

securities» and «derivatives», which influences on the developing of derivative financial instruments market in Ukraine negatively. This problem is not decided in the civil law science, either.

The aim of this article is to analyze the development of Ukrainian legislative bases as for the correlation of definitions «derivative securities» and «derivatives».

The history of the development of the categories «derivative securities» and «derivatives» in the Ukrainian law is divided into nine stages. The conclusion that the category «derivatives» was adopted and is still used by tax legislation acts, but it is still often used in civil legislation acts is made. It is impossible to qualify the law nature of «derivatives» according to the legislation acts bases because of existing of dualism of legislative acts bases approaches in this problem. Some bases of legislative acts witness about a contract nature while other ones about valuable paper nature of a derivative. The parliament doesn't call any kind of a derivative as a valuable paper nowadays. The category «derivative securities» was adopted and developed mainly in civil legislation acts bases. The parliament doesn't call any kind of a derivative securities nowadays.

To sum up, it's impossible to identify law nature of derivative financial instruments and there is no range of derivative securities in present legislation. Analyzing the law the conclusion about the necessity of solving the fundamental problem of the derivative financial instruments theory is made: if incorporation of risky and mutual bound obligations of derivative financial instruments into the plot of a valuable paper is allowed.

**Keywords:** derivative securities, derivatives, swap, option, forward contract, futures contract, option certificate.

Пташник І.Р.

## МЕХАНІЗМ ЗДІЙСНЕННЯ ТРАНСПЛАНТАЦІЇ ШТУЧНОСТВОРЕНИХ ТА КЛОНОВАНИХ ОРГАНІВ В УКРАЇНІ

УДК 347.441

**Постановка проблеми.** Актуальним питанням трансплантології на сьогодні є гостра нестача донорських органів для проведення операцій. Альтернативними способами отримання органів можуть виступити: трансплантація штучно створених органів, трансплантація стовбурових клітин та трансплантація клонованих органів.

**Метою** даної статті є формування договірних механізмів правового регулювання для здійснення трансплантації органів, які можуть виникнути у зв'язку з клонування органу або його ство-

ренням (штучних органів). На сьогодні питання трансплантації клонованих органів не досліджувались вітчизняними вченими, тому за основу буде поставлено висновки американських дослідників.

**Виклад основного матеріалу.** При клонуванні органів певний комплекс прав виникає тільки у двох осіб – в донора ДНК та в спеціаліста, який здійснює клонування органу. Тим не менше, спеціаліст може мати інтерес щодо клонованого органу тільки у формі патенту, і його права будуть захищатись відповідно до положень Закону України «Про охорону прав на винаходи та корисні моделі» та Глави 35 Цивільного кодексу України. Враховуючи вищевикладене, тільки донор має право контролювати свій генетичний матеріал і процес створення органу та доступ до нього.

Наступним важливим питанням, яке логічно впливає з факту здійснення трансплантації клонованого або штучно створеного органу, є правове врегулювання відносин між донором ДНК, який надає свій генетичний матеріал для створення органу або для клонування, і вченого, який здійснює діяльність по створенню органу, і відповідно, між реципієнтом такого органу та медичною установою. Відповідно, ми можемо вести мову про три типи договорів, які будуть регулювати такі відносини:

- Договір про надання біологічного матеріалу (укладений між донором ДНК та спеціалістом, який буде здійснювати клонування органу)

- Договір про виконання робіт (укладений між спеціалістом, який здійснює клонування органу та медичною установою, яка буде здійснювати трансплантацію)

- Договір про надання медичних послуг (укладений між реципієнтом та медичною установою, яка проводить трансплантацію такого органу).

Зупинимось детальніше на кожному з даних видів договорів. Договір про надання медичних послуг є різновидом договору про надання послуг в цілому.

На сьогодні вченими сформульовано декілька різновидів зобов'язань з надання послуг, які включають зобов'язання, що опосередковують:

- 1) Діяльність із задоволення потреби в медичного обслуговуванні (медичні послуги);
- 2) Діяльність із задоволення потреби в навчанні (освітнянські послуги);
- 3) Діяльність із задоволення естетичних потреб;
- 4) Діяльність із задоволення потреб правового характеру;
- 5) Діяльність із задоволення потреб інформаційного характеру;
- 6) Діяльність із задоволення потреби в посередництві.

Об'єкт зобов'язання із надання послуг носить нематеріальний, неоречевлений характер[1, с.72].

Таким чином, ми бачимо, що медичні послуги займають окреме місце в системі зобов'язального права. Проте, на сьогодні, немає вичерпного переліку всіх послуг, які можуть бути віднесені до розряду медичних. Звідси випливає, що клонування органів та створення штучних органів також можна віднести до категорії «медичні послуги», оскільки кінцевою метою такої діяльності є створення органу, який в подальшому буде трансплантовано реципієнту.

Сторони, вступаючи у правовідношення по наданню послуг, прагнуть досягнути певного ефекту від послуги. Тому, крім вчинення певної діяльності (операції), виконання договору про надання послуг повинно ще призводити до певного результату. При цьому отриманий результат не набуває оречевленої форми. Доброякісність надання послуг буде залежати від досягнення запланованого результату. Тому в об'єктах зобов'язань із надання послуг є важливою не тільки діяльність, але й ефект від неї [1, с. 74]. Отже, проведення операції по пересадці створеного органу однозначно переслідують мету лікування та рятування життя хворої особи.

У приватноправовому значенні послуга виступає як об'єкт цивільного права, і завдяки цьому відносини з її надання стають предметом регулювання зобов'язально – правових норм. При аналізі правовідносин власності чітко проявляється і той факт, що послуги, як і речі, проходять процес привласнення. Це є свідченням належності правовідносин із надання послуг до майнових і,

відповідно, таких, що становлять предмет цивільно – правового регулювання.

Цивільний кодекс України відносить послуги до числа об'єктів цивільних прав (ст. 177 ЦК України), але не містить їх легального визначення. Проте, надаючи послугам такий статус, законодавець уже цим виявляє свою принципову позицію щодо послуг. У Господарському кодексі України послуги названі як окремий самостійний вид економічної діяльності на рівні з виробництвом, торгівлею та виконанням робіт (ст. 3 ГК України).

Саме поняття послуги є складною категорією. Стаття 901 ЦК України описує послугу, а точніше, предмет договірної зобов'язання з оплатного надання послуг, використовуючи категорію дії та діяльності (зробити послугу значить «здійснити дії», «здійснити діяльність»). З'ясувати суть послуги можна через її характеристику як певного неореченого економічного блага, яке вийшло з поняття речі, що сформувалося ще в римському праві, розширилось і стало охоплювати не тільки тілесні предмети, але й інші дії осіб [1, с. 78].

Враховуючи вищевикладені особливості послуги в цілому, ми можемо прийти до висновку, що створення клонованого органу володіє абсолютно всім переліком відмітних ознак і напряму залежить від спеціаліста, який здійснює створення органу, є неповторним та ексклюзивним по своїй функціональній характеристиці і виражається в корисному ефекті для реципієнта, який такий орган отримує в процесі здійснення трансплантації.

Основою виникнення зобов'язань з надання послуг є цивільно – правовий договір. Відповідно до ст. 626 ЦК України «договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на становлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків». За своєю структурою цивільно – правовий договір становить систему правових зв'язків між його учасниками, їх дії в межах визначеного періоду часу, спрямовані на досягнення певного результату. Договір, на відміну від правочину характеризується своїми видовими ознаками. По-перше, на противагу односторонньому правочину, який є дією (волевиявленням) однієї сторони (особи), в договорі виявляється воля двох або кількох сторін, спрямованих

на досягнення спільного для них правового результату. Договір зорієнтований на встановлення, зміну чи припинення цивільних прав та обов'язків [1, с.101].

Договір відрізняється від інших юридичних фактів тим, що він не тільки дає підстави для застосування тієї чи іншої норми права за даного конкретного випадку і для виникнення, зміни або припинення конкретного правовідношення, але і безпосередньо регулює поведінку сторін, визначаючи права й обов'язки учасників правовідношення, яке вони породжують. Таким чином, договір виступає своєрідною програмою дій, координуючи діяльність сторін [1, с.102].

Договір між реципієнтом та медичною установою, відноситься до категорії договорів про надання послуг. Окремо хочеться акцентувати увагу на певних специфічних особливостях такого виду договорів.

#### ***Договір про надання медичної послуги***

*I. Ризиковий характер послуги.* Медична установа, яка здійснює пересадку клонованого або штучного органу, повинна враховувати той факт, що будь-яке медичне втручання, навіть проста ін'єкція препарату, несе в собі ризик ускладнень (у зв'язку з особливостями індивідуального організму) і відповідно передбачати необхідні умови при укладенні договору, включивши положення про інформовану згоду реципієнта щодо ризикового характеру такої операції.

*II. Якість надання послуги та час виконання.* Враховуючи положення щодо ризикового характеру надання медичних послуг в цілому, якість таких послуг не може бути гарантована в повній мірі, тому за загальним правилом адекватність надання послуги (співвідношення між вчиненими діями та отриманим результатом) часто використовується замість фактичного результату. В свою чергу, термін виконання послуги в договорі про надання медичних послуг (як у випадку з клонуванням органу, так і у випадку з його трансплантацією) може бути зазначено тільки приблизно.

*III. Зміст договору.* В залежності від виду послуги, яка надається, необхідно враховувати права та обов'язки донора, спеціа-

ліста, медичної установи та реципієнта. Відносини між медичними установами та громадянами мають складну структуру: їх зміст утворюють кілька груп прав та обов'язків, пов'язаних між собою. Перша група включає в себе основні права і обов'язки договірних відносин: право громадян для забезпечення якості медичної допомоги і кореспондуючий даному праву обов'язок медичної установи на належне надання та забезпечення такої допомоги. Громадяни мають право повідомляти необхідну інформацію про стан свого здоров'я та медична установа повинна підтримувати конфіденційність отриманої медичної інформації; громадянин має право запросити роз'яснення щодо діагностики, методів лікування і можливих наслідків, в свою чергу медичний заклад зобов'язаний надати таке роз'яснення. Друга група прав і обов'язків, які можуть бути зазначені в договорі передбачає права, які передбачені для певних категорій громадян, або належать медичним установам при особливих обставинах хвороби, травми громадян.

*IV. Правовий статус клонованих та штучно створених органів.* Як було досліджено в попередніх розділах даної роботи, органи або тканини, вилучені в живого донора або в особи, що померла, отримують статус речей, обмежених в цивільному обороті з моменту відділення (вилучення) їх з організму. Поза межами людського організму в цілому, органи як окремі речі володіють відмітними індивідуальними характеристиками (вік, стан здоров'я, групою крові, вагою, генетичними характеристиками). Кров людини і трансплантати, відділені від організму, є спеціальними речами, які служать рятувальними засобами для відновлення здоров'я пацієнтів. Кров, як річ має певне споживче значення. Як бачимо, можемо вважати, що органи, відокремлені від організму, кров, можуть виступати в якості об'єктів цивільно-правового договору.

*V. Ціна договору.* За загальним правилом відносини донорства органів та тканин повинні бути виключно безоплатні. Всі міжнародні документи, які регулюють питання донорства та трансплантації, закріплюють положення, що орган або тканина не можуть бути предметом договору купівлі – продажу. Тим не менше, не можна відкидати необхідність відшкодування видатків,

що пов'язані з операцією (втрата в заробітній платі або видатки на додаткове харчування та реабілітацію). Як бачимо, в ціну договору про надання послуг (проведення трансплантації) повинно бути включено умови про фінансове відшкодування понесених донором витрат. Проте, договірне регулювання відносин «реципієнт – медична установа» повинно передбачати певну фінансову винагороду під час надання відповідних послуг. В свою чергу, медична установа в зв'язку з проведенням операції по трансплантації органів має право на компенсацію за витрачені медикаменти та оплату праці медичного персоналу. Отже, можна дійти висновку, що даний тип договорів буде носити оплатний характер.

Дані договори будуть носити характер реальних договорів, оскільки окрім закріплення домовленостей щодо всіх істотних умов передбачають також передачу створеного органу та проведення трансплантації з використанням клонованого органу.

Таким чином, договір про надання медичної послуги з пересадки органів (укладений між медичною установою та реципієнтом) можна відносити до групи договорів про надання послуг на основі проаналізованих особливостей – це є двосторонній, реальний та оплатний договір.

#### *Договір про виконання робіт (створення або клонування органу)*

Даний договір можна проаналізувати в контексті статті 837 ЦК України, відповідно до якої «одна сторона (підрядник) зобов'язується на свій ризик виконати певну роботу за завданням другої сторони (замовника), а замовник зобов'язується прийняти та оплатити виконану роботу»[2].

Діяльність по клонуванню органу або його створення пов'язана з певним ризиком, адже спеціаліст, отримуючи унікальний по своїй характеристиці матеріал (ДНК) та здійснюючи клонування органу не може до кінця гарантувати абсолютне та стовідсоткове повторення всіх функцій органу, прототип якого створюється. Те саме стосується і випадків створення штучних органів, які за своєю природою є заміниками основних функцій органу, який втратив свою життєдіяльність.

Характеризуючи даний договір необхідно проаналізувати його істотні умови. Так, предметом даного договору виступає виконання роботи по створенню клонованого або штучного органу. Договірне регулювання відносин «спеціаліст – медична установа» повинно передбачати певну фінансову винагороду під час надання відповідних робіт. Так, спеціаліст, який здійснює діяльність по клонуванню органу має право на оплату його діяльності за виконану роботу, що надає оплатного характеру даному договору. Строк виконання, як і в договорі про надання послуг може бути встановлено приблизно, оскільки через специфіку діяльності по клонуванню органів не можна визначити чіткий термін виконання замовлення.

Суб'єктний склад даного договору передбачає наявність двох сторін – спеціаліста, який буде здійснювати роботи по клонуванню органів, та медичної установи, яка виступає замовником. Таким чином даний договір є двостороннім.

#### ***Договір про надання біологічних матеріалів***

Якщо говорити про іншу категорію договорів, які повинні укладатись, якщо мова йде про клонування органу, то даний вид договору – договір про надання біологічних матеріалів – не передбачений Цивільним кодексом України та не підпадає під жоден з видів цивільно - правових договорів.

Аналізуючи характеристики даного договору, то можна зауважити, що він вміщує в себе елементи різних категорій договорів. Так, особа – донор ДНК – передає свій біологічний матеріал для створення (клонування органу) в користування спеціалісту, який повинен створити з даного матеріалу відповідний орган.

Правовий статус біологічного матеріалу необхідно проаналізувати в контексті поняття «майно» для подальшого визначення виду договору, який буде застосовуватись для цивільно-правового регулювання відповідних відносин. Як зазначив О.В. Дзера, «...правильне розуміння терміна «майно» у різних значеннях практично важливе для визначення конкретних прав та обов'язків сторін у правовідносинах, де майно виступає об'єктом права, потрібно щоразу визначати зміст даного терміна шляхом тлумачення тексту правової норми» [3].

Зупинимось детальніше на аналізі положень Цивільного кодексу України, відповідно до яких під поняттям «майно» розуміється окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки. Відповідно до ст. 179 ЦК річчю є предмет матеріального світу, щодо якого можуть виникати цивільні права та обов'язки. Водночас слід зазначити, що відповідно до ч. 2 ст. 190 ЦК майнові права є неспоживною річчю і визнаються речовими правами [2].

Під поняттям «майнові права та обов'язки» відповідно до ст. 3 Закону України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» необхідно розуміти «будь-які права, пов'язані з майном, відмінні від права власності, у тому числі права, які є складовими частинами права власності (права володіння, розпорядження, користування), а також інші специфічні права (права на провадження діяльності, використання природних ресурсів тощо) та права вимоги» [4].

Визначивши складові елементи поняття «майно» можна дійти висновку, що біологічний матеріал – в нашому випадку ДНК – можна відносити до категорії «річ», яка буде обмежена в цивільному обороті і буде набувати такого статусу виключно після виконання певних умовностей щодо правильності отримання та збереження такого матеріалу.

Проаналізувавши поняття та загальні характеристики цивільно – правових зобов'язань та договору про надання біологічного матеріалу можна дійти наступного **висновку**:

1) *Договори про передачу майна у власність.* Дані договори спрямовані саме на передачу майна від однієї особи іншій у власність для здійснення відповідно права володіння, користування чи розпорядження таким майном. При передачі донором ДНК свого біологічного матеріалу спеціалісту, який буде здійснювати клонування органу, такий матеріал у власність не передається, оскільки спеціаліст отримує матеріал для здійснення певного виду робіт з подальшою передачею готового органу медичній установі. Таким чином ми не можемо віднести договір про передачу біологічного матеріалу до договорів про передачу майна у власність.

2) *Договори про передачу майна в тимчасове користування.* Особливостями даної групи договорів є те, що майно передається в тимчасове користування. Відповідно до положень Глави 58 Цивільного кодексу України предметом договорів про передачу майна в тимчасове користування може бути річ «яка визначена індивідуальними ознаками і яка зберігає свій первісний вигляд при неодноразовому використанні (неспоживна річ» [2]. Донор ДНК передає свій біологічний матеріал спеціалісту без можливості повернення його в майбутньому. Окрім того, проведення відповідних дій з біологічним матеріалом не дозволяє зберегти його первісний вигляд через саму медичну специфіку такого матеріалу. Таким чином, договір про надання біологічного матеріалу не можна віднести і до даної групи договорів.

3) *Договори про виконання робіт.* Відповідно до загальної характеристики даного виду договорів, особа – виконавець договору не передає майно (у власність чи тимчасове користування, відплатно чи безоплатно), а зобов'язується здійснити певні дії, виконати певну роботу, спрямовану на досягнення певного результату, який в подальшому буде передано замовнику. В договорі про надання біологічного матеріалу повинно бути зазначено ціль отримання такого матеріалу з подальшим використанням його для клонування та створення органу. Проте даний договір не буде відноситись до групи договорів про виконання робіт.

4) *Договори про надання послуг.* Основні характеристики даної групи договорів ми розглянули вище і дослідили, що договір про надання медичних послуг, укладений між реципієнтом на медичною установою, відноситься саме до цієї групи договорів.

По юридичній характеристиці даний договір буде: двостороннім (суб'єктами договору є донор ДНК – фізична особа, яка має право бути донором органів та тканин (відповідно до вимог Закону України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів») та спеціаліст, який отримав відповідну ліцензію на право здійснення діяльності, пов'язаної з клонуванням та створенням органів з метою їх подальшої трансплантації), реальним (оскільки в першу чергу даний договір передбачає передачу біологічного матеріалу для подальшого його використання, а не

просто досягнення згоди щодо всіх істотних умов договору), безоплатним (передача донором свого ДНК не покладає на нього жодних витрат щодо реабілітації після операції, або втрати в заробітній платі, як це є у випадку донорства органів та тканин).

Істотними умовами даного договору є: предмет договору (передача донором свого ДНК для подальшого його використання), строк його дії (оскільки даний договір є реальним, то він укладається на строк, який є необхідним для передачі донором ДНК свого біологічного матеріалу спеціалісту, і припиняє свою дію після такої передачі), ціна договору (як уже було зазначено вище договір про надання біологічного матеріалу є безоплатним), права та обов'язки сторін.

**Висновки.** Враховуючи вищевикладене, пропонується внести зміни до Цивільного кодексу України, якою закріпити наступне:

*«За договором про надання біологічного матеріалу одна сторона (донор ДНК) передає іншій стороні – спеціалісту, який здійснює свою діяльність відповідно до виданої ліцензії, з подальшим використанням такого матеріалу для клонування органу.*

*Предметом договору про надання біологічного матеріалу є матеріал, яких за своєю природою вміщує ДНК людини та знаходиться на відповідних носіях.*

*Договір про надання біологічного матеріалу є строковим, реальним та безоплатним договором.»*

Підсумовуючи все вищевикладене, необхідно зазначити, що правовим механізмом трансплантації клонованих та штучно створених органів є укладення наступних договорів:

1) Договору про надання біологічного матеріалу, який не відноситься до жодних з існуючих видів цивільно – правових договорів та пропонується до закріплення в Цивільному кодексі України.

2) Договору про виконання робіт (клонування або створення органу), який містить ознаки договору підяду, в якому підрядник (спеціаліст, що здійснює клонування або створення органу) зобов'язаний здійснити за плату певну роботу, що носить ризико-

вий характер, відповідно до замовлення, здійсненого медичною установою.

3) Договору про надання медичних послуг (трансплантацію клонованих або штучно створених органів), відповідно до якого медична установа зобов'язана здійснити пересадку клонованого або штучно створеного органу реципієнту.

1. Васильєва В.А. *Цивільно – правове регулювання діяльності з надання посередницьких послуг. Монографія.* – Івано – Франківськ: ВДВ ЦІТ Прикарпатського національного університету ім. В.С.тефаника, 2006. -
2. *Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV.* - *Електронний ре-сурс.* – [Режим доступу]: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>
3. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2 т. / за ред. О.В. Дзери (кер. авт. кол.), Н.С. Кузнєцової, В.В. Луця.* — 4-те вид., перероб. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2011. – Т.1. – 808 с.
4. *Закон України від 12.07.2001 № 2658-III «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні».* – *Електронний ресурс.* – [Режим доступу]: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2658-14>

#### **Пташник І.Р. Механізм здійснення трансплантації штучно створених та клонованих органів.**

Стаття присвячена аналізу використання альтернативних способів отримання донорських органів та особливостей договірної регулювання відносин між донорами ДНК, спеціалістами, медичними установами та реципієнтами. В роботі здійснено характеристику договору про надання медичних послуг, договору про виконання робіт, та пропонується до впровадження договору про надання біологічного матеріалу.

**Ключові слова:** трансплантація, донорство, клонування, штучні органи, медичні послуги, виконання робіт, договірне зобов'язання.

Пташник И.Р. Механизм осуществления трансплантации искусственных и клонированных органов

Статья посвящена анализу использования альтернативных способов получения донорских органов и особенностей договорного регулирования отношений между донорами ДНК, специалистами, медицинскими учреждениями и реципиентами. В работе осуществлено характеристику договора о предоставлении медицинских услуг, договора о выполнении работ, и предлагается к внедрению договора о предоставлении биологического материала.

**Ключевые слова:** трансплантация, донорство, клонирование, искусственные органы, медицинские услуги, выполнение работ, договорное обязательство.

**Ptashnyk I.R. The mechanism of transplantation of artificial and cloned organs.**

Transplantation nowadays is the symbol of the new century and presents a new branch of medicine as such. Due to the fact, that countries all over the world are experiencing an acute shortage of organs for transplantation and donation, new ways of solving such problems appear. The article will be devoted to description, characteristic and differentiation of possibility and mechanisms of using an artificial organs and organs, which were cloned from stem cells. There are three possibilities of creating an organ – cloning of organs (therapeutic cloning), transplantation of stem cells and transplantation of artificial organs.

One of the main questions that have to be analyzed in regards with present article is the question of property for the organ, cloned in the laboratory. In this case there are interests of two persons – DNA-donor and scientist. However, scientist may have interest only in a form of patent. Thus, there is only donor, who has predominant right to control his genetic material and the process of creating the organ and access to it.

One of the most important and protective issues, which should be included into contract or agreement are specific rights and obligations of both – patient, donor and medical institution.

As a conclusion, it should be noticed that in the case when cloning of organs will be recognized as legal and will be implemented into normal medical practice, the Parliament should adopt the legislative changes into the main laws, that will regulate relationships between donor of DNA for creating organ, scientist, who creates it, recipient, who receives the organ and medical authority, that conducts the transplantation.

**Keywords:** transplantation, organ donation, cloning, artificial organs, medical services, works and contractual obligations.

Сигидин М.М.

## ІСТОРИКО-ПРАВОВІ ПЕРЕДУМОВИ РОЗВИТКУ ПОНЯТТЯ «КОРПОРАТИВНИЙ ДОГОВІР»

УДК 347.44

Розвиток ринкових відносин призводить до постійного удосконалення механізму їх правового регулювання. Це стосується в першу чергу відносин, що пов'язані із правовим статусом суб'єктів підприємницької діяльності, і які за своєю юридичною природою є корпоративними. На даному етапі розвитку корпоративного права України однією з найактуальніших і найменш врегульованих сфер є порядок здійснення корпоративного управління в господарських товариствах.