, до якого відповідно до документів про реорганізацію переходить річ, майновий інтерес щодо якої виступав предметом договору страхування. Ліквідація страхувальника – юридичної особи (ст. 110 ЦК України) тягне за собою припинення договору страхування.

У випадку смерті страхувальника – фізичної особи його майно за правилами про спадкування може перейти до його спадкоємців в силу заповітного розпорядження чи вказівки закону (ч. 1 ст. 994 ЦК України). Тому права та обов'язки з приводу страхування цього майна переходять саме до цієї особи. Це зумовлюється також і тим, що

відносини не носять фідучіарного (довірительного) характеру. При цьому відповідно до ст. 22 Закону України «Про страхування» страховик або будь-хто із спадкоємців має право ініціювати переукладення договору страхування.

Розглядаючи дане питання слід зупинитися на розгляді загальних, довгострокових тенденцій, що відображаються у страховому праві стосовно наслідків відчуження в період дії договору страхування страхувальником або вигодонабувачем застрахованого майна, а саме творів мистецтва. Так, в російському дореволюційному законодавстві питання про перехід прав та обов'язків за страховим договором не було врегульовано. Щоправда, у ст. 2492 проекту Цивільного уложення Російської імперії, що був підготовлений редакційною комісією в 1905 році, зазначалося, що за відсутністю в договорі страхування іншої домовленості, на набувача застрахованого майна переходять в силу закону всі права та обов'язки страхувальника [7, с. 538]. У правилах страхування, що існували в той період, передбачалося, що при переході права власності на застраховане майно, за винятком спадкування, тільки страховик вирішував, залишити в силі договір або достроково припинити його [8, с. 350].

Нормами ЦК РСФСР 1922 р. встановлювалося, що страхувальник або набувач майна зобов'язаний негайно повідомити страховика про перехід застрахованого майна до нового власника, а страховик після отримання повідомлення має право протягом 7 днів після отримання повідомлення про зміну власника об'єкта страхування розірвати договір, якщо він прямо чи опосередковано (наприклад, прийняттям премії від нового власника) не виявив згоду на передачу прав за договором страхування новому власнику. Водночас практика вирішення зазначеного питання не була єдиною: в обов'язковому страхуванні майна – не переривався, а добровільне страхування майна – підлягав розірванню [9, с. 53].

Відповідно до норм ЦК України, крім випадку смерті страхувальника – фізичної особи, права та обов'язки страхувальника можуть перейти до третіх осіб лише за згодою страховика, якщо інше не встановлено договором страхування. Отже, в інших випадках перехід прав та обов'язків за договором страхування предметів мистецтва може відбуватися за загальними правилами про уступку

вимоги та перевід боргу. Та, зважаючи на те, що договір страхування є взаємним, для переходу прав та обов'язків страхувальника до інших фізичних та юридичних осіб необхідною є згода страхувальника та страховика.

Варто підкреслити тенденцію еволюції зазначеного правила, яка знайшла відображення в ЦК РФ та встановлює, що при переході прав на застраховане майно від особи, в інтересах якої було укладено договір страхування, до іншої особи права та обов'язки за цим договором автоматично переходять до особи, до якої перейшли права на майно. Страховик, в односторонньому порядку не може змінити це правило, так як воно введено імперативною нормою закону [10, с. 27].

Відповідно до ст. 24 Закону України «Про страхування» зазначено, що у разі визнання судом страхувальника-громадянина недієздатним його права і обов'язки за договором страхування переходять до опікуна. Цю статтю слід визнати недостатньо обґрунтованою, оскільки визнання фізичної особи недієздатною не має наслідком перехід її прав та обов'язків до інших осіб. Права та обов'язки за договором залишаються за страхувальником, тільки зважаючи на цивільно-правовий статус такої фізичної особи, вони здійснюються опікуном (ч. 1 ст. 996 ЦК України).

Страхувальник-фізична особа, дієздатність якої обмежена, не може самостійно здійснювати свої повноваження щодо договору страхування, зважаючи на те, що їх реалізація виходить за межі обсягу дієздатності такої особи (ст. 37 ЦК України). Здійснення прав та обов'язків за договором страхування цієї особи відбувається нею самостійно, однак за згодою піклувальника із застосуванням загальних правил про наслідки порушення цих норм щодо отримання згоди останнього, замовчування стосовно заперечення вчиненого правочину на реалізацію договору страхування (ст. 223 ЦК України).

Аналіз викладеного вище надає підстави для висновку, що з моменту укладення договору страхування творів мистецтва, виникає зобов'язальне правовідношення, яке при позитивному розвитку виявляє його динаміку, яка реалізується під час виконання договірної зобов'язання, що припиняється в момент досягнення правового результату, обумовленого договором або законом.

ЛІТЕРАТУРА

1. Страхование / под ред. К. В. Шелехова. — К. : МАУП, 1998. — 419 с.
2. Дедиков С. В. Проблемы различных видов страхования. Договор страхования по праву России и Украины: сравнительный анализ / С. В. Дедиков // Хозяйство и право. Приложение к ежемесячному юридическому журналу. — 2007. — № 6. — С. 3 — 23.
3. Гринюк О. Динаміка договірних відносин з майнового страхування / О. Гринюк // Підприємництво, господарство і право. — 2006. — № 8. — С. 97 — 101.

4. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. (по изданию 1907 г.) / Г. Ф. Шершеневич. — М. : Спарк, 1995. — Т. 2. — 556 с.
5. Яворський Я. Ознаки договору страхування: українська практика і зарубіжний досвід / Я. Яворський // Право України. — 2007. — № 9. — С. 94 — 96.
6. Иоффе О. С. Обязательственное право / О. С. Иоффе. — М. : Юрид. лит., 1975. — 880 с.
7. Тютрюмов И. М. Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов. Кн. 4 / И. М. Тютрюмов. — М., 2004. — 635 с.
8. Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. Т. 2 : Товар; Торговые сделки / Г. Ф. Шершеневич. — СПб. : Издание Бр. Башмаковых, 1908. — 624 с.
9. Райхер В. К. Государственное имущественное страхование в СРСР / В. К. Райхер. — Петроград, 1924. — 124 с.
10. Дедиков С. В. Долгосрочные тенденции в российском страховом праве / С. В. Дедиков // Хозяйство и право. — 2007. — № 5. — С. 18 — 33.

АНОТАЦІЯ

Токарева В.О. Виконання та зміна договору страхування творів мистецтва. – Стаття.

Стаття присвячена аналізу питань, які пов'язані із виконанням та зміною договору страхування творів мистецтв; порядку та умовам здійснення страхових виплат та страхового відшкодування при настанні страхового випадку. Із настанням страхового випадку страхувальник має повідомити страховика про настання страхового випадку у встановлений договором строк та страховик зобов'язаний вжити всіх заходів щодо оформлення необхідних документів для своєчасного здійснення страхової виплати страхувальникові.

Ключові слова: страхування творів мистецтва, страховий випадок, страхове відшкодування, аварійний комісар.

АННОТАЦИЯ

Токарева В.А. Исполнение и изменение договора страхования произведений искусства. – Статья.

Статья посвящена анализу вопросов, связанных с выполнением и изменением договора страхования произведений искусств, порядка и условий осуществления страховых выплат и страхового возмещения при наступлении страхового случая. С наступлением страхового случая страхователь должен сообщить страховщику о наступлении страхового случая в установленный договором срок, а страховщик обязан принять все меры относительно оформления необходимых документов для своевременного осуществления страховой выплаты страхователю.

Ключевые слова: страхование произведений искусства, страховой случай, страховое возмещение, аварийный комиссар.

SUMMARY

Tokareva V.A. Implementation and change the contract works of art. – Article.

The article is devoted to the duties of insurer and insured after occurrence of the risk insured upon fine art insurance contract. The insured shall inform the insurer of the occurrence of the insured event as soon as possible and shall act in all possible and reasonable ways to reduce the loss and shall submit to the insurer all the documents describing the occurrence of the insured risk. Upon the occurrence of the insured event, the insurer shall pay the indemnity to the person stated in the insurance contract.

Keys words: fine art, collectibles and antiques insurance; art coverage; rare books, antique weapons, vintage wine, personal jewelry, rare stamps and coin coverage.

УДК 347.672

ЩОДО ПИТАННЯ ПРО СПАДКУВАННЯ ЗА ЗАПОВІТОМ ОСІБ, ЩО ПЕРЕБУВАЮТЬ У ПЛАННІ НА МОРСЬКОМУ АБО РІЧНОМУ СУДНІ

Цибульська Ольга Юріївна

кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права Національного університету
«Одеська юридична академія»

Актуальність теми зумовлена тим, що сучасний стан українського законодавства дозволяє говорити про чималу кількість нормативно-правових актів, які спрямовані на регулювання спадкових відносин. Разом із тим, вони не можуть задовольнити абсолютно всі аспекти зазначених суспільних відносин, а тому низка питань в окресленій сфері залишається відкритою на теперішній час. Так, не є виключенням особливості складання й посвідчення заповітів осіб, що перебувають під час плавання на морському або річному судні, а також процедури відкриття й прийняття спадщини у випадках визнання таких осіб померлими.

Метою цієї статті є дослідження особливостей правового регулювання деяких питань, пов'язаних з процедурою складання й посвідчення заповітів (у тому числі й секретних заповітів) осіб, що перебувають під час плавання на морському або річному судні, а також з процедурою відкриття й прийняття спадщини у випадках визнання таких осіб померлими.

Для досягнення зазначеної мети були поставлені такі завдання: дослідити спеціальну літературу та проаналізувати норми Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [1], а також інші нормативно-правові акти, які присвячені регулюванню обумовлених питань.

Дослідженню окремих питань зазначеної теми присвячені праці таких вчених, як А. А. Демичева, Є. О. Рябоконт, Н. М. Баранника та ін. Втім, цілісного та комплексного наукового аналізу зазначеної проблематики проведено не було.

Враховуючи наведене вище, дане дослідження є своєчасним та має важливе значення.

Так, цивільним законодавством України передбачена можливість переходу існуючого права від одного суб'єкта до іншого шляхом передачі його в порядку спадкового правонаступництва. Підставами спадкування згідно з чинним ЦК України є закон або заповіт.

Відповідно до ч. 1 ст. 1220 ЦК України відкриття спадщини відбувається внаслідок смерті особи або визнання її померлою.

Смерть як біологічний процес в суспільстві набуває соціальний характер. Окрім цього, смерть – не тільки юридичний факт, але й правовий стан, що займає особливе місце серед інших правових станів, на відміну від яких, головною ознакою смерті є те, що в момент її настання існування суб'єкта права стає фікцією. Померлий суб'єкт права припиняє існування як елемент об'єктивної реальності, як біологічна сутність, однак залишається частиною правової реальності.

Те, що померлий суб'єкт залишається частиною правової реальності, підтверджується положеннями окремих цивільних та цивільно-процесуальних норм. Так, термін «померлий» не одноразово згадується у зв'язку з регулюванням законодавством підстав, порядку та правових наслідків визнання громадянина померлим (ст. 46-47 ЦК України; Р. 4, гл. 4 Цивільного процесуального кодексу України, далі – ЦПК України).

Для померлої людини смерть є правоприпиняючим юридичним фактом в усіх сферах, у тому числі у сфері цивільних правовідносин. Однак смерть може виступати і в якості правостворюючого юридичного факту, але вже для інших суб'єктів, що живуть в об'єктивній реальності. Прикладом можуть бути відносини, що пов'язані з отриманням спадщини [2, с. 32].

Однак, слід відрізнити встановлення факту смерті від визнання особи померлою, що базуються на презумпції, тобто обставинах, що дають підставу припускати смерть такої особи. На практиці це має вагоме значення, і відображається у встановленні заходів, направлених на забезпечення інтересів фізичної особи, визнаної померлою, якщо вона опиниться живою [3, с. 877].

Згідно з ч. 2 ст. 46 ЦК України фізична особа може бути оголошена судом померлою, якщо вона пропала безвісти за обставин, що загрожували їй смертю або дають підставу припускати її загибель

від певного нещасного випадку, протягом 6 місяців. Такими обставинами можна вважати загибель судна разом з членами екіпажу внаслідок аварії чи стихійного лиха. Або зникнення кого-небудь зі складу екіпажу при не з'ясованих обставинах. Правила пошуку і рятування на морі встановлені Міжнародною конвенцією по пошуку і рятуванню на морі 1979 р., що вступила в дію 22 червня 1985 р. Україна приєдналася до Конвенції у листопаді 1992 р. [4].

Ч. 3-4 ст. 46 ЦК України містить положення, відповідно до якого визнання особи померлою провадиться судом в порядку, визначеному Р. 4, гл. 4 ЦПК України. Оголошення фізичної особи померлою за загальним правилом відбувається від дня набрання законної сили рішення суду. Однак, в розглянутій вище ситуації, безвісно відсутні члени екіпажу судна можуть бути оголошені померлими від дня їх вірогідної смерті. Виняток, передбачений ч. 3 ст. 46 може значно скоротити строки для отримання спадщини, що може завдати зайвий клопіт спадкоємцям померлої особи.

Ч. 2 ст. 1220 ЦК України передбачає, що моментом відкриття спадщини є день смерті особи або день, з якого вона оголошується померлою. Для прийняття спадщини ч. 1 ст. 1270 ЦК України встановлює строк 6 місяців, що починається з моменту відкриття спадщини. Відповідно до ч. 1 та 3 ст. 1272 ЦК України, якщо спадкоємець у період часу, який встановлено ст. 1270 чинного Кодексу, не подав заяву про прийняття спадщини, він вважається таким, що не прийняв її. Але за позовом спадкоємця, який пропустив строк для прийняття спадщини з поважної причини (в нашому випадку – рішення суду), суд може встановити йому додатковий строк, достатній для подання ним заяви про прийняття спадщини. Таким чином, наведена ситуація може спричинити чимало труднощів сім'ям померлих моряків для отримання ними спадщини.

Цивільним законодавством України фізичній особі надається також можливість ще за свого життя вирішити на власний розсуд долю майна, що йому належить, на випадок смерті.

Відповідно до закону, кожна людина може залишити за заповітом все своє майно або його частину одному або декільком фізичним особам, незалежно від наявності в неї з цими особами сімейних, родинних відносин, а також юридичним особам або іншим учасникам цивільних відносин [5, с. 87].

В ч. 3 ст. 1247 ЦК України передбачено посвідчення заповіту нотаріусом або іншими посадовими, службовими особами, зазначеними ст.-ст. 1251 – 1252 чинного Кодексу. Посвідчувати

заповіти, що прирівнюються до нотаріально посвідчених, відповідно до ст. 1252 ЦК України та ст. 40 Закону України «Про нотаріат» [6] мають право посадові і службові особи. В нашому випадку заповіт особи, що знаходиться під час плавання на морському, річному судні, що ходить під прапором України, може бути засвідчено капітаном цього судна.

Так, згідно зі ст. 71 Кодексу торговельного мореплавства України (далі – КТМ України) [7], капітан судна зобов'язаний засвідчити заповіт, складений будь-якою особою, що знаходиться на судні, взяти його на зберігання по одному примірнику засвідчених ним заповітів до передачі їх начальнику порту України або консулу України в іноземному порту для подальшої пересилки їх в державний нотаріальний архів або нотаріальну контору за постійним місцем проживання заповідача. Заповіт повинен бути складеним в письмовій формі та з зазначенням місця та часу його складання, власноруч підписаним заповідачем і засвідченим підписом капітана та судовою печаткою.

Капітан морського або річкового судна, що ходить під прапором України, вносить запис про посвідчення заповіту у судовий журнал. Реєстраційний номер, за яким заповіт внесено до судового журналу, і номер сторінки судового журналу проставляються у посвідчувальному написі на обох примірниках заповіту. У судовому журналі робиться відмітка про передачу заповіту начальнику порту України або консулу України в іноземному порту (п. 11 Порядку посвідчення заповітів і довіреностей, що прирівнюються до нотаріально посвідчених, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 15 червня 1994 р. № 419) [8].

Засвідчення капітаном заповіту прирівнюється до нотаріальних заповітів з усіма правовими наслідками, що випливають звідси. Ч. 2 ст. 1253 ЦК України висуває додаткові вимоги щодо посвідчення заповіту капітаном судна. Так, присутність не менше двох свідків при посвідченні заповіту є обов'язковою. В ч. 3-4 ст. 1253 ЦК України встановлені вимоги до осіб, що можуть бути свідками. Ними можуть бути лише особи з повною цивільною дієздатністю. Нотаріус або інша посадова, службова особа, що посвідчують заповіт, спадкоємці за заповітом, члени сім'ї та близькі родичі спадкоємців за заповітом, а також особи, які не можуть прочитати або підписати заповіт, – не можуть бути свідками. Свідки, при яких посвідчено заповіт, зачитують його вголос та ставлять свої підписи на ньому. У текст заповіту заносяться відомості про особи свідків (ч. 6 ст. 1253 ЦК України).

Оскільки відкриття спадщини відбувається внаслідок смерті особи, у випадку смерті на судні, відповідно до правил, встановлених ч. 2 ст. 71 КТМ України, капітан зобов'язаний скласти акт у присутності двох свідків, а, якщо на судні є лікар або фельдшер, також і в його присутності, а також зробити відповідні записи в судовому журналі. Акт про смерть складається не менше, ніж у чотирьох примірниках в довільній формі, однак у ньому обов'язково повинно вказуватись: прізвище, ім'я та по батькові померлого; стать; національність; дата смерті; вік; місце проживання померлого; причини смерті; назва судна; назва судоволодільця.

Капітан судна передає акт про смерть та опис майна консулу України, якщо судно прибуває в іноземний порт (ст. 34 Консульського статуту України регламентує, що після одержання відомостей про смерть на морському чи повітряному судні України якоїсь особи, консул відповідно до чинного законодавства України реєструє акт про смерть), або судоволодільцю, якщо судно прибуває в порт України, та приймає заходи до погребіння померлого. У винятках, коли судно тривалий час знаходиться у відкритому морі й тіло померлого не може бути збережено, капітан судна має право, згідно з морським звичаєм, віддати тіло морю. Про такі дії треба скласти додатковий акт та внести відповідний запис у судовий журнал.

Потім факт смерті повинен бути зареєстрований в державних органах. Після відповідного напису у книзі записів актів цивільного стану державний орган видає свідоцтво про смерть.

Взаємовідносини капітана з консулами України регламентуються Консульським статутом України (ст. 72 КТМ), затвердженого Указом Президента України від 2 квітня 1994 р. № 127/94 [9], відповідно до положень якого – консули здійснюють нотаріальні дії.

Після вищезазначених дій спадкоємці приймають спадщину за загальними правилами спад-

кування за заповітом, встановленими цивільним законодавством України.

Дещо інша ситуація склалася з посвідченням капітаном секретних заповітів. Інститут секретного заповіту – принципово нова правова конструкція в сучасному цивільному праві. Виходячи із змісту норм ЦК України (ст.ст. 1249-1250), секретний заповіт у загальному можна визначити як посмертне розпорядження спадкодавця, яке визначає долю належного йому майна та містить вказівки немайнового змісту, зроблене в письмовій формі й підписане ним особисто, яке посвідчується нотаріусом без ознайомлення з його змістом. Головна мета створення інституту секретних заповітів у ЦК України полягає в тому, щоб максимально захистити таємницю заповіту. З метою досягнення цієї мети закон наділяє спадкодавця правом скласти заповіт без ознайомлення з ним будь-яких сторонніх осіб, у тому числі й нотаріуса [10, с. 152]. Водночас, як вбачається зі змісту ст. 1253 ЦК України при посвідченні заповіту капітаном судна наявність двох свідків є обов'язковою. Таким чином, виникає дещо парадоксальна ситуація щодо реалізації права особи, що перебуває під час плавання на морському або річному судні, скласти заповіт без ознайомлення з його змістом сторонніх осіб, включаючи і нотаріуса.

Наприкінці доцільним є зазначити, що проведений аналіз норм спадкового права, а також спеціальної літератури в зазначеній сфері переконує нас у тому, що деякі питання залишаються й досі недостатньо врегульованими, а, отже громадянам буде нелегко розібратися в усіх тонкощах і вимогах, що висувуються законодавцем до правил спадкування, коли спадкодавцем виступає особа, що перебуває у плаванні на морському або річному судні. Дослідження обумовленої проблеми є безумовно актуальним і не вичерпується межами цієї статті, а отже, може бути предметом подальших наукових праць.

ЛІТЕРАТУРА

1. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40-44. — Ст. 356.
2. Демичев А. А. Смерть как особый факт в гражданском процессе / А. А. Демичев // Закон. — 2007. — № 11. — С. 31 — 33.
3. Харитонов Е. О. Гражданское право Украины : учебн. / Е. О. Харитонов, Н. А. Саниахметова. — Х. : Одиссей, 2004. — 960 с.
4. Про приєднання до Міжнародної конвенції про пошук і рятування на морі 1979 р. [Електронний ресурс] : постанова Верховної Ради України від 17 листопада 1992 р. №2786-XII. — Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua>.
5. Баранник Н. М. Наследство. Наследники. Наследование / Н. М. Баранник. — Х. : Эспада, 2004. — 192 с.
6. Про нотаріат : Закон України від 2 вересня 1993 р. № 3425-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 39. — Ст. 383
7. Кодекс торговельного мореплавства України: Закон України від 23 травня 1995 р. № 176/95-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 47, 48, 49, 50, 51, 52. — Ст. 349
8. Про порядок посвідчення заповітів і довіреностей, що прирівнюються до нотаріально посвідчених [Електронний ресурс] : постанова Кабінету Міністрів України від 15 червня 1994 р. № 419. — Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua>.
9. Про Консульський статут України [Електронний ресурс] : Указ Президента України від 2 квітня 1994 р. № 127/94. — Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua>.
10. Рябоконт Е. О. Проблеми правового регулювання інституту секретних заповітів за новим Цивільним кодексом України / Е. О. Рябоконт // Вісник Київського національного університету імені Т. Шевченка. — 2004. — № 56-59. — С. 151 — 154.

АНОТАЦІЯ

Цибульська О.Ю. **Щодо питання про спадкування за заповітом осіб, що перебувають у плаванні на морському або річному судні.** – Стаття.

У статті проводиться дослідження особливостей правового регулювання деяких питань, пов'язаних з процедурою складання й посвідчення заповітів (у тому числі й секретних заповітів) осіб, що перебувають під час плавання на морському або річному судні, а також з процедурою відкриття й прийняття спадщини у випадках визнання таких осіб померлими.

Ключові слова: спадкування, спадщина, заповіт, спадкодавець, спадкоємець, відкриття спадщини, прийняття спадщини.

АННОТАЦИЯ

Цибульская О.Ю. **К вопросу о наследовании по завещанию лиц, пребывающих в плавании на морском или речном судне.** – Статья.

В статье проводится исследование особенностей правового регулирования некоторых вопросов, связанных с процедурой составления и удостоверения завещаний (в том числе и секретных завещаний) лиц, пребывающих в плавании на морском или речном судне, а также с процедурой открытия и принятия наследства в случаях признания таких лиц умершими.

Ключевые слова: наследование, наследство, завещание, наследодатель, наследник, открытие наследства, принятие наследства.

SUMMARY

Tsabulskaya O. Yu. **To the question about an inheritance on the testament of persons being in swimming on a marine or river ship.** – Article.

Research of features of the legal adjusting of some questions, related to procedure of drafting and certification of testaments (including secret testaments) of persons being in swimming on a marine or river ship, is conducted in the article, and also with procedure of opening and acceptance of inheritance in the cases of confession of such persons by the dead.

Keywords: inheritance, inheritance, testament, heir, opening of inheritance, acceptance of inheritance.

УДК 347.441.142.2

ОФЕРТА ЯК СТАДІЯ УКЛАДЕННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ДОГОВОРУ

Денисюк Владислав Валерійович

асистент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

Традиційно у доктрині цивільного права розрізняють дві ситуації укладення договору: договір між «присутніми» сторонами та між «відсутніми». В обох випадках виділяються і загальні стадії порядку їх укладення: оферта та акцепт. Під час укладення договору між «присутніми» його умови формулюються безпосередньо під час переговорів, в результаті чого сторони підписують текст договору. А тому, як нам здається, порядок укладення договору між «присутніми» не потребує детального правового регулювання. Укладення договору між «відсутніми» сторонами означає різницю у часі між волевиявленнями сторін. Правове регулювання такого порядку укладення договору передбачає вирішення цілого ряду питань, зокрема, і тих, що стосуються безпосередньо оферти: чи є вона правомочною, у якій формі має здійснюватися, чи може бути відкликана, в яких випадках втрачає чинність. Актуальними є питання розмежування оферти, публічної оферти, запрошення робити оферти та реклами. В рамках даної публікації ми спробуємо вирішити поставлені питання, а також порівняти відповідні положення законодавства України з положеннями наднаціонального торгового права (*lex mercatoria*).

Оферта як стадія укладення договору досліджувалася цивілістами протягом тривалого часу. Серед останніх публікацій, присвячених даній тематиці слід виділити роботи А. Н. Кучер «Оферта як стадія укладення підприємницького договору» [1], С. А. Денисова «Деякі загальні питання про порядок укладення договору» [2], С. О. Бородовського «Укладення, зміна та розірвання договору у цивільному праві України» [3], М. І. Брагінського, В. В. Вітрянського «Договірне право. Книга перша: Загальні положення» [4] та «Договірне право України. Загальна частина» за редакцією О. В. Дзери [5].

Перш за все, з'ясуємо характерні риси та правову природу оферти. Згідно ч. 1 ст. 641 Цивільного кодексу України [6] (далі – ЦК України) оферту може зробити кожна із сторін майбутнього договору, вона має містити істотні умови договору і ви-

ражати намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття.

Аналогічні вимоги до оферти містяться в ч. 1 ст. 14 Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 року [7] (далі – ВК) та ст. 2.2. Принципів міжнародних комерційних договорів УНІДРУА 1994 р. [8] (далі – Принципи УНІДРУА).

З урахуванням цього можна виділити наступні ознаки оферти. По-перше, оферта має бути достатньо виразною. Виразність оферти передбачає, що з її змісту адресат може зробити правильний висновок про волю оферента. Будь-яка невизначеність, зокрема щодо правової природи майбутнього договору, не дає права називати пропозицію офертою.

По-друге, вона має містити істотні умови договору. Відсутність у пропозиції звичайних чи випадкових умов не впливає на визнання її офертою.

По-третє, оферта має виражати намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття. Пропозиція повинна свідчити про остаточне рішення оферента укласти договір. Дана вимога дозволяє відмежувати оферту від переговорів, які мають на меті уточнити наміри адресата.

По-четверте, оферта повинна мати конкретного адресата чи адресатів (адресність оферти). З цього приводу у літературі висловлено два підходи. Прихильники першого, з якими ми погоджуємося, вважають, що пропозиція не може розглядатися як оферта, якщо у ній не встановлено один з істотних елементів договору – його сторону [9, с. 207]. Інші автори вважають, що офертою можна визнати й пропозицію, яка адресована невизначеному колу осіб, якщо з неї випливає намір оферента укласти договір з будь-якою особою [10, с. 151-152; 11, с. 50]. У другому випадку, на нашу думку, мова йде не про звичайну оферту, а про публічну.

При відсутності однієї з чотирьох ознак пропозицію можна розглядати тільки як запрошення здійснити оферту.

Торкаючись питання правової природи оферти, зазначимо, що у літературі тривалий час ведеться дискусія про те, чи можна оферту, втім як

і акцепт, вважати одностороннім правочином або ж це тільки складові частини двостороннього правочину (договору). Позитивно відповідають на перше питання С. С. Алексєєв та Н. Г. Александров, на думку яких оферта є одностороннім правочином, що надає іншому контрагенту певне суб'єктивне право [12, с. 157 – 158; 13, с. 66]. Проте, панівною є точка зору, згідно якої оферта, як і акцепт, не є правочинами. Це тільки елементи багатостороннього правочину – договору [10; с. 161 – 162; 14, с. 168– 170; 4, с. 204]. Відомим є висловлювання з цього приводу О. А. Красавчикова про те, що договір не є юридичною сумою односторонніх волевиявлень, односторонніх актів, односторонніх правочинів і, тим більше, односторонніх згод [15, с. 86].

У літературі висловлені дві основні позиції стосовного моменту, з якого оферент стає зобов'язаним за свою пропозицією, зв'язку із чим сформульовано теорії «отримання» та «відправлення». Прихильники теорії «отримання» пов'язують момент виникнення зобов'язаності оферента з моментом отримання оферти адресатом [14, с. 86]. Інші вважають, що таким моментом є момент відправлення оферти (теорія «відправлення») [12, с. 157 – 158]. Аналіз норм ЦК України дозволяє зробити висновок про законодавче закріплення теорії «отримання». З моменту отримання оферти її адресатом за законодавством України оферент стає зобов'язаним своєю пропозицією, а оферта не може бути відкликана. Саме в цьому полягають правові наслідки оферти. Саме тому оферент повинен співставляти свої дії з їх можливими юридичними наслідками, що можуть бути викликані акцептом його оферти.

Оферта може бути здійснена в усній чи письмовій формі, а також шляхом вчинення конклюдентних дій. Оферта в усній формі може бути здійснена під час безпосереднього спілкування сторін, у тому числі по телефону, відеотелефону («скайп») тощо. Форма письмової оферти може бути різноманітною: проект договору, лист, що передані за допомогою традиційного поштового зв'язку, електронної пошти чи факсом, а також телеграма. Вважаємо, що у більшості випадків форма оферти повинна відповідати формі договору. У будь-якому разі необхідна письмова пропозиція укласти договір, що відповідно до закону укладається у письмовій формі. Якщо ж така пропозиція була висловлена оферентом усно, а проект договору було підготовлено іншою стороною, то таку пропозицію назвати офертою не можна.

На нашу думку, оферта у випадку укладення договору, що потребує нотаріального посвідчення може бути виражена тільки у вигляді проекту до-

говору на нотаріальному бланку, підписаному оферентом. Безперечно, така пропозиція може бути висловлена і в усній чи простій письмовій формі, але її акцепт не буде мати правових наслідків через дефект форми.

Пропозиція укласти договір може вбачатися також із поведінки сторін (конклюдентних дій). Як приклад, можна навести подачу трамвая чи тролейбуса на зупинку за умови, що вартість проїзду та маршрут наперед відомі або візуально вбачаються. Як публічну оферту у конклюдентній формі слід розглядати і виставлення товару у магазині. Вважаємо, що укладення договору конклюдентними діями слід визнати припустимим, якщо дії оферента включають всі істотні умови договору.

Неможливим здається здійснення оферти шляхом мовчання, оскільки воно не дає підстав третім особам знати про намір особи укласти договір. Хоча на думку С. А. Денисова така оферта можлива. Як приклад, він пише про оферту у вигляді мовчання зі сторони орендодавця після закінчення строку договору оренди, у випадку, якщо орендар продовжує користуватися майном за відсутності заперечень зі сторони орендодавця [2, с. 248]. Однак, в даному випадку мовчання орендодавця не можна розглядати як оферту, оскільки між сторонами вже існують договірні відносини.

Допустимість публічної оферти закріплена у ст. 699 ЦК України, відповідно до якої пропозиція товару в рекламі, каталогах, а також інших описах товару, звернених до невизначеного кола осіб, є публічною пропозицією укласти договір, якщо вона містить усі істотні умови договору. Виставлення товару, демонстрація його зразків або надання відомостей про товар (описів, каталогів, фотознімків тощо) у місцях його продажу є публічною пропозицією укласти договір незалежно від того чи вказана ціна та інші істотні умови договору купівлі-продажу, крім випадків, коли продавець явно визначив, що відповідний товар не призначений для продажу.

Аналіз вказаної статті дає підстави виділити наступні ознаки публічної оферти: 1) вона звернена до невизначеного кола осіб; 2) із цієї пропозиції вбачається воля оферента укласти договір; 3) її предметом може бути тільки товар, а роботи та послуги – не можуть; 4) за загальним правилом, вона має містити всі істотні умови договору. Винятком є виставлення товару, демонстрація його зразків або надання відомостей про товар (описів, каталогів, фотознімків тощо) у місцях його продажу. У такому випадку зазначення ціни та інших обов'язкових умов не вимагається.

Публічна оферта відрізняється від звичайної. По-перше, вона має бути адресована не конкретній особі, а невизначеному колу осіб. По-

друге, наявність істотних умов не є обов'язковою. Незважаючи на відмінності, правові наслідки звичайної та публічної оферти співпадають.

Актуальним є питання про відмежування публічної оферти від реклами та інших запрошень робити пропозиції укласти договір. У дореволюційній Росії такі запрошення називали торговою офертою і вона не мала ознак оферти юридичної. Юридичну оферту, писав В. І. Синайський, слід відрізнити від оферти торгової, без обов'язкової сили. Різниця між ними зводиться до того, що прийняття торгової оферти не тягне за собою укладення договору, наприклад, при надсиланні преїскурантів клієнтам. Законодавство царської Росії не містило критеріїв для відмежування юридичної оферти від торгової без обов'язкової сили. Навпаки, Швейцарський кодекс, відзначає вказаний автор, завжди передбачає обов'язковість торгової оферти. Зокрема, виставка товарів із зазначенням ціни вважається, за загальним правилом, пропозицією [17, с. 185].

М. І. Брагінський пише, що при публічній оферті визначеність пропозиції у взаємовідносинах сторін залежить від характеру пропозиції, а, отже, зняти невизначеність повинен той, хто звертається із пропозицією. Якщо він бажає виступити з офертою, йому необхідно прямо висловити це в пропозиції, не примушуючи іншу сторону здогадуватися, що слід розуміти під відповідним повідомленням [4, с. 204]. Таку ж позицію займає український законодавець. В силу ч. 2 ст. 641 ЦК України реклама або інші пропозиції, адресовані невизначеному колу осіб, є запрошенням робити пропозиції укласти договір, якщо інше не вказано у рекламі або інших пропозиціях.

З урахуванням цього можна виділити ознаки, що відрізняють рекламу від оферти: 1) зверненість до невизначеного кола осіб; 2) відсутність істотних умов договору; 3) відсутність наміру рекламодавця укласти договір; 4) інформування про наявність певних товарів, робіт, послуг. Якщо ж реклама містить істотні умови договору та виражає намір рекламодавця укласти договір, то вона набуває рис публічної оферти. Як приклад, можна навести рекламу товарів у телемагазині із зазначенням ціни, якісних характеристик товару та строків його доставки.

Значення запрошення робити оферту полягає в тому, що особа, яка його направила, може відмовитися від своєї пропозиції без настання для неї негативних правових наслідків.

З огляду на ч. 3 ст. 641 ЦК України оферта не набуває чинності у випадку її відкликання, яке може бути здійснене до моменту або в момент її одержання адресатом. Оферта одержана адресатом, не може бути відкликана протягом строку

для відповіді, якщо інше не вказане у ній або не випливає з її суті чи обставин, за яких вона була зроблена.

Таким чином, відповідно до загального правила ч. 3 ст. 641 ЦК України, оферта після її отримання адресатом є безвідкличною.

Доктрина відкличності оферти характерна для англо-американського права, де вона глибоко розроблена та опирається на теорію зустрічного задоволення, яка є наріжним каменем усього англо-американського договірної права. Проте вона призводить до багатьох незручностей у сучасному торговельному обороті, коли для аналізу оферти акцептант повинен бути впевнений, що оферта не буде відкликана до закінчення певного строку. Тому американське право йде в напрямку поступової відмови від теорії відкличності оферти.

У ВК та Принципах УНІДРУА вживаються терміни «скасування» та «відкликання» оферти. Зміст поняття «скасування» відповідає змісту поняття «відкликання» за законодавством України. Так, в силу ст. 15 ВК, ст. 2.3. Принципів УНІДРУА оферта, навіть коли вона є невідкличною, може бути скасована оферентом, якщо повідомлення про скасування одержано адресатом оферти раніше, ніж сама оферта, чи одночасно з нею.

Дещо іншим є зміст терміну «відкликання». Відповідно до ст. 16 ВК, ст. 2.4. Принципів УНІДРУА, ст. 2:202 (3) Принципів європейського контрактного права [16] (далі – Принципи ЄКП) – поки договір не укладено, оферта може бути відкликана оферентом, якщо повідомлення про відкликання буде одержано адресатом оферти до відправлення ним акцепту. Отже, при укладенні міжнародного договору купівлі-продажу, за загальним правилом, необхідно виходити з того, що відкликання оферти можливе і після її отримання адресатом, але до відправлення акцепту.

Важливим є питання про форму та спосіб відкликання оферти, а саме: чи повинні вони співпадати за формою та способом відправлення із самою офертою. Законодавець у даному випадку мовчить. Як нам здається, форма та спосіб відкликання оферти не залежить від форми та способу відправлення самої оферти. Відкликання оферти, здійсненої в письмовій формі, може бути зроблене усно (по телефону). Навпаки, усна оферта може бути відкликана шляхом направлення відповідного листа. У будь-якому випадку ми б радили оференту обирати такий спосіб відкликання, який дозволяє зробити це у найкоротші строки і дає йому упевненість в отриманні такого повідомлення адресатом оферти. А тому не зовсім вдалим здається відкликання усної оферти листом. Найкращим способом

є безпосереднє повідомлення під час зустрічі або телефоном.

Серед інших підстав припинення дії оферти, наряду з її відкликанням, слід виділити: відхилення оферти; закінчення строку, наданого для акцепту; акцепт, у тому числі й на інших умовах; смерть оферента, позбавлення чи обмеження його у дієздатності; припинення юридичної особи – оферента.

Цікавим є питання про можливість відшкодування збитків при відкликанні оферти. На нашу думку, в даному випадку збитки відшкодовуватися не повинні, однак оферент зобов'язаний компенсувати адресату оферти видатки, пов'язані з розглядом оферти.

Підбиваючи підсумки вищевикладеному, хочемо зробити наступні висновки:

1. Офертою є достатньо визначена пропозиція укласти договір, що адресована конкретному адресату, що містить всі його істотні умови та виражає намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття. Оферта не є правочином.

2. Оферент стає зобов'язаний своєю пропозицією у момент її отримання адресатом (теорія отримання). Відповідно до законодавства України

оферта після її отримання адресатом є безвідкличною. При укладенні міжнародного договору купівлі-продажу, за загальним правилом, необхідно виходити з того, що відкликання оферти можливе і після її отримання адресатом, але до відправлення акцепту.

3. Оферта може бути здійснена в усній чи письмовій формі, а також шляхом вчинення конклюдентних дій. У більшості випадків форма оферти повинна відповідати формі договору. Форма та спосіб відкликання оферти не залежить від форми та способу відправлення самої оферти.

4. Публічна оферта відрізняється від звичайної, однак їх правові наслідки співпадають. Реклама, що містить істотні умови договору та виражає намір рекламодавця укласти договір, набуває рис публічної оферти.

5. Оферта втрачає чинність після її відкликання, у разі відхилення, після закінчення строку, наданого для акцепту та у випадку акцепту, у тому числі й на інших умовах; смерті оферента, позбавлення чи обмеження його у дієздатності; припинення юридичної особи – оферента.

Перспективним та актуальним здається подальше дослідження оферти, що здійснюється за допомогою систем електронного обміну даними.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кучер А. Н. Оферта как стадия заключения предпринимательского договора / А. Н. Кучер // Законодательство. — № 5. — 2001. — С. 43 — 52.
2. Денисов С. А. Некоторые общие вопросы о порядке заключения договоров / С. А. Денисов // Актуальные проблемы гражданского права : сб. ст. / под. ред. М. И. Брагинского. — М. : Статут, 1999. — С. 229 — 276.
3. Бородавський С. О. Укладення, зміна та розірвання договору у цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. / С. О. Бородавський. — Х., 2005. — 20 с.
4. Договорное право. Книга первая : Общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. — 3-е изд., стер. — М. : Статут, 2011. — 847 с.
5. Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. / [Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.] ; за ред. О. В. Дзери. — К. : Юрінком Інтер, 2008. — 896 с.
6. Цивільний кодекс України : Закон України №435-IV від 16.01.2003 р. // Офіційний вісник України. — 2003. — №11. — Ст. 461.
7. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 року // Офіційний вісник України. — 2006. — № 15. — Ст. 1171.
8. Принципи міжнародних комерційних договорів від 01.01.1994 р. (Принципи УНІДРУА) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : Правова система ЛІГА:ЗАКОН.
9. Халфина Р. О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве / Р. О. Халфина ; отв. ред. В. Н. Можейко. — М. : Изд-во АН СССР, 1954. — 239 с.
10. Новицкий И. Б. Общее учение об обязательстве / И. Б. Новицкий, Л. А. Лунц. — М. : Госюриздат, 1950. — 416 с.
11. Иоффе О. С. Обязательственное право / О. С. Иоффе. — М. : Юридическая литература, 1975. — 880 с.
12. Александров Н. Г. Право и законность в период развитого строительства коммунизма / Н. Г. Александров. — М. : Госюриздат, 1961. — 271 с.
13. Алексеев С. С. Односторонние сделки в механизме гражданско-правового регулирования / С. С. Алексеев // Антология уральской цивилистики, 1925 — 1989. — М. : Статут, 2001. — 430 с.
14. Гавзе Ф. И. Социалистический гражданско-правовой договор / Ф. И. Гавзе. — М. : Юридическая литература, 1972. — 168 с.
15. Красавчиков О. А. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание, функции / О. А. Красавчиков // Антология уральской цивилистики, 1925 — 1989. — М. : Статут, 2001. — 430 с.
16. Принципы европейского контрактного права [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.miripravo.ru/>
17. Синайский В. И. Русское гражданское право (Пособие к изучению т. Х ч. I и сенатской практики) / В. И. Синайский. — Киев : Типография А. М. Пономарева, 1912. — 427с.

АНОТАЦІЯ

Денисюк В.В. Оферта як стадія укладення цивільно-правового договору. – Стаття.

Стаття присвячена теоретичним та практичним проблемам правового регулювання оферти як стадії укладення цивільно-правового договору. Особливу увагу приділено питанням правової природи оферти; її форми; порядку та форми відкликання; розмежуванню оферти, публічної оферти, запрошення робити оферти та реклами.

Ключові слова: оферта, публічна оферта, пропозиція укласти договір, укладення договору.

АННОТАЦИЯ

Денисюк В.В. Оферта как стадия заключения гражданско-правового договора. – Статья.

Статья посвящена теоретическим и практическим проблемам правового регулирования оферты как стадии заключения гражданско-правового договора. Особенное внимание уделено вопросам правовой природы оферты; ее формы; порядка и формы ее отзыва; разграничению оферты, публичной оферты, приглашения делать оферты и рекламы.

Ключевые слова: оферта, публичная оферта, предложение заключить договор, заключение договора.

SUMMARY

Denysiuk V.V. Offer as a stage of conclusion of a civil contract. – Article.

The article covers the theoretical and practical problems of legal regulation of offer as a stage of conclusion of a civil contract. Special consideration is given to the questions of the legal nature of offer; its form; the order and the form of its revocation; delimitation of offer, public offer, invitation to make offer and advertising.

Keywords: offer, public offer, offer to conclude a contract, conclusion of contract.

УДК 347.763:656.223/224

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ДОГОВОРУ ПЕРЕВЕЗЕННЯ ПАСАЖИРА ЗАЛІЗНИЧНИМ ТРАНСПОРТОМ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Сірко Ростислав Богданович

здобувач кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

Правове регулювання перевезень пасажирів є однією з найважливіших категорій в цивільному праві України, без з'ясування сутності та природи якої досить складно зрозуміти особливості договорів перевезення пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти залізничним транспортом, порядок їх укладання, зміни та припинення, а також відповідальність сторін та інші питання, які виникають у зв'язку зі здійсненням перевезень. Незважаючи на проведення кодифікації цивільного законодавства України, деякі проблемні питання перевезень пасажирів врегульовані не повною мірою, у зв'язку з чим питання практичного застосування та вирішення спірних питань, що впливають з договорів перевезення залізничним транспортом, залишається складним питанням через наявність значної кількості нормативних актів, що регулюють відносини в цій сфері.

Теоретичну основу дослідження склали наукові праці таких правознавців, як С. С. Алексєєва, А. Г. Бикова, М. І. Брагінського, В. В. Вітрянського, Г. С. Гуревича, О. В. Дзери, А. С. Довгєрта, В. А. Єгізарова, О. С. Іоффе, О. О. Карлова, А. Д. Кейліна, Н. С. Ковалєвської, В. В. Луць, О. Л. Маковського, Д. А. Медведєва, Я. І. Рапопорт, А. М. Рубіна, Г. П. Савічева, О. І. Сафончик, О. М. Садікова, Є. О. Харитоньова, М. Є. Ходунова, Р. Ш. Цинцадзе, Х. І. Шварца, Я. М. Шевченко, Г. Ф. Шершенєвича та інших.

Метою статті є науковий аналіз загальних положень договору перевезення пасажирів залізничним транспортом як окремого інституту договорних зобов'язань та аналіз чинного законодавства України, теоретичних та практичних проблем, що виникають у сфері залізничних перевезень пасажирів.

Залізниці повинні забезпечувати потреби населення у пасажирських перевезеннях, безпеку користування залізничним транспортом, необхідні зручності, якісне обслуговування пасажирів на вокзалах і в поїздах, своєчасне перевезення і збереження багажу і вантажобагажу [17; с. 57; 13; с. 184].

Організація перевезень пасажирів, багажу та вантажобагажу встановлюється «Порядком обслуговування громадян залізничним транспортом» [7], а умови перевезень – «Правилами перевезень пасажирів» [8]. Відповідно до п. 2.1.1. «Правил перевезення пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти залізничним транспортом України» (далі – Правила) перевезення пасажирів здійснюється між всіма залізничними станціями та зупинковими пунктами, відкритими для посадки, висадки пасажирів, за розкладом руху пасажирських поїздів, затвердженим у встановленому порядку. При цьому загальні положення щодо перевезення пасажирів передбачені ст. 910 ЦК України [3].

За договором перевезення пасажирів залізничним транспортом одна сторона (перевізник) зобов'язується перевезти другу сторону (пасажирів) до пункту призначення, а в разі здавання багажу – також доставити вантаж до пункту призначення та видавати його особі, що має право на одержання багажу; при цьому пасажир зобов'язується сплатити встановлену плату за проїзд, а при здаванні вантажу – і за провезення вантажу [16, с. 200]. Договір перевезення пасажирів та багажу посвідчується відповідно квитком і багажною квитанцією.

За загальним правилом, зазначений договір є платним, однак є певна група громадян, яким законодавством надається право на безоплатний проїзд (періодично або постійно) (наприклад, дитина у віці до семи років слідує за пасажиром безоплатно, якщо не займає окремого місця) або право на пільговий проїзд (наприклад, студентам, учасникам аварії на ЧАЕС тощо).

«Правилами перевезення пасажирів, багажу, вантажобагажу і пошти залізничним транспортом України» передбачені особливості перевезення окремих категорій багажу, вантажобагажу, окремих категорій пасажирів (автомобілів, вантажу НБУ, перевезення депутатів тощо).

Договір перевезення пасажирів залізничним транспортом належить до консенсуальних договорів, при цьому порядок укладення договору перевезення пасажирів відрізняється певною специфі-

кою, яка полягає в тому, що зазначений договір належить до публічних договорів, у зв'язку з чим, залізниця зобов'язана вступити з пасажиром в договірні відносини та виконати таке перевезення. При цьому основні умови договору перевезення для всіх пасажирів, які придбали відповідні проїзні документи, повинні бути однаковими.

За способом укладення договір перевезення пасажир залізничним транспортом належить до договорів приєднання, тобто його умови визначаються в стандартних формах, які розробляються відповідним органом виконавчої влади на підставі правових актів, і можуть бути прийняті пасажиром не інакше як шляхом приєднання до вже існуючої форми.

На залізничному транспорті є окремі види договорів перевезення пасажирів, які поділяються на категорії: 1) в залежності від швидкості руху – на швидкісні, швидкі та пасажирські; 2) в залежності від відстані слідування – дальні, міські та приміські [1; 18, с. 150].

Укладення договору перевезення і факт оплати за проїзд підтверджується наявністю у пасажирів квитка встановленої форми (зокрема, квитки видаються з зазначенням прізвища пасажирів).

У випадку здачі до перевезення багажу пасажирів видається багажна квитанція, що містить відомості про кількість та місць та масу багажу. Згідно правилам перевезення втрачений квиток не повнюється, а при втраті багажної квитанції багаж видається на підставі письмової заяви пасажирів.

Предметом договору перевезення пасажирів (як окремого виду договору перевезення) є дії перевізника щодо доставки пасажирів в пункт призначення, а при здачі пасажирів багажу – багажу, який повинен бути виданий уповноваженій на його отримання особі, а також дії пасажирів по сплаті встановленої плати за проїзд та провіз багажу.

Особливість суб'єктного складу зазначеного договору полягає в тому, що в якості пасажирів виступає фізична особа, а в якості його контрагента – перевізника – виступає транспортна організація, яка за чинним законодавством визнається суб'єктом публічного права.

Страховання пасажирів залізничного транспорту відповідно до Закону України «Про страхування» [2, с. 9] є одним з видів обов'язкового страхування.

Змістом зазначеного договору є сукупність його умов. Договір перевезення наділяє пасажирів певними правами, що визначають призначення самого договору та враховуючих особливі життєві обставини, що можуть виникнути у певних групах чи навіть окремих пасажирів (наприклад, повернути придбаний квиток перевізнику з одержанням його

вартості за винятком встановленого збору, робити зупинки на шляху сполучення тощо).

Пасажир згідно з чинним законодавством має право на: 1) безпечну і своєчасну доставку до місця призначення, вказаного в проїзному документі, обслуговування під час перевезення згідно з встановленими нормами; 2) поставлення вимог до перевізника щодо виконання ним умов проїзду згідно з договором про перевезення; 3) безплатне перевезення із собою 36 кг ручної поклажі; 4) переоформлення проїзного документа; 5) одержання від перевізника повної і своєчасної інформації про перелік послуг, що надаються, їх вартість, інформації про розклад руху поїздів та ін.; 6) перевідправлення багажу, повернення багажу на залізничну станцію відправлення; 7) відшкодування перевізником збитків за втрачений чи пошкоджений вантаж або вантажобагаж згідно з встановленим спеціальним законодавством порядком тощо.

Пасажир зобов'язаний: 1) сплатити залізниці встановлену плату за поїздку чи перевезення багажу (вантажобагажу); 2) здійснювати поїздку тільки за наявності проїзного документа; 3) дотримуватися на території залізниці та під час поїздки громадського порядку, Правил перевезення, протипожежних та санітарно-епідеміологічних правил тощо.

Оскільки зазначений договір є публічно-правовим, тому на транспортні організації загального користування покладаються певні публічно-правові обов'язки, які спрямовані на створення необхідних умов для належного обслуговування громадян. У зв'язку з цим, як правильно зазначається в літературі, обов'язки транспортних організацій поділяються на три групи: 1) забезпечити всім потенційним пасажирів рівні умови майбутнього договору перевезення; 2) створити мінімальну необхідну матеріальну базу для придбання пасажирського квитка; 3) сформувати систему інформаційного забезпечення для можливості кожної заінтересованої особи отримати вичерпні відомості щодо запланованої поїздки [15, с. 15].

Зазначені обов'язки транспортних організацій носять забезпечувально-організаційний характер (а стосовно майбутніх договорів перевезення пасажирів можуть розглядатися також в якості «переддоговірних» обов'язків), що докладно регламентуються спеціальним законодавством [12, с. 305].

Перевізник має право: 1) відмовити пасажирів у перевезенні у випадках, передбачених законодавством; 2) розпорядитися багажем пасажирів, якщо він не був витребуваний у встановлений Правилами термін; 3) відмовитися у прийнятті вантажобагажу у випадках, передбачених правилами; 4) відмовити у посадці в поїзд при пред'явленні пасажиром недійсних проїзних документів тощо.

ПОРІВНЯЛЬНА ЦИВІЛІСТИКА

УДК 347.77.03(470)

ПРАВО ПІСЛЯКОРИСТУВАННЯ У СФЕРІ ПАТЕНТНОГО ПРАВА ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ РОСІЙСЬКОЇ ФЕДЕРАЦІЇ

Басай Олександр Вікторович

кандидат юридичних наук, докторант кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія»

Загальною підставою набуття виключних майнових прав на об'єкти промислової власності є отримання охоронних документів – патентів.

Відповідно до Законів України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» та «Про охорону прав на промислові зразки» патентовласники мають щорічно сплачувати збір за підтримання чинності патенту. Річний збір за підтримання чинності патенту сплачується за кожний рік його дії, починаючи від дати подання заявки. Документ про першу сплату зазначеного збору має надійти до Установи не пізніше 4 місяців від дати публікації відомостей про видачу патенту. Документ про сплату збору за кожний наступний рік має надійти або бути відправленим до Установи до кінця поточного року дії патенту за умови сплати збору протягом його останніх чотирьох місяців (для винаходів) та протягом двох останніх місяців (для промислових зразків). Дія патенту припиняється з першого дня року, за який збір не сплачено. Особливість даної підстави припинення дії патенту полягає в тому, що за бажанням власника патенту та за умови дотримання вимог, передбачених законом, дія патенту може бути поновлена. Однак, умови відновлення дії патенту є різними для винаходів, корисних моделей та промислових зразків. Так, дія патенту на винахід, корисну модель може бути відновлена, якщо річний збір за підтримання чинності патенту сплачений протягом 12 місяців після закінчення встановленого строку. При цьому розмір річного збору збільшується на 50 %. Згідно ст. 24 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки» дія патенту на промисловий зразок може бути відновлена, якщо річний збір за підтримання чинності патенту буде сплачено, а документ про його сплату – надійде до Установи протягом шести місяців після встановленого строку, при цьому розмір річного збору також збільшується на 50 %.

Отже, виходячи із положень чинного законодавства, можливою є ситуація, за якої дія виключних майнових прав на винахід припиняється на рік, а майнових прав на промисловий зразок – на півроку. Однак при цьому є вірогідність того, що ці права будуть поновлені. У зв'язку з цим, з однієї сторони – патентовласник позбавлений права забороняти іншим використовувати об'єкти промислової власності, з іншої – такі об'єкти ще не переходять у вільне використання, адже дія патенту може бути відновлена. Нажаль, у законодавстві не дається чітких відповідей щодо можливості та порядку використання зацікавленими особами об'єктів промислової власності, щодо яких дія патенту достроково припинена, але при цьому не закінчився строк для її відновлення.

На відміну від національного законодавства, у Цивільному кодексі Російської Федерації ця проблема отримала відповідне вирішення. Зокрема, закріплено право післякористування, яке передбачає можливість використання об'єктів патентного права зацікавленими особами без дозволу патентовласника у період дострокового припинення чинності патенту.

Окремі питання реалізації права післякористування досліджувались у працях: Е. П. Гаврилова, С. В. Зикова, В. І. Єременко, А. О. Старостіна та ін.

Разом з тим, широкого висвітлення умов реалізації права післякористування не отримали.

Враховуючи відсутність належного регулювання окреслених відносин у національному законодавстві, актуальне значення має дослідження досвіду Російської Федерації.

Метою статті є визначення умов реалізації права після користування на підставі аналізу законодавства Російської Федерації та практики його застосування, а також визначення доцільності та необхідності закріплення відповідних положень

про право післякористування у національному законодавстві.

Визначення права післякористування наведено у словниках. Однак, аналіз таких визначень свідчить про різний підхід до розуміння суті та змісту права післякористування.

Право післякористування – дія патенту на винахід, корисну модель або промисловий зразок, яка була припинена у зв'язку з тим, що патентне мито за підтримку чинності патенту не було сплачено у встановлений строк, може бути відновлена за клопотанням особи, якій належав патент на об'єкт промислової власності. Таке клопотання подається у федеральну службу з інтелектуальної власності, патентам і товарним знакам протягом трьох років з дати закінчення терміну сплати вказаного патентного мита [1].

Право післякористування на вільне використання в межах певної країни рішення, що має охорону документів виключного права, якщо його використання почалося або щодо нього була здійснена необхідна підготовка для використання в період тимчасового припинення дії даного охоронного документа [2].

У наведених визначеннях сформульовано дещо різний підхід до визначення права післякористування. В першому випадку, мова йде про право на відновлення чинності патенту, тоді як в другому акцентується увага на праві третіх осіб вільно використовувати об'єкт промислової власності на час припинення дії патенту. Друге визначення відповідає змісту права післякористування, яке закріплено у законодавстві зарубіжних країн.

Отже, для того, щоб виникло право післякористування необхідним є припинення дії патенту. Однак, в даному випадку, важливе значення має тимчасове припинення дії патенту, а не закінчення строку правової охорони виключних майнових прав або відмови патентовласника від належних йому прав на постійній основі.

Відповідно до ч. 1 ст. 1400 Цивільного кодексу Російської Федерації дію патенту на винахід, корисну модель або промисловий зразок, яка була припинена у зв'язку з тим, що патентне мито за підтримку чинності патенту не було сплачено у встановлений строк, може бути відновлено федеральним органом виконавчої влади у сфері інтелектуальної власності за клопотанням особи, якій належав патент. Клопотання про відновлення дії патенту може бути подано до вказаного федерального органу протягом трьох років з дня закінчення терміну сплати патентного мита, але до закінчення передбаченого Цивільним Кодексом терміну дії патенту.

Отже, відповідно до законодавства РФ встановлено єдиний трирічний строк для винаходів, корисних моделей та промислових зразків, протя-

гом якого може бути відновлено чинність патенту. Обмеженням цього строку є закінчення загального строку дії патенту. Тобто, якщо до закінчення строку дії патенту залишилось два роки, особа може відновити його чинність лише протягом двох років, а не трьох.

Відновлення дії патенту супроводжується введенням інституту післякористування, який врівноважує право на відновлення дії патенту.

Згідно ЦК РФ особа, яка в період між датою припинення дії патенту і датою публікації в офіційному бюлетені федерального органу виконавчої влади у сфері інтелектуальної власності відомостей про відновлення дії патенту почала використання винаходу, корисної моделі або промислового зразка або зробила у вказаний період необхідні до цього приготування, зберігає право на подальше його безвідплатне використання без розширення такого використання.

Право післякористування полягає у вільному (тобто без ліцензії) використанні післякористувачем винаходу, корисної моделі або промислового зразка після відновлення патентної монополії без загрози залучення до відповідальності за порушення чужого патенту. По суті, післякористування є одним з видів обмеження патентної монополії поряд, наприклад, з правом попереднього користування. Проте, на відміну від права попереднього користування, право післякористування вужче за своїм об'ємом, оскільки воно не може бути передано, як право попереднього користування іншій особі разом з підприємством.

Надання права післякористування обумовлено декількома умовами:

- використання винаходів, корисної моделі або промислового зразка почато або для нього зроблені необхідні приготування в період, коли відповідний об'єкт знаходився в суспільному надбанні (між датами припинення дії патенту і його відновленням);

- об'єм використання винаходу, корисної моделі або промислового зразка, патентна охорона яких відновлена, не повинен бути розширений післякористувачем.

Право післякористування виникає, коли особа в період між датою припинення дії патенту на винахід, корисну модель, промисловий зразок і датою публікації в офіційному бюлетені Роспатента відомостей про відновлення дії патенту приступила до використання винаходу, корисної моделі, промислового зразка або зробила необхідні до цього приготування (п. 3 ст. 1400 ГК РФ).

Слід зазначити, що у ЦК РФ встановлено загальні умови виникнення та реалізації права післякористування. Однак, деякі важливі моменти відповідного закріплення у законодавстві не отримали.

Так, щодо права попереднього користування визначено умови його переходу до третіх осіб. Щодо права післякористування – це питання залишилось не визначеним у законодавстві. На думку Е. П. Гаврилова, право післякористування може бути передано іншій особі так само, як право попереднього користування, тобто через аналогію закону – разом з підприємством [3, с. 11].

Н. Шакунова серед прогалин у правовому регулюванні відносин, які виникають при реалізації права попереднього користувача та праві післякористування зазначає про те, що законодавець не встановив, яким чином і яким документом повинне підтверджуватися право попереднього користування і право післякористування. Питання про наявність у третьої особи права попереднього користування і післякористування виникає, як правило, під час спорів про порушення цією особою виключних прав патентовласника. Це пов'язано з тим, що будь-яке використання винаходу, корисної моделі, промислового зразка третьою особою, у тому числі особою, що претендує на право попереднього користувача і право післякористування, без дозволу патентовласника, вважається порушенням його виключних прав. Відповідно до ст. 1406 ЦК РФ спори, про порушення виключних прав патентовласника, що стосуються права попереднього користування і післякористування розглядаються тільки судом [4, с. 64 – 65].

Індивідуальний підприємець 1 є автором і патентовласником корисної моделі «ринва», що підтверджується патентом № XXX, виданим Федеральною службою інтелектуальної власності, патентам і товарним знакам. Пріоритет корисної моделі від 13.07.2006 р., термін дії патенту закінчується 13.07.2011 р.

Позивач, вважаючи що відповідачі незаконно використовують корисну модель, порушуючи тим самим його виключне право, звернувся до суду за захистом своїх порушених прав. Одним із відповідачів є індивідуальний підприємець 2, який почав здійснювати виробництво та реалізацію ринв, використовуючи промисловий зразок позивача.

Як впливає з даних Федерального інституту промислової власності патент № XXX достроково припинив свою дію з 14.07.2009 р. у зв'язку з несплатою річного мита за підтримку патенту в силі, що підтверджується довідкою з Державного реєстру корисних моделей Російської Федерації за станом на 09.08.2011 р. У процесі розгляду спору позивач сплатив мито за підтримку чинності патенту і дія патенту була відновлена з 20.10.2011 р., про що свідчить додаток до патенту на корисну модель № XXX довідка з Державного реєстру корисних моделей Російської Федерації станом на 10.11.2011 р.

Відповідно до п. 3 ст. 1400 ЦК РФ встановлено право післякористування. Вказаною нормою федеральний законодавець в рамках своєї дискреції передбачив забезпечення балансу прав і законних інтересів патентовласників, що своєчасно не виконали покладений на них законом обов'язок сплати мита за підтримку патенту в силі, і осіб, які почали використання відповідного винаходу до відновлення дії патенту або які зробили необхідні до того приготування.

Індивідуальний підприємець 2 позовні вимоги не визнав в повному об'ємі. Відповідач пояснив, що з травня 2011 р. займався підготовкою для виробництва ринви водостічної, з 07.09.2011 р. почав займатися виробництвом ринви водостічної в той період, коли дія патенту позивача була припинена, у зв'язку з чим, відповідач набув право післякористування на підставі ст. 1400 ЦК РФ.

Отже, особи, що почали в період між датою припинення дії патенту на корисну модель № XXX (14.07.2009 р.) і датою публікації в офіційному бюлетені федерального органу виконавчої влади у сфері інтелектуальної власності відомостей про відновлення дії патенту (20.10.2011 р.), використання корисної моделі позивача, або необхідні до цього приготування, що зробили у вказаний період, зберігають право на подальше його безвідплатне використання без розширення об'єму такого використання. У зв'язку з чим, позов індивідуального підприємця 1 задоволено не було [5].

Відсутність чітких приписів щодо набуття права післякористування приводить до виникнення спорів між власниками патентів та користувачами. При цьому право післякористування стало ще одним із способів зловживання правами інтелектуальної власності, що підтверджується практикою, яка почала формуватись у РФ.

Так, ТОВ «1» та індивідуальний підприємець 1 (далі – позивачі, правовласники) звернулися до Арбітражного суду міста Москви з позовом до ТОВ «2» (далі – відповідач) про захист виключних прав на патент Російської Федерації № XXX.

Позов мотивований тим, що відповідач без згоди правовласника пропонує до продажу і вводить в оборот товар, в якому використовується винахід по патенту Російської Федерації № XXX, що є проявом недобросовісної конкуренції.

Відповідач позов заперечив, так як вважав, що володіє правом післякористування, на підтвердження чого в суд апеляційної інстанції представлена угода на виконання комплексу робіт по розробці конструкції і підготовці до виробництва корпусу замка D від 01.11.2006 р., укладене відповідачем з ТОВ «3», ТОВ «3», фірмою «4» (далі угода від 01.11.2006 р.).

Дійсно, згідно розміщеної на сайті Роспатенту інформації, в період з 02.06.2001 р. до 10.07.2007 р. дія патенту була припинена.

Післякористування – це право на безвідплатне використання чужого запатентованого об'єкту у встановлених об'ємах такого використання.

Тим часом, з угоди від 01.11.2006 р. не вбачається, що вона укладена виключно для початку використання запатентованого винаходу № XXX.

Крім того, угода від 01.11.2006 р. не встановлює об'ємів використання запатентованого винаходу.

При таких обставинах, угода від 01.11.2006 р. не може бути доказом виникнення у відповідача права післякористування.

Суд першої інстанції обґрунтовано вказав на наявність вини відповідача у формі необережності, оскільки відповідач, здійснюючи підприємницьку діяльність при здійсненні купівлі-продажу товарів, які через свою специфіку споживання і призначення, можуть містити результати інтелектуальної діяльності не проявив того ступеня дбайливості і обачності, яка від нього була потрібна відповід-

но до характеру зобов'язання і умов обороту, і не вжив всіх заходів для належного виконання цього зобов'язання [6].

Таким чином, закріплення у законодавстві права післякористування дозволяє уникнути численних спірних ситуацій, які можуть виникати у зв'язку з використанням об'єктів промислової власності під час дострокового припинення дії патенту.

Разом з тим, у законодавстві закріплено багато оціночних категорій, які не отримали належного розкриття їх змісту. Зокрема, чітко не визначено, які дії мають бути розцінені як приготування до використання об'єкту інтелектуальної власності, що викликає чимало спорів на практиці.

Вважається необхідним передбачити в Україні на законодавчому рівні також право післякористування. Адже це є певний компроміс між інтересами правовласника та користувача. Однак, закріплюючи відповідні умови використання об'єктів промислової власності, слід за прикладом РФ збільшити строк для відновлення чинності патенту. Такий механізм дозволить забезпечити інтереси як патентовласників, так і потенційних користувачів.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кондрикова Н. Интеллектуальная собственность : словарь-справочник [Электронный ресурс] / Н. Кондрикова, Л. Казакова, 2003 г. – Режим доступа : <http://determiner.ru/dictionary/220/word/pravo-poslepolzovaniya>
2. Словарь ключевых терминов в области интеллектуальной промышленной собственности и торговли лицензиями Республики Беларусь, 2005 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://determiner.ru/dictionary/1061/word/pravo-poslepolzovaniya>
3. Гаврилов Э. П. Преждепользование и послепользование в патентном праве / Э. П. Гаврилов // Патентный поверенный. – 2006. – № 5. – С. 8 – 13.
4. Шакунова Н. Е. Ограничения исключительных патентных прав / Н. Е. Шакунова // Управленческое консультирование. – 2010. – № 3. – С. 59 – 70.
5. Решение Арбитражного суда Ульяновской области по делу №А72-5155/2011 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://gas.arbitr.ru/>
6. Решение девятого арбитражного апелляционного суда г. Москвы по Делу № А40-10785/12-19-98 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.9aas.arbitr.ru>

АНОТАЦІЯ

Басай О.В. Право післякористування у сфері патентного права за законодавством Російської Федерації. – Стаття.

У статті розкрито поняття та особливості права післякористування за законодавством Російської Федерації. Визначено умови реалізації права післякористування у сфері патентного права.

Ключові слова: право післякористування, дострокове припинення дії патенту, відновлення дії патенту, використання винаходу, корисної моделі, промислового зразка.

АННОТАЦИЯ

Басай А.В. Право послепользования в сфере патентного права по законодательству Российской Федерации. – Статья.

В статье раскрыто понятие и особенности права послепользования по законодательству Российской Федерации. Выделены условия реализации права послепользования в сфере патентного права.

Ключевые слова: право послепользования, досрочное прекращение действия патента, возобновление действия патента, использование изобретения, полезной модели, промышленного образца.

SUMMARY

Basay O.V. Using industrial property objects in the period of early termination of the patent under the law of the Russian Federation. – Article.

In the article the legal regulation under the law of the Russian Federation of the using industrial property objects during the early termination of a patent.

Keywords: early termination of the patent, the patent renewal, the use of an invention, utility model and industrial design.

УДК 347.254(569.4)

SOME ASPECTS OF ISRAEL HOUSING LAW AND GOVERNMENTAL HOUSING POLICY

Omelchuk Oleksandr

Candidate of Legal Sciences, as. Professor National university «Odessa Legal Academy»

Israel is one of the countries facing the mass stream of immigrants. Individuals related to Israel, trying to return to their historical motherland.

In this connection the question of realization of housing rights for natives and immigrants gets up sharply; the question of public policy in housing economy gets an edge. Research of the Israel variant of solving of housing problem at legislative level requires a careful research and evaluation.

The article of this research is the legislative regulation of housing rights for the citizens of Israel and persons, immigrating to Israel. During the research we analyzed a current legislation of Israel, researches of The Association for Civil Rights in Israel, is in the area of housing policy, Israel periodicals with a legal emphasis.

Research purpose is to find out features of the solution of the item of housing rights within the state of Israel.

The main ways of acquisition of housing rights in Israel:

- 1) ownership (baalut – תולעב),
- 2) rent (skhirut – תוריש), long-term rent (hahira – הריכה),
- 3) Mortgage Loan (mashkanta – אמתכשם),
- 4) easement (zikat ana'a – האנה תכיו),
- 5) the pre-emptive right to acquire (zhut kdima – המיידק תוכו).[1, 2]

The right to housing is not the same as the right to own a home. This is not in essence a property right, but a social right: the right to some form of adequate housing. Every country may choose how to implement this right in accordance with its own considerations. Some countries encourage home ownership while others encourage public or private rental housing. However, countries that choose to encourage ownership as the main avenue to realize the right to housing must do so in a suitable way. Those governments must ensure that even families of little means have access to housing, whether by subsidizing loans to acquire a home or by ensuring that housing is accessible for purchase.

Israel encourages private ownership as the primary avenue for housing. Seventy percent of the

households in Israel live in a home they own, a high percentage in comparison with other developed countries. Private ownership is considered a preferred alternative for various reasons. For one, it deepens the connection of an individual with society, and confers some measure of security and economic independence. In addition, home ownership, if it is accessible to low-income populations, can provide family capital that is passed on to the next generation, serving to narrow socioeconomic gaps [3].

The rental market for housing in Israel, which makes up some 26 % of all housing units, is a market in which most of the consumers are low-income. The proportion of those living in rented homes in the lowest decile of the population is more than three times the proportion in the upper decile.

Examination of the existing regulatory mechanisms suggests that – although in Israel it is commonly believed that developed countries do not intervene in the rental market – in practice, Israel is one of the only countries in the developed world that does not intervene at all in rental conditions, the rental price, or the frequency of rental price increases.

In Israel the private housing rental market is not regulated at all. The law concerning rental contracts is the Rental and Borrowing Law (1971). This law, however, does not obligate the parties and it applies only when provisions in the rental contract do not deal with the issue [3, 7].

The law is also very general and applies to all types of rentals – it does not address the public importance or special aspects of renting a place to live. The Prohibition of Discrimination in Products, Services and Entry into Places of Entertainment and Public Places Law (2000) prohibits anyone who supplies goods or a public service or who operates a public place from discriminating against someone who seeks to enjoy that place, goods, or public service. The law also obligates private individuals. This law defines what constitutes public place and public services, but housing is not specifically cited. Therefore it is unclear if this law can prevent discrimination in housing, such as rejecting someone

every month and directly transferred into the new immigrant's bank account.

The sum of the assistance varies according to family status and the number of years in Israel, but will not exceed 95 percent of the rental fees:

1) A single new immigrant will receive a rental allowance of NIS 223 a month during the second, third, and fourth year of making Aliyah. In the fifth year, assistance amounts to a monthly subsidy of NIS 89.

2) Single-parent families are automatically eligible for assistance for a period of five years, beginning from the second year in Israel and up to six years from the date of making Aliyah. Rental monthly assistance amounts to NIS 402 in the second year of making Aliyah, in the third year to NIS 332, in the fourth and fifth year to NIS 223, and in the sixth year to NIS 134.

3) An immigrant family will receive a monthly rent allowance of NIS 402 in the second year after making Aliyah, NIS 332 in the third year, NIS 223 in the fourth year and NIS 99 in the fifth year.

4) Immigrant soldiers serving in the Israeli Defense Forces within their period of eligibility for rental assistance will be entitled to continued assistance based on the fourth year (fifth year in Israel) for the duration of their regular service at a rate of NIS 223. Lone immigrant soldiers who are in regular service in the IDF will receive additional rental assistance.

5) Immigrants, including the elderly and families living on National Insurance allowances are entitled to increased rental assistance.

When purchasing a first home in Israel as a new immigrant, the period of eligibility for government assistance on Israel mortgage allowance is 10 years from the date of Aliyah. Immigrants who are still within their period of eligibility are entitled to receive a low interest rate compared with the current interest rates in the market for the amount of NIS 150,000 on a mortgage loan from the bank.

In addition, new immigrant home-buyers are entitled to a discount on purchase/acquisition taxes

(Mas Rechisha) when acquiring a property within a period of seven years of making Aliyah. Purchase taxes in Israel on a residential dwelling for Israeli home-buyers are progressive and divided into three levels according to the value of the property: on the first level of the value of up to NIS 1,084,935, the tax rate is 0 percent; on the second level of the value of between NIS 1,084,935 and NIS 1,524,770, the tax rate is 3.5 percent; on the third level of the value of over 1,524,770, which is the highest bracket, the tax rate is 5 percent.

While new immigrant home-buyers get a discount which can be substantial depending on the value of the property, Olim will pay a purchase tax of 0.5 percent on a home price value of up to NIS 1,393,200 and 5 percent on a home price value of over NIS 1,393,200. (see Mas Rechisha/Purchase Tax calculator)

During one of the first two years after making Aliyah, new immigrants are entitled to a discount of between 70 percent to 90 percent in Arnona municipal monthly tax payments limited to a period of 12 months. The rate can vary from one city to another. In order to benefit from the discount new immigrants will need to transfer the Arnona bill into their name at the city's municipality.

The information in this article serves as guidelines to entitlements of rights and benefits which can be subject to change over time by the Israeli government. Up-to-the minute information can be obtained from any local branch of the Ministry of Immigrant Absorption (Misrad Haklita) for reconfirmation that conditions are still the same and rates have not changed [5].

So, the State of Israel provides special legal protection of citizens and immigrants. In the context of public policy in Israel there are several ways to protect the housing rights:

1. public housing;
2. state aid in the case of purchasaing of real estate;
3. specific conditions for the purchase of housing rights of immigrants.

LITERATURE

1. Закон Израиля о продажах квартир 1973 года [Electronic source]. — Access mode : <http://www.advokat-israel.com/>
2. Закон Израиля о продажах. (пер. В.Миллера) [Electronic source]. — Access mode : <http://www.advokat-israel.com/>
3. Gan-Mor Gil, Real Estate or Right s:Housing Rights and Government Policy in Israel [Electronic source]. — Access mode : <http://www.acri.org.il/pdf/DiurEng.pdf>
4. Housing rights and benefits for Olim [Electronic source]. — Access mode : <http://www.buyitinisrael.com/housing-rights-and-benefits-for-olim/>
5. O'Sullivan Eoin, De Decker Pascal, "Regulating the Private Rental Housing Market in Europe" [Electronic source] // European Journal of Homelessness. — Vol. 1 — Dec. 2007. — Access mode : http://eohw.horus.be/files/freshstart/European%20Journal%20of%20Homelessness/Volume%20One/EJH_Vol1_Article4.pdf
6. Porat Ellen, Legal Aspects of Buying Property [Electronic source]. — Access mode : <http://www.nbn.org.il/aliyahpedia/community-a-housing/buying-renting-home/943-legal-aspects-of-buying-property.html>

7. Tikva Ron, Housing Distress in Israel // Knesset Center for Research and Information, — March 2008 (Hebrew) [Electronic source]. — Access mode : <http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/me02294.pdf>
8. Воробьев В. П. Государство Израиль: правовые основы возникновения и статус личности / В. П. Воробьев. — М. : Национальное обозрение, 2001. — 167 с.
9. Миллер В. Несколько общих заметок о договорах в Израиле [Electronic source]. — Access mode : <http://www.israel-rus.ru/?p=532>
10. Миллер В. Сделки с недвижимостью в Израиле [Electronic source] / В. Миллер. — Access mode : <http://www.advokat-israel.com/>

АНОТАЦІЯ

Омельчук О.С. Деякі аспекти житлового права та житлової політики держави Ізраїль. – Стаття.

Стаття висвітлює питання придбання житлових прав у державі Ізраїль, способи придбання останніх. Розмежовуються житлові права і права володіння житлом за законодавством Ізраїлю. Показано законодавчі способи забезпечення житлових прав державою в контексті державної житлової політики.

Ключові слова: житлові права, житлова політика, житло.

АННОТАЦИЯ

Омельчук А.С. Некоторые аспекты жилищного права и жилищной политики государства Израиль. – Статья.

Статья освещает вопросы приобретения жилищных прав в государстве Израиль, способы их приобретения. Разграничиваются жилищные права и права владения жильём по законодательству Израиля. Показано законодательные способы обеспечения жилищных прав государством в контексте государственной жилищной политики.

Ключевые слова: жилищные права, жилищная политика, жилье.

SUMMARY

Omelchuk O.S. Some Aspects of Israel Housing Law and Governmental Housing Policy. – Article.

The article deals with the acquisition of housing rights in the State of Israel and with how to purchase them. It differentiates housing rights and the rights of tenure in Israel laws. It displaying legal ways to ensure the housing rights of the state in the context of the government's housing policy.

Keywords: housing rights, housing policy and housing

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ: ЗАХИСТ АВТОРСЬКИХ ТА СУМІЖНИХ ПРАВ ВІД КОНТРАФАКЦІЇ, ПІРАТСТВА ТА ПЛАГІАТУ

УДК 347:347.77

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ СПІВВІДНОШЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА І ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНУ ВЛАСНІСТЬ

Харитонова Олена Іванівна

доктор юридичних наук, професор, завідувача кафедрою права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія», член-кореспондент НАПрН України,

Ульянова Галина Олексіївна

кандидат юридичних наук, докторант кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія»

Адекватне регулювання відносин інтелектуальної власності має суттєве значення, надто у інформаційному суспільстві, яке з більшим чи меншим ступенем успішності, досить активно, але з помітними труднощами, формується в Україні. Власне, від обраної моделі правового регулювання відповідних відносин у галузі інтелектуальної діяльності та інформації значною мірою залежить визначення ставлення до результатів полеміки між прихильниками (Л. Карвалікс та ін.) [1] і критиками (Ф. Вебстер та ін.) [2] інформаційного суспільства. Обрання приватноправової моделі правового регулювання відносин інтелектуальної власності, фактично, означає визнання перспектив розвитку інформаційного суспільства, яке відчуває потребу саме в такому «вільному», «природному» правовому просторі, тоді як надання переваг публічній моделі правового регулювання відносин інтелектуальної власності припускає вольове визначення характеру і меж розпорядження відповідними правами та інтересами.

Тут варто зазначити, що, оскільки відносини інтелектуальної власності в Україні регулюються значною кількістю спеціальних законодавчих актів, приналежність яких до сфери приватного права не може не викликати сумнівів, може виникнути й сумнів у «методологічній виправданості» визнан-

ня цивілістичної природи норм про інтелектуальну власність, навіть тих, що містяться у книзі IV ЦК України.

Отже, постає питання про критерії віднесення тих чи інших норм законодавства про інтелектуальну власність до галузі цивільного законодавства.

На нашу думку, для попереднього аналізу галузевої приналежності «права інтелектуальної власності» цілком застосовним є прийом визначення спільного та відмінного у загальному та конкретно-умовних існування цього правового феномену.

При цьому виходимо з того, що галузева приналежність групи відносин, групи норм, правових інститутів тощо, зумовлена, передусім, особливостями предмету і методу, а також концепцією (ідеологією) правового регулювання, якою визначаються цілі, призначення та функції останнього. Саме ці особливості є тими критеріями, що дають можливість виокремлювати ті чи інші галузі права чи законодавства, встановлювати галузеву приналежність інститутів тощо.

Розглянемо під таким кутом зору можливість віднесення права інтелектуальної власності до галузі цивільного права (законодавства).

Передусім, зазначимо, що при тому гнучкому підході до визначення цивільних відносин, що має місце у ст. 1 ЦК України, предмет правового

регулювання не може слугувати достатньо чітким критерієм визначення галузевої приналежності відносин. Навпаки у залежності від сфери правового регулювання немайнові або майнові відносини можуть бути визнані чи не визнані такими, що мають ознаки цивільних.

Що стосується методу правового регулювання, властивого для галузі цивільного законодавства, то використання його у якості згаданого критерію ускладнюється тим, що у цій сфері може використовуватися як диспозитивний, так і імперативний метод, що пов'язане з «багат шаровістю» абстрактного дихотомічного поняття «приватне право» – «публічне право» у випадках його існування в юридичній реальності.

При цьому, варто взяти до уваги й ту обставину, що відносини інтелектуальної власності можуть регулюватися на засадах приватного або публічного права в залежності від їх конкретного змісту. Так, характерними рисами диспозитивного (правонаділяючого) елементу методу правового регулювання є: 1) юридична рівність учасників відносин; 2) ініціатива сторін при встановленні правовідносин; 3) можливість вибору учасниками відносин варіанту поведінки, що не суперечить засадам законодавства і моральності суспільства. Такий метод застосовується, передусім, при договірних формах реалізації прав інтелектуальної власності. Разом із тим, для регулювання відносин інтелектуальної власності застосовується також імперативний метод правового регулювання. Однак, при цьому «імперативність» може бути різною за своєю сутністю. Зокрема, у зобов'язаннях, що виникають внаслідок завдання шкоди володільцю прав інтелектуальної власності, імперативним є припис про відшкодування цієї шкоди, підстави, умови та порядок її відшкодування. Від використання імперативного методу зазначені відносини із цивільних не перетворюються на адміністративні. Характерними рисами методу правового регулювання у таких випадках є: 1) юридична рівність сторін; 2) виникнення цивільних правовідносин незалежно від бажання їх учасників внаслідок безпосереднього припису закону; 3) можливість вибору учасниками цивільних відносин варіанту поведінки, лише у межах, точно визначених актами цивільного законодавства. Тому тут йдеться про імперативні елементи цивільно-правового методу. Можливим є й застосування суто імперативного методу регулювання відносин інтелектуальної власності. Наприклад, у разі звернення автора винаходу за отриманням патенту. У цьому випадку застосування спеціального імперативного методу свідчить, що відповідні відносини є адміністративними за своїм характером.

Характерними ознаками методу правового регулювання тут є: 1) юридична нерівність сторін; 2) виникнення відносин за бажанням учасників, але з наступним регулюванням їх шляхом безпосереднього припису закону; 3) неможливість вибору учасниками відносин варіанту поведінки іншої, ніж визначена актами законодавства. Тому тут йдеться не про «імперативні елементи» цивільно-правового методу, а саме про «імперативний» метод.

Отже, сукупність методів правового регулювання відносин інтелектуальної власності охоплює як суто диспозитивні (у регулятивних цивільних відносинах), так і диспозитивно-імперативні (у охоронних цивільних відносинах), а також суто імперативні (в адміністративних відносинах) засоби впливу на учасників відносин інтелектуальної власності, що врешті зумовлює комплексний характер правового регулювання останніх.

Таким чином, ні предмет правового регулювання (немайнові та майнові відносини інтелектуальної власності), ні метод правового регулювання зазначених відносин не можуть бути чіткими критеріями встановлення галузевої приналежності права інтелектуальної власності [3].

Це дає підстави для припущення, що визначальною обставиною тут є концепція (ідеологія) правового регулювання.

Оскільки, попри дискусії, що точилися навколо цього питання, у вітчизняній правовій думці, значною мірою завдяки активній позиції та переконливим аргументам проф. О. А. Підпригорі, перемогла ідея виправданості включення норм про інтелектуальну власність у ЦК України, можна вважати, що «концептуальні» підходи вітчизняних законодавців визначені достатньо чітко. Загалом, вітчизняна концепція законодавства досить чітко визначає правову сутність (галузеву приналежність) права інтелектуальної власності в об'єктивному значенні цього поняття, розглядаючи її як природну складову частину українського цивільного законодавства. На користь такого висновку, зокрема, свідчить вміщення у ЦК України книги четвертої «Право інтелектуальної власності».

Врешті, саме це і дає підстави для висновку, що в Україні є достатні підстави розглядати право інтелектуальної власності як складову частину (розділ) вітчизняного цивільного права. Тим більше, що це відповідає прагненням інтелектуального загалу сприяти формуванню в Україні інформаційного суспільства.

Головною особливістю правового регулювання відносин інтелектуальної власності в Україні, на нашу думку, є те, що основним джерелом (формою) тут є акти законодавства, що регулюють відносини інтелектуальної власності.

Поміжних, передусім, слід назвати Конституцію України, яка містить низку норм, що безпосередньо стосуються відносин інтелектуальної власності. Так, Конституція України у ст. 54 гарантує громадянам свободу літературної, художньої, наукової і технічної творчості, захист інтелектуальної власності, їхніх авторських прав, моральних і матеріальних інтересів, що виникають у зв'язку з різними видами інтелектуальної діяльності. Кожний громадянин має право на результати своєї інтелектуальної, творчої діяльності; ніхто не може використовувати або поширювати їх без його згоди, за винятками, встановленими законом. Відповідно до ст. 41 Конституції кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності.

Разом із тим, оскільки Конституція України визначає лише загальні засади регулювання відносин у галузі інтелектуальної власності, важливе місце відводиться актам спеціального законодавства, що поділяються на кодифіковані акти та поточне законодавство.

Основним кодифікованим актом у сфері права інтелектуальної власності є ЦК України, книга четверта «Право інтелектуальної власності», що закріплює об'єкти права інтелектуальної власності, суб'єкти права інтелектуальної власності, їх права, основні засади охорони та захисту прав інтелектуальної власності. Крім того, глава 75 «Розпорядження майновими правами інтелектуальної власності» визначено систему цивільно-правових договорів, які можуть укладатись суб'єктами відносин інтелектуальної власності з метою реалізації належних їм прав на результати інтелектуальної, творчої діяльності.

Застосовуються до регулювання відносин інтелектуальної власності й норми глави 76, що визначає умови укладання договорів комерційної концесії. Крім спеціальних положень ЦК України, які присвячені праву інтелектуальної власності, до таких відносин з урахуванням їх особливостей можуть застосовуватись загальні положення кодексу про договори, захист прав, тощо. Кримінальний кодекс України, Кодекс України про адміністративні правопорушення встановлюють відповідальність за порушення прав інтелектуальної власності. Митний кодекс визначає загальні засади переміщення через державний кордон товарів, що містять об'єкти права інтелектуальної власності тощо.

Поточне законодавство у галузі інтелектуальної власності включає закони України та підзаконні акти. Особливістю чинності дії законів України у галузі інтелектуальної власності є те, що, на відміну, наприклад, від Російської Федерації, де з прийняттям книги 4 Цивільного кодексу, яка при-

свячена праву інтелектуальної власності, більшість спеціальних законів втратила чинність, в Україні поряд з ЦК України продовжують діяти окремі закони, положення яких не завжди узгоджені з нормами ЦК України. Як приклад, можна згадати закони: «Про авторське право і суміжні права» від 23 грудня 1993 року, «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних» від 23 березня 2000 року, «Про кінематографію» від 13 січня 1998 року, «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні» від 16 листопада 1992 року, «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» від 15 грудня 1993 року, «Про охорону прав на промислові зразки» від 15 грудня 1993 року, «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15 грудня 1993 року, «Про охорону прав на зазначення походження товарів» від 16 червня 1999 року та ін.

Значну за обсягом групу правових актів у сфері регулювання відносин інтелектуальної власності складають, так звані, «підзаконні» нормативно-правові акти. Наприклад, Постанова Кабінету Міністрів України «Про державну реєстрацію авторського права і договорів, які стосуються права автора на твір» від 27 грудня 2001 року, Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про представників у справах інтелектуальної власності (патентних повірених)» від 10 серпня 1994 року (у редакції постанови Кабінету Міністрів України від 27 серпня 1997 року), Правила складання і подання заявки на винахід та заявки на корисну модель, затверджені наказом Міністерства освіти і науки України (зі змінами та доповненнями від 22 січня 2001 року).

Оскільки нормативних актів такого роду дуже багато, то тут наводити повний їх перелік недоцільно. Скласти уяву про стан справ у цій сфері дає змогу, наприклад, Перелік нормативно-правових актів, наведений у інформаційному листі Вищого господарського суду «Про нормативно-правові акти, що регулюють питання, пов'язані з охороною прав на об'єкти інтелектуальної власності» від 20 лютого 2007 року.

Важливе значення при регулюванні відносин інтелектуальної власності мають також міжнародні угоди.

Зокрема, це конвенції до яких приєдналась Україна (наприклад, Стокгольмська конвенція «Про заснування Всесвітньої організації інтелектуальної власності» від 14 червня 1967 року, дво- та багатосторонні міжнародні договори у цій галузі за участю України (наприклад, Угода про співробітництво в галузі охорони авторського права і суміжних прав від 24 вересня 1993 року, ратифікована Законом

від 27 січня 1995 року, Угода про співробітництво по припиненню правопорушень у сфері інтелектуальної власності від 6 березня 1998 року, ратифікована Законом від 21 вересня 2000 року).

Відповідно до ст. 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Відповідно до Декларації про державний суверенітет України від 16 липня 1990 року визнається перевага загальноновизнаних норм міжнародного права перед нормами внутрішньодержавного права.

Враховуючи, що учасниками відносин інтелектуальної власності виступають не лише громадяни України, а й іноземні громадяни, актуального значення набуває визначення права, яке має застосовуватись у разі порушення їх прав відповідно до ст. 37 Закону України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 року до правовідносин у сфері захисту прав інтелектуальної власності застосовується право держави, у якій вимагається захист цих прав.

Відповідно до ст. 7 ЦК України цивільні відносини можуть регулюватись звичаєм, зокрема, звичаєм ділового обороту, під яким розуміється правило поведінки, яке не встановлено актами цивільного законодавства, але є ustalеним у певній сфері цивільних відносин. Звичай, що суперечить договору або актам цивільного законодавства, у цивільних відносинах не застосовується. Звичаї можуть бути класифіковані за декількома критеріями. Так, залежно від форми фіксації звичаї можуть бути поділені на: зафіксовані у відповідних документах (ч. 1 ст. 7 ЦК України) (наприклад Правила ІНКОТЕРМС) та не зафіксовані у документах (наприклад, звичай, згідно якому спеціальний закон має перевагу над загальним законом). За сферою застосування звичаї поділяються на: а) міжнародні звичаї; б) норми звичаєвого права; в) судовий звичай; г) звичаї ділового обороту.

Не є джерелом правового регулювання відносин інтелектуальної власності в Україні судовий прецедент.

Разом із тим, слід зазначити, що питання визначення місця та ролі судової практики в регулюванні договірних відносин набуває нового змісту в сучасних умовах, та все частіше наголошується на тому, що застосування прецеденту в правовій діяльності нашої країни є нагальною потребою, для реалізації якої створені як правові, так і політичні передумови. Причиною цього є велика кількість прогалин у законодавстві, а також наявність в законодавстві формулювань, що дають підстави по-різному тлумачити їх зміст. Практичне значення при здійсненні захисту прав інтелектуальної влас-

ності мають: Оглядів листи Вищого господарського суду: «Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти інтелектуальної власності» від 27 червня 2008 року, «Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти промислової власності (за матеріалами справ, розглянутих у касаційному порядку Вищим господарським судом України)» від 15 липня 2010 року [4], «Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти інтелектуальної власності (за матеріалами справ, розглянутих у касаційному порядку Вищим господарським судом України)» від 30 червня 2009 року [5], Постанова Верховного Суду «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав» від 4 червня 2010 року [6], Рекомендації Вищого господарського суду «Про деякі питання практики призначення судових експертиз у справах зі спорів, пов'язаних із захистом права інтелектуальної власності» від 29 березня 2005 року [7] та ін.

Характеризуючи джерела у галузі регулювання відносин інтелектуальної власності та їхній зміст, слід звернути увагу на проблеми правового регулювання, що виникають у цій сфері.

Вони пов'язані, насамперед, з необхідністю визначення співвідношення цивільного законодавства та законодавства про інтелектуальну власність, оскільки це має не лише теоретичне, але й велике практичне значення.

Не ставлячи під сумнів важливість адаптації національного законодавства до норм міжнародного законодавства та законодавства ЄС, вважаємо за доцільне наголосити на тому, що, в першу чергу, необхідно узгодити національні законодавчі акти у цій сфері, усунути існуючі колізії та прогалини. Адже запровадження нових норм, навіть таких, що відповідають міжнародним стандартам, у несистематизоване, неузгоджене національне законодавство може створити ще більше колізій, що негативно позначиться на охороні прав інтелектуальної власності.

Отже, передусім, має бути узгоджене (гармонізоване) регулювання відносин інтелектуальної власності кодифікованими актами (в першу чергу ЦК України) та спеціальними законами.

При цьому постає необхідність вирішення двох взаємопов'язаних актуальних завдань:

- 1) забезпечення подолання неузгодженості положень спеціальних законодавчих актів у сфері інтелектуальної власності з положеннями ЦК України.

- 2) чітке визначення порядку застосування вказаних актів до регулювання відносин інтелекту-

альної власності, зокрема, визначення акту, який має переважаюче значення.

При вирішенні проблеми подолання неузгодженості спеціальних законів та ЦК України, слід звернути увагу на те, що вони є як загальними та стосуються всіх інститутів права інтелектуальної власності, так і спеціальними, які стосуються окремих інститутів права інтелектуальної власності (авторського права, права промислової власності тощо).

Загальною та актуальною є проблема законодавчого підходу до визначення видів майнових прав. Полягає вона в тому, що у ЦК України запроваджено поділ майнових прав на дві категорії – це право на використання об'єктів інтелектуальної власності та виключні майнові права, що передбачають право надавати дозвіл на використання об'єктів інтелектуальної власності, а також право забороняти третім особам використовувати результати інтелектуальної, творчої діяльності.

У спеціальних законах, наприклад, Законі України «Про авторське право і суміжні права» від 23 грудня 1993 року, Законі України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» від 15 грудня 1993 року – всі майнові права інтелектуальної власності віднесено до виключних. Такий неоднозначний підхід є результатом відсутності єдиного підходу до розуміння та сутності прав інтелектуальної власності. У законодавстві фактично найшли втілення дві протилежні концепції права інтелектуальної власності: пропріетарної та виключних прав, що не може не створювати відповідних проблем у правовому регулюванні.

У сфері авторського права – не узгоджено положення про договори, на підставі яких здійснюється розпорядження авторськими правами.

Так, відповідно до Закону України «Про авторське право і суміжні права» передбачається поділ авторських договорів на дві основні категорії:

– авторські договори про надання виключного та невиключного права на використання об'єктів авторського права;

– авторські договори про передання (відчуження) авторських прав.

Відповідно до ст. 32 Закону України «Про авторське право і суміжні права» за обсягом прав, які надаються, авторські договори поділяються на:

1) договори про передачу виключного права на використання твору;

2) договори про передачу невиключного права на використання твору.

Вважаємо, що такий поділ договорів не є узгодженим зі ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права», відповідно до якої всі майнові права, в тому числі і право на використання

твору, є виключними. У зв'язку з цим, було б доцільно привести положення Закону у відповідність до ст. 1108 ЦК України та передбачити надання виключної та невиключної ліцензії.

Також здається не зовсім коректним проведене у Законі України «Про авторське право і суміжні права» отождоження категорій передання та відчуження виключних майнових прав на об'єкти авторського права. Відповідно до чинного законодавства передбачено випадки, коли автор або особи, які на законних підставах набули виключні майнові права на об'єкт авторського права, мають право передавати свої права на тимчасовій основі іншим фізичним та юридичним особам. При цьому, мається на увазі не надання права на використання об'єкта авторського права, а передання саме майнових авторських прав, при цьому їх відчуження не відбувається.

Так, майнові права на об'єкт авторського права можуть передаватись: в управління організаціям колективного управління авторськими правами, відповідно до ст. 576 ЦК України майнові права можуть бути предметом застави. У зазначених випадках передачі прав не відбувається їх відчуження (виняток в даному випадку може полягати в накладенні стягнення на майнові права, що є предметом застави у разі невиконання боржником забезпеченого заставою зобов'язання). Враховуючи зазначене, слід виключити з назви та тексту ст. 31 Закону України «Про авторське право і суміжні права» слово «відчуження».

Аналіз норм Закону України «Про авторське право і суміжні права» дозволяє зробити висновок, що в ньому не закріплено спеціальних ознак договорів, які укладаються у сфері авторського права, не виділено спеціальних видів договорів. Розпорядження авторськими майновими правами може здійснюватись на підставі договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, передбаченими гл. 75 ЦК України.

У зв'язку з цим, з метою уникнення регулювання договірних відносин у сфері права інтелектуальної власності, здається доцільним приділити належну увагу договорам щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності у ЦК України, при цьому положення спеціальних законів про договори у сфері інтелектуальної власності виключити.

Проблема забезпечення узгодженості положень актів загального та спеціального законодавства існує також у сфері промислової власності, де не узгоджено положення спеціальних законів та ЦК України щодо моменту виникнення прав на об'єкти промислової власності, а також видів патентів.

Так, відповідно до ст. 465 ЦК України майнові права інтелектуальної власності на винахід, корисну модель, промисловий зразок є чинними з дати, наступної за датою їх державної реєстрації, за умови підтримання чинності цих прав відповідно до закону.

Відповідно до Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» права, що впливають з патенту, діють від дати публікації відомостей про його видачу. Відповідно до ст. 23 Закону, Установа публікує у своєму офіційному бюлетені визначені в установленому порядку відомості про видачу патенту (деклараційного патенту) одночасно з державною реєстрацією патенту (деклараційного патенту) на винахід чи деклараційного патенту на корисну модель. Виходить, що відповідно до ЦК України право на об'єкти промислової власності виникають на день пізніше, ніж відповідно до спеціального закону.

Наявність колізій між ЦК України та спеціальними законами породжує також проблему (про яку вже йшлося вище і, яка існує не лише у сфері інтелектуальної власності) визначення акту, що має переважну силу. Є загальновідоме правило, відповідно до якого акти нижчої юридичної сили, підзаконні акти, мають відповідати актам вищої юридичної сили. У випадку неоднозначного регулювання однорідних відносин, переважне значення має акт вищої юридичної сили. Однак застосовувати його зручно, коли мова йде про закони та підзаконні акти. Інша річ, коли виникає питання щодо переважного застосування актів однакової юридичної сили. У випадку відносин інтелектуальної власності це застосування ЦК України та спеціальних законів.

При вирішенні проблеми визначення співвідношення окремих нормативних актів, в першу чергу, слід звернутись до положень ст. 4 ЦК України, відповідно до ч. 2 якої основним актом цивільного законодавства України є ЦК України. Інші закони України, що є актами цивільного законодавства, мають прийматись відповідно до Конституції України та ЦК України.

З наведеного положення ЦК України випливає, що закони, прийняті після набрання чинності ЦК України не можуть суперечити положенням Кодексу. В разі, коли при внесенні проекту закону, який регулює цивільні відносини інакше, ніж Кодекс, має бути одночасно поданий проект закону про внесення змін до ЦК України.

Однак, слід звернути увагу на те, що закони, які регулюють відносини інтелектуальної власності, прийняті переважно до набрання чинності ЦК України, у зв'язку з чим постає питання про співвідношення вказаних нормативних актів.

Слід зазначити, що окремі роз'яснення щодо застосування нормативних актів, у випадку наявності колізії, є у листі Міністерства юстиції України від 26 грудня 2008 року «Щодо практики застосування норм права у випадку колізії». Відповідно до нього, колізія норм права вирішується шляхом вибору того нормативного акта, який має бути застосований до конкретного випадку (юридичного факту).

Навіть побіжний аналіз норм, що регулюють відносини у сфері інтелектуальної власності, свідчить про існування проблем як теоретичного, так і суто практичного характеру, що потребують вирішення на законодавчому рівні.

ЛІТЕРАТУРА

1. Laszlo Z. Karvalics Information Society — what is it exactly? (The meaning, history and conceptual framework of an expression) [Електронний ресурс] / Z. Karvalics Laszlo. — Режим доступу: <http://www.gesci.org/assets/files/Knowledge%20Centre/Information-Society-what-is.pdf>
2. Webster F. Theories of the information society [Електронний ресурс] / F. Webster. — Режим доступу: <http://translate.google.com.ua/translate?hl=ru&langpair=ru%7Cen&u=http://svet-sidorov.livejournal.com/8897.html>
3. Право інтелектуальної власності України: консп. лекц. / В. М. Крижна, Н. С. Яркіна; за ред. В. І. Борисової. — Х.: Нац. юрид. акад. України, 2010.
4. Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти промислової власності (за матеріалами справ, розглянутих у касаційному порядку Вищим господарським судом України) [Електронний ресурс]: Оглядний лист Вищого Господарського суду України від 15 липня 2010 № 01-08/415. — Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v_415600-10
5. Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти інтелектуальної власності (за матеріалами справ, розглянутих у касаційному порядку Вищим господарським судом України) [Електронний ресурс]: Оглядний лист Вищого господарського суду України від 30 червня 2009 р. № 01-08/411/. — Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v_735600-08
6. Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав [Електронний ресурс]: Постанова Верховного Суду від 4 червня 2010 р. № 5. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-10>
7. Про деякі питання практики призначення судових експертиз у справах зі спорів, пов'язаних із захистом права інтелектуальної власності [Електронний ресурс]: Рекомендації Вищого господарського суду від 29 березня 2005 р. № 04-5/76. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0076600-05>

АНОТАЦІЯ

Харитонова О.І., Ульянова Г.О. Деякі проблеми визначення співвідношення цивільного законодавства та законодавства про інтелектуальну власність – Стаття.

Стаття присвячена аналізу деяких проблем визначення співвідношення цивільного законодавства та законодавства про інтелектуальну власність. Проаналізовано питання методологічної виправданості визнання цивілістичної природи норм про інтелектуальну власність, критерії віднесення тих чи інших норм законодавства про інтелектуальну власність до галузі цивільного законодавства, а також шляхи вирішення колізій норм, що регулюють відносини у зазначеній сфері.

Ключові слова: цивільне законодавство, законодавство про інтелектуальну власність, спеціальне законодавство, колізії, співвідношення.

АННОТАЦИЯ

Харитонова Е.И., Ульянова Г.А. Некоторые проблемы определения соотношения гражданского законодательства и законодательства об интеллектуальной собственности . – Статья.

Статья посвящена анализу некоторых проблем определения соотношения гражданского законодательства и законодательства об интеллектуальной собственности. Исследованы вопросы методологической оправданности признания цивилистической природы норм об интеллектуальной собственности, критерии отнесения тех или иных норм законодательства об интеллектуальной собственности к отрасли гражданского законодательства, а также пути устранения коллизий норм, регулирующих отношения в этой сфере.

Ключевые слова: гражданское законодательство, законодательство об интеллектуальной собственности, специальное законодательство, коллизии, соотношение.

SUMMARY

Kharitonova E. I, Ulyanova G.A. Some problems of determining the ratio of civil law and intellectual property law. – Article.

The article analyzes some problems determining the ratio of civil law and intellectual property law. The paper analyzes the methodological justification for recognition tsivilisticheskoy nature rules on intellectual property, the criteria of certain provisions of the legislation on intellectual property rights to the field of civil law, as well as ways of solving conflicts rules governing relations in this area.

Keywords: civil law, intellectual property laws, special legislation, collisions, ratio.

УДК 347.721.037

THE DEFENCE OF CORPORATE RIGHTS

Bignyak Oleksandr

associate professor of intellectual ownership and corporate right department National university «Odessa Legal Academy»

The aim of right is to protect interests, here defence makes inalienable part of right and examined by research workers in different aspects: as a measure of the settled conduct; as a system of the legal adjusting; as a guarantee of rights; as the forced method of realization of the broken right with the purpose of its renewal; as a complex of the concerted organizational measures; as an aggregate of measures of law-enforcement character; as activity. One conceptions are concentrated on the materially legal aspect of category of defence, others on a judicial aspect, and some interpret defence too widely in quality of legal norms.

However, every field of both financial and judicial law contains the institute of defence, but none of them determines this category. The scientific studies are mostly concentrated on the analysis of forms and methods of defence, without division of them and leaving out of eyeshot intercommunication with other legal categories, the features of defence that are conditioned by disagreements of the subject of the legal adjusting.

Nowadays for science of civil law the research of the integral system of defence of corporate rights is actual for the improvement of current legislation, for acceptance of new normatively legal acts, for legal adjusting activity, and also for the legal defensive institutes of other fields of law.

The purpose of the article is to determine the concept of defence of corporate rights and the analysis of characteristic signs, to analyse the forms and methods of defence.

The research of practical and theoretical questions of defence of corporate rights were done by as I.V. Spasibo-Fateeva, Yu.F. Bespalov, L.M. Zvyagintseva, Z. V. Romovska, N. A. Chechina, Yu. D. Pritika, I. G. Pobirchenko, O. P. Vershinin etc.

The right for defence is an independent subjective right which has a materially legal nature and is a pre-condition of origin of judicial relations. Thus, an equitable right on defence consists of possibility of realization of own positive actions by a competent person; possibilities of requirement of the proper conduct from the obliged person; the use of the state forced measures in relation to

persons, who violated a legal duty. The corporate rights, as well as other rights of the participants of civil appeal are equitable rights and the right for defence is the inalienable guarantee of realization of corporate rights and interests, that go out from the statements of article 15 of the Civil code of Ukraine. A requirement in defence of corporate rights arises up in the case of violation or abuse of such rights, in the case of origin of dispute in relation to such rights.

The defence is the constituent of rights for his transmitter, that is used for renewal or ceasing of the violated rights, which is realized in certain forms.

In the encyclopaedic meaning defence is understand go as complex system of measures which are used for providing of free and proper realization of equitable rights, including judicial defence, legislative, economic, organizational technical and other facilities and measures, and also self-defence of civil laws [1, p. 169].

I. V. Spasibo-Fateeva examines defence as measure of the settled conduct of a competent person which is expressed in possibility independently or by jurisdiction organs to apply to the obliged person the measures of the state forced character with the purpose of removal of obstacles in realization of equitable right or proceeding it in the previous state or punishment for violation [2, p. 234].

Yu. D. Pritika determines defence of rights as a legal activity directed on the removal of obstacles on the way of realization of the rights and ceasing of offence, renewal of the statement which existed before the violation [3, p. 16].

Being a doubtful of the expounded positions, it should be noted that defence includes in itself the elements of both financial and judicial order, they are associated and complement each other, and the accent on activity (determination only of judicial legal aspect) narrows the article of research of this phenomenon. Moreover the defence of right is not the measure of the settled conduct, rather than it touches the forms and facilities of defence, which are examined as possible actions fastened by the protective norm of law or agreement directed on warning, ceasing of violation of rights and also on their renewal. The defence can not be examined only

as activity the given determination is characteristic for the forms of defence, which are mediated by activity which we divide into judicial activity and procedural activity directed on the disputes decision. The conception of I. G. Pobirchenko is that the forms of legal defense in relation between socialistic organizations have principle differences from the form of legal defense with participation of citizens [4, p. 19] on which judicial or procedural activity of participants will depend.

Along side it follows to take into account that defence can be shown not only in the form of activity of the proper organs the defence of rights can be expressed within the framework of protective financial legal relationship (a shareholder, a founder an economic society).

V. P. Griбанov marks that the material legal maintenance of defence includes in itself: first, the possibility of the authorized person to utilize the facilities of the own forced influence settled by the law on an offender, to protect a due right him by the own actions of actual order (self-defence of civil laws); secondly, the possibility of application of legal measures of operative influence directly by the authorized person on an offender; thirdly, possibility of the authorized person to appeal to the competent public or state organs with the requirement of forcing a person to the certain conduct [5, p. 107].

Taking into account the features of corporate relations it should be noted that the stages of defence of rights and interests formulated by the scientists-legislators are not [6, p. 6-8], characteristic of them namely: the origin of conflict (the availability of loss, the violation of rights and interests); documentary fixing of conflict (including establishing of a causal connection); operative defence of rights (the refusal in of paying accounts etc.); claim work; forced defence (lawsuit); implementation of court decision. In corporate attitudes toward the stages of the defence of rights we refer: availability of conflict – extra-judicial defence is judicial defence, and attributing to the stage of defence of rights implementation of court decision – is in general debatable.

Along side with the absence in the legislation of the determination of «defence of right», the ambiguousness of doctrine approaches, the national legislation does not contain the concept «form of defence», does not even operate such term, interpreting or using terms «order of defence», «methods of defence». However, «facilities» and the «forms» of defence are not identical concepts, all of them are included in the system of defence, but the mean its different constituents.

V. V. Butnev determines the form of defence as a complex of the concerted organizational measures

on defence of equitable rights which are realised within the framework of the unique legal mode [7, p. 17].

V. V. Dunaev determines the form of defence of civil laws as actions, based on the norm of right or agreement, that is realised within the framework of legal procedure or without it, directed on warning, ceasing of violations of rights and their renewal, carried out by the special jurisdiction organ, or by the legal owner himself [8]. Other research workers determine the form of defence as a «certain order of the defence of rights and iterests, realised by this or that by a judicial organ depending on its nature» [9, p. 6; 10, p. 12-14; 11, p. 7].

Taking into account the work in relation to the kinds of forms of defence of civil laws, it should be noted that the subject competent to carry out the defence of equitable rights, is the most general classificative basis of forms of defence of corporate rights. The grounded claims of G. A. Sverdlika and E. L. Strauninga [12, p. 37] prove that the form of defence specifies the subject who carries out the measures of defence, thus, determining him in quality basic, characterizing the signs of one form in relation to the other.

Consequently, without the detailed analysis of the existent theories in relation to the classification of the types of forms of defence it should be noted that the participants of corporate relations can use the both jurisdiction and unjurisdiction form of defence. If with the jurisdiction form of defence of corporate rights all is clear, and a legislator defined clearly the jurisdiction of corporate disputes to economic courts, it should be noted that not all of types of unjurisdiction form of defence can be used the participants of corporate relations.

Thus to the unjurisdiction form of defence we refer the arbitrary form of defence; making peace procedures; meditation; extra-judicial order; self-defence. Alongside in the case of defence of corporate rights the participants of corporate relations can use practically all of types of unjurisdiction form of defence, except for the arbitrary form of defence. Such conclusion is done on the basis that the corporate disputes are exceptional jurisdiction of economic court and accordingly the participants of corporate relations, rights and the duties of which are regulated by the corporate legislation and constituent documents, can not by arrangement change the jurisdiction of corporate disputes, independently to carry out the choice of right which under goes application to maintenance of their legal relationships, even in the case of availability of a foreign element in the corporate relations.

corporate relationships with society. The necessity of such norm is predefined by the specific status of the member of the executive branch which received from the authorized organ of society the on right management. By nature of corporate relations the participants of society must be given the possibility at any time to react operatively on the actions of the person who carries out the representative functions with harm for interests of society, by deprivation of it of the proper plenary powers. Thus, the maintenance of the positions of the third part of article 99 of the Civil Code needs to be understood as the right of the competent authorized organ of society to remove the member of the executive branch from the implementation of duties which have been by it defined him, at any time, at ones own discretion, from any grounds, but on conditions that, if the grounds of the removal have not been marked in the constituent documents of the society. Such form of defence is the specific action of the transmitters of corporate rights in relationships with a person to whom they trusted to carry out the management of society, and can not be examined in scope of the labour right, in particular in the aspect of the article 46 of the Labour Code.

Consequently, the presence of certain amount of forms of defence of rights puts before the subject of corporate relations a question in relation to efficiency and expedience of the use of this or that form of defence. Thus, the participants of corporate relations in connection with the specific nature related to the subjects and maintenance of corporate relations can not use all the existent types of forms of defence. Taking into account the subject composition of corporate relations, imperativeness of adjusting of them only by the national legislation the address to such kind of unjurisdiction form of defence as arbitrary institutions it is impossible.

The specific nature of connections which arise up in corporate relations between his participants foresees the use at defence of corporate rights the administrative form of defence. O. R. Kibenko marked «the shareholders rights can be protected in a number of different ways: 1) internal (corporate) self-defence; 2) the administrative, extra-judicial order; 3) in a judicial order» [14, p. 248]. The administrative form of defence is characterized by the fact that a dispute is decided by an organ which is not the participant of the debatable legal relationship, but related to one or a few participants of the debatable legal relationship by the proper legal organizational relations. Such organ is the National commission on securities and fund market, on which in accordance with the Decree of the President of Ukraine «About the National commission on securities and fund market»

dated from 23.11.2011 there has been a task put in relation to defence of rights of investors by realization of measures on prevention and ceasing of legislation violations at the market of equities and legislation as to joint-stock companies, the implementation of sanction for violation of legislation within the limits of the plenary powers [15].

Along with the administrative defence, the defence of corporate rights is carried out by means of the whole system of alternative procedures (consensus procedures): mediation, reconciliations in basis of which lies the collaboration of sides and which are directed on achievement of acceptable agreements for the sides of conflict. So the vexed questions of corporate character become the article of consideration of the management organs of societies (general collections, observant advice, checkup committee); extra-judicial settlement of disputes with bringing in the specialists which assist in reconciliation mediation.

For complete research of the concept of «defence of rights», besides the «form of defence» it is necessary also to consider a concept the «methods of defence» and the « defence of facilities» and to define their correlation.

It is impossible to agree with the position of Yu. F. Bepalov, who under the judicial methods of defence examines the measures of state compulsion foreseen by the legislation and applied by the court directed on the forced realization of rights and interests of person [16, p. 126]. Such understanding of judicial methods of defence, narrows their legal nature, besides at defence of corporate rights, a person has a right to choose the method of defence independently which is foreseen by the legislation and to take advantage of administrative form of defence, in accordance with which the authorized organs will apply the measures of compulsion, which will be directed on effective defence and realization of corporate rights.

To the methods of defence of corporate rights they refer: renewals of violated and confessions the questioned equitable rights, confession of the proper decision invalid of the general meetings of shareholders (participants) of society or observing society putting on the shareholder the rights and duties of buyer of actions in connection with the presence of overwhelming right on acquisition of actions, which are sold to other shareholders of society, removal of threat of violation of equitable rights, operating on a person, guilty in violation of equitable rights, etc. Thus, the use of methods of defence of corporate rights can be carried out within the framework of the articles 16 CC of Ukraine and 20 CC of Ukraine.

The methods of defence of the civil laws having been transferred in p. 2 items 16 CC of Ukraine and have the name «the defence of civil laws and interests by the courts», in connection with what can be made the impressions that the methods marked in p. 2 items 16 CC can be used only by the court. Actual by the fact for defence of the person carries out at own discretion (p. 1 item 20 CC of Ukraine). And as the defence of corporate rights can be carried out in different forms, the choice of method of defence from the list of methods, determined in part 2 items 16 CC of Ukraine, depends not on the form of defence, but on the specific nature of right which is detended, for character of violation and takes place taking into account the limits of realization of equitable right set by the law.

Thus, taking into account the existent methods of defence of corporate rights they can be grouped on the methods of prophylactic character and methods of the forced realization of rights and implementation of duties which aqvired direct legislative fixing, which can not be dependent upon the form of defence, but which depend on maintenance of corporate rights and authorized organs of management economic society defence.

The application of methods of of corporate rights is provided by the in a number of ways which in legal science are named of defence the facilities. The defence of facilities in this aspect are possible to subdivide into a few groups:

- facilities, common at the judicial form of defence (point of claim, statement, complaint, judicial acts, orders etc.);
- facilities, common at the administrative form of defence (a statement, complaint, suggestion, executive inscription of notary, decision of public and organs of local self-government authorities, accepted by the appeal of citizens, and etc.);
- – facilities, common at a self-defence (holding up the property, the statement as to the refuse of implementation of a duty etc.).
- Consequently, both the choice of method of defence and the choice of mean of defence, depend

on maintenance of legal relationships and the will of a person who comes running to defence. However, if the methods of defence are determined by the norms of financial right, the forms and facilities of defence are regulated not only by the of norms judicial but also by the norms of financial right. Besides, if «the methods of defence» and «form of defence» are independent categories which between there exit interrelation the «form of defence» and «defence the facilities» are correlated between themselves as general and partial.

- During the research of the concept of defence of rights, the analysis of the correlations of concepts of «the form of defence», «the methods of defence», «the defence facilities » we came to the next conclusions.

- It is possible to refer to the specific features of defence of corporate rights:
 - arises up in the case of violation or creation of the real threat of violation of rights and interests;
 - is the right of any person whose rights and are violated or considered violated;
 - contains a financial and judicial constituent;
 - the purpose is cleasing of violation, proceeding of the right or prevention of offence;
 - stipulated by realization of the proper methods;
 - has the proper form which is an objective necessity;
 - facilities

In a general sense the defence of corporate rights is a complex system of measures of financial and judicial order, which includes it itself the forms, methods, facilities which are independently elected by a person, whose rights and interests of which are violated, and used for providing such rights.

The component elements of defence of corporate rights are forms, facilities and methods. It should be noted that in social legal sense they are independent phenomena although closely connected, here the forms of defence and facilities of defence are correlated between themselves as general and partial.

LITERATURE

1. Тихомирова Л. В. Юридическая энциклопедия / Л. В. Тихомирова, М. Ю. Тихомиров ; под ред. М. Ю. Тихомирова. — М., 1997.
2. Спасибо-Фатеєва И. В. Акціонерні общества: корпоративні правоотношения / И. В. Спасибо-Фатеєва. — Х. : Право, 1998. — 256 с.
3. Притика Ю. Д. Поняття і диференціація способів і захисту цивільних прав та інтересів / Ю. Д. Притика // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. — 2004. — № 60-62. — С. 16 — 19.
4. Побирченко И. Н. Хозяйственные споры и формы их решения : автореф. ... д-ра юрид. наук 1.2.719 — хозяйственное право) / И. Н. Побирченко. — Х., 1971. — 43 с.
5. Грибнов В. П. Осуществление и защита гражданских прав / В. П. Грибанов. — М. : Статут, 2000. — 411 с.
6. Побирченко И. Г. Формы защиты прав и соотношение материального и процессуального права в отдельных правовых институтах / И. Г. Побирченко. — Калинин, 1978. — 185 с.
7. Бутнев В. В. К понятию механизма защиты субъективных прав / В. В. Бутнев // Субъективное право: проблемы осуществления и защиты. — Владивосток, 1989. — 119 с.

8. Дунаев В. В. Понятие и виды форм защиты гражданских прав [Electronic source] / В. В. Дунаев // Сибирский Юридический Вестник. — 2003. — № 4. — Access mode : <http://www.law.edu.ru/doc/document.asp?docid=1149711#_ftn11>
9. Воложанин В. П. Несудебные формы разрешения гражданско-правовых споров / В. Н. Воложанин. — Свердловск, 1974. — 202 с.
10. Вершинин А. П. Способы защиты гражданских прав в суде : дис. ... докт. юрид. наук / А. П. Вершинин. — СПб., 1998. — 420 с.
11. Шакарян М. С. Соотношение судебной формы с иными формами защиты субъективных прав граждан / М. С. Шакарян // Актуальные проблемы защиты субъективных прав граждан и организаций. — М., 1985. — С. 7 — 17.
12. Свердлык Г. А. Защита и самозащита гражданских прав : учеб. пособ. / Г. А. Свердлык, Э. Л. Страунинг. — М. : Лекс-Книга, 2002. — 208 с.
13. Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають з корпоративних відносин : Рекомендації Вишого господарського суду України від 28.12.2007 р. №04-5/14 // Вісник господарського судочинства. — № 1. — 2008.
14. Кибенко Е. Р. Корпоративное право Украине : учебн. пособ. / Е. Р. Кибенко. — Х. : Эспада, 2001. — 288 с.
15. Про Національну комісію з цінних паперів та фондового ринку: Указ Президента від 23.11.2011р. // Урядовий кур'єр. — 2011. — № 228.
16. Беспалов Ю. Ф. Семейно-правовое положение ребенка в Российской Федерации / Ю. Ф. Беспалов. — Владимир : ВГПУ, 2000. — 190 с.

АНОТАЦІЯ

Бігняк А.В. Захист корпоративних прав. — Стаття.

У статті досліджується поняття захисту корпоративних прав, проведено аналіз характерних ознак, визначено зміст корпоративних прав, досліджено форми та способи захисту корпоративних прав, наведено види захисту корпоративних прав, відображено співвідношення понять «захисту прав», «форма захисту», «способи захисту», «засоби захисту»

Ключові слова: захист прав, корпоративні права, форма захисту, спосіб захисту, засіб захисту, юрисдикційна захист, неюрисдикційний захист, адміністративний захист, корпоративні правовідносини, організаційні правовідносини.

АННОТАЦИЯ

Бигняк А.В. Защита корпоративных прав. — Статья.

В статье исследуется понятие защиты корпоративных прав, проведено анализ характерных признаков, определено содержание корпоративных прав, исследовано формы и способы защиты корпоративных прав, приведены виды защиты корпоративных прав, отражено соотношение понятий «защиты прав», «форма защиты», «способы защиты», «средства защиты».

Ключевые слова: защита прав, корпоративные права, форма защиты, способ защиты, средство защиты, юрисдикционная защита, неюрисдикционная защита, административная защита, корпоративные правоотношения, организационные правоотношения.

SUMMARY

Bignyak O.V. The defence of corporate rights. — Article.

In the article there has been given the determination of concept of «corporate rights» and the analysis of characteristic signs has been conducted: there has been determined the maintenance of corporate rights, forms and methods of defence have been analysed, the types of defence of corporate rights have been defined the correlation of the concepts of «the defence of rights», «the form of defence», has been highlighted «the methods of defence», «facilities of defence».

Keywords: defence of rights, corporate rights, form of defence, method of defence, mean of defence, jurisdiction defence, unjurisdiction defence, administrative defence, corporate legal relationships, organizational legal relationships.

УДК 347.781.02

THE CRITERIA FOR LEGAL PROTECTION OF THE OBJECTS OF COPYRIGHT

Kirilyuk Alla

associate professor of intellectual ownership rights and corporate right of department National university the «Odessa legal academy»

The CC of Ukraine accepted depending on the features of objects of right of intellectual ownership and legal adjusting of acquisition, realization and defence of intellectual ownership rights on them at legislative level, introduced a new classification of objects of intellectual ownership right which found the reflection in a structure and maintenance of the Book of IV CC of Ukraine and meets the legal institutions of intellectual ownership right as an independent complex field of law. As it has been marked, such legal institutes are an institute of intellectual ownership right on the objects of copyright and contiguous rights; an institute of intellectual ownership right on the results of scientific and technical creation; an institute of right of intellectual ownership on commercial denotations.

According to the nature works belong to the objects of copyright. In the legislation of Ukraine, as well as in international-legal acts from a copyright, the determination of the object of copyright hasn't been given. However in normativ legal acts there is a list of objects and certain requirement to the results of intellectual, creative labor of authors, on condition of inhibition of which this or that result of creative activity can be acknowledged in accordance with applicable low by this or that object of copyright and, accordingly, get a legal safeguard and defense.

Among the international acts which give provide protacion to literary works, foremost it should recall the Bernskiy convention concerning the protacion of literary and artistic works dated September, 9 th in 1886 The accurance of this act represents the results of cultural and industrial revolution in the century XIX in developed countries, awareness of the importance of values of immaterial character and strengthening of international connections.

In accordance with Bernskiy convention concerning the protection of literary and artistic works the term «literary and artistic works» covers all works in the field of literature, science and art. The works both published and not published, shown in any objective form, regardless of the purpose scope of work, are the objects of copyright. Four features

of legal protections of works are formulated in the presented position.

- the sign of creative character of work means that work can be the object of legal protection, if it is the result of intellectual, creative activity of its author;

- the sign of objective form of expression of work means that work can be the object of legal protections, if it is shown in an objective form;

- the sign of maintenance of work means that work of any maintenance can be the object of legal protections with some limitations which are determined by the legislation;

- the sign of legend publicity of work means that the work can be the object of legal protections whether it is derived from the private sector.

The Basic problem there is no that the legal determination of work and this often leads to judicial errors. In the Law of Ukraine «about the copyright and contiguous rights» and in CC of Ukraine (item 433) there is only a list of such works that is insufficient. Thus signs of protectability of objects of copyright, which are the subject of research have been pointed out the in scientific researches of the civilists have developed the general theoretical questions were regarding the objects of copyright, while the direct determination of work, the criteria of legal protection of objects of copyright hasn't been given proper attention at all.

In this connection by such scientific works deserved special attention:, as B. S. Antimonov, V. D. Bazilevich, T. V. Bodnar, N. V. Brovko, V. A. Vasil'eva, I. I. Dakhno, G. P. Dobrinin, V. M. Ivanov, V. Yu. Ionas, S. I. Karpukhin, O. O. Pidoprigora, O. A. Ruzakova, A. P. Sergeev, V. I. Serebrovskiy, Ya. O. Sidorov, A. A. Skvorcov, D. Yu. Shestakov, R. B. Cone, L. G. Shestak, I. E. Yakubivskiy etc.

Basing on scientific developments on this question lets consider the problem of determination of criteria of legal protection of objects of copyright in more detail.

In this connection the purpose of the article is revealing the essence of such concepts as creation, objective form of expression, novelty, originality,

producibility as terms for legal protection of objects of copyright.

Exposing the terms of protection of objects of copyright their conditional division into basic and additional should be marked. The basic terms of legal protection include the sign of creative character of work and the sign of its expression in the objective form, and additional terms of legal protection – the sign of content of work, the sign of completeness of work and the sign of its [1, p. 119] publicity. Some of the researchers pays attention to the possibility of his recreation [2, p. 51]. Additionally its originality [3, p. 54] is also pointed out.

To define the maintenance of the concept «creation» due to the absence in the Law of Ukraine «About the copyright and contiguous rights» the proper norms is difficult enough. In connection with it there is a necessity to develop approximate determination of work (as it is done in relation to the concept of moral harm in default of this determination in the CC of Ukraine) at the level of generalizations of judicial practice and proper decision of Plenum of the Supreme Court of Ukraine.

In determination of the object of copyright which was given in the civil legislation of the Soviet union, also there has not been a direct pointing on the creative character of labour of the authors of works, that gave some authors the foundation to assert that «new, creatively independent works – it only a part of works which are protected by a copyright» [4, p. 222]. The determination of the object of copyright in the item of article 8 the Law of Ukraine «About a copyright and contiguous rights» is more clear: «A copyright spreads on works of science, literature and art which is the result of creative activity, regardless of the purpose and dignities of work, and also from the method of its expression» [5].

The condition of the creative character means that a work must be the result of creative labour of his author. This condition is absent in the international agreements, however it is often set in the national legislation. The indirect pointing to the condition of the creative character of work is in the article 2(5) Bernskiy convention in accordance with which made works are protected, if they are as to selection the result of intellectual creation and location of materials. Thus materials are understood as works included in a composite work. Works are Therefore the works included in to the collection can also be considered as the result of creation.

The category «creation» at first sight it can seem easy enough for understanding, but at the same time degree to represent it fully within the framework of the unique concept is very difficult. Both in a pre-revolution and soviet legislation and in the modern one the concept «creation», «creative activity» found

no legislative condiction. In science this question causes frisky discussions as well. Some authors determine creation as a conscious and in most cases labour intensive process which aims at achieving a certain result [6, p. 34]. Others consider «creation» mainly as a result of creating something new [7, p. 5], high-quality new and distinct in uniqueness, originality and unicity, distinct in novelty.

It is considered that as a result of the creative activity all high-quality new and original, inimitable and unique, including works of science, literature and art are created. The creative character is expressed in the novelty and originality of work both in a form, and on content.

Despite the fact to that in the Law of Ukraine «About the copyright and contiguous rights» the sign of creation hasn't been revealed in this connection a lot of determinations are given in the legal literature. Yet V.I. Serebrovskiy marked that creation is a conscious and mainly intensive labour process which has the purpose of achievement of a certain result [9, p. 34]. In O.S. Ioffe opinion creation is an intellectual activity completed by a realizable act, as a result of which new concepts, images and (or) forms of their embodiment which is the ideal reflection of objective reality appear. A conscious intellectual character of work of the writer shows up in the fact that till any work acquires the objective form of expression, it is being formed, ripens in his imagination.

For us the nearest is the approach of the Anglo-Saxon system of right, where the work is acknowledged as creative, if an author found out enough ability, reasonableness and labour or carried out a selection, estimation, verification [10, p. 124 – 126].

It is thought V. Ya Ionas, that come close the nearest to the correct understanding of the concept of creation who subdivides on intellectual activity into productive (creative) and reproductive. Thus an important conclusion for the civil law: can be made there are two types of works – creative and uncreative. It means that the concept of work from the point of psychology of thought is wider than the concept «work of creation». The work of creation is the special case of the concept «work» (works of idea) [11, p. 9 – 10]. A similar opinion has E. P. Gavrilov who determines creation, as «activity man's as a result of which something high-quality new appears, that differs by uniqueness, originality and social-historical unicity». Creation is incident to the man, in fact only a man who is the unique subject of creative activity can create. Nature sometimes also creates unique masterpieces, but there is the process of development in nature, but not of creation. Creation is realized and purposeful process and as usual unpredictable.

It is marked in literature, that for the copyright the creative character of activity is less important than the analogical sign of result although, presumably, it should be understood that only the creative activity can result in a creative result. The index of the creative character of work, in opinion of most scientists, its is novelty. A novelty in this case is examined as a synonym of originality of work. It can be expressed in the new content, new form of literary work, new idea, new scientific conception and etc. In this sense every creative work is characterized by originality, novelty, uniqueness and unicity.

Consequently, creation is a subjective criterion. Therefore the research workers and practitioners couldn't come to agreement in relation to its content. In connection with it in practice it is the establishment of fact of independent creation of result of intellectual activity. Otherwise in practice they base on the fact any intellection is creative and result of this activity is considered protected by the copyright, if it has not been well-proved that it is the result of copying (in other words – plagiarism).

In legal literature there is a point of view, in accordance with to which the novelty of work must be considered as its independent sign [12, p. 51]. The ground for this position has been given by V. Yu Ionas. On the basis of the analysis of the pre-existing conditions of legislation about the possibility of the use somebody else's published work for creation of a new, creatively independent work he came to the conclusion, that the sign of novelty and the sign of creative independence of work make two independent one from other signs, thus an independent creative work is always «new», but new works are «possible without creative independence». V. Yu. Ionas suggested to enter in to a scientific turn the concept of substantial novelty which, according to his the opinion, novelty should be incident to any works, but not only to inventions and other objects of patent right. The indicated suggestion got support neither from a legislator, neither in judicial practice nor in legal literature. A novelty as independent sign of protectable object is needed only in a patent right, as a coincidence of results of developments of different persons is objectively possible in the sphere managed by him.

Creation can be expressed both in systematization, and in an association of already known material (collections, reference books, dictionaries etc). In these cases the form of exposition of the material is the subject for protection.

The product of the creative activity of any author can be the object of copyright, if it is shown in some objective form, as the copyright protects exactly those structural elements of work which determine its form. Primitively the work arises up in consciousness of an

author as a complex of ideas, thoughts and images, that is as a creative project. Until the author's ideas and images haven't been exposed and exist only as a creative project, they can not be perceived by other people and, consequently there is no practical requirement in their legal protection.

Considering the terminology through which a term «creation» is exposed let's appeal to the determination of the category the «novelty of work».

Some authors suggest to examine a novelty as an independent sign of work, alongside with creative independence. Some authors consider that a sign of novelty is superfluous, as it is fully taken by the sign of creation, a novelty is not the inalienable sign of work [13, p. 111 – 112].

In relation to «originality» a work should be noted in the following way. The glossary of terms from the copyright and contiguous rights defines that works which get a protection by the copyright as a rule, are the original products of intellectual creation.

In the process of creation of a literary work three basic stages are distinguished: at first an author creates the project of work, then he develops the plan of development of this project, that is the composition of work, and finally expresses this project. Taking into account the circumstance that originality of project has no importance, as an idea is not the subject of a legal protection, original are considered the composition of work, its content method or form of expression. In the copyright absolutely original are the works, when a composition and the method of expression are original simultaneously [14, p. 14].

Together with it a question about the independence of sign of originality of work is debatable enough. Originality of work means that it should not be copied from other work, and should contain the considerable scope of own creative material.

As for the sign of author's individuality (the uniqueness), it is directly related to the sign of originality widely used in domestic judicial practice. Such look can be acknowledged correct, in fact the sign of creation consists not so much in a novelty, as cognition unknown or in the unicity as absence of analogue, but in the fact, how a concrete author of work sees and comprehends the proper fact, phenomenon, circumstance. The selection of this sign at the conflict of interests is able to provide defence for those author's works in relation to which a question put about unprotectability (for example, in the case of primitiveness of image, typicalness and popularity of expressions of idea) is raised.

Consequently, the analysis of the first condition for legal protection of objects of copyright allows to assume that the condition of creative character of work opens up through contiguous categories, such as: novelty, originality, individuality, unicity etc.

The second condition for legal protection is an objective form of work.

The condition of objective existence of work means actual existence of work regardless of its author. So that any work could be accessible to other people without mediation of an author, it should be in such an objective form which can be perceived by the human feelings, that is by sight and ear, and in default of sight – by a touch (works for the blind created by the special methods) regardless of the author.

So that an idea could be receptive, it must be shown in a certain transmitter: a manuscript, a picture, any thing that is to named a work. The work it self in such posing is a unity of maintenance (ideas) and form – transmitter. Thus the first always comes forward as single, and a form can be most various, and here it can also change. The works of science, literature and art are the objects of copyright. Then a suitable question, arises up that is how protected can be intellectual property on created, but not written read to nobody poem if it arises up from the moment of creation? An idea, unlike its transmitter, is not the subject of replication, but exactly through replication and bringing circulation to the greater circle of consumers there could be got any benefit. When the work is intended for the general public, a property right depends on the skill (class) of performance. The higher the performance level, the higher the skill and confession of the performer, the more the fees. In turn the greater the number copies [15, p. 109].

Taking into account the norms of the Law of Ukraine «About the copyright and contiguous rights», judicial practice such forms: are acknowledged written (a manuscript, typing etc.), verbal (a public speech, a public implementation etc.), sound or videotape recording (mechanical, magnetic, digital, optical etc.), image (a picture, a sketch, a painting, a plan, a draft, a film, TV, video photo still etc.), volume spatial (a sculpture, a model, a replica, a building etc.).

The indicated list is not exhaustive, as in the process of development of technique and appearance of new technologies, which provide fixing of the results of man's activity, there can appear and appear actually new not known before forms of expression of author's ideas.

In other words a work must exist in form, which is dissociated from face author's personality and acquired an independent existence. Thus, for confession of work as the object of copyright the completeness of work is not required. The law of Ukraine «About the copyright and contiguous rights» equally protects both completed and uncompleted works, in particular sketches, plans and other

intermediate results which are used by the authors at creation of works.

The objective form of work expression is closely connected with the possibility of its reproduction. In relation to the character of this connection there are two positions in legal literature. In of one group of author's, opinion an objective form and producibility of work make up the unique sign of protectable work, that is there is no necessity to talk about, the producibility of work as the presence in at work of the objective form testifies about the possibility of its reproduction [16, p. 80 – 81].

Other researchers consider that a producibility is the independent sign of work, that the Law of Ukraine «About the copyright and contiguous rights» protects only such works where the objective form provides the possibility of their reproduction without the participation of the author himself. But, in opinion of this group of scientists, such form is not unconnected with any material transmitter, and is extremely unsteady, thus can be easily lost and disfigured. No listener or spectator, except for, the, cases of the special genius, unable to memorize and reproduce in all detail a publicly recited work. Therefore separate examples of reproduction from memory once heard or seen works which are given in literature, can prove nothing. They are related to the personages and can not serve as the basis for developing the rules of conduct, counted on ordinary people.

The Ukrainian legislation does not specify on the criterion of producibility of the objective form of work as an obligatory condition for protection.

An attention should be paid, that while researching the criterion of perception of work it goes about the perception of work by the senses (it is widespread enough in Anglo-Saxon countries). In this case the possibility of work perception is a basic criterion for protection. Accordingly, it covers all the cases of work performance in the case of absence of its fixing on a material transmitter. However in this case considerable difficulties are connected with the use of a number of modern methods of distribution of works. A broadcasted work ether will not be considered existing in an objective form, because the radio waves themselves can not be perceived as the mains senses. For a certain period of time the digital form of a certain work can become the unique form of its fixing [17, p. 148].

The law of Ukraine «About the copyright and contiguous rights», settling this long-term dispute, is limited to pointing on the necessity of objective work shaping and does not mention here that a given form must allow to reproduce the result of creative activity of the author. In other words, a legislator acknowledged that any works expressed outwardly are protected by the copyright, including

those the objective form of which is not connected with a material transmitter. Certainly, the protection of similar works, for example, public by proclaimed, but nowhere fixed speeches, lectures, reports, especially protecting them from distortion, appears more difficult, than the protection of works, related to some material transmitter. But it in principle can be done, in connection with which the exception from the norms of current legislation of the special mention about the possibility of reproduction of creative activity result as the special sign of work which is protected is considered to be justified.

In our view, basing on the provisions of modern legislation the objective form of expression means that the work is accessible for perception of other persons. And, as E. P. Gavrilov notes correctly the work is considered to be expressed in an objective form regardless of whether such form of expression can be perceived by sense-organs directly or by means of some hardwares.

In legal literature there has been expressed an opinion, that one of criteria of protectability of work is its public utility. However this position hasn't been supported in science and was ignored by the majority of scientists. Neither former nor current legislation did not contain and does not contain such a requirement to works. Moreover, the Law of Ukraine «About the copyright and contiguous rights» highlights, that a copyright spreads on all the works, regardless of their purpose and dignity. It means that a copyright both protects highly artistic works and the works whose artistic dignities are low. It is clear, as another decision of question would open the wide field for subjectivism, because it is impossible to find out some objective indexes of utility and special dignities of work. The question concerning the qualities of work is determined decides on the stage of the use of work, when the feasibility of edition, public show or other use of work is estimated, the scope of authority and the size of author's fee is determined etc. But even when the work is to impractical to use because of its artistic weakness, the errors or in connection with its uselessness for other reasons, it does not mean that such work should not get a legal protection.

In accordance with p. 2, article 433 CC of Ukraine it is foreseen, that the works are the objects of copyright without implementation of any formalities in relation to them and regardless of their completeness, purpose, values etc. and also the method or form of their expression. Consequently any legislator, at first sight of it as though stepped back from the legislative fixing of the purpose signs, dignity and public utility. A copyright protects both works of low creative quality and highly artistic works,

without making any differences in the mode of their protection.

R.B. Shishka also considers that not every creation and not all works must be protected. An international community considers that the works which are protected by a copyright must be original, that is created in the creative laboratory of the author. But the circumstance is overlooked, that such works must be oriented on progress of the humanity and not to call to violence, elimination, not to contain propaganda of hatred to the human. Taking into account the last events in the world it is under a sufficient reason, to be represented in the right of intellectual ownership, and in the copyright in particular.

At the same time, in accordance with p. 2 article 442 CC of Ukraine a work can not be published, if it violates the human right to privacy of his personal and family life is detrimental to public order, health and morality of the population. The Morality of work is close to the sign of dignity, but these concepts are not identical. An attention should be paid that requirements of morality are determined by the right, but by public opinion of this epoch.

The bases of morality understood as moral norms which are supported by a right. In other case a judge will be deprived of the possibility to allude to the legal norms, that will inevitably result in abolition of decision. If a moral norm is fastened by right, accordingly, it objectively exists in a kind, accessible for public perception and is well-known (and it applies the legal principle, that its ignorance does not release from responsibility); and because of its fastening by right, assumes its general acquisition.

The law of Ukraine «About protection of public moral» forbade in Ukraine the production and turn out in any form the products of pornographic character (article 2). Herewith at the criteria of relating the products to such which have a pornographic character, are set by specially authorized organ of executive power in the field of culture and arts. The production and turn out the products of erotic character and products which contain the elements of violence and cruelty are allowed exceptionally, on condition of observance of limitations, set by the legislation.

In our view, there is a successful determination of work as an aggregate of ideas, thoughts images, which as a result of the creative activity of the author acquired the expression in the form accessible for perception by the human senses which assumes the possibility of their reproduction. Thus, creation needs to be examined as activity of man, which creates something high-quality new and excellent from the point of its uniqueness, originality and unicuity.

LITERATURE

1. Право інтелектуальної власності : акад. курс: підр. / [О. П. Орлюк, Г. О. Андрощук, О. Б. Бутнік-Сіверський та ін.] ; за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. — [2-ге вид., переробл. та допов.]. — К. : Ін Юре, 2007. — 672 с.
2. Закорецька Л. Деякі проблемні питання щодо поняття окремих об'єктів авторського права / Л. Закорецька // Право України. — 2008. — № 9. — С. 51 — 56.
3. Бондаренко С. В. Авторське право та суміжні права / С. В. Бондаренко — К. : Ін-т інтел. власн. і права, 2008. — 288 с.
4. Гаврилов Э. П. Советское авторское право. Основные положения. Тенденции развития / Э. П. Гаврилов. — М. : Наука, 1984. — 222 с.
5. Про авторське право і суміжні права від 06.01.2004 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 13. — Ст. 8.
6. Серебровский В. И. Вопросы советского авторского права / В. И. Серебровский. — М. : Изд-во АН СССР, 1956. — 283 с.
7. Иоффе О. С. Советское гражданское право : в 3 т. / О. С. Иоффе. — Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1965. — Т. 3. — 347 с.
8. Судариков С. А. Авторское право: учебн. / С. А. Судариков. — М. : Проспект, 2009. — 464 с.
9. Серебровский В. И. Вопросы советского авторского права / В. И. Серебровский. — М. : Изд-во АН СССР, 1956. — 283 с.
10. Захист прав інтелектуальної власності: досвід США : зб. документів, матеріалів, статей / за заг. ред. О. Д. Святоцького. — К. : Ін Юре, 2003. — 368 с.
11. Ионас В. Я. Произведения творчества в гражданском праве / В. Я. Ионас. — М. : Юридическая литература, 1972. — 168 с.
12. Хейфец И. Я. Авторское право / И. Я. Хейфец. — М. : Советское законодательство, 1931. — 216 с.
13. Минбалеев А. В. Произведения науки, литературы и искусства: проблемы правового регулирования / А. В. Минбалеев // Интеллектуальная собственность. Актуальные проблемы теории и практики : сб. науч. трудов. Т 1. / под ред. В. Н. Лопатина. — М. : Юрайт, 2008. — С. 108 — 122.
14. Мазуренко С. В. Авторське право на фотографії / С. В. Мазуренко // Актуальні проблеми держави і права. — 2008. — Вип. 42. — С. 12 — 19.
15. Шишка Р. Б. Концептуальні положення авторського права / Р. Б. Шишка // Вісник університету внутрішніх справ. — 1999. — Вип. 9. — С. 334 — 338.
16. Антимонов Б. С. Авторское право / Б. С. Антимонов, Е. А. Флейшиц. — М. : Юридическая литература, 1957. — 280 с.
17. Дробязко В. С. Право інтелектуальної власності : навч. посіб. / В. С. Дроб'язко, Р. В. Дроб'язко. — К. : Юрінком Інтер, 2004. — 512 с.

АНОТАЦІЯ

Кирилюк А.В. Критерії (умови) надання правової охорони об'єктам авторського права. – Стаття.

Стаття присвячена розгляду питання щодо визначення умов правової охорони об'єктів авторського права. Досліджено різні точки зору щодо визначення кожної з умов правової охорони об'єктів авторських прав, визначені основні та додаткові умови правової охорони об'єктів авторського права.

Ключові слова: літературні твори, об'єкти авторських прав, творчий характер, об'єктивна форма вираження, зміст твору, результат творчої діяльності, оригінальність.

АННОТАЦИЯ

Кирилюк А.В. Критерии (условия) предоставления правовой охраны объектам авторского права. – Статья.

Статья посвящена рассмотрению вопроса относительно определения условий правовой охраны объектов авторского права. Исследованы различные точки зрения относительно определения каждого из условий правовой охраны объектов авторского права, определены основные и дополнительные условия правовой охраны объектов авторского права.

Ключевые слова: литературные произведения, объекты авторского права, творческий характер, объективная форма выражения, содержание произведения, результат творческой деятельности, оригинальность.

SUMMARY

Kirilyuk A.V. The criteria for legal protection of the objects of copyright. – Article.

The article is devoted to consideration of the question in relation to determination of the terms of legal protection of the objects of copyright. There have been investigated different points of view in relation to determination of each criteria of legal protection of the objects of copyright, the basic and additional criteria of legal protection of the objects of copyright.

Keywords: literary works, objects of copyright, creative character, objective form of expression, maintenance of work, result of creative activity, originality.

УДК 347.788.4

ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ ПЛАГІАТУ

Петренко Володимир Сергійович

кандидат юридичних наук, доцент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія»

Плагіат як явище з'явилося коли заняття літературою, мистецтвом, інтелектуальною працею стали престижними. Факти плагіату спостерігалися протягом усієї історії розвитку науки і мистецтва. В усі часи плагіаторів засуджували як самі автори, так і суспільство. Однак, незважаючи на моральний осуд і правову охорону авторських прав, це негативне явище продовжує існувати, а останніми роками спостерігаються тенденції його подальшого стрімкого поширення.

Глобальний розвиток публічної сфери, істотне розширення інформаційного простору стало не тільки суттєвим кроком вперед до прогресу і загальної інформатизації, але й породжує практику інтелектуальних правопорушень шляхом привласнення чужих ідей, думок, що пов'язано з легким доступом до продукції інтелектуальної власності та простотою її копіювання.

Плагіат з появою Інтернету перетворився на серйозну проблему. Потрапивши в Інтернет, певні знання стають надбанням всіх, дотримуватись вимог авторського права стає дедалі важче, а іноді навіть неможливо. Все складнішою стає ідентифікація первісного автора. Стрімкий розвиток мережі Інтернет поряд зі збільшенням комп'ютерної освіченості сприяє проникненню плагіату в різні сфери людської діяльності. Плагіат сьогодні є гострою проблемою в освіті, промисловості й науковому співтоваристві. Плагіат вводять в оману споживачів, приносить шкоду автору, і надає незаслужені блага плагіаторові.

Метою цієї статті є визначення поняття, видів та форм плагіату.

Стаття 50 Закону України «Про авторське право і суміжні права» визначає плагіат як порушення авторського права і (або) суміжних прав, що дає підстави для судового захисту [1].

Плагіат – оприлюднення (опублікування) повністю або частково чужого твору під іменем особи, яка не є автором цього твору.

Автори творів є власниками авторського права. Призначення авторського права полягає в охороні і захисті прав та інтересів авторів творів на-

уки, літератури і мистецтва, а також самих творів від різних посягань.

Значення слова плагіат походить від латинського слова *plagiūm* – викрадати. В українську мову цей термін увійшов з французької мови, де *plagiat* означає пограбування, викрадення.

Пізніше поняття «*plagiūm*» почали використовувати у літературній діяльності. Ним називали крадіжку твору або його частини іншим автором. Історія явища привласнення інтелектуальної або творчої праці починається більше ніж дві тисячі років тому і перші випадки були зафіксовані ще за античних часів, однак у той час такого явища як плагіат ще не існувало, а запозичення окремих частин чужих літературних творів вважалося абсолютно нормальним і було достить розповсюдженим. Плагіат у сучасному його розумінні, як і саме поняття з'явилося у Європі лише у XVII сторіччі [2, с. 796 – 797].

При цьому слід враховувати, що кожна країна має свою особисту історію плагіату відповідно до розвитку у ній писемності, появи вищих навчальних закладів, початку книговидавництва тощо. Періодами зародження сучасного плагіату в історичній Україні називають також XVII сторіччя, але його масовість припадає на кінець XVIII – XIX століть [3].

Існує багато визначень поняття плагіату.

Плагіат – привласнення авторства на чужий твір науки, літератури, мистецтва або на чуже відкриття, винахід чи раціоналізаторську пропозицію, а також використання у своїх працях чужого твору без посилання на автора [2, с. 796 – 797].

Плагіат – вид порушення прав автора або винахідника, який полягає у незаконному використанні під своїм ім'ям чужого твору (наукового, літературного, музичного) або винаходу, раціоналізаторської пропозиції (повністю або частково) без вказівки джерела запозичення [4, с. 601].

Під плагіатом розуміють умисні дії по незаконному привласненню авторства на чужий твір літератури, мистецтва або науки, що тягнуть за собою настання юридичної відповідальності.

Плагіат можна також визначити як всі ті твори, які дозволено законом і автором вільно викорис-

товувати, однак використані вони без зазначення імені автора й джерела запозичення.

Найчастіше плагіат знаходить своє вираження у привласненні авторства на чужі результати інтелектуальної праці шляхом публікації їх під своїм ім'ям. Плагіат можливий і в частковому використанні чужого твору або цитуванні без посилання на джерело. В науковій літературі зустрічається точка зору, відповідно до якої плагіатом також можуть бути визнані неправомірні дії з примусу до співавторства.

Традиційно плагіат співвідносять із літературними творами, але значно більша кількість фактів порушення відбувається у щоденному процесі створення інформації. Останнім часом саме у журналістиці випадки привласнення чужих матеріалів залишаються непоміченими, внаслідок розкиданості творів у періодиці, величезної кількості джерел інформації та самих ЗМІ. Всі ці обставини ускладнюють виявлення плагіату.

Виходячи зі змісту законодавчого визначення плагіату, його обов'язковою умовою є оприлюднення, або опублікування створеного твору, тобто недостатнім є його знаходження в будь-якій об'єктивній формі, наприклад у вигляді рукопису.

Термін «плагіат» можна застосовувати лише щодо об'єктів авторського права, виходячи із визначення, яке міститься у законодавстві, стосовно ж інших об'єктів інтелектуальної власності цей термін використовувати не можна.

Отже, поняття плагіату досить визначено, в тому числі і на законодавчому рівні, але зміст його залишається розпливчастим. Не завжди можна відрізнити плагіат від інших суміжних з ним понять. Наприклад, дії по неправомірному використанню, копіюванню, опублікуванню чужих авторських матеріалів самі по собі не можуть бути визнані плагіатом. Такі порушення відносяться до іншого виду порушень авторських прав і мають назву «піратство». Піратство стає плагіатом при неправомірному використанні результатів інтелектуальної праці і присвоєнні авторства.

Використання сюжету, теми твору чи наукової ідеї, із втіленням їх в іншу форму вираження, а не в ту, з якої вони запозичені, не визнається плагіатом. Збіг деяких ідей як такий також не може бути визнаний плагіатом, оскільки автори часто приходять до схожих результатів творчості незалежно один від одного.

До плагіату необхідно відносити своєрідне оформлення, індивідуальну форму нового твору, його зовнішню оригінальну оболонку, привласнення яких і буде називатися плагіатом.

У практиці зустрічається також таке поняття як ненавмисний або підсвідомий плагіат, під яким

розуміється опублікування або інше поширення чужої праці під своїм ім'ям, помилково прийнятого як власний твір, в результаті необізнаності або незнання про існування автора на цю працю. Найчастіше таке запозичення зустрічається в музичних творах.

Закон дозволяє використання твору без згоди автора, але із зазначенням імені автора і джерела запозичення, цитат з опублікованих творів в обсязі, виправданому поставленою метою. Проблемним є те, що виправданість обсягу вільного використання чужого твору в кожному конкретному випадку може бути різною і досить важко встановити наявність чи відсутність такого порушення. Навіть використання чужого твору із зазначенням імені автора і джерела запозичення можна вважати плагіатом у широкому розумінні цього поняття, якщо справді суттєво перевищений можливий обсяг такого запозичення у відповідності із поставленою метою [5].

У науковій літературі в залежності від виду діяльності та сфери застосування, плагіат поділяють на чотири види, де кожен має своє цільове призначення:

- професійний – передбачає присвоєння інтелектуальних, творчих, професійних здобутків інших у професійних цілях (мета – авторитет, заробіток, нагороди, визнання тощо);
- освітньо-науковий плагіат – полягає у присвоєнні чужого інтелектуального майна виключно у процесі здобуття наукового ступеня, освітнього кваліфікації або визнання у цих напрямках;
- соціальний плагіат – виникає у побутових відносинах. Він є тим самим що і «професійний» але не стосується фахової діяльності;
- нормативний плагіат – привласнення законодавчих, юридичних, методичних, наукових, практичних напрацювань. Його різниця полягає у тому, що він є загальним без приналежності до чогось або когось. Наприклад: привласнення програми розвитку системи соціального забезпечення або оприлюднення за своїм авторством розробленої методики вирішення спорів у цивільному праві [3].

В літературі пропонується наступна класифікація плагіату в залежності від його форми.

Першою формою плагіату є точне копіювання існуючого оприлюдненого об'єкту авторського, патентного права без належного оформлення запозичених з нього частин. Довести таку форму найпростіше оскільки відбувається повне символічне або структурне дублювання.

До другої форми відносять повтор ідейної основи твору – фабули, яка складає його цінність. Ідея, сюжет, ідейний зміст, принцип не можуть бути зафіксованими у чистому вигляді, вони потребу-

ражування», причому найбільш цікавих і корисних матеріалів і навіть винаходів, формально плагіатом не вважається, але фактично ним все ж є.

Завуальований плагіат найбільш часто використовується в науково-популярній та науковій літературі. Він виражається в тому, що вже відоме або навіть загальновідоме викладається навмисно або ненавмисно без відповідних посилань і підноситься як початкове авторство, яке ще й часто підкреслю-

ється заборонаю на використання будь-якої частини даної книги без письмового дозволу автора.

Внаслідок проведеного дослідження, автором визначені поняття плагіату, проаналізовані витoki такого явища як плагіат, його види та форми, проаналізовані класифікації плагіату, що пропонуються у науковій літературі, визначені відмінності від піратства та використання інтелектуальної власності, яке за свою суттю не є плагіатом.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23.12.1993 № 3792-XII // Відомості Верховної Ради України від 29.03.1994 року. — № 13. — Ст. 64.
2. Энциклопедический словарь Ф. А. Брокгауза и И. А. Ефрона / Ф. А. Брокгауз, И. А. Ефрон. — 82 основн. и 4 дополн. полутомах. — СПб, 1898. — Т. XXIII, кн. 48.
3. Порало І. В. Інтелектуальний капітал України в полоні плагіату / І. В. Порало // Теорія і практика управління соціальними системами : філософія, психологія, педагогіка, соціологія. — 2009. — № 4. — С. 89 — 97.
4. Большая Советская энциклопедия : в 30 томах / гл. ред. А. М. Прохоров. — [изд. 3-е]. — М. : Советская энциклопедия, 1975. — Т. 19.
5. Матінченко С. Я. Інтелектуальна власність / С. Я. Матінченко // Інтелектуальна власність. — 2012. — №1. — С. 21 — 23.

АНОТАЦІЯ

Петренко В.С. Поняття та види плагіату. – Стаття.

Стаття присвячена визначенню загальних рис та особливостей плагіату, а також дослідженню наукових проблем щодо виникнення плагіату, визначення його поняття, видів та форм.

Ключові слова: плагіат, інтелектуальна власність, авторське право, привласнення, оприлюднення.

АННОТАЦИЯ

Петренко В.С. Понятие и виды плагиата. – Статья.

Статья посвящена определению общих черт и особенностей плагиата, а также исследованию научных проблем относительно возникновения плагиата, определения его понятия, видов и форм.

Ключевые слова: плагиат, интеллектуальная собственность, авторское право, присвоение, обнародование.

SUMMARY

Petrenko V.S. The concept and types of plagiarism. – Article.

The article is devoted to the identification of common features and peculiarities of plagiarism, as well as the study of scientific problems on the incidence of plagiarism, defining its concepts, shapes and sizes.

Keywords: plagiarism, intellectual property, copyright, attribution, disclosure.

УДК 347.77/78(477)

КОНТРАФАКЦІЯ ЧИ ПІРАТСТВО?

Позова Діна Дмитрівна

кандидат юридичних наук, помічник судді Малиновського районного суду м. Одеси

Як наслідок стрімкого розвитку та розповсюдження сучасних інформаційних та комп'ютерних технологій, обсяг світового ринку контрафактної та піратської продукції постійно зростає. Будучи складними соціально-економічними феноменами, піратство та контрафакція завдають величезну шкоду державам, правовласникам та суспільству в цілому, а деякі види контрафактних товарів становлять загрозу для безпеки, життя і здоров'я окремих споживачів.

Так, за даними Міжнародної торгової палати у 2011 р., через контрафакцію та піратство щорічно під загрозою опиняється 250 тис. легальних робочих місць, а сукупна вартість контрафактної та піратської продукції у світі оцінюється у 650 млрд. дол. США щороку. Згідно з економічним дослідженням компанії Business Software Alliance, при зменшенні обсягу піратської продукції на 10 % за чотири роки прибуток від нової економічної діяльності складав би 142 млрд. дол. США, а у сфері високих технологій додалося б 500 тис. робочих місць по всьому світу. Попри те, що проблема боротьби з піратством і контрафакцією вже давно набула транснаціонального масштабу, розроблення заходів зміцнення захисту прав інтелектуальної власності на рівні національного законодавства залишається актуальним.

Дослідженню як теоретичних, так і практичних аспектів проблеми боротьби з піратством та контрафактною діяльністю присвячено чимало публікацій вітчизняних і російських правознавців, зокрема: Г. К. Авдєєвої, А. І. Гальченко, К. В. Гур'янова, О. О. Дворянкіна, С. Л. Панова, О. Є. Чумаченка та ін. Втім, питання розмежування контрафакції та піратства, яке має першочергове значення при розробці теоретичних засад та удосконаленні правового регулювання у цій сфері і подальшому правозастосуванні, залишається досі невирішеним.

Метою даної статті є здійснення розмежування понять контрафакції та піратства.

Для досягнення поставленої мети ставляться такі завдання:

– узагальнити та сформулювати основні підходи, які склалися в юридичній доктрині, щодо визначення співвідношення досліджуваних понять;

– розглянути появу та використання термінів «контрафакція» і «піратство» у зв'язку з порушеннями прав інтелектуальної власності у ретроспективному розрізі;

– з'ясувати існуючі тенденції в національній та міжнародній нормотворчій і правозастосовній практиці щодо використання термінів «контрафакція» та «піратство».

Із приводу порушень прав інтелектуальної власності в засобах масової інформації та юридичній доктрині досить часто можна зустріти вживання термінів «контрафакція» та «піратство». Незважаючи на це, єдиного підходу до розуміння змісту позначуваних ними понять немає. На підставі аналізу наукової літератури можна виокремити декілька точок зору щодо вирішення зазначеного питання. Найбільш поширеною з них є визначення термінів «контрафакція» та «інтелектуальне піратство» як синонімічних. Відповідно до іншої точки зору контрафакція пов'язується з виробництвом та поширенням несанкціонованих примірників творів, фонограм, відеограм, програм організацій мовлення та виступає елементом піратства як більш широкого поняття. При такому підході до визначення змісту поняття контрафакції не входять порушення авторських та суміжних прав, які не пов'язані із виготовленням матеріальних об'єктів – контрафактних примірників. У свою чергу, піратство розглядається як порушення виключного права дозволяти будь-яке використання об'єктів авторського та суміжних прав, а не тільки шляхом їх відтворення в матеріальній формі, опублікування та розповсюдження. Такої позиції дотримується, зокрема, О. О. Штефан, допускаючи водночас при контрафактній діяльності порушення не лише авторських та суміжних прав, а також прав на засоби індивідуалізації виробника, товарів та послуг. Так, вчена зазначає, що ця діяльність полягає у відтворенні виданого твору, фонограми, аудіовізуального твору, комп'ютерної програми та інших об'єктів шляхом незаконного використання назви, фірмового найменування або знака законного виробника, власника ліцензії та ін. [1, с. 8]. Подібну позицію висловлює Д. Ліпчик, розглядаючи «піратство» як протиправну поведінку, яка без-

посередньо посягає на виключне право автора на відтворення творів й іншої культурної продукції, а контрафактне виготовлення культурної продукції – як складовий елемент піратства. При цьому піратство полягає у виготовленні, продажі та будь-якій формі комерційного розповсюдження незаконних екземплярів (книг і взагалі друкованих матеріалів, дисків, касет тощо) літературних, художніх, аудіо-візуальних, музикальних творів або їх виконань, комп'ютерних програм і банків даних. Крім того, термін «піратство» використовується для кваліфікації недозволених вистав, повторних передач і всіх інших форм використання твору, передачі в ефір та ін. [2, с. 478, 482].

У чинному законодавстві України термін «контрафакція» взагалі не згадується – має місце використання лише похідного від нього терміну «контрафактний», натомість надається визначення поняттю піратства. Так, відповідно до ч. 1 ст. 50 Закону України «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 р. під піратством у сфері авторського права і (або) суміжних прав розуміється опублікування, відтворення, ввезення на митну територію України, вивезення з митної території України і розповсюдження контрафактних примірників творів (у тому числі комп'ютерних програм і баз даних), фонограм, відеограм і програм організацій мовлення. У ст. 1 цього Закону України надається визначення контрафактного примірнику твору, фонограми, відеограми – як такий, що відтворений, опублікований і (або) розповсюджуваний з порушенням авторського права і (або) суміжних прав, у тому числі примірники захищених в Україні творів, фонограм і відеограм, що ввозяться на митну територію України без згоди автора чи іншого суб'єкта авторського права і (або) суміжних прав, зокрема з країн, в яких ці твори, фонограми і відеограми ніколи не охоронялися або перестали охоронятися.

Як справедливо відзначається в літературі, піратство у сфері авторського права і суміжних прав можна розглядати у вузькому та широкому розумінні. У вузькому – це законодавче визначення піратства: незаконне виробництво та введення в обіг саме контрафактних примірників творів, фонограм, відеограм, програм мовлення, а у широкому розумінні – це порушення прав шляхом використання творів або об'єктів суміжних прав без дозволу суб'єктів цих прав, при цьому основна мета такого використання – отримання прибутку [3]. У дослідженні Даррела Пейнет'єра, яке було підготовлене для 13-ї Сесії Міжурядового комітету з авторського права, зазначається, що у широкому і часто вживаному у популярній пресі значенні, «піратство» може також відноситися до актів

«бутлегерства» (виготовлення несанкціонованого запису живого виконання) та «контрафакції» (продаж робіт, які відтворюють оригінальні примірники шляхом тиражування етикетки, упаковки чи самого запису) [4, с. 2].

Отже, контрафактний примірник твору, фонограми, відеограми є матеріально втіленим результатом певних дій, що порушують виключні права на відтворення, опублікування та розповсюдження об'єктів авторського права і (або) суміжних прав. Видається, що саме узагальненим терміном «контрафакція» доцільно було б позначати сукупність зазначених протиправних дій. Натомість відповідний склад правопорушення у сфері авторських і суміжних прав законодавцем названо піратством (у вузькому значенні).

Вирішення питання про розмежування понять контрафакції та піратства неможливе без звернення до етимології цих слів. Використання терміну «пірат» в англійській мові датується щонайменше кінцем XIV ст., але перше зафіксоване вживання цього слова на позначення порушника права інтелектуальної власності належить англійському драматургу Єлизаветинської епохи Томасу Деккеру («Дивовижний рік», 1603 р.). Однак гнів письменника був спрямований проти тих, хто займався плагіатом, і так званих похідних поетів, а не людей, які відтворювали його твори слово в слово. Хоча поступово «піратство» набуло такого значення. Першим, хто використав це слово у цьому контексті, був Даніель Дефо у передмові до видання памфлету «Чистокровний англієць» 1703 р. [5].

Таким чином, слово «піратство» у значенні порушення авторських прав передувало прийняттю першого закону про авторське право – Статуту королеви Анни 1710 р. Але відповідно до положень Статуту «копірайт» був специфічним правом і означав право використовувати спеціальну машину для реплікації окремого твору. За рамки цього вузького поняття копірайт не поширювався і не контролював інші можливі способи використання авторської роботи [6, с. 105]. Отже, на той час піратство зводилося лише до незаконного видання книг без дозволу автора чи іншого володільця копірайту. У 1790 р. Конгрес США прийняв Закон «Про авторське право», який загалом відтворював положення Статуту Анни. З часом англо-американська концепція авторського права («копірайт») розширювалася і в сучасному вигляді воно охоплює не лише виключне право публікувати твір, але й інші способи використання твору (екранізація, переклад та інші похідні права).

Перше відоме використання англомовного слова «counterfeit», що у перекладі означає підробка, фальшування або підробляти, фальсифікувати, займатися контрафакцією, відноситься до XIV–XV

ст. [7]. Появу контрафакту досить часто пов'язують із промисловою революцією в Європі і прийняттям перших патентних законів: технічні новинки, захищені патентами, починають незаконно копіюватися та вводитися правопорушниками в обіг [8, с. 14].

Зокрема, Р. Саватьє визначає контрафакцію як порушення особою, яка не має правових підстав, монополії, наданої винахіднику, який має патент на свій винахід. Ця монополія в кожній країні має подвійний аспект: забороняється будь-якій особі без згоди власника патенту або виробляти в цій країні предмети, використовуючи винахід, або вчиняти правочини щодо таких предметів [9, с. 100]. Водночас французький учений називає контрафакцією також відтворення витвору автора без його дозволу в тій літературній або художній формі, в якій воно було створено [9, с. 102].

В. С. Люблинський у книзі «На зорі книгодрукування» як раз вказує на випадки випуску «контрафакції» (підробки) одночасно з оригінальним твором на підставі отриманих нечесним шляхом коректурних відбитків та засобах боротьби із цим явищем: отримання привілеїв у короля, міської ради тощо на друк, ввезення та продаж твору; використання так званого «домашнього знаку» (або «фамільної марки») – попередника майбутнього фірмового торгового знаку, що охороняється законом, та його різновиду – «видавничого знаку» (або «марки друкаря») [10, с. 106 – 108]. Отже, історично так склалося, що терміном «піратство» позначаються незаконні дії щодо використання об'єктів авторських та суміжних прав без згоди автора або іншого правоволодільця, у той час як термін «контрафакція» має значно ширшу сферу застосування – від творів літератури, мистецтва, програмного забезпечення, фонограм та ін. до промислових зразків, корисних моделей, засобів індивідуалізації учасників товарного обігу, товарів і послуг тощо.

Що стосується міжнародної нормотворчості, то терміни «піратство» та «контрафакція» жодного разу не згадуються ні у Всесвітній конвенції про авторське право, ні в Бернській конвенції про охорону літературних і художніх творів, ні у Римській конвенції про охорону прав артистів-виконавців, виробників фонограм та радіомовних організацій, ні в договорах Всесвітньої організації інтелектуальної власності (далі – ВОІВ) в галузі Інтернет. Разом із тим, Бернська конвенція визнала в конкретних умовах проблему піратства, передбачивши у статті 16, що контрафактні примірники твору підлягають арешту в будь-якій країні Союзу, в якій цей твір користується правовою охороною. Ці положення застосовуються також до відтворень, що походять із країни, в якій твір не охороняється або перестав користуватись охороною.

Першим правовим документом міжнародного характеру, в якому надається визначення контрафактним і піратським товарам, стала Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності Світової Організації Торгівлі (скорочено – Угода ТРІПС). У її тексті виокремлюються словосполучення «counterfeit trademark goods» та «pirated copyright goods» [11]. При цьому під першим розуміються будь-які товари, у тому числі упаковка, які без дозволу містять товарний знак, ідентичний законно зареєстрованому для таких товарів товарному знаку, або який не можна відрізнити в основних його аспектах від такого товарного знаку і який, таким чином, порушує права власника даного товарного знаку згідно із законодавством країни імпортування. У той час як другим із згаданих термінів позначаються будь-які товари, які є копіями, зробленими без згоди власника права або особи, належним чином уповноваженої власником права у країні виробництва, і, які безпосередньо або опосередковано виготовлені з будь-якого виробу, у випадку, якщо виготовлення такої копії вважається порушенням авторського права або суміжних з ним прав згідно із законодавством країни імпортування. Аналогічні норми були відтворені і в Торговельній угоді про боротьбу з контрафакцією (The Anti-Counterfeiting Trade Agreement).

Отже, з викладених положень витікає, що вживання поняття «контрафактні» обмежено товарами, на які нанесений товарний знак з порушенням прав його володільця, у той час як виготовлення піратських товарів пов'язано лише з порушенням виключного права на відтворення твору. Разом із тим, як зазначається у докладі професора Ендрю Крісті на 8-й сесії Консультативного комітету по захисту прав ВОІВ, присвяченому добровільним механізмам урегулювання спорів в сфері інтелектуальної власності, терміни «контрафактні»/«контрафакція» і «піратські»/«піратство» відносно прав інтелектуальної власності в таких процедурах урегулювання використовуються вільно, як синоніми порушення товарного знаку шляхом виготовлення чи поширення неоригінальних товарів, до яких застосовується товарний знак, і синонім порушення авторського права шляхом виготовлення чи поширення недозволених буквених відтворень (копій) творів, охоронюваних авторським правом, відповідно (на відміну від визначень згідно з Угодою ТРІПС). При цьому в основу дослідження було покладено аналіз добровільних механізмів, які реалізуються онлайн платформами або державно-приватними партнерствами для боротьби з контрафакцією та піратством [12].

Зарубіжна нормотворча практика так само свідчить про те, що «органи державної влади іно-

ді широко використовують термін «контрафакт», включаючи в це поняття не тільки підробки, пов'язані з інтелектуальною власністю (такі як товари під фальшивими брендами та інші товари, вироблені або поставлені з порушенням торговельної марки, авторського права або інших об'єктів прав інтелектуальної власності), але і браковані товари» [13, с. 29]. Отже, хоча технічно англійський термін «counterfeiting» відноситься тільки до конкретних випадків порушення товарного знаку, однак на практиці він може включати будь-яке виготовлення продукту, який так близько імітує зовнішній вигляд іншого продукту, що може ввести споживача в оману. Тому він може також включати в себе несанкціоноване виробництво і розподіл продукту, який захищений іншими правами інтелектуальної власності, такими як авторське право і суміжні права, що відповідає німецькому терміну «produktpiraterie» і французькому терміну «contrefaçon», які обидва охоплюють більш широкий спектр порушення прав інтелектуальної власності [14, с. 5]. Так, наприклад, при виготовленні контрафактних примірників фонограм може мати місце порушення не лише авторського права, а також прав на товарний знак.

Підсумовуючи викладене, слід зазначити, що поняття «контрафакція» може вживатися як у широкому, так і вузькому значеннях. У першому випадку під контрафакцією необхідно розуміти виготовлення продукції та/або введення у цивільний обіг товарів з порушенням не лише авторських і суміжних прав, а також прав промислової власності і прав на засоби індивідуалізації учасників товарного обігу, товарів і послуг. У другому – пору-

шення виключно авторських і суміжних прав при відтворенні, опублікуванні, зберіганні, перевезенні, розповсюдженні, імпорті або експорті відповідних об'єктів інтелектуальної власності. Така точка зору знаходить відображення у чинному законодавстві. Так, виходячи з п. 17 ч. 1 ст. 4 Митного кодексу України від 13.03.2012 р. дії щодо виготовлення контрафактних товарів складають поняття контрафакції у широкому значенні. З урахуванням міжнародної правозастосовної практики, поняття піратства доцільно розглядати як будь-яке незаконне використання об'єктів авторського права і суміжних прав.

З метою уніфікації понятійно-категоріального апарату у сфері правового забезпечення захисту права інтелектуальної власності пропонуємо внести зміни до Закону України «Про авторське право і суміжні права», виклавши пункт «б» частини першої статті 50 наступним чином: «контрафакція у сфері авторського права і (або) суміжних прав – опублікування, відтворення, зберігання, перевезення, ввезення на митну територію України, вивезення з митної території України і розповсюдження контрафактних примірників творів (у тому числі комп'ютерних програм і баз даних), фонограм, відеограм і програм організації мовлення». Крім того, частину першу статті 50 слід доповнити наступним пунктом: «піратство – це використання об'єктів авторського права і суміжних прав без дозволу суб'єктів цих прав, за виключенням обмежень, передбачених цим Законом».

У подальшому перспективним видається дослідження окремих форм піратства у широкому значенні.

ЛІТЕРАТУРА

1. Штефан О. Дещо до питання про порушення у сфері авторського права / О. Штефан // Теорія і практика інтелектуальної власності. — 2009. — № 6. — С. 3 — 13.
2. Липчик Д. Авторское право и смежные права / Д. Липчик / [пер. с фр.]. — М. : Ладомир; Изд-во ЮНЕСКО, 2002. — 788 с.
3. Чеботарьев В. Піратство у сфері авторського права і суміжних прав [Електронний ресурс] / В. Чеботарьев, В. Троцька // Юридическая газета. — 2004. — № 7. — Режим доступу : www.yur-gazeta.com/ru/oarticle/654/.
4. Panethiere, Darrell. The Persistence of Piracy: The Consequences for Creativity, for Culture, and for Sustainable Development [Електронний ресурс] // UNESO e-Copyright Bulletin. — July–September 2005. — 19 p. — Режим доступу : http://portal.unesco.org/culture/en/files/28696/11513329261panethiere_en.pdf/panethiere_en.pdf.
5. «Piracy» and «anti-piracy»: A brief history from the Dark Ages to the Early Modern era [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.qwghlm.co.uk/2009/12/04/piracy-and-anti-piracy-a-brief-history-from-the-dark-ages-to-the-early-modern-era/>.
6. Лессиг Л. Свободная культура. Как медиаконцерны используют технологии и законы для того, чтобы душить культуру и контролировать творчество / Л. Лессиг ; [пер. с англ. Ольга Данилова]. — М. : Прагматика Культуры, 2007. — 272 с.
7. Merriam-Webster Dictionary Online [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.merriam-webster.com/dictionary/counterfeit>.
8. Пирогова В. Контрафакт и пиратство: вопросы теории и практики / В. Пирогова // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2010. — № 12. — С. 12 — 20.
9. Саватье Р. Теория обязательств. Юридический и экономический очерк: перевод с французского / Р. Саватье ; [пер. Р. О. Халфиной]. — М. : Прогресс, 1972. — 440 с.
10. Люблинский В. С. На заре книгопечатания : пособие для учителей / Люблинский В. С. — Л. : Учпедгиз, 1959. — 160 с.
11. Кристи Э. Добровольные механизмы урегулирования споров в области ИС [Електронний ресурс] / Э. Кристи / Восьмая сессия Консультативного комитета по защите прав ВОИС, Женева, 19–20 дек. 2012 г. — Режим доступу : http://www.wipo.int/edocs/mdocs/enfor/segment/ru/wipo_ace_8/wipo_ace_8_10.doc.
12. Інтелектуальна власність : рекомендації для бізнесу [Електронний ресурс] : опубліковано у бер. 2011 р. Міжнародною торговою палатою. — Режим доступу : http://bascap.com.ua/images/PDF/ip_guidelines_ukr.pdf.
13. The Economic Impact of Counterfeiting [Електронний ресурс] / OECD, 1998. — Режим доступу : <http://www.oecd.org/sti/industryandglobalisation/2090589.pdf>.

АНОТАЦІЯ

Позова Д.Д. Контрафакція чи піратство? – Стаття.

У статті здійснюється розмежування понять «контрафакція» та «піратство» на підставі аналізу юридичної доктрини, національної та міжнародної нормотворчої і правозастосовної практики їх використання. У результаті проведеного дослідження пропонуються зміни до чинного законодавства у сфері авторського права і суміжних прав з метою уніфікації відповідного понятійно-категоріального апарату.

Ключові слова: порушення прав інтелектуальної власності, контрафакція, піратство, контрафактний примірник.

АННОТАЦИЯ

Позова Д.Д. Контрафакция или пиратство? – Статья.

В статье осуществляется разграничение понятий «контрафакция» и «пиратство» на основании анализа юридической доктрины, национальной и международной нормотворческой и правоприменительной практики их использования. В результате проведенного исследования предлагаются изменения в действующее законодательство в сфере авторского права и смежных прав в целях унификации соответствующего понятийно-категориального аппарата.

Ключевые слова: нарушение прав интеллектуальной собственности, контрафакция, пиратство, контрафактный экземпляр.

SUMMARY

Pozova D.D. Counterfeiting or piracy? – Article.

In the article the distinction between «counterfeiting» and «piracy» based on the analysis of legal doctrine, national and international standard-setting and enforcement practice of their use is made. The study proposes changes to the existing legislation in the field of copyright and related rights in order to standardize the relevant conceptual-categorical system.

Keywords: infringement of intellectual property rights, counterfeiting, piracy, counterfeit copy.

УДК 347.786:343.712.1

АУДІОВІЗУАЛЬНІ ТВОРИ ЯК ОБ'ЄКТИ ПІРАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Симонян Юлія Юріївна

кандидат юридичних наук, доцент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія»

Загрозливим моментом піратської діяльності є вплив її економічних наслідків на суспільство в цілому. Оскільки піратська діяльність завжди неправомірна, чимало традиційних елементів, властивих законному бізнесу, зникають, і в результаті суспільство втрачає багато вигод на різних рівнях.

Нові ринки стають причиною росту попиту на загальновідомі товари, який законні виробники не здатні задовольнити повною мірою. Цей попит на товари перевищує можливості правоохоронних органів контролювати відповідну діяльність і надавати захист проти піратської продукції.

Окремі новітні технології дозволяють легко копіювати й відтворювати товари, що містять у собі об'єкти права інтелектуальної власності, і тим самим ці технології сприяють тенденції появи піратської продукції майже в усіх сферах, де є підвищений ринковий попит на законну продукцію.

Право інтелектуальної власності Європейського Союзу відповідно до ст. 2 (а) Регламенту ради ЄС № 3295/94 Ради від 22 грудня 1994 р. відносить до піратських товарів товари, які є або які містять примірники, виготовлені без згоди власника авторського права або суміжних прав чи власника права на малюнок або модель, зареєстрованого або незареєстрованого національним правом, або особи, належним чином уповноваженої власником у країні виробництва у випадках, коли виготовлення цих примірників завдає шкоди правам, про які йдеться [1].

Українське законодавство не визначає термін «піратські товари», але надає визначення такому порушенню у сфері авторського та суміжних прав як піратство. Згідно ст. 50 п. б) Закону України «Про авторське право і суміжні права» піратство у сфері авторського права і (або) суміжних прав – опублікування, відтворення, ввезення на митну територію України, вивезення з митної території України і розповсюдження контрафактних примірників творів (у тому числі комп'ютерних програм і баз даних), фонограм, відеограм і програм організацій мовлення [2].

Як бачимо, у визначенні міститься термін «контрафактні примірники творів». Згідно зі ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» контрафактним примірником твору, фонограми, відеограми є примірник твору, фонограми, відеограми, що відтворений, опублікований і (або) розповсюджений з порушенням авторського права і (або) суміжних прав, у тому числі примірники захищених в Україні творів, фонограм і відеограм, що ввозяться на митну територію України без згоди автора чи іншого суб'єкта авторського права і (або) суміжних прав, зокрема з країн, в яких ці твори, фонограми, відеограми ніколи не охоронялися або перестали охоронятися [2].

Таким чином, піратство розглядається як протиправна поведінка, яка безпосередньо посягає на виключні права автора щодо використання твору. Щодо об'єктів посягання, то їх перелік досить великий: це екземпляри (друковані матеріали, дисків, касети тощо) літературних, художніх, аудіовізуальних, музичних творів або їх виконання, комп'ютерні програми і банки даних, а також показ вистав, повторне використання програм організацій мовлення тощо без отриманого дозволу.

Розглянемо проблему, яка існує у сфері піратських дій щодо аудіовізуальних творів.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» аудіовізуальний твір – твір, що фіксується на певному матеріальному носії (кіноплівці, магнітній плівці чи магнітному диску, компакт-диску тощо) у вигляді серії послідовних кадрів (зображень) чи аналогових або дискретних сигналів, які відображають (закодовують) рухомі зображення (як із звуковим супроводом, так і без нього), і сприйняття якого є можливим виключно за допомогою того чи іншого виду екрана (кіноекрана, телевізійного екрана тощо), на якому рухомі зображення візуально відображаються за допомогою певних технічних засобів. Видами аудіовізуального твору є кінофільми, телефільми, відеофільми, діафільми, слайдофільми тощо, які можуть бути ігровими, анімаційними (мультиплікаційними), неігровими чи іншими.

Згідно ст. 1 Закону України «Про кінематографію» фільм – аудіовізуальний твір кінематографії, що складається з епізодів, поєднаних між собою творчим задумом і зображувальними засобами, та який є результатом спільної діяльності його авторів, виконавців і виробників. За способами фіксації зображення та розповсюдження фільми поділяються на кіно-, відеофільми тощо [3].

Національне законодавство допускає вільне відтворення аудіовізуальних творів в особистих цілях. Згідно ч. 2 ст. 25 Закону України «Про авторське право і суміжні права» твори і виконання, зафіксовані у фонограмах, відеограмах, їх примірниках, а також аудіовізуальні твори та їх примірники допускається відтворювати у домашніх умовах виключно в особистих цілях або для кола сім'ї без дозволу автора (авторів), виконавців, виробників фонограм, виробників відеограм, але з виплатою їм винагороди.

На даному етапі розвитку сучасного світу, кінопрокат є сектором економіки, що виявляє тенденцію до постійного зростання. На це впливають безліч факторів, такі як впровадження новітніх цифрових технологій, популяризація кінотеатрів та кінематографу, підвищення культури населення, зміна пріоритетів у проведенні дозвілля та ін.

Одним з найбільш небезпечних видів піратства у сфері кіноіндустрії є камкордінг. Вперше поняття «камкордінгу» з'явилося у США.

Камкордінг – це несанкціонований запис кінофільму під час його демонстрації в кінотеатрі на відеокамеру або інший записуючий пристрій.

З одного запису камкордінгу випускається величезна кількість піратської продукції. Фінансові втрати від продажу піратської продукції зазнають не лише правовласники кінопродукту, але й держава. Зокрема, недостатній захист інтелектуальної власності негативно позначається на міжнародному іміджі країни. Ринок піратської продукції є тінювим сектором економіки, а тому не приносить прибутку до державного бюджету України.

За оцінками міжнародної асоціації кіновиробників (Motion Picture Association), Україна посідає друге місце після Росії за рівнем камкордінгу (незаконний запис аудіовізуальних творів під час їх демонстрації в кінотеатрах з подальшим тиражуванням та продажем на оптичних носіях, або в Інтернеті).

Камкордінгові копії фільмів через декілька днів після виходу фільму на кіноекрани з'являються в Інтернеті або розповсюджуються на піратських дисках. Для попередження і виявлення камкордінга в Україні з 2009 року діє Цільова програма по виявленню фактів камкордінга в кінотеатрах України, в якій передбачено виплата грошової ви-

нагороди особі, яка безпосередньо виявила факт камкордінга в кінотеатрі в сумі від 1000 гривень.

Складність протидії камкордінгу полягає в тому, що акцент кримінальної (ст. 176 Кримінального кодексу України) та адміністративної (ст. 164-9 Кодексу України про адміністративні правопорушення) відповідальності зроблений на контролі за порядком поширення піратської продукції, а законодавчі механізми протидії піратства підчас легального прокату фільмів відсутні. Кримінальним та адміністративним законодавствами також не визначені кваліфікуючі ознаки протиправних дій, що пов'язані з цим явищем.

Сьогодні Україна є перспективною для відєопіратів через мізерні покарання, які можна накласти на порушника. Єдине, що можна застосувати до людини, яку зловили в залі з відеокамерою, це стаття 51-2 Кодексу України про адміністративне правопорушення: незаконне використання об'єкта права інтелектуальної власності, привласнення авторства на такий об'єкт або інше умисне порушення прав на об'єкт права інтелектуальної власності, що охороняється законом, тягне за собою накладення штрафу від десяти до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з конфіскацією незаконно виготовленої продукції та обладнання і матеріалів, які призначені для її виготовлення [4]. Покарання – незначний штраф, тоді як у Німеччині, Угорщині чи Росії передбачено ув'язнення від двох до шести років чи штраф і конфіскація обладнання. У квітні 2008 року в Україні винесли перший вирок, що стосувався камкордінгу: хлопця, якого у лютому зловили у кінотеатрі «Ленінград», оштрафували на 850 гривень і конфіскували дорогу відеокамеру [5].

Відповідний законопроект, що передбачає впровадження механізму боротьби з камкордінгом, був наданий парламентарям у лютому 2009 року, але він так і залишився не розглянутим.

Така ситуація зумовлена також відсутністю законодавчо визначеного поняття «камкордінг» у Законі України «Про авторське право і суміжні права».

Згідно законопроекту «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо врегулювання питань авторського права і суміжних прав» камкордінгом визнається відтворення без дозволу суб'єктів авторського права аудіовізуальних творів під час їх демонстрації в кінотеатрах, інших приміщеннях, призначених для публічної демонстрації [6].

За законодавством України публічна демонстрація аудіовізуального твору, відеограми – публічне одноразове чи багаторазове представлення публіці за згодою суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав у приміщенні, в якому можуть

бути присутні особи, які не належать до кола сім'ї або близьких знайомих цієї сім'ї, аудіовізуального твору чи зафіксованого у відеограмі виконання або будь-яких рухомих зображень (ст. 1 Закону).

Найчастіша мета камкордінгу є мета подальшого поширення такого запису в файлообмінних мережах Інтернету, що призводить не тільки до зменшення касових зборів в кінотеатрах, але й відображається на наступних продажах таких фільмів на DVD. Все це порушує права суб'єктів права інтелектуальної власності на аудіовізуальний твір.

Піратська діяльність відносно кінофільмів та іншої аудіовізуальної продукції відбувається у двох основних формах:

- нелегального використання кабельних та супутникових передач;
- виготовлення копій на матеріальних носіях, зазвичай у вигляді дисків.

На думку В. С. Дроб'язко, піратське виготовлення відеодисків (аудіовізуальних творів), підпільне дублювання, як правило, здійснюється наступним чином:

- з 35-міліметрової копії кінематографічного твору, тимчасово одержаної у розповсюджувача або в кінотеатрі кимось із осіб, близьких до прокатника. Така процедура використовується для комерціалізації кінематографічного твору у формі відеокасети, перш ніж її випустити виробник або власник ліцензії, наданої виробником;
- із законної копії її запису, дубльованої на чистій касеті;
- з телепередачі, записаної на чисту касету, яка потім дублюється [7, с.13].

Інші джерела затверджують, що основна частина камкордінгу працює за такою схемою:

- 1) новий реліз продається скупщику;
- 2) скупщик створював декілька мастер-копій і передавав їх в лабораторії для подальшого дублювання і розповсюдження;
- 3) через декілька годин після отримання скупщиком оригіналу, пірат виготовлює вторинні мастер-копії для розсилки їх іншим дистриб'юторам [8].

О. Штефан визначає, що при піратському виготовленні аудіовізуальних творів пірати використовують такі методи: копіювання кінематографічного твору з відеокасети, яку випускає виробник або власник ліцензії, що використовується для комерціалізації кінематографічного твору, особами, які пов'язані з прокатом; дублювання на касеті законного запису; запис на касету та наступне дублювання телепередач [9].

Основними ознаками контрафактності аудіовізуальних творів на DVD дисках є: відсутність на поліграфічній упаковці даних про зону території розповсюдження і формат запису, відсутність або

невідповідність коду IFPI, коду виробника і коду тиражу на диску, відсутність або невідповідність відомостей про виробника компакт-диска, наявність на диску два і більш фільмів, низька ціна в порівнянні із законно виданими примірниками.

Крім того, Законом України «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних» передбачено обов'язкове маркування голографічними контрольними марками відео- аудіокасет та компакт-дисків. Взагалі голографічне маркування сприяло легалізації ринку. Однак існують тіньові схеми, за якими незаконно отримуються контрольні марки, зокрема, з використанням фіктивних ліцензійних угод. Крім того, захисні елементи марки недосконалі, а тому порушникам вдається змінювати первісні позначення і підробками маркувати контрафактну продукцію [10].

У ст. 11 даного Закону передбачена відповідальність, якщо особи, винні у незаконному виготовленні, підробці, використанні або збуті незаконно виготовлених, одержаних чи підроблених контрольних марок для маркування примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних, притягаються до адміністративної та кримінальної відповідальності відповідно до закону. Особи, винні у незаконному розповсюдженні примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних, притягаються до цивільної, адміністративної та кримінальної відповідальності відповідно до закону. Однак, на нашу думку, необхідно вдосконалювати існуючий механізм обов'язкового маркування аудіовізуальної продукції та компакт-дисків шляхом внесення змін щодо посилення відповідальності у діюче законодавство.

Враховуючи вищевикладене, вважаємо: по-перше, необхідно на законодавчому рівні врегулювати питання, пов'язані з визначенням терміну «камкордінг». В зв'язку з цим, пропонуємо власне визначення: камкордінг – це незаконне копіювання чи навмисний запис аудіовізуального твору без згоди суб'єктів авторського права на аудіовізуальний твір під час його публічної демонстрації з метою подальшого комерційного використання.

По-друге, як бачимо, кіноіндустрія страждає від відсутності в українському законодавстві відповідальності за камкордінг. Тому для підвищення ефективності боротьби з піратською діяльністю у цій сфері необхідно впровадити більш жорсткі умови відповідальності за камкордінг та піратство шляхом збільшення максимальних розмірів штрафів та строків позбавлення волі у адміністративному та кримінальному законодавстві.

По-третє, для зменшення камкордінгу та розвитку кінопрокату України треба розробити ряд заходів: залучення іноземних інвестицій на розвиток українського кінопрокату; можливість надання пільгових кредитів або звільнення від оподаткування прибутку суб'єктів кінематографії, спрямованих на виробництво, тиражування, прокат та показ фільмів; подальше впровадження та посилення контролю за порушеннями кінопрокату в Україні.

ЛІТЕРАТУРА

1. Чеботарьов В. Піратство у сфері авторського права і суміжних прав [Електронний ресурс] / В. Чеботарьов, В. Троїцька. — Режим доступу : <http://patent.km.ua/ukr/articles/i299>
2. Про авторське право і суміжні права [Електронний ресурс] : Закон України. — Режим доступу : <http://zakon.nau.ua>
3. Про кінематографію [Електронний ресурс] : Закон України. — Режим доступу : <http://zakon.nau.ua>
4. Кодекс про адміністративні правопорушення [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon.nau.ua>
5. Дмитренко Н. Фабрика відеопіранства : Електронний ресурс. — Режим доступу : <http://91.218.212.127/daidzhest/print/46776>
6. Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо врегулювання питань авторського права і суміжних прав : законопроект України // [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon.nau.ua>
7. Дроб'язко В.С. Актуальні проблеми захисту прав об'єктів інтелектуальної власності : моногр. / В.С. Дроб'язко. — К. : Лазурит-Поліграф, 2007. — 128 с.
8. Камкордінг : Українська анти піратська асоціація : Електронний ресурс. — Режим доступу : <http://www.apo.kiev.ua/camcording.phtml>
9. Штефан О. Дещо до питання про порушення авторських прав [Електронний ресурс] / О. Штефан. — Режим доступу : <http://www.ndiiv.org.ua/>
10. Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних [Електронний ресурс] : Закон України. — Режим доступу : <http://zakon.nau.ua>

АНОТАЦІЯ

Симонян Ю.Ю. Аудіовізуальні твори як об'єкти піратської діяльності. – Стаття.

Стаття присвячена проблемам піратства у сфері кіноіндустрії. Одним з найбільш небезпечних видів піратства у цій сфері є камкордінг. Проаналізовано та визначено поняття камкордінгу, його мета, ознаки, форми та схеми здійснення та зроблені висновки щодо розробки ряду заходів для зменшення камкордінгу та розвитку вітчизняної кіноіндустрії.

Ключові слова: піратство, піратська діяльність, аудіовізуальний твір, кіноіндустрія, камкордінг, контрафактність аудіовізуальних творів.

АННОТАЦИЯ

Симонян Ю.Ю. Аудиовизуальные произведения как объекты пиратской деятельности. – Статья.

Статья посвящена проблемам пиратства в сфере киноиндустрии. Одним из наиболее опасных видов пиратства в этой сфере является камкординг. Проанализированы и определены понятия камкординга, его цель, признаки, формы и схемы осуществления и сделаны выводы относительно разработки ряда мероприятий для уменьшения камкординга и развития отечественной киноиндустрии.

Ключевые слова: пиратство, пиратская деятельность, аудиовизуальное произведение, киноиндустрия, камкординг, контрафактность аудиовизуальных произведений.

SUMMARY

Symonyan U.U. Audiovisual works as objects of piratic activity. – Article.

The article is devoted the problems of piracy in the field of cinemaindustry. One of the most dangerous types of piracy there is camcording in this sphere. Analysed and certain concepts of camcording, his purpose, signs, forms and charts of realization and conclusions are done in relation to development of row of measures for diminishing of camcording and development of domestic of cinemaindustry.

Keywords: piracy, piratic activity, audiovisual works, cinemaindustry, camcording, contrafaction of audiovisual works.

УДК 347.78:343.712.1:004.738.5

ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ АВТОРСЬКИХ ТА СУМІЖНИХ ПРАВ ВІД ПІРАТСТВА В МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ

Кетрарь Анна Андріївна

асистент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія»

В Україні продовжує тривати активна законодавча діяльність, направлена на розвиток та удосконалення авторського права і суміжних прав, однак, незважаючи на цей масштабний процес, кількість правопорушень у зазначеній сфері все одно зростає. Ця обставина значно ускладнює подальший розвиток авторських відносин. Тому теоретичне дослідження більшості питань у сфері авторського права, у тому числі питання щодо проблеми захисту авторських та суміжних прав від контрафакції та піратства, є вчасним та актуальним, оскільки дає можливість врахувати у законодавчій практиці висновки та пропозиції, що стають результатом таких досліджень.

Сформульовані в статті теоретичні висновки, щодо правового регулювання захисту авторських та суміжних прав від контрафакції та піратства, ґрунтуються на загальних досягненнях юридичної науки, в тому числі, на результатах досліджень таких вітчизняних та зарубіжних вчених, як Б. С. Антимонова, Є. П. Гаврілова, О. С. Йоффе, Д. Липчик, Р. О. Стефанчука, А. П. Сергєєва, О. В. Ришкова, Є. О. Харитоновна, О. І. Харитоновна, Є. А. Флейшиц, Г. Ф. Шершеневича, та ін.

Вивчення та аналіз праць цих науковців дали змогу визначити й оцінити стан досліджуваної проблеми, виявити та проаналізувати питання, що постають на сучасному етапі у досліджуваній сфері. Що ж стосується проблеми правового захисту авторських та суміжних прав від піратства саме у всесвітній мережі, то особливої уваги заслуговують дослідження: О. І. Харитоновної, Н. П. Бааджи, А. В. Кирилук, Ю. Ю. Симонян, О. М. Пастухової, О. О. Штефан, О. Р. Шишки та інших.

Метою дослідження є комплексний науково-теоретичний аналіз правових проблем захисту авторського права і суміжних прав від піратства в мережі Інтернет.

Сьогодні, коли доступ до «всесвітньої павутини» є доступним майже для кожного українця, досить поширеним стало таке явище як Інтернет-піратство. Розвиток технічного прогресу, на жаль має не лише позитивні наслідки, а й стає для порушників надійним помічником у незаконному відтво-

ренні об'єктів авторського права і суміжних прав. І, якщо раніше незаконно виготовлені примірники творів були продуктом не вищого ґатунку, то сучасні технології дозволяють порушникам виготовляти цифрові примірники, які є ідеальними копіями оригіналів, та розповсюджувати їх з неймовірною швидкістю, отже, на відміну від розповсюдження звичайних примірників, наприклад книг, аудіо- або відео- носіїв, вартість творів, що розміщені в Інтернеті, а також витрати пов'язані з їх доставкою у мережі є незначними. Здатність порушників діяти в Інтернеті анонімно, та неосвіченість більшості користувачів всесвітньої мережі, стосовно існуючої системи захисту авторського права і суміжних прав – все це має наслідком наполегливі вимоги міжнародного співтовариства щодо активізації України у боротьбі з Інтернет-піратством.

Так, у документі що опубліковано робочою групою Конгресу США з протидії міжнародному піратству, Україна, Росія і Китай визнані країнами з найбільшим рівнем піратства у галузі інтелектуальної власності, а одна з найпопулярніших в Україні, російська соціальна мережа «ВКонтакте» – однією з найбільш великих порушників авторських прав [1].

Але перш ніж переходити до безпосереднього розгляду піратства у мережі Інтернет, маємо проаналізувати правову природу загального визначення піратства у сфері авторського права і суміжних прав.

Випадки піратства у сфері авторського права, відомі на пострадянському просторі, ще за часів Російської імперії. Так, у ст. 622 Закону Російської імперії «Про авторське право» від 20 березня 1911 року було передбачено, що за зберігання для продажу або ввезення із-за кордону для продажу, або продаж предмету, свідомо виготовленого з порушенням авторського права на винного торговця накладався арешт, або стягувалася грошова пеня.

Сучасне законодавство, а саме Закон України «Про авторське право і суміжні права» (далі – Закон) [2] визначає піратство у сфері авторського права і (або) суміжних прав, як опублікування, відтворення, ввезення на митну територію України,

вивезення з митної території України і розповсюдження контрафактних примірників творів (у тому числі комп'ютерних програм і баз даних), фонограм, відеограм і програм організацій мовлення. При цьому, варто зазначити, що піратство може мати місце, при здійсненні порушником, як однієї із зазначених у законі дій, так і при здійсненні їх сукупності.

Відповідно до ст. 1 Закону [2] під опублікуванням твору, фонограми, відеограми розуміють випуск в обіг за згодою автора чи іншого суб'єкта авторського права і (або) суміжних прав виготовлених поліграфічними, електронними чи іншими способами примірників твору, фонограми, відеограми у кількості, здатній задовольнити, з урахуванням характеру твору, фонограми, відеограми, розумні потреби публіки, шляхом їх продажу, здавання в майновий найм, побутового чи комерційного прокату, надання доступу до них через електронні системи інформації таким чином, що будь-яка особа може його отримати з будь-якого місця і у будь-який час за власним вибором або передачі права власності на них чи володіння іншими способами. Окрім цього, згідно з законом, опублікуванням твору, фонограми, відеограми вважається також депонування рукопису зазначених об'єктів, у сховищі (депозитарії) з відкритим доступом та можливістю одержання в ньому примірника (копії) твору, фонограми, відеограми.

Ст. 442 ЦК України [3] визначає, що опублікування (випуск у світ) твору – це повідомлення будь-яким способом, невизначеному колу осіб, у тому числі видання, публічний показ, публічне виконання, передача по радіо чи телебаченню, відображення у загальнодоступних електронних системах інформації.

Закон [2] розкриває і такі поняття як «відтворення» та «розповсюдження». Відтворенням є виготовлення одного або більше примірників твору, відеограми, фонограми в будь-якій матеріальній формі, а також їх запис для тимчасового чи постійного зберігання в електронній формі, яку може зчитувати комп'ютер. Розповсюдження об'єктів авторського права і (або) суміжних прав – це будь-яка дія, за допомогою якої зазначені об'єкти безпосередньо або опосередковано пропонуються публіці, в тому числі доведення цих об'єктів до відома публіки таким чином, що її представники можуть здійснити доступ до цих об'єктів з будь-якого місця і в будь-який час за власним вибором.

Окрім цього, поняття контрафактного примірнику твору також наводиться у Законі, [2] згідно з тією ж статтею – це примірник твору, фонограми чи відеограми, відтворений, опублікований і (або) розповсюджуваний з порушенням авторського

права і (або) суміжних прав, у тому числі примірники захищених в Україні творів, фонограм і відеограм, що ввозяться на митну територію України без згоди автора чи іншого суб'єкта авторського права і (або) суміжних прав, зокрема з країн, в яких ці твори, фонограми і відеограми ніколи не охоронялися або перестали охоронятися.

В п. 43 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 4 червня 2010 року № 5 «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав» [4] до контрафактних примірників також відносить примірники правомірно обнародованих об'єктів авторського права і (або) суміжних прав, з яких видалена або неправомірно нанесена інформація про суб'єкта авторського права і (або) суміжних прав, а також примірники таких об'єктів, що перевищують кількість примірників (тираж), передбачену договором щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, або розповсюджуються на території, не передбаченій договором, виготовлені на іншому матеріальному носії, ніж передбачено в договорі, а також примірники, отримані шляхом видозміни об'єктів авторського права і (або) суміжних прав.

Таким чином, виходячи із того, що законодавець розкриваючи поняття піратства використовує поняття контрафактного примірника, яке зазначене вище, можна зробити висновок, що поняття піратства є ширшим за поняття контрафакції та включає останнє. З цього приводу О. Штефан зазначає, що за своїм змістом, піратська діяльність є більш широким поняттям, а контрафактна діяльність по виготовленню об'єктів авторського права є елементом піратства. Окрім цього, на думку О. Штефан: «замість категорії «піратська продукція» та «контрафактна продукція» можна вживати поняття «нелегальна продукція», оскільки існує продукція виготовлена та розповсюджена з додержанням авторського права і суміжних прав, та виготовлена і розповсюджена з їх порушенням» [5, с. 8].

У юридичній літературі піратство розглядають у вузькому та у широкому розумінні. Законодавче визначення піратства виражає вузький підхід, воно пов'язане із виробництвом та введенням в обіг контрафактних примірників. В свою чергу, розглядаючи піратство у широкому розумінні, зазначають, що основною метою використання творів, або об'єктів суміжних прав, без дозволу правовласників є отримання прибутку.

У світовій практиці зустрічається також визначення різних форм піратства. За даними Міжнародної федерації фонографічної промисловості піратство може мати наступні форми: бутлегерство – несанкціонований звукозапис «живого»

виконання або передачі організації мовлення; контрафакція – звукозаписи, що копіюються або розповсюджуються без дозволу і мають упаковку, максимально наближену до оригіналу; безпосередньо піратство – звукозаписи, які копіюються або розповсюджуються без дозволу і мають упаковку, що відрізняється від оригіналу, а також компіляції записів різних виконань [6, с. 17].

Піратство можна поділити і на певні види, так виділяють: піратство, що пов'язане з напівлегальним оприлюдненням об'єкта авторського права і (або) суміжних прав; піратство, яке пов'язано з підробкою об'єкта авторського права і (або) суміжного права; піратство, що знаходить прояв у незаконному розмноженні копій об'єкта авторського права і (або) суміжного права.

Отже, повертаючись до питання Інтернет-піратства, треба відзначити, що розміщення об'єктів авторського права і суміжних прав у всевітній мережі на сьогодні є дуже розповсюдженим явищем. На сучасному етапі в Інтернеті можна отримати доступ до широкого кола об'єктів авторських та суміжних прав, починаючи від літературних творів, та закінчуючи такими аудіовізуальними творами як відеокліпи та кінофільми, тощо. Значна частина зазначених об'єктів опиняється там з порушенням авторського права та суміжних прав, тобто на незаконних підставах.

Інтернет-піратство можна визначити, як нелегальне копіювання та розповсюдження об'єктів, що охороняються авторським правом і (або) суміжними правами, з метою особистого або комерційного використання [7].

Інтернет – це всевітня система взаємодіючих комп'ютерних мереж, що базуються на комплекті Інтернет-протоколів, та складається з мільйонів локальних і глобальних приватних, публічних, академічних, ділових і урядових мереж, пов'язаних між собою, з використанням різноманітних дротових, оптичних та бездротових технологій [8]. Для того, щоб розмістити будь-який об'єкт у мережі Інтернет, необхідно виконати певні дії – завантажити цифрові копії об'єкта у пам'ять комп'ютера, та надати доступ до цієї копії користувачам мережі (необмеженому колу осіб). У разі виконання зазначених дій користувачі мережі набувають можливість доступу та ознайомлення з розміщеним об'єктом, шляхом завантаження його цифрової копії на власний комп'ютер, що, в свою чергу, й можна вважати метою розміщення певного об'єкта в Інтернеті.

Що стосується авторсько-правової оцінки зазначених дій, то відповідно до п. 46 постанови Пленуму Вищого господарського суду України від 17.10.2012 р. № 12 «Про деякі питання практики

вирішення спорів пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» [9] розміщення творів у мережі Інтернет у вигляді, доступному для публічного використання, є їх відтворенням у розумінні ст. 1 Закону [2] (що наводилося вище). Тому, якщо у зв'язку з таким розміщенням порушуються майнові права суб'єкта авторського права, що визначені у ст. 15 Закону [2], то згідно з п. «а» ст. 50 цього ж Закону [2], це дає підстави для судового захисту авторського права.

Окрім вищезазначеного, запис твору чи об'єкта суміжних прав у пам'ять комп'ютера вважається використанням, якщо з ініціативи особи, яка здійснює запис, необмежене коло осіб одержує доступ до цього об'єкта авторських чи суміжних прав. При цьому, якщо порушуються вимоги Закону [2], то створені чи одержані в результаті такого використання – примірники творів вважаються контрафактними. Особи, які вчинили відповідні дії (зокрема, власники сайту, на якому було розміщено твори чи об'єкти суміжних прав без надання дозволів згідно з Законом [2]), визнаються порушниками авторського права та (або) суміжних прав.

Сам по собі факт розміщення на сайті відповідача твору чи об'єкта суміжних прав, тотожного об'єктові інтелектуальної власності, майнові права на який належать позивачу, свідчать про факт порушення таких прав відповідачем за умови, що останнім не подано до суду доказів на підтвердження правомірності розміщення ним на своєму сайті спірного об'єкта інтелектуальної власності. Відтворення такого об'єкта з іншого сайту без підтвердження правомірності використання об'єкта авторського права і (або) суміжних прав не може бути підставою для звільнення відповідача від відповідальності.

У вирішенні відповідних спорів суд повинен встановити, чи перебуває веб-сайт, та розміщена на ньому інформація в розпорядженні особи, якій пред'явлено позовні вимоги, а також чим підтверджується факт порушення нею авторського права та (або) суміжних прав. Дані щодо власника веб-сайту можуть бути витребувані відповідно до положень п. 4 ст. 65, ст. 38 ГПК України, у адміністратора системи реєстрації та обліку доменних імен і адрес українського сегменту мережі Інтернет.

Таким чином, можемо зробити висновок, що розміщення будь-якого твору, або об'єкту суміжних прав у мережі Інтернет вважається правомірним виключно у разі надання відповідного дозволу правовласником. Як бачимо, виходячи із судової практики, що склалася в Україні, відповідачами по даній категорії справ, виступають як правило власники веб-сайтів, на яких незаконним чином

розміщується контент, але на нашу думку, не менш важливим, є такий аспект, як скачування незаконно завантажених в Інтернет об'єктів, звичайними користувачами Інтернет-послуг. Тому, пропонуємо, за для покращення ситуації що склалася, звернутися, в першу чергу до зарубіжного досвіду боротьби з Інтернет-піратством.

Такі країни як Франція (закон HADOPI) та Великобританія (закон Digital Economy Bill), за останні роки вже розробили на законодавчому рівні, та навіть почали впроваджувати заходи щодо боротьби з піратством, у тому числі в мережі Інтернет.

Так, на території всієї Великобританії почав діяти закон Digital Economy Bill, проти прийняття якого з 2009 року виступали усі інтернет-провайдері, та який було прийнято в результаті обговорення у британському парламенті, незважаючи на всі негативні відзиви. Згідно з цим законом на інтернет-провайдерів покладається обов'язок відключати абонентів, якщо вони визнаються винними у незаконному обміні файлами.

У Франції, на основі закону, спрямованого на боротьбу з інтернет-піратством, діє принцип «трьох попереджень». Перше попередження надходить користувачу інтернет-послуг на електронну пошту, друге – вважається офіційним повідомленням про порушення, в результаті третього попередження спеціально створене агентство має право позбавити порушника доступу в Інтернет. На підставі цього закону, вже був накладений перший штраф у розмірі 150 євро, за нелегальне скачування двох пісень відомої співачки Ріанни. Ще 14 інших справ за обвинуваченням у незаконному скачуванні

файлів з всесвітньої мережі, знаходяться у процесі підготовки до розгляду [10].

Захист прав суб'єктів авторських та суміжних прав від Інтернет-піратства практикується і у Японії. Там було прийнято дуже радикальний, на наш погляд, закон, у відповідності до норм якого, за скачування нелегальних файлів з Інтернету передбачається штраф у розмірі близька 25000 доларів США, або ув'язнення терміном на 2 роки, в свою чергу за завантаження піратського контенту зі свого комп'ютера у мережу Інтернет передбачена відповідальність у вигляді штрафу на суму близько 130000 доларів США, або позбавленням волі на строк до 10 років [11].

Отже, боротьба з Інтернет-піратством та охорона авторського права і суміжних прав у всесвітній мережі, є однією з найактуальніших проблем що постає на шляху становлення України, як сучасної правової держави. Аналізуючи її теоретичні та практичні аспекти, ми вважаємо, що нормативно-правова база, яка регулює відносини у зазначеній сфері, не дозволяє ефективно впливати на порушників – провайдерів та користувачів незаконного контенту.

З погляду на все вищезазначене, ми вважаємо, що сьогодні, як ніколи, українське законодавство у сфері охорони об'єктів права інтелектуальної власності, має велику потребу у систематизації та реформуванні. Тому необхідно, на законодавчому рівні вирішити низку питань, які стосуються відповідальності осіб за порушення прав на об'єкти авторського права і суміжних прав, у випадку їх неправомірного використання в мережі Інтернет.

ЛІТЕРАТУРА

1. Україна в списку найбільш лояльних до піратства країн у галузі інтелектуальної власності [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.intelvas.com.ua/2011-05-20-15-21-12.html>
2. Про авторське право і суміжні права [Електронний ресурс] : Закон України від 23.12.1993 № 3792-XII. – Режим доступу : zakon1.rada.gov.ua/laws/show/3792-12
3. Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40-44. – Ст. 44.
4. Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав [Електронний ресурс] : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 4 червня 2010 року № 5. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-10>
5. Штефан О. Дещо до питання про порушення у сфері авторського права / О. Штефан // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2009. – № 6. – С. 3 – 13.
6. Ієвіня О. Визначення піратства та контрафакції у національному законодавстві України та міжнародних актах з питань інтелектуальної власності / О. Ієвіня // Нотаріат для вас. – 2008. – № 11. – С. 17 – 19.
7. Ракімова А. Об интернет-пиратстве [Електронний ресурс] / А. Ракімова. – Режим доступу : <http://www.zakon.kz/198355-ob-internet-piratstve.html>
8. Інтернет [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://uk.m.wikipedia.org/wiki/Интернет>
9. Про деякі питання практики вирішення спорів пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності [Електронний ресурс] : Постанова Пленуму Вищого Господарського Суду України від 17.10.2012 р. № 12. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0012600-12/print1329894148014514>
10. Француза оштрафували за інтернет-піратство [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.rbc.ua>
11. Япония ужесточает наказание за интернет-пиратство [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.bbc.co.uk>

АНОТАЦІЯ

Кетрарь А.А. Правові проблеми захисту авторських та суміжних прав від піратства в мережі Інтернет. – Стаття.

У статті досліджується проблема піратства у сфері авторського права і суміжних прав. Розглянуто питання піратства в мережі Інтернет; проаналізовано зарубіжний досвід боротьби з Інтернет-піратством.

Ключові слова: піратство, контрафактний примірник, Інтернет-піратство.

АННОТАЦИЯ

Кетрарь А.А. Правовые проблемы защиты авторских и смежных прав от пиратства в сети Интернет. – Статья.

В статье исследуется проблема пиратства в сфере авторского права и смежных прав. Рассмотрен вопрос пиратства в сети Интернет; проанализирован зарубежный опыт борьбы с Интернет-пиратством.

Ключевые слова: пиратство, контрафактный экземпляр, Интернет-пиратство.

SUMMARY

Ketrar Anna. The Legal problems of defence copyright and contiguous rights from piracy the Internet. – Article.

This article examines the problem of piracy in the field of copyright and related rights. Following this, question of piracy in the network is considered. Moreover, foreign experience in dealing with Internet piracy is analysed.

Keywords: piracy, unlicensed products, Internet-piracy.

КОМЕНТАР ЗАКОНОДАВСТВА

УДК 347.254:332.852.3(477)

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОБМІНУ ЖИТЛА ЗА ПРОЕКТОМ ЖИТЛОВОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Берназ-Лукавецька Олена Михайлівна

кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

Питання про правове регулювання обміну житла за проектом Житлового кодексу України привертає увагу дослідників. Однак, на сьогоднішній день законодавча база у цій галузі виглядає досить застарілою. Зокрема, обмін жилими приміщеннями регулюється лише Житловим кодексом УРСР 1983 р. (далі – ЖК) та Правилами обміну жилих приміщень в Українській РСР, затверджених постановою Ради Міністрів УРСР від 31 січня 1986 р. № 31. Слід додати, що актуальність питання, що розглядається підігрується фактичною відсутністю досліджень та публікацій на зазначену тему.

Слід зазначити, що вітчизняні правознавці зверталися до розгляду окремих проблем, пов'язаних з обміном жилими приміщеннями (Є. В. Богданов, В. Я. Бондар, Л. В. Васильченко, М. К. Галянтич, Ю. О. Заїка, І. М. Кучеренко, С. О. Сліпченко, Т. Р. Федосєєва, Є. О. Харитонов) [1, с. 61, 78; 2], однак практично всі спеціальні публікації з цього питання були результатом аналізу лише чинного житлового законодавства, а їх автори не мали метою дослідження тенденцій правового регулювання у зазначеній галузі. Відносно досліджень у цій галузі зарубіжних авторів, зокрема, з країн СНД, де виникають аналогічні проблеми, то вони можуть бути використані лише для порівняння, оскільки проводилися на іншому законодавчому матеріалі [3, с. 109; 4, с. 100 – 120].

Із врахуванням викладених обставин здається доцільним і актуальним розгляд положень щодо обміну проекту ЖК, який уже тривалий час перебуває на розгляді у Верховній Раді України, а також порівняння їх з нормами чинного житлового законодавства з метою оцінки відповідності новел, що пропонуються, вимогам сьогодення та загальним тенденціям динаміки соціального та економічного життя країни.

Перед тим, як перейти до розгляду положень проекту ЖК у галузі, що нас цікавить, перш за все, хоча б коротко, охарактеризувати норми чинного

житлового законодавства, якими регулюється обмін жилими приміщеннями. Як вже зазначалося вище, на сьогоднішній день обмін жилими приміщеннями регулюється ст. 79–88 ЖК 1983 р. та Правилами обміну жилих приміщень в Українській РСР, затверджених постановою Ради Міністрів УРСР від 31 січня 1986 р.

Слід звернути увагу на те, що обмін жилими приміщеннями встановлюється ст. 79 ЖК, яка передбачає право наймача за письмовою згодою членів сім'ї, що проживають разом з ним, включаючи тимчасово відсутніх, провести обмін займаного жилого приміщення з іншим наймачем або членом житлово-будівельного кооперативу, в тому числі, з тими, що проживають в іншому населеному пункті. Доповнюючи і розвиваючи наведене положення, ст. 80 ЖК встановлює гарантії права на обмін для наймача і одночасно гарантії запобігання зловживанням наймачем цим правом для членів його сім'ї. Згадана норма передбачає, що у випадку, коли між членами сім'ї не досягнуто згоди про обмін, кожен з них вправі вимагати у судовому порядку примусового обміну займаного приміщення на приміщення в різних будинках (квартирах).

Щодо предмету обміну, чинним житловим законодавством припускається, що це може бути окрема квартира або інше ізольоване жиле приміщення, що складається з однієї або кількох кімнат, одноквартирний жилий будинок, на які укладено договір найму або, які перебувають у користуванні члена житлово-будівельного кооперативу, тощо. Разом із тим, відповідно до ст. 81 ЖК наймач або член його сім'ї має право провести обмін жилої площі, що припадає на нього, в тому числі суміжної кімнати або частини кімнати, з наймачем іншого жилого приміщення за умови, що в'їжджаючий у порядку обміну, вселяється як член сім'ї тих, що залишилися проживати в цьому приміщенні.

Угода про обмін жилими приміщеннями набирає чинності з моменту одержання ордерів, які

видаються виконавчими комітетами міських, районних у місті, селищних, сільських Рад народних депутатів за місцем оформлення обміну жилими приміщеннями. Відмову у видачі ордера може бути оскаржено в судовому порядку в шестимісячний строк (ст. 83 ЖК).

Обмін жилими приміщеннями не допускається: якщо до наймача пред'явлено позов про розірвання чи зміну договору найму жилого приміщення або про визнання ордера недійсним; якщо одним з учасників обміну є член житлово-будівельного кооперативу, щодо якого розглядається питання про виключення з кооперативу; якщо обмін має корисливий або фіктивний характер; якщо будинок, в якому знаходиться обмінюване жила приміщення, підлягає знесенню або будинок (жילה приміщення) загрожує обвалом чи підлягає переобладнанню для інших цілей; якщо будинок підлягає капітальному ремонту з переобладнанням або переплануванням обмінюваного жилого приміщення; якщо жила приміщення є службовим або знаходиться в гуртожитку; якщо одне з обмінюваних приміщень знаходиться в будинку підприємства, установи, організації, зазначених у частині 1 ст. 114 ЖК, крім випадків, коли наймач одержав приміщення в будинку підприємства, установи, організації не у зв'язку з трудовими відносинами або коли наймодавець втратив право на його виселення, а також коли наймач іншого обмінюваного приміщення (член житлово-будівельного кооперативу) перебував з цим підприємством, установою, організацією у трудових відносинах; якщо у зв'язку з обміном у квартиру, в якій проживає два і більше наймачі, вселяється особа, яка хворіє на тяжку форму хронічного захворювання, у зв'язку з чим не може проживати в такій квартирі; якщо внаслідок міжміського обміну на жилі приміщення в містах республіканського підпорядкування і в курортних місцевостях розмір жилої площі, що припадатиме на кожного члена сім'ї, буде меншим від встановленого Кабінетом Міністрів. Виконавчі комітети обласних, Київської і Севастопольської міських Рад народних депутатів вправі, як виняток, при наявності поважних причин дозволяти обмін на жилі приміщення в зазначених місцевостях і містах при меншому розмірі жилої площі.

Якщо після набрання чинності згоди про обмін жилими приміщеннями сторони відмовляються від обміну, обмін за їх заявою, за умови здачі одержаних ордерів, анулюється виконавчим комітетом Ради народних депутатів, який видав ордери. При відмові від обміну однієї з сторін питання про примусове виконання згоди про обмін може бути вирішене судом.

Піднаймачі в будинках державного і громадського житлового фонду, наймачі в будинках житлово-будівельних кооперативів, тимчасові жильці, які проживають в обмінюваному жиллому приміщенні, у разі відмови добровільно звільнити це приміщення виселяються в судовому порядку без надання іншого жилого приміщення.

Обмін жилими приміщеннями, проведений з порушенням вимог ЖК та інших актів законодавства України, визнається недійсним у судовому порядку. У разі визнання обміну жилими приміщеннями недійсним сторони підлягають переселенню у приміщення, які вони раніше займали (ст.ст. 87, 88 ЖК).

Перейдемо до характеристики правового регулювання обміну жилими приміщеннями за Проектом ЖК України від 30 червня 2005 р., де питанням обміну житла присвячена глава десята «Обмін житла», яка включає у себе чотири статті.

Насамперед, варто зазначити, що, хоча Проект містить значно меншу кількість статей (майже в три рази), присвячених обміну житла, однак регулюванню відповідних відносин приділена, на наш погляд, достатня увага. Це досягається за рахунок більш досконалої юридичної техніки, використання відсильних норм і таким чином, «розвантаження» Проекту від повторення загальних положень, дублювання норм у різних частинах проекту Кодексу тощо.

Фактично, у главі 10 Проекту визначено чотири основних напрямки правового регулювання обміну житла:

- 1) закріплення права на обмін житла та визначення змісту цього права; 2) визначення предмету та порядку обміну житла;
- 3) встановлення особливостей примусового обміну житла;
- 4) визначення кола умов, за наявності яких обмін житла не допускається.

При цьому можна зазначити, що перші два напрями визначають загальні положення обміну житлом, а два наступних – присвячені регулюванню особливих ситуацій – своєрідних «аномалій» обміну житлом.

Отже, загальним положенням визначення права обміну житлом та його змісту ст. 120 Проекту ЖК. Із врахуванням тієї обставини, що Проект розрізняє договір найму житла у житловому фонді соціального призначення і у житловому фонді загального призначення та користування житлом у приватному житловому фонді, зазначена норма визначає особливості обміну житлом у залежності від того, про який житловий фонд йдеться. Зокрема, Проект ЖК закріплює право на обмін житла наймача в будинках житлового фонду загаль-

ного призначення, встановлюючи, що наймач житла в будинках такого житлового фонду має право за письмовою згодою членів сім'ї, які проживають разом із ним, у тому числі тимчасово відсутніх, здійснити обмін займаного житла з іншим наймачем житла з житлового фонду загального призначення або з власником приватного житла за письмовою згодою наймодавця.

Стосовно відносин обміну житла, яке належить до приватного житлового фонду, необхідно відмітити, що власник приватного житла має право за письмовою згодою співвласників житла, у тому числі тимчасово відсутніх, здійснити обмін житла з іншим власником житла приватного житлового фонду або з наймачем житла державного або комунального житлового фонду за письмовою згодою наймодавця. За наявності заборгованості або інших обтяжень щодо обмінюваного житла обмін здійснюється за письмовою згодою кредитора або іншої особи.

Слід зазначити, що пропозиція щодо прямого закріплення права обміну власника приватного житла з наймачем житла державного або комунального житлового фонду, внесена вже після першого читання ЖК, заслуговує на підтримку, оскільки спрямована на вирішення питання, яке протягом тривалого часу супроводжувалось дискусіями на практиці та в літературі стосовно можливості такого обігу. Як здається, прийняття запропонованої норми буде сприяти більш повному захисту прав та інтересів як власників житла, так і осіб, що користуються житлом на підставі договору найму.

Таким чином, аналізуючи вищевказані положення, можливо зробити висновок, що головна відмінність між трьома наведеними нормами полягає у фактичному встановленні спеціального правового режиму обміну помешкань житлового фонду соціального призначення. Це впливає з того, що наймач житла у такому фонді має право провести обмін займаного житла лише з іншим наймачем житла з житлового фонду соціального призначення за згодою власників цього житла. Очевидно, що недотримання цієї вимоги має тягти недійсність правочину обміну житлом як такого, що суперечить вимогам закону, настанням наслідків, передбачених цивільним законодавством (ст. 215 ЦК України). На нашу думку, таке вирішення цього питання є цілком виправданим.

Що стосується іншого загального напрямку правового регулювання обміну житла визначення, котрий, як зазначалося, полягає у визначенні предмета та порядку обміну житла (ст. 121 Проекту), то він має як переваги, так і деякі недоліки.

Відносно переваг – це насамперед чітке визначення предмету обміну житла. Так, частина пер-

ша зазначеної норми зазначає, що предметом обміну житла може бути: одноквартирний житловий будинок; квартира; житло, що складається з однієї чи кількох кімнат у квартирі.

Разом із тим, поза межами правового регулювання опиняються відносини, які виникають при «внутрішньо сімейному», коли предметом обміну є частина будинку, або частина кімнати. Вважаємо, що залишення цього питання поза межами правового регулювання було б невиправданим, оскільки випадки, коли такий обмін є бажаним для членів сім'є, котрі прагнуть переїхати від одних родичів до інших, зберігаючи при цьому відносно самостійне право на житло, є непоодинокими. З цих міркувань доцільним було б встановлення правила, аналогічного тому, що міститься у ст. 81 чинного ЖК, яка передбачає, що наймач або член його сім'ї має право провести обмін жилої площі, що припадає на нього, в тому числі суміжної кімнати або частини кімнати, з наймачем іншого жилого приміщення за умови, що в'їжджаючий у порядку обміну, вселяється як член сім'ї тих, що залишилися проживати в цьому приміщенні [5, с. 172].

Неможливо не торкнутися, такого різновиду обміну як примусовий обмін, який розглядається Стаття 122 проекту ЖК, передбачаючи, що у разі недосагнення згоди стосовно обміну житла зацікавлена особа може вимагати здійснення обміну займаного житла в судовому порядку (примусовий обмін). Приймаючи рішення про примусовий обмін житла суд виходить з рівності часток житла кожного з учасників обміну, за винятком випадків, якщо між учасниками обміну досягнуто згоди щодо порядку користування житлом, який передбачає інший розподіл займаного ними житла, або, якщо за одним з учасників обміну судом визнано право на більшу (меншу) частку житла.

Позитивно оцінюючи, в цілому, запроповану норму, разом із тим, варто звернути увагу на ту обставину, що у Проекті, як і у чинному житловому законодавстві терміном «примусовий обмін» позначаються два різних за змістом поняття, які містяться у нормах різної спрямованості і призначені вирішувати різні завдання. Так, крім ст. 122 проекту ЖК, яка призначена забезпечити реалізацію права на обмін учасників житлових відносин шляхом примусового обміну у випадку недосагнення ними згоди стосовно обміну житла, термін «примусовий обмін» використовується у ст. 124 Проекту «Підстави для виселення наймача (орендаря), членів його сім'ї та інших осіб, які проживають разом з ним».

Хоча в обох випадках йдеться про «примусовий обмін», однак сутність «примусу» різна. У першому випадку, йдеться про судове вирішення спору між рівноправними суб'єктами. У іншому

випадку «примусовий обмін» за рішенням суду є альтернативою виселення без надання іншого житла осіб, котрі створили умови, за яких неможливе спільне з ними проживання.

Підсумовуючи викладене, можна зробити висновки, що тенденції розвитку вітчизняного житло-

вого законодавства у галузі обміну житла значною мірою зумовлені змінами у соціальному та економічному житті країни, які відбуваються зараз. Разом із тим, не всі із зазначених особливостей враховані повною мірою, що залишає простір для подальшого вдосконалення у цій галузі.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кофман Ю. П. До питання про обмін жилих приміщень / Ю. П. Кофман // Радянське право. — 1989. — № 5. — С. 61 — 78.
2. Харитонов Є. О. Про обмін жилих приміщень та деякі інші проблеми житлового законодавства / Є. О. Харитонов // Радянське право. — 1989. — № 11. — С. 75 — 77.
3. Грошева Н. В. К вопросу о договоре обмена жилых помещений / Н. В. Грошева, С. Н. Левенсон // Роль договора в регулировании общественных отношений. — Пермь, 1979. — С. 100 — 120.
4. Гетман Е. С. Обмен жилами помещениями: правовая природа, тенденции развития законодательства / Е. С. Гетман // Проблемы гражданского, семейного и жилищного законодательства. — М. : Городец, 2005. — С. 277 — 290.
5. Саниахметова Н. А. Жилищное законодательство (в вопросах и ответах) / Н. А. Саниахметова, Е. О. Харитонов. — М. : Юрид. лит., 1991.

АНОТАЦІЯ

Берназ-Лукавецька О.М. Особливості правового регулювання обміну житла за проектом Житлового кодексу України. – Стаття.

Метою статті є розгляд положень щодо обміну житла за проектом ЖК України, а також порівняння їх з нормами чинного житлового законодавства з метою оцінки відповідності новел, що пропонуються, вимогам сьогодення та загальним тенденціям динаміки соціального та економічного життя країни.

Ключові слова: предмет обміну, житловий фонд, договір найму житла, члени сім'ї наймача, ордер.

АННОТАЦИЯ

Берназ-Лукавецкая Е.М. Особенности правового регулирования обмена жилых помещений по проекту Жилищного кодекса Украины – Статья.

Целью статьи является рассмотрение положений относительно обмена жилья по проекту ЖК Украины, а также сравнение их с нормами действующего жилищного законодательства с целью оценки соответствия новел, предлагаемых современным требованиям и общим тенденциям динамики социальной и экономической жизни страны.

Ключевые слова: предмет обмена, жилищный фонд, договор найма жилья, члены семьи нанимателя, ордер.

SUMMARY

Bernaz-Lyskavetskaya H.M. The features of legal regulation of exchange of housing according to the project of Housing code of Ukraine. – Article.

This article discusses the provisions about exchange of housing according to the project of Housing Code of Ukraine, and also to compare them with the norms of current housing legislation to assess compliance with stories, which are proposed to the current requirements and general trends in social and economic life of the country.

Keywords: housing fund, agreement of lease, family members of employer, warrant.

ление частное – публичное невозможно, а так же что гражданское право – основная отрасль права.

Тему о принципе однородности имущественных отношений в частном праве осветил доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского права Саратовской государственной академии права Н. А. БАРИНОВ. Он отметил, что имущественным отношениям во всех отраслях права присуща однородность, то есть все они одного рода и характера и связаны с пользованием, владением и распоряжением имуществом (собственностью). В рамках данной проблематики были затронуты некоторые аспекты принципа однородности имущественных отношений в частном праве, которые должны рассматриваться как один из основополагающих принципов частного права в современных условиях.

С докладом «Понятие и виды источников гражданского права», выступил доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского права Киевского национального университета имени Тараса Шевченка, член-корреспондент НАПрН Украины Р. А. МАЙДАНЬК. По его мнению, для обсуждения указанная тема является, прежде всего, потому, что юридическое значение источника гражданского права заключается в том, что лишь выраженные в таком источнике нормы права могут применяться для регулирования соответствующих отношений. Формально не признанный источник права, как и имеющиеся в нем правила поведения, не имеет юридического (общеобязательного) значения.

О системе частного права и роли судебной практики в совершенствовании гражданского законодательства выступил с докладом доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского права Уральской государственной юридической академии Б. М. ГОНГАЛО. Он отметил, что в предмет гражданского права входят корпоративные отношения, а так же, что публичное и частное право надотрасли права и именно они определяют, какими будут отношения в реальности.

Сравнительному анализу категориального аппарата института ответственности в гражданских кодексах стран СНГ было посвящено выступление доктора юридических наук, профессора кафедры гражданского права и процесса юридического факультета Пермского государственного университета О. А. КУЗНЕЦОВОЙ, которая выступила с одноименным докладом на тему «Категориальный аппарат института ответственности в гражданских кодексах стран СНГ». Она отметила, что построение категориального аппарата института гражданско-правовой ответственности задаст правильный вектор его использования в иных институтах и

субинститутах гражданского права, что позволит устранить в них дублирование общих понятий и даст возможность выявить термины, которые нуждаются в дефинировании.

Доктор юридических наук, профессор, заведующий отделом проблем развития национального законодательства Института законодательства Верховной Рады Украины, член-корреспондент НАПрН Украины Р. А. СТЕФАНЧУК в своем выступлении затронул проблему, связанную с «законодательными долгами» гражданского законодательства. Он отметил, что на сегодняшний день Гражданский кодекс Украины является кодексом «пассионарного типа», что должно обеспечивать ему способность чувствовать и оперативно отображать в своих нормах последние тенденции изменений в общественных отношениях. И именно эти изменения, которые докладчик назвал «законодательными долгами», на сегодня должны способствовать существенному улучшению его содержания.

Доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского права Киевского национального университета имени Тараса Шевченка – А. В. ДЗЕРА выступил с докладом, в котором обратил внимание на проблемы, возникающие в процессе применения Гражданского кодекса Украины и сформулировал ряд предложений по усовершенствованию гражданского законодательства.

Относительно проблемы применения защиты и самозащиты субъективных гражданских прав, которые возникают в теории гражданского права и на практике их применения, выступил доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского права № 2 Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого», член-корреспондент НАПрН Украины В. Л. ЯРОЦКИЙ.

Так, по его мнению, самозащита субъективных гражданских прав является единственным способом реализации неюрисдикционной формы их защиты. Проблему составляет возможность участников гражданских правоотношений, таких как государство, органы государственной власти или органы местного самоуправления быть субъектами самозащиты. Особенности их статуса заключаются в том, что они, как правило, могут реализовать свое право на защиту лишь через другие компетентные (юрисдикционные) органы.

Доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского и предпринимательского права Казанского (Приволжского) федерального университета М. Ю. ЧЕЛЫШЕВ выступил перед участниками и слушателями конференции с докладом «Современная российская док-

трина спортивного права: на пути становления». Основным содержанием доклада было освещение тех проблем, которые возникают на практике в РФ при регулировании отношений между участниками в сфере спорта.

О понятии и признаках юридических лиц выступила с докладом заведующая кафедрой гражданского права № 1 Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого», член-корреспондент НАПрН Украины, профессор В. И. БОРИСОВА. Она проанализировала легальное определение понятия юридического лица, а также затронула основные теоретические и практические проблемы, связанные с существенными признаками юридического лица.

Доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент НАПрН Украины, профессор кафедры гражданского права Киевского национального университета имени Тараса Шевченка Е. В. КОХАНОВСКАЯ в своем выступлении на тему «Информация в договорных отношениях» затронула актуальные проблемы, связанные с определением информации как объекта гражданских правоотношений.

О месте договора пожизненного содержания в системе гражданско-правовых обязательств по законодательству России и Украины с одноименным докладом выступил доктор юридических наук, профессор кафедры гражданско-правовых дисциплин Московской академии экономики и права А. В. БАРКОВ. В своем выступлении автор указывал на значимость данного договора, а также, что в современных Гражданских кодексах России и Украины следует уточнить место договоров ренты и пожизненного содержания с иждивением.

Кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права Юридического факультета Санкт-Петербургского государственного

Университета А. А. ПАВЛОВ выступил с докладом на тему «О сущности солидарных обязательств». Он отметил, что все многочисленные доктринальные объяснения сущности солидарного обязательства в обобщенном виде могут быть сведены к двум теориям – теории единства и теории множественности.

О принципах построения и функционирования системы гражданско-правовых охраняемых законом интересов выступила с докладом кандидат юридических наук, доцент, заведующая кафедрой гражданско-правовых дисциплин Харьковского национального университета имени В. Н. Каразина И. В. ВЕНЕДИКТОВА. Основным содержанием выступления было указание на то, что необходимым является системный подход к изучению интересов и построения их классификации, который должен учитывать качественную специфику и уникальность этой системы, а также строить саму систему по четко определенным принципам с тем, чтобы она и в дальнейшем развивалась и функционировала согласно ним.

Заключительным выступлением на пленарном заседании конференции был доклад кандидата юридических наук, председателя Малиновского районного суда г. Одессы Л. Г. ЛИЧМАНА, в рамках которого была затронута существующая в судебной практике проблема, связанная с возможностью толкования норм, регулирующих однородные правоотношения, одновременно и Пленумом Верховного суда Украины, и Высшим хозяйственным судом Украины. Решением данной проблематики, по словам, докладчика, может быть урегулирование этого вопроса на законодательном уровне.

По итогам работы конференции ее организаторами и участниками были сделаны выводы о целесообразности проведения таких научных встреч ежегодно.

ІНФОРМАЦІЯ ДЛЯ АВТОРІВ

До публікації в журналі у вигляді статей приймаються результати оригінальних наукових досліджень, які раніше не друкувалися і підготовлені на українській, російській чи англійській мовах. При їх підготовці просимо додержуватися чинних стандартів для друкованих фахових праць.

Структура статті повинна бути чітко визначена. Стаття повинна містити такі необхідні елементи:

1. Постановка проблеми.
2. Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми.
3. Мета статті.
4. Виклад основного матеріалу.
5. Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі.

Обсяг статті не повинен перевищувати 0,5 др. арк. (20 тис. знаків = 12 стор.), наукового повідомлення – до 0,25 арк. (до 6 стор.), рецензії – до 0,15 арк. (до 4 стор.). Шрифт: Times New Roman; кегль 14, інтервал – 1,5. Поля: верхнє та нижнє – 2 см, ліве – 3 см, праве – 1,5 см.

На початку рукопису необхідно зазначити УДК, дані про автора та назву статті.

Перелік використаних літературних джерел слід наводити в кінці статті в порядку появи відповідних посилань. При оформленні списку літератури слід дотримуватися вимог (див.: Бюлетень Вищої атестаційної комісії. – 2009. – № 5. – С. 26 – 30) та державного стандарту ДСТУ ГОСТ 7.1:2006 «Система стандартів з інформації, бібліотечної та видавничої справи. Бібліографічний запис. Бібліографічний опис. Загальні вимоги та правила складання».

У тексті статті посилання на використані літературні джерела слід зазначити порядковим номером, виділений двома квадратними дужками, згідно з переліком джерел (позиція цитованого видання у списку літератури, сторінка).

Після списку використаних матеріалів подаються анотації трьома мовами (українська, російська, англійська). Анотація має містити: прізвище та ім'я автора, назву статті, стислий виклад змісту статті, ключові слова (до десяти окремих слів або словосполучень).

До редакційної колеги необхідно надіслати:

- текст статті та інформаційну довідку про автора на електронному носії. Інформаційна довідка має містити: прізвище, ім'я, по батькові (повністю), науковий ступінь, вчене звання, місце роботи і посаду, поштову адресу, контактний телефон, адресу електронної пошти).
- рекомендацію кафедри (відділу) вищого навчального або наукового закладу (у формі виписки з протоколу) або рецензію кандидата чи доктора наук із відповідної спеціальності (для авторів без наукового ступеня).

Або надіслати на ел. пошту редколегії chasopis@ukr.net електронний варіант статті, довідки та рецензії.

Інформацію щодо опублікування статті можна отримати на кафедрі цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія» за адресою: 65009, м. Одеса, вул. Піонерська, 9, каб. 41, тел.: 719-88-11. E-mail: chasopis@ukr.net

За зміст та достовірність наданої інформації відповідальність несе автор.

Зразок оформлення статті

УДК _____

Петрова Світлана Іванівна,

кандидат юридичних наук, доцент кафедри...

ОФЕРТА ЯК СТАДІЯ УКЛАДЕННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ДОГОВОРУ

Основний текст [1, с. 23]...

Література

18. Кучер А. Н. Оферта как стадия заключения предпринимательского договора / А. Н. Кучер // Законодательство. – № 5. – 2001. – С. 43 – 52.

19. Денисов С. А. Некоторые общие вопросы о порядке заключения договоров / С. А. Денисов // Актуальные проблемы гражданского права : сб. ст. / под. ред. М. И. Брагинского. – М. : Статут, 1999. – С. 229 – 276.

20. Бородавський С. О. Укладення, зміна та розірвання договору у цивільному праві України : авто-реф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. / С. О. Бородавський. – Х., 2005. – 20 с.

21. Договорное право. Книга первая: Общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – 3-е изд., стер. – М. : Статут, 2011. – 847 с.

22. Принципы европейского контрактного права [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.miripravo.ru/>

АНОТАЦІЯ

Петрова С.І. Оферта як стадія укладення цивільно-правового договору. – Стаття.

Стаття присвячена розгляду ...

Ключові слова:

АННОТАЦИЯ

Петрова С.И. Оферта как стадия заключения гражданско-правового договора. – Статья.

В статье рассматривается...

Ключевые слова:

SUMMARY

Petrova S.I. Offer as a stage of conclusion of a civil contract. – Article.

The article is devoted...

Keywords:

