

них товарів і наданих послуг. Наявність ліцензії — обов'язкова умова заняття певним видом господарської діяльності взагалі, а наявність сертифіката — умова виробництва і реалізації конкретної продукції у процесі такої діяльності. Якщо ліцензування спрямоване на запобігання появі на ринку держави сумнівних суб'єктів господарювання, то сертифікація — сумнівних товарів (послуг).

Проведене дослідження дозволяє зробити такий висновок.

Зараз в основному сформована і продовжує активно формуватися система засобів державного регулювання підприємницької діяльності, у якій кожний із засобів виконує свою роль. Важливе місце серед цих засобів займають сертифікація та стандартизація, що у даний час досить розрізнені і потребують систематизації й уніфікації.

### Література

1. Кодексу України: Закон України від 28 червня 1996 р. в ред. Закону від 1 січня 2006 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
2. Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. в ред. Закону від 29 грудня 2006 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18–22. — Ст. 144.
3. Про стандартизацію: Закон України від 17 травня 2001 р. в ред. Закону від 11 січня 2006 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 31. — Ст. 145.
4. Про стандарти, технічні регламенти та процедури оцінки відповідності: Закон України від 1 грудня 2005 р. // Офіційний вісник України. — 2005. — № 52. — С. 23.
5. Про підтвердження відповідності: Закон України від 17 травня 2001 р. в ред. Закону від 11 січня 2006 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 32. — Ст. 169.
6. Дідківська Л. І., Головка Л. С. Державне регулювання економіки: Навч. посіб. — 5-те вид., стер. — К.: Знання, 2006. — 213 с.
7. Жилицкий С. Э. Правовая основа предпринимательской деятельности (предпринимательское право): Курс лекций. — М.: ИОРМА-ИИФРА-М, 1998. — 672 с.
8. Кошман К. Сертифікація — спосіб забезпечення якості продукції // Підприємство, господарство і право. — 2001. — № 10. — С. 33–34.
9. Михасюк І. Р., Швайка Л. А. Державне регулювання економіки: Підручник. — Л.: Магіполія плюс; Видавель СПД ФО «В. М. Піча», 2006. — 220 с.
10. Сергеев А. Г., Латищев М. В. Сертифікация: Учеб. пособие. — М.: Высшая шк., 1999. — 217 с.
11. Стеченко Д. М. Державне регулювання економіки: Навч. посіб. — 3-тє вид., випр. — К.: Знання, 2006. — 262 с.

УДК 347.796.2

А. В. Кирилюк

### ПОСЕРЕДНИЦТВО ЯК ПРАВОВА КАТЕГОРІЯ

У цивілістичній науці поняття посередництва, його співвідношення з поняттям представництва з давніх-давен є дискусійним. Не звертаючи уваги на вказане в п. 2 ст. 237 ГК України законодавче розмежування понять представництва і посередництва, в юридичній літературі, як і раніше, здійснюються спроби підвести одне вказане поняття під інше або встановити їх часткову тотожність. Разом з тим подібна позиція уявляється неприйнятною, врахову-

ючи, що законодавець спеціально закріплює на рівні закону різні терміни для реалізації різних правових режимів. Це дозволяє адекватно регулювати відносини, що відрізняються за своєю суттю, породжують різні правові наслідки. Тому необхідно розмежовувати цивільно-правове поняття посередництва не тільки з суміжними цивільно-правовими категоріями, але і з поняттям посередництва, яке використовується в інших галузях права, а також в економічній науці.

Не підлягає сумніву, що неясність і багатозначність термінів викликає труднощі для їх правильного тлумачення і застосування. На практиці постійно виникають питання кваліфікації укладених правовідносин, розмежування одних правових форм цивільних правовідносин від інших, що, зокрема, зумовлює необхідність визначення поняття посередництва, його розмежування з суміжними цивільно-правовими категоріями, зокрема з представництвом.

Мета даної роботи полягає в розробленні концепції посередництва, обґрунтуванні розмежування понять посередництва і представництва.

Посередництво як явище стародавнього побуту було поширене всюди. За допомогою третіх осіб, як правило родових старійшин, відбувався обмін між племенами, що мав обрядову форму. З виникненням держави і права обмін за участю третіх осіб опосередковується правом. Посередництво як економічне явище знаходить віддзеркалення в багатьох правових інститутах, проте посередництво як правова категорія з'являється в писаному праві лише з розвитком майнового обігу, ускладненням і різноманітністю економічних відносин.

Термін «посередництво» в цивільному законодавстві вперше почав використовуватися в Статуті Торговому, що є складовою частиною Зведення законів цивільних Російської імперії 1832 р. Про посередництво в Статуті згадувалося в контексті посадових обов'язків біржових маклерів, інститут яких вводився в найбільших торговельних центрах. Загальних же правил, що визначають і регулюють відносини посередництва, в цивільному законодавстві не існувало. У зв'язку з цим поза увагою законодавця опинилося багато видів посередницьких угод, що мали місце в реальному житті і регулювалися торговими звичаями (договір приватного маклерства, агентський договір) [3].

У цивілістичній науці фігура посередника найчастіше розглядалася у зв'язку з відносинами представництва, і саме на противагу фігурі представника. В навчальних курсах з торгового права багатьма авторами наводився перелік торгових посередників, до яких найчастіше зараховувалися біржові маклери, торгові агенти і іноді комісіонери. Єдиної думки про сутність посередницьких відносин серед вчених не існувало. Посередництво розглядалося авторами або дуже широко (в нього входило і представництво) і було, скоріше, економічним поняттям, ніж юридичним, або дуже вузько — посередництво розглядали тільки як діяльність з надання фактичних послуг обом сторонам у формі зближення останніх.

Вивчення джерел правового регулювання посередництва показало, що розробки поняття посередництва мали місце в цивільному законодавстві і доктрині, проте відсутність єдиного погляду на сутність посередницьких відносин

не могла не позначитися негативно на розвитку інституту посередництва, перешкоджало створенню цілісної концепції.

Після 1917 року, коли повністю було знищено право приватної власності на засоби виробництва, вільне товарне виробництво і звернення було замінене централізованим обліком і плановим розподілом всіх виготовлених матеріальних благ. У цих умовах «приватне» посередництво було кримінально караним діянням. Легальним було лише посередництво у формі діяльності спеціалізованих державних організацій. Останнім була відведена незначна роль в організації господарських зв'язків при переміщенні зайвих товарних запасів між соціалістичними організаціями, про що свідчить той факт, що діяльність вказаних органів регламентувалася відомчими або міжвідомчими нормативними актами, а не законодавчими актами загальносоюзного або республіканського значення [2].

У науці цивільного права радянського періоду питання посередництва також не були широко освітлені. В більшості своїй радянські цивілісти відзначали лише фактичну сторону діяльності посередників. Багато в чому вони виходили з реально існуючих посередницьких відносин у сфері торгівлі — з визначенням колом суб'єктів (державні підприємства і організації) і чітко сформульованими перед посередницькими організаціями завданнями. Тим часом деякі вчені розглядали поняття «торгового» посередництва, виділяли декілька його значень і бачили в ньому не тільки надання одних лише послуг фактичного порядку, але і здійснення юридичних дій. При цьому в останньому випадку до категорії посередників належали не тільки комісіонери, але і повірені.

Поняття посередництва охоплювало відносини добровільного представництва, під яким слід розуміти правовідносини між двома особами — представником і особою, що представляється, а також здійснюються у відносинах між особою, що представляється, і третьою особою, що створюється через представника [3].

Повноваження як суб'єктивне право представника є структурним елементом правовідносин представництва. В одних випадках повноваження представника виникає одночасно з його обов'язком діяти від імені і на користь того, хто представляється, через одні і ті ж юридичні факти (факти, вказані в законі; видання адміністративного акта; укладення договору між представником і особою, що представляється, у письмовій формі і з вказівками на повноваження представника, коли це допускається законом (наприклад, відповідно до ст. 237 ГК України)). В інших же випадках повноваження виникає через юридичний факт, складний юридичний склад, що є підставою виникнення правовідносин представництва. Так, в більшості випадків добровільного представництва правовідносини виникають через сукупність юридичних фактів: двосторонньої операції — угоди між представником і особою, що представляється, за якою представник зобов'язується діяти в інтересах і від імені того, хто представляється, і односторонньої операції — видачі довіреності, яка наділяє представника необхідними повноваженнями. В даному випадку обов'язок представника діяти відповідним чином виникає у момент укладення договору (до-

ручення, експедиції, трудового), але його виконання можливе тільки після наділення представника повноваженням. Таким чином, обов'язок представника стає, так би мовити, готовим до здійснення не у момент надання представником своєї згоди виступати в зазначеній ролі (хоча така згода, безумовно, на наш погляд, необхідна), а у момент наділення повноваженням, бо, тільки володіючи повноваженням, можна виконати доручення. Отже, наділення повноваженням шляхом видачі довіреності як легітимного документа (якщо повноваження не впливає з обстановки) є необхідною умовою виконання доручення особи, що представляється. Оскільки на сьогоднішній день відповідно до ст. 244 ГК України особа, що представляється (довіритель, клієнт), зобов'язана видати своєму представникові (повіреному, експедиторові) довіреність, належить констатувати, що повноваження виникає в рамках правовідносин, що виникають з відповідного договору.

Аналіз законодавчих актів і цивілістичних переконань радянського періоду на природу посередництва показав, що в умовах планової економіки посередництво як цивільно-правова категорія не могло повноцінно розвиватися, існуюча система розподілу матеріальних ресурсів припускала відсутність «зайвої» ланки. У зв'язку з цим посередництво не мало поширення на практиці і не вимагало глибоких теоретичних досліджень. Питання про співвідношення понять посередництва і представництва в цивілістичній науці у ряді випадків вирішувалося неоднозначно.

Розглядаючи посередництво в сучасному цивільному праві, умовно можна виділити два напрями в розумінні посередництва в економічному сенсі. У першому (широкому) економічному сенсі під посередниками розуміють професійних учасників цивільного обігу (комерсантів), товарів, що беруть участь в русі робіт, послуг від виробника до споживача. Особливістю даної точки зору є те, що до посередників відносять не тільки осіб, що виступають від свого імені, за свій рахунок і, відповідно, що набувають права власності на товар, здійснюють операції по його перепродажу в своїх інтересах, але і осіб, що надають послуги, що полягають в здійсненні юридичних і пов'язаних з ними фактичних дій, в інтересах і за дорученням клієнтів [2].

Разом з наведеним розумінням посередництва існує і інший погляд на посередництво в економічному сенсі. Мова йде про позицію, згідно з якою як посередники розглядаються особи, що діють тільки від свого імені і лише за свій рахунок, тобто самостійні торговці, що діють на підставі договорів купівлі-продажу з продуцентами товарів (посередництво в так званому вузькому економічному сенсі).

У розумінні посередництва в суто правовому сенсі також можна виділити два напрями. Перш за все, це розуміння посередництва у вузькому юридичному сенсі. Дана позиція має стародавнє коріння, оскільки була юридично оформлена законодавцем майже двісті років тому і протягом всього часу мала своїх прихильників в середовищі вчених-цивілістів. У зв'язку з цим дана точка зору на поняття посередництва набула характеру традиційної і полягає в тому, що під посередництвом розуміється діяльність особи від власного імені по

наданню послуг фактичного характеру, направлених на виявлення потенційного контрагента, зведення сторін для безпосереднього укладення договору ними самими [3].

Разом з тим найбільш поширена серед вчених позиція, яку ми умовно назвали розуміння посередництва в широкому юридичному сенсі. Згідно з нею юридичним посередництвом є діяльність від імені і за рахунок іншої особи або від власного імені, але за рахунок іншої особи. При цьому прихильники вказаної точки зору переважно ігнорують позицію законодавця з питання про співвідношення понять представництва і посередництва, або взагалі не згадуючи про п. 2 ст. 237 ГК України, або вказуючи цей пункт ст. 237 в тому контексті, в якому вимагалось дослідником для підтвердження своєї позиції.

Вивчення сучасного стану правових розробок у галузі посередництва дозволило зробити висновок про те, що в доктрині цивільного права необхідно проводити чітке розмежування юридичного і економічного поняття посередництва. Крім того, необхідно розмежовувати цивільно-правове поняття посередництва і терміна «посередник», який використовується в інших галузях права.

У п. 2 ст. 237 ГК України законодавцем вказана головна кваліфікуюча ознака посередницької діяльності: виступ особи в чужих інтересах від власного імені, яка повинна, на наш погляд, стосуватися всіх посередників.

Виступ посередника в цивільному обігу в чужих інтересах дозволяє провести межу між ним і іншими суб'єктами, що також діють від власного імені (зокрема, від дилерів, дистриб'юторів і інших осіб, що діють у своїх інтересах і за свій рахунок).

На відміну від відносин представництва, які можуть виникати не тільки з уповноважуючої операції, але і через вказівки закону і на підставі адміністративного акта, посередництво, на наш погляд, завжди має тільки договірну основу. Посередницька діяльність завжди здійснюється через зобов'язальні договірні відносини, що існують між сторонами, і є наданням однією особою послуги іншій особі. При цьому відносини сторін (клієнта і посередника) не носять характер особисто-довірливих.

Дії посередника не породжують у клієнта прав і обов'язків по відношенню до третіх осіб. Діяльність з надання посередницьких послуг повинна здійснюватися на відшкодувальній основі.

Законодавець в п. 2 ст. 237 ГК України не уточнює характер і зміст діяльності посередника як особи, що діє, хоча в чужих інтересах, але від власного імені. На наш погляд, мета діяльності посередника, покликана потребами цивільного обігу, полягає в тому, щоб, діючи від власного імені, сприяти укладенню договору між майбутніми контрагентами і (або) здійснювати двосторонні, багатобічні операції (договори) на користь клієнта. Під сприянням слід розуміти здійснення дій, які полегшують і спрощують процедуру укладення договору, а саме: пошук майбутнього контрагента, проведення попередніх переговорів, зведення сторін.

За метою (здійснення двох- і багатосторонніх угод і (або) сприяння їх здійсненню) і підставою виникнення посередницьких відносин (з договору)

фігура посередника відрізняється від інших осіб, виступаючих в цивільному обігу від свого імені, але в чужих інтересах (зокрема, від конкурсних керівників при банкрутстві, душоприказників при спадкоємстві).

Можна провести класифікацію посередництва по двох критеріях:

1. Залежно від визнання за діями посередника якості юридичного факту: «фактичне» і «юридичне».

Функціональне навантаження дій «фактичного» посередника полягає в тому, що останній сприяє укладенню договору з третьою особою безпосередньо його клієнтом, вчинені ним дії готують і полегшують процедуру укладення договору. Дії даного посередника хоч і є фактичними за своєю природою, але тісно пов'язані з волею клієнта на здійснення ним самим операцій.

Призначення «юридичного» посередника — здійснювати двосторонні і багатосторонні угоди (договори).

2. Залежно від того, чи є посередницька діяльність підприємницькою, яка здійснюється на користь підприємців: на комерційне і некомерційне.

Комерційним посередником, на наш погляд, буде особа, яка, по-перше, має статус підприємця; по-друге, діє в підприємницькій сфері, тобто укладає дво- і багатосторонні угоди (договори) на користь підприємців або сприяє укладенню угод між ними; по-третє, займається посередництвом у вигляді промислу (надання посередницьких послуг є основним джерелом його доходу). Відповідно, некомерційним посередником є особа, яка не відповідає вищезгаданим ознакам.

Таким чином, під посередництвом можна розуміти цивільні правовідносини, через які одна особа (посередник) за винагороду за дорученням іншої особи (клієнта) від власного імені, але в інтересах і за рахунок клієнта здійснює дво- і багатосторонні угоди (договори) і (або) сприяє клієнтові в їх здійсненні. При цьому під сприянням слід розуміти здійснення дій, які полегшують і спрощують процедуру укладення договору.

У свою чергу посередництво як інститут цивільного права утворює норми, регулюючі даний вид суспільних відносин. Інститут посередництва повинен складатися із загальних і спеціальних норм. У загальних нормах необхідно закріпити поняття посередництва, сферу і межі діяльності посередників. Спеціальними є норми, що регламентують цивільно-правові відносини посередництва, що виникають на основі маклерського договору, договору комісії, агентського договору, договору транспортної експедиції.

Сторонами посередницького договору, що іменуються «клієнт» і «посередник», є, як правило, дієздатні особи.

Як обов'язки посередника, які випливають з самої природи посередництва, називаються: особисте виконання посередником доручень клієнта; здійснення посередницької діяльності відповідно до вказівок клієнта; здійснення посередницької діяльності на користь клієнта; інформування клієнта про виконання доручення; забезпечення режиму конфіденційності, встановленого клієнтом. Обсяг обов'язків клієнта визначається характером його відносин з посередником. Зокрема, на клієнта можуть бути покладені такі обов'язки: передавати посередникові необхідну для виконання доручення інформацію; зро-

бити дії, необхідні для визнання обов'язків посередника виконаними; сплатити послуги посередника в повному обсязі відповідно до договору; відшкодувати витрати посередника, пов'язані з виконання доручення. Вказаним обов'язкам кореспондують права вимоги здійснення вказаних дій [4].

Підставою виникнення відносин, що мають на меті здійснення посередником дій, направлених на сприяння потенційним контрагентам в укладенні договору, є договір про оплатне надання послуг.

Дослідження питання обґрунтованості встановлення в договорі про надання посередницьких послуг фактичного характеру залежності виплати винагороди посередникові від укладення договору між клієнтом посередника і знайденою ним третьою особою, дозволило зробити висновок про необхідність виділення даного договору в самостійний інститут договірної права.

Посередницька діяльність у формі здійснення двосторонніх, багатосторонніх угод може ґрунтуватися на укладеному між сторонами договорі комісії, агентському договорі, коли агент діє від власного імені; договорі транспортної експедиції, коли експедитор здійснює від власного імені дії, що відповідають ознакам посередницьких.

#### Література

1. Белов В. А. Вексельное право: Учебник. — М.: Центр ЮрИнфоР, 2003. — 320 с.
2. Егоров А. В. Понятие посредничества в гражданском праве: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. — М., 2002. — 26 с.
3. Пушмин Э. А. Посредничество в международном праве. — М.: Междунар. отношения, 1970. — 168 с.
4. Тацкий В. Я. Ответственность за частнопредпринимательскую деятельность и коммерческое посредничество. — М.: Юрид. лит., 1979. — 136 с.
5. Тацкий В. Я. Уголовная ответственность за коммерческое посредничество. — М.: Юрид. лит., 1974. — 88 с.

УДК 347.72.01:347.51(477)

*Н. П. Бааджи*

#### ДЕЯКІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ПІДСТАВ ВІДШКОДУВАННЯ НЕОТРИМАНОВОГО ПРИБУТКУ

Політичні, економічні та соціальні процеси, які відбуваються в Україні, роблять нагальною потребу вдосконалення законодавства, особливо тих галузей, що покликані регулювати цивільний статус особи, приналежність майна, відносини між товаровиробниками та споживачами тощо. В умовах інтеграції до європейського співтовариства та переходу до ринкової економіки додержання встановлених норм набуває особливої ваги. Цінність цивільного права полягає у тому, що воно у своїх нормах містить широкий арсенал впливу на поведінку громадян та організацій через їхні інтереси і за допомогою інтересів. Одним з таких засобів впливу на майнові інтереси осіб є застосування до правопоруш-