

тернатного закладу може бути використано влаштування такої дитини до дитячого будинку сімейного типу, який можна назвати перехідною формою від інтернатного закладу до влаштування дитини у родину у "чистому", так би мовити, вигляді (усиновлення, передача під опіку чи піклування, передача до прийомної родини).

Але навіть в тому разі, коли дитина позбавлена батьківського піклування, передається до прийомної родини, до дитячого будинку сімейного типу або до інтернатного закладу, вона не втрачає права спілкуватися зі своїми батьками. Але для цього необхідно виконання деяких умов: 1) згода органів опіки та піклування на побачення батьків, які позбавлені батьківських прав, зі своїми дітьми; 2) такі побачення не повинні суперечити інтересам дитини.

Крім того, за батьками, не позбавленими батьківських прав або за такими, які поновлені у батьківських правах, згідно зі ст. 68 КпШС України, зберігається право вимагати повернення дітей від будь-якої особи, яка утримує дітей у себе на підставі закону або судового рішення, а такі особи не мають права перешкоджати цим намірам батьків, якщо це не суперечить інтересам дитини. Таким чином, у цих випадках закон гарантує власним батькам дитини пріоритетне здійснення своїх батьківських прав та право дитини жити та виховуватися у власній родині.

На жаль, ні діючий Кодекс про шлюб та сім'ю України, ні проект Цивільного кодексу України не містять прямого закріплення права дитини жити та виховуватися у родині. Таке право закріплює ст. 54 Сімейного кодексу Російської Федерації, яка створює необхідні передумови для повноцінного виховання та освіти дітей. Закріпивши це право на законодавчому рівні держава офіційно визнала пріоритет сімейного виховання дитини над громадським.

Надійшла до редколегії 10.04.2000

Список літератури:

1. Конвенція про права дитини/ Українська правнича фундація. К., 1995.
2. Лишение родительского попечительства: Хрестоматия / Ред.-сост. В.С. Мухина. М., 1991.
3. Антокольская М.В. Семейное право: Учебник. М., 1999.
4. СП СССР. 1974. ст. 110.

Я.О. Чапичадзе

ЗМІШАНА ПРИРОДА ДОГОВОРУ ФАКТОРИНГУ

Давно залишилася в минулому практика визнання недійсними договорів, що не врегульовані Цивільним кодексом України. Саме за допомогою укладення цивільно-правового договору, як оптимальної правової форми реалізації сторонами своєї економічної свободи, суб'єкти ринкових відносин в більшості випадків реалізують свої комерційні чи інші інтереси. Зростаючі потреби ринкових відносин вимагають економічної віртуозності і укладення іноді нестандартних угод. Чинне законодавство України не обмежує коло різновидів договорів і надає можливість відповідно до ст. 4 ЦК України укладати договори як передбачені, так і не передбачені законом або іншими правовими актами. Це

сприятливо впливає на потреби підприємницької практики і характеризує широкі можливості цивільно-правового способу встановлення правових зв'язків через договір як правоутворюючий юридичний факт. Завдяки гнучкості договірної форми в правові рамки інтенсивно оформляються все нові інститути договірної (підприємницької) ініціативи. Проте відносно тих договорів, що обслуговують ринок фінансів і послуг, на наш погляд, повинні бути розроблені і закріплені єдині правила. Безумовно, цьому повинні передувати аналіз практики та теоретичні пошуки. Законодавче врегулювання нових, нетрадиційних для цивільного законодавства договорів набуло поширення, перш за все, в англосаксонському праві і з часом запозичені проектом ЦК України [1]. Серед договорів, що не врегульовані чинним ЦК України, в положеннях проекту ЦК України знайшли місце нові договори: факторинг, франчайзинг, лізинг та інші.

Особливий інтерес, на наш погляд, викликає розгляд договору факторингу, який ще не отримав широкого застосування в банківській сфері України і країн СНД, але має широке розповсюдження серед закордонних банків і факторингових компаній.

Що ж являє собою факторинг? Відповідно до п. 8 ст. 3 Закону України «Про банки і банківську діяльність» [2], факторинг - банківська операція, що полягає в отриманні права вимог по постачанню товарів і наданню послуг, прийнятті ризику виконання таких вимог і їхньої інкасації. Як банківська операція факторинг закріплений Законом України «Про податок на додану вартість» [3]. Більшість існуючих у науковій літературі визначень факторингу також трактують його як банківську операцію, що відображає лише його економічну сторону і встановлені вимоги щодо до бухгалтерських проводок. Але відповідно до положень гл. 71 проекту ЦК України, факторинг - різновид цивільно-правового договору. Подібне подвійне тлумачення факторингу легко пояснюється, так як йдеться про співвідношення форми і змісту факторингу. Тому, коли факторинг розглядається як банківська операція, мається на увазі його економічний зміст. Коли ж він розглядається як цивільно-правовий договір, мається на увазі вираження його економічного змісту у адекватній оболонці - юридичній формі (у формі договору).

У зв'язку з відсутністю стабільної нормативної бази, що регулює факторингові правовідносини, а також необізнаністю про таку угоду керівників банківських структур факторинг довгий час був заміною банківської гарантії. Така помилка пов'язана з тим, що договір факторингу містить у собі елементи, що властиві не тільки банківському гарантуванню, але і деяким іншим традиційним цивільно-правовим договорам: цесії, заставі, кредиту, страхуванню. Окремо хотілося б виділити співвідношення факторингу з «нетрадиційними» правочинами, такими як форфейтинг і агентська угода.

Специфіка матеріальних відносин, що опосередковуються договором факторингу, коло юридичних умов, що об'єктивно необхідні для утворення даного договірної зобов'язання, властиві декільком договірним типам. Це наводить на висновок про його змішану природу. Акцентуючи увагу на змішаній природі

договору, слід відзначити, що на думку О.С. Іоффе [4, с. 37], договір є змішаним тоді, коли він опосередковує декілька різнорідних відносин і об'єднує умови, як об'єктивно необхідні для формування зобов'язань різних типів. Договір факторингу породжує зобов'язання, в склад якого входять елементи декількох врегульованих законодавством самостійних типів договірних відносин. Тому в результаті укладення договору факторингу виникає нестандартна модель зі «змішуванням» в ньому умов декількох цивільно-правових інститутів.

Слід також відзначити, що найбільша схожість договорів факторингу має з цесією, елементи ж інших договірних видів спостерігаються саме на фоні цесії. Основним і загальним в договорах факторингу і цесії є уступка фінансовому агенту (фактору і цесіонарію) прав вимог до третіх осіб. Але факторинг має більш складний характер, ніж звичайна цесія, бо поєднується в свою чергу з відносинами позики або кредиту.

Певну схожість договорів факторингу має з договором застави. Так, за договором факторингу грошові вимоги до боржника можуть бути передані фактору також з метою забезпечення виконання зобов'язання клієнта перед фактором (відповідно до ч.2 ст. 1138 проекту ЦК). Тобто, грошові вимоги в такому випадку будуть відіграти роль застави з вартості яких фактор, у випадку невиконання зобов'язань клієнтом, може отримати задоволення своїх вимог. Тому варто погодитися з Л. Касо [5, с. 243], на думку якого, заставу прав можна розглядати як умовну цесію на користь заставного кредитора. Схема застави прав більш точно відображає характер правовідносин між заставником (квaziцедентом) і заставодержателем (квaziцесіонарієм), хоча погано узгоджується з моделлю застави як акцесорного зобов'язання. На відміну від договору застави, договір факторингу не має похідного характеру від інших договорів. Це завжди самостійний договір.

Факторингова угода має схожість і з банківським кредитом, оскільки банк, за умовами договору факторингу, фінансує клієнта. Мабуть, виходячи з цих положень, Цивільний кодекс РФ трактує факторинг як «договір фінансування під поступку грошової вимоги», що, на нашу думку, суттєво звужує його природу. Між тим, слід зауважити, що факторинг має певні переваги у порівнянні з банківським кредитом, які полягають у тому, що факторингова угода має на меті фінансування оборотних засобів клієнта, а не конкретної угоди, що характерно для банківського кредитування. Тобто клієнт може достатньо вільно розпоряджатися отриманими в результаті укладення договору факторингу грошовими коштами. Наприклад, з суми, що надійшла на розрахунковий рахунок, клієнт факторингу може перераховувати податки, штрафи, митні збори і здійснювати інші платежі. Ще один істотний аргумент на користь факторингу міститься в тому, що деякі форми факторингового фінансування для клієнта виявляються дешевими, ніж отримання звичайного кредиту (мається на увазі процентна винагорода банку).

Договір факторингу містить елементи, властиві і договору страхування. Так, страхування клієнта від кредитного ризику, відповідно до ст. 1 Конвенції «Про

міжнародний факторинг», є необхідним елементом договору факторингу. Це пов'язано з тим, що діяльність факторингового відділу банку вирішує проблеми ризиків і термінів платежу у відносинах між сторонами і надає цим відносинам більшу стійкість. Крім того, можна виділити деякі переваги договору факторингу, які містяться у можливості здійснення фактором, поряд з фінансуванням клієнта, деяких додаткових послуг, зокрема і страхування. При цьому відшкодування суми боргових вимог клієнту відбувається або до їхнього виникнення, або протягом обумовленого терміну, після настання терміну платежу.

Деякі положення договорів поруки і гарантії також знаходять відображення в факторинговому правочині. Це пояснюється тим, що одним з найбільш важливих умов угоди про факторингове обслуговування, є гарантування платежу клієнту. В тому випадку, коли договір факторингу укладається на умовах наступної оплати грошових вимог, без права регресу, для клієнта усувається ризик неплатежу, бо фактор зобов'язується оплатити грошові вимоги клієнту навіть у випадку неплатоспроможності боржника. Як при поручництві, так і на підставі договору факторингу, перед клієнтом як відповідальним виступає не боржник, у виконанні зобов'язання якого, як правило, є сумнів, а нова особа: поручник (гарант), фактор, майновий стан і платоспроможність якого не буде викликати сумнівів у кредитора.

Значну схожість факторинг має з форфейтингом. Більш того, на наш погляд, договір форфейтингу – це різновид довгострокового факторингу, що застосовується в зовнішньоекономічній діяльності і має специфічні особливості. Це й доцільно було б відобразити в ЦК України.

У результаті укладення договору факторингу з'являється єдине зобов'язання, а не декілька відокремлених самостійних зобов'язань, об'єднаних загальною метою. Тому доцільно тільки теоретично виділяти в договорі факторингу окремі зобов'язання, тоді як в дійсності ми маємо справу з єдиним договірним зобов'язанням змішаного характеру. Перевагою такої моделі факторингу є можливість поєднувати у своєму змісті найбільш вигідні для сторін умови. При цьому усувається необхідність дроблення правового регулювання шляхом укладення цілого комплексу окремих договорів.

На сьогоднішній день широкому розповсюдженню цієї багатофункціональної і ефективної угоди в банківській сфері України перешкоджає низка об'єктивних і суб'єктивних причин, серед яких центральне місце займає відсутність законодавчого регулювання та методологічного забезпечення. Чим раніше воно стабілізується, тим швидше стабілізується банківська система.

Надійшла до редколегії 29.03.2000

Список літератури:

1. Цивільний кодекс України: Проект від 25.08.96 // Українське право. 1996. №2. Спецви-пуск.
2. Закон України «Про банки і банківську діяльність» від 20.03.91 // Відомості Верховної Ради. 1991. №25. Ст.281.
3. Закон України «Про податок на додану вартість» від 03.04.97 // Відомості Верховної Ради України. 1997. №21. Ст.156.
4. Иоффе О. С. Обязательственное право. М., 1975.
5. Кассо Л. Понятие залога в современном праве. М., 1998.