

підприємницької діяльності на підставі договору простого товариства або із створенням юридичної особи в організаційно-правовій формі акціонерного товариства або товариства з обмеженою відповідальністю [5]. З одного боку, наведене визначення є громіздким, що викликає сумнів у доцільності такого підходу. Його аналіз дає підстави стверджувати про звужене розуміння поняття «сертифікат участі» за рахунок чіткого окреслення мети випуску сертифіката участі у визначенні поняття. У цьому контексті цікавим є нормативний підхід Російської Федерації. Окремо варто відмітити, що російський законодавець у Федеральному законі Російської Федерації «Про іпотечні цінні папери» використовує дещо іншу термінологію, адже називає сертифікати участі іпотечними сертифікатами участі [2].

Національний законодавець у ч. 5 ст. 40 Закону України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» ставить окрему вимогу до випуску емітентами сертифікатів участі. Відповідно до згаданої норми емітент сертифікатів участі здійснює випуск таких сертифікатів, платежі за якими забезпечені надходженнями платежів від боржників за договорами про іпотечний кредит, реформованими в іпотечний актив.

Власник сертифікатів участі окремого випуску також наділений статусом установника довірчої власності. Крім цього, він наділений двома основними видами прав. У першу чергу, він має право на отримання частки у платежах за іпотечними активами відповідно до договору про придбання сертифікатів. Також власник сертифікатів участі має право на задоволення вимог – у разі невиконання емітентом взятих на себе зобов'язань – з вартості іпотечних активів, які перебувають у довірчій власності управителя. Якщо має місце факт призначення або факт зміни особи управителя, власник сертифіката набуває додаткове право пред'явити сертифікати участі для дострокового погашення. Разом із набуттям вищенаведених прав до власника сертифікатів участі переходить ризик дострокового виконання зобов'язань боржниками за договорами про іпотечний кредит, реформованими в іпотечний актив.

Узагальнюючи результати нашого дослідження, слід констатувати, що мета даної статті досягнута, адже розкрито сутність та види іпотечних сертифікатів з огляду на доктринальні здобутки та нормативно-правову складову. Разом із тим автор дійшов висновків. По-перше, виокремлено основні ознаки іпотечного сертифіката. По-друге, на підставі згаданих ознак сформовано авторське визначення іпотечного сертифіката. Так, під іпотечним сертифікатом слід розуміти емісійний конвертований іпотечний цінний папір, забезпечений іпотечним покриттям, що має визначений строк обігу та емітується в дозвільному порядку фінансовою установою. По-четверте, виявлено схожість між сертифікатом участі та CDO.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Закон України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» від 19 червня 2003 р. № 979-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 1. – Ст. 1.
2. Федеральный закон Российской Федерации «Об ипотечных ценных бумагах» от 11 ноября 2003 г. № 152 – ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 2003. – № 46. – Ст. 4448.
3. Спаських Н. М. Зарубіжний досвід розвитку іпотечного кредитування / Н. М. Спаських. // [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/Znpchdtu/2008_21_2/articles/18_Spaskih_N.pdf.
4. Энциклопедия будущего адвоката: учебное пособие для подготовки к квалификационному экзамену на присвоение статуса адвоката / Федер. палата адвокатов Рос. Федерации; под общ. ред. И. Л. Трунова; рук. авт. коллектива – Л. К. Айвар. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – 1344 с.
5. Закон Республики Казахстан «О рынке ценных бумаг» от 02 июля 2003 г. № 461-П // Ведомости Парламента Республики Казахстан. – 2003. – № 14. – Ст. 119.

The article focuses the essence of bill and their features. Particular attention is paid to dogmatic approaches to understanding bill.

В статье обращается внимание на сущность ценных бумаг, а также на их особенности. Отдельное внимание обращается на доктринальные подходы понимания ценных бумаг.

ОСОБЛИВОСТІ СУБ'ЄКТНОГО СКЛАДУ У ДОГОВОРІ ПОБУТОВОГО ПІДРЯДУ

Ганчева А. М.,

*здобувач НДІ приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

У статті досліджено деякі особливості суб'єктного складу у договорі побутового підряду.

Ключові слова: договір, побутовий підряд, споживач, виконавець, виробник, замовник.

З переходом до ринкової економіки та скасуванням безпосереднього державного управління сферою обслуговування, здавалося б, що норми побутового підряду повинні теж докорінно змінитись, проте більша

частина норм відтворює вже відомі раніше правила правового регулювання договору побутового підряду. Цю обставину в юридичній літературі пояснюють причинами, які не усуваються при переході від планової до ринкової економіки, а лише змінюють мотивацію і форми впливу на дані відносини [3, с. 321]. Так, на сьогодні, за умовами договору побутового підряду, підрядник, який здійснює підприємницьку діяльність, зобов'язується виконати за завданням фізичної особи (замовника) певну роботу, призначену для задоволення побутових та інших особистих потреб, а замовник зобов'язується прийняти та оплатити виконану роботу (ч. 1 ст. 865 ЦК України). Як бачимо, законодавець, визначивши договір побутового підряду, у більшості норм § 2 гл. 61 ЦК України акцентує увагу на суб'єктному складі правовідношення, тобто контрагентів за договором. Так, відповідно до ст. 685 ЦК України підрядник, який здійснює підприємницьку діяльність, зобов'язується виконати за завданням фізичної особи (замовника) певну роботу, призначену для задоволення побутових та інших потреб, а замовник зобов'язується прийняти та оплатити виконану роботу. Як бачимо, сторонами у договорі побутового підряду є замовник та підрядник. У свою чергу, підрядником визначається особа, яка бере на себе обов'язок виконати замовлену роботу, а замовником – особа, що замовляє виконання певної роботи та бере на себе обов'язок прийняти та оплатити її результат [5, с. 386]. Погодитись із згаданим визначенням в цілому ми не можемо, оскільки таке загальне визначення не враховує специфіки суб'єктного складу договірних відносин за договором побутового підряду. Адже у цих відносинах підрядником завжди виступає особа, яка здійснює відповідну підприємницьку діяльність. Таким чином, у контексті норм ЦК України можна дійти висновку, що законодавець, говорячи про підрядника, який здійснює підприємницьку діяльність, визначив специфіку суб'єктного складу, вказавши на те, що підрядником завжди виступає суб'єкт підприємницької діяльності, діяльність якого спрямована на виконання робіт на замовлення громадян, тобто здійснює діяльність з обслуговування громадян.

Отже, підрядник у договорі побутового підряду – це особа, яка має статус підприємця і основний напрям діяльності якої є виконання робіт на замовлення громадян. Такого висновку можна дійти і з огляду на ознаку публічності договору побутового підряду. Тому для розкриття суб'єктного складу договірних відносин за договором побутового підряду необхідно зробити певний аналіз ключових термінів, які потрапляють у сферу регулювання побутових відносин згідно з ЦК України та законодавством про захист прав споживачів.

Так, Закон України «Про захист прав споживачів» виділяє суб'єктів підприємницької діяльності називаючи їх як «споживач», «виконавець», «виробник», «продавець». Сукупність зазначених осіб утворює суб'єктний склад правовідносин за участю споживачів.

Найважливішою особливістю у договорі побутового підряду є мета, оскільки вона полягає у виконанні робіт та переданні їх результату замовнику. Проте за умовами даного договору такі результати робіт мають обов'язково бути призначені для задоволення особистих потреб.

Основоположним поняттям у Законі України «Про захист прав споживачів», зрозуміло, є термін «споживач». Так, споживач – фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника. Як бачимо, термін «споживач», як правова категорія, має відповідати таким правовим ознакам:

1. Споживач – це, в першу чергу, громадянин, (розширене тлумачення впливає зі змісту ст. 26 Конституції України), тому інші суб'єкти права (юридичні особи, публічно-правові утворення) не є споживачами, а отже, і замовниками за договором побутового підряду. Надаючи оцінку замовнику як споживачу за договором побутового підряду, не слід забувати й про те, що фізична особа може вважатися замовником лише тоді, коли вона володіє усіма правами та обов'язками, за загальним правилом, яке встановлено у ст. 203 ЦК України. Отже, особа, яка вчиняє правочин, повинна мати необхідний обсяг цивільної дієздатності, а також правоздатність, яка не згадується законодавцем так само, проте є необхідною умовою при укладенні правочину, оскільки право на укладання договорів є елементом цивільної право- та дієздатності фізичних, юридичних осіб та інших суб'єктів цивільного права [4, с. 59].

С. О. Бродовський визначає, що правоздатність є абстрактною можливістю набувати права і обов'язки в певній державі, тому вона наявна в усіх фізичних осіб незалежно від віку і стану їх психічного чи фізичного здоров'я, оскільки можливість фізичної особи вступати в певні види цивільних відносин і набувати в них юридичних обов'язків потребує наявності розуміння значення своїх дій, можливості керувати ними, розуміння наслідків цих дій тощо. Таких властивостей фізична особа набуває в силу досягнення певного віку та отримання життєвого досвіду. Проте фізичні особи за своїми психофізіологічними особливостями є різними, а тому, відповідно, їх розвиток також є різним. Тому, на думку вченого, законодавцем встановлено презумпцію щодо дієздатності фізичної особи з досягненням нею вісімнадцятирічного віку [2, с. 160]. На підставі цього можна зауважити, що, укладаючи договір побутового підряду, замовник має відповідати таким критеріям як вік та психічне ставлення до вчинених дій. Проте не слід забувати й про норму ст. 35 ЦК України, за якою повна цивільна дієздатність може бути надана фізичній особі, яка досягла шістнадцяти років і працює за трудовим договором або є суб'єктом підприємницької діяльності. Крім того, згідно з ч. 1 ст. 35 ЦК України ще одна з підстав надання повної дієздатності є факт запису неповнолітньої особи матір'ю або батьком дитини. Зважаючи на це, робимо висновок, що стороною за договором побутового підряду не можуть бути фізичні особи, які

мають часткову дієздатність, а також фізичні особи, які визнані недієздатними, оскільки від обсягу дієздатності фізичної особи залежить можливість бути учасником підрядних договірних відносин.

2. Споживач – це фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника. Виходячи з цього споживачем визнається фізична особа, яка вже придбала чи замовила товар, роботу, послугу, тобто уклала відповідний договір, або ще має намір укласти договір. З цього можна зробити висновок, що у певних відповідних ситуаціях особа визнається споживачем і до укладення договору, а це, в свою чергу, як правильно зазначає М. А. Абрамова, є одним із головних ознак, оскільки можна бути споживачем і при цьому не бути замовником [1, с. 13]. Адже споживачем фізична особа буде виступати у випадку надання їй інформації про товари, роботи та послуги. Наприклад, усіма правами споживача буде володіти і та фізична особа, яка використовує отриманий від іншої фізичної особи за договором дарування товар, який дарувальник придбав у магазині.

3. Споживач – це фізична особа, яка товари, роботи, послуги придбаває, замовляє, використовує виключно для особистих та інших потреб, не пов'язаних із підприємницькою діяльністю. Так, відповідно до Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» під господарською діяльністю розуміється будь-яка діяльність, в тому числі і підприємницька, юридичних осіб, а також фізичних осіб – суб'єктів підприємницької діяльності, пов'язану з виробництвом (виготовленням) продукції, торгівлею, наданням послуг, виконанням робіт [6]. Можна припустити, що уточнення «виключно» свідчить про те, що за наявності одночасного задоволення потреб суб'єкта, які пов'язані з підприємницькою діяльністю, а також не пов'язані з нею, фізична особа формально не може бути визнана споживачем.

Аналізуючи законодавство України, варто зауважити, що термін «споживач» використовується неоднозначно. Зокрема, у деяких актах під споживачем розуміється не тільки фізична особа, а й юридична. Наприклад, у Законі України «Про рекламу» визначено, що споживачами реклами є невизначене коло осіб, на яких спрямовується реклама. Таким чином, за нормами ст. 869 ЦК України, в якій вказано, що до реклами та інших пропозицій щодо роботи, яка виконується за договором побутового підряду, застосовуються положення статті 641 ЦК України, за якими реклама або інші пропозиції, адресовані невизначеному колу осіб, є запрошенням робити пропозиції укласти договір, якщо інше не вказано у рекламі або інших пропозиціях. На підставі цього розуміємо, що під «невизначеним колом осіб» слід розуміти як фізичних осіб в цілому, так і юридичних осіб зокрема.

Наступною особою в суб'єктному складі законодавець називає виконавця, якому притаманні такі ознаки: 1) виконавець виконує роботу або надає послуги споживачам; 2) робота та послуги виконуються або надаються виконавцем за договором.

Завершує суб'єктний склад законодавства про захист прав споживачів – продавець – суб'єкт господарювання, який згідно з договором реалізує споживачеві товари або пропонує їх до реалізації. Вважаємо за потрібне звернути увагу на цього суб'єкта господарювання, оскільки можливі ситуації, коли особа разом з функціями виробника виконує функції і виконавця, і продавця. Так, відповідно до норми ст. 874 ЦК України у разі нез'явлення замовника за одержанням виконаної роботи або іншого ухилення замовника від її прийняття підрядник має право, письмово попередивши замовника, зі спливом двох місяців від дня такого попередження продати предмет договору побутового підряду за розумну ціну, а суму виторгу, з вирахуванням усіх належних підрядникові платежів, внести у депозит нотаріуса, нотаріальної контори на ім'я замовника.

Розглядаючи правочиноздатність сторін, зауважимо й те, що підрядником за договором побутового підряду завжди виступає суб'єкт підприємницької діяльності, адже чинне законодавство передбачає, що певні види діяльності може здійснювати лише юридична особа. Більше того, на думку А. Б. Гриняка, юридичні особи приватного права створюються саме для того, щоб розширити можливості фізичної особи для здійснення тих видів діяльності, які не може вчинити самостійно фізична особа [4, с. 142].

Підсумовуючи все вищенаведене, доходимо висновку, що споживачами у договорі побутового підряду можуть бути як фізичні особи, в тому числі й фізичні особи-підприємці, так і юридичні особи, адже відповідно до ст. 91 ЦК України юридична особа може мати такі самі цивільні права і обов'язки, як і фізична особа, крім тих, які за своєю природою можуть належати лише людині.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Абрамова М. А.* Теоретико-правовий аналіз прав потребителів як межотраслевого інститута в російському праві: автореф. на соискание ученої ступені канд. юрид. наук: 12.00.03 / М. А. Абрамова. – Ростов-на-Дону, 2001. – 25 с.
2. *Бородовський С. О.* Правочиноздатність фізичної особи як елемент її правосуб'єктності / С. О. Бородовський // Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої пам'яті Василя Павловича Маслова «Актуальні проблеми цивільного, житлового та сімейного законодавства». – Харків, 2011. – С. 159–162.
3. *Гражданское право.* Учебник. Часть II / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.: «ПРОСПЕКТ», 1998. – С. 321.
4. *Гриняк А. Б.* Цивільно-правовий договір як підстава виникнення права спільної власності фізичних осіб / Монографія / А. Б. Гриняк. – Тернопіль, Підручники та посібники, 2008. – С. 142.

5. *Договірне право* України. Особлива частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.: За заг. ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – С. 386.

6. *Закон України* «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» / Відомості Верховної Ради України від 08.09.2000. – № 36. – Ст. 299.

The article explores some of the peculiarities of the subject of the contract of domestic independent.

В статтє исследованы некоторые особенности субъектного состава в договоре бытового подряда.

СУДОВА ПРАКТИКА ЯК ДЖЕРЕЛО ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН

Гриняк А. Б.,

доктор юридичних наук, старший науковий співробітник,

учений секретар НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті акцентується увага на обговоренні ідей судової нормотворчості. Відзначається, що судовій практиці як джерелу судового регулювання властиво поєднання формально-юридичних, позаюридичних джерел і договірної саморегуляції.

Ключові слова: *судова практика, судовий прецедент, договірні правовідносини, джерела права, суддівська правотворчість.*

При розгляді джерел правового регулювання договірних відносин, насамперед, слід зазначити, що розуміння джерел права залишається предметом дискусії в теорії права та галузевих юридичних науках. В теоретичній науці під формою (джерелом) права розуміють спосіб внутрішньої організації, а також зовнішнього прояву правових норм, який засвідчує їх державну загальнообов'язковість; способи вираження і доведення рішень правотворчих органів про прийняття відповідних норм права до зацікавлених осіб. Тобто наразі спори щодо правильності застосування термінів «форма права» та «джерело права» можна вважати вирішеними, оскільки ці терміни застосовуються в одному і тому самому значенні [1, с. 264]. До джерел права в юридичній літературі пропонують відносити самі обставини, явища, які породжують норми права (соціальні умови, наукові джерела, економічні інтереси). Під формою права розуміють об'єктивовані (виражені назовні) способи фіксації правових норм.

Діяльність судів є одним з найважливіших елементів правового регулювання життя будь-якого сучасного демократичного суспільства. Ю. С. Шемшученко, розглядаючи причини недостатньої ефективності законодавства України, вказує на головні з них: внутрішня суперечливість законодавства, його колізійність та декларативність. Подолання цих явищ може здійснюватись як шляхом підвищення рівня підготовки проєктів нових нормативно-правових актів і здійснення заходів по систематизації вже діючих актів, так і через діяльність судових органів, які застосовують юридичні норми відносно конкретних ситуацій, і тому швидше, ніж інші суб'єкти, виявляють недоліки правового регулювання [2, с. 4]. Наприклад, вплив норм гл. 61 ЦК України на спірну ситуацію має вертикальний характер, оскільки норми містять абстрактний припис із побічною вказівкою на коло відносин та їх суб'єктів. Натомість вплив суду на спірну ситуацію має конкретно виражений характер, оскільки спрямований на вирішення спірної ситуації, що виникла між сторонами договірної зобов'язання, в найкоротші строки та зважаючи на існуючі реалії. А основне завдання судової влади полягає у здатності вирішити спір між учасниками договірних правовідносин навіть у випадку відсутності відповідної норми закону чи договірної положення, захистити порушені суб'єктивні права, які не дістали законодавчого чи індивідуального закріплення. Як наслідок, постає необхідність у створенні судом норм права, що використовуються при вирішенні всіх аналогічних справ та підтримуються державою.

Водночас в юридичній літературі є й протилежні думки з приводу того, що судді не створюють право, оскільки вони не є законодавцями, а основний їх обов'язок займатися правосуддям і нічим іншим [3, с. 189]. Більше того, такі думки, як зазначає М. М. Ясинок, є основою сьгоднішніх науковців процесуального права в Україні, що пояснюється відсутністю наукових праць у цьому напрямі [4, с. 43–44]. Іншими словами, українські правники є позитивістами, що не визнають «de facto» прямої дії норм про права людини на основі свободи у так званих важливих справах, коли ці норми не можуть застосовуватися судами безпосередньо, а потребують конкретизації шляхом прийняття законів [5, с. 40].

Зважаючи на це, доцільно підкреслити особливий інтерес до обговорення ідей судової нормотворчості в юридичних колах як вітчизняної науки, так і практики. Тобто сам факт наукової постановки цих питань та тривалість дискусії свідчать про те, що судова практика не може бути віднесена ані до нормативно-правових джерел, ані до інших (позаюридичних) джерел права, оскільки судовій практиці як джерелу судового регулювання притаманне поєднання формально-юридичних, позаюридичних джерел та договірної саморегуляції.

Разом з тим необхідно звернути увагу на те, що в нашій державі лише Верховний Суд України має право за рахунок аналітичного аналізу доказів у справі та конкретних обставин створювати своїм обґрунтуванням, по